

Jürgen Bast | Armin von Bogdandy [Hrsg.]

Unionsverfassungsrecht

Eine Neubestimmung anhand der Grundlagen
im EU-Vertrag



Nomos

Beiträge zum
ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

Herausgegeben von
der Max-Planck-Gesellschaft
zur Förderung der Wissenschaften e.V.,
vertreten durch Prof. Dr. Armin von Bogdandy
und Prof. Dr. Anne Peters

Band 339

Jürgen Bast | Armin von Bogdandy [Hrsg.]

Unionsverfassungsrecht

Eine Neubestimmung anhand der Grundlagen
im EU-Vertrag



Nomos

Open-Access-Förderung durch die Max-Planck-Gesellschaft.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2025

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1671-6

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4546-8

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748945468>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die erste Version dieses Studienbuchs von 2003 verarbeitete den Qualitätssprung der Integration in den 1990er Jahren durch Anleihen an Begriffe, Dogmen, Theorien und Debatten des Verfassungsrechts. Die zweite Auflage von 2009 vertiefte den verfassungsrechtlichen Ansatz mit den Innovationen der Nullerjahre, ungeachtet des Scheiterns des Verfassungsvertrags. Das hiermit vorgelegte neue Studienbuch behandelt das Unionsprimärrecht in der Gestalt des Lissabonner Vertrags, dessen neue Systematik den Ausgangspunkt unserer Neubestimmung bildet. So schreibt dieses Buch den verfassungsrechtlichen Ansatz im Unionsrecht fort und zeigt, wie im Lichte der Grundlagenbestimmungen der Verträge, allen voran von Art. 2 EUV, ein prinzipieller Konstitutionalismus den früheren funktionalen Konstitutionalismus ergänzt, ja überschreibt.

So bleibt an dieser Stelle Dank und Anerkennung auszusprechen. Das Leibniz-Programm der DFG erleichterte die Zusammenarbeit der Autorinnen und Autoren, die sich über mehrere Tagungen seit dem Jahr 2021 im intensiven Austausch entwickelte. Für kritische Kommentare zu früheren Textfassungen danken wir Iris Canor, Deirdre Curtin, Bruno de Witte, Christina Eckes, Sara Iglesias Sánchez, András Jakab, Joris Larik, Joana Mendes, Jacques Ziller sowie den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unserer Teams in Gießen und Heidelberg. Die Redaktion erfolgt maßgeblich durch Sophia Effinger, Philipp Sauter, Angelika Schmidt, Jasper Siegert, Dimitrios Syntrivanis und Moritz Vinken.

Die Herausgeber

Gießen und Heidelberg im Juni 2024

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	11

Verfassungskern

<i>Armin von Bogdandy und Jürgen Bast</i>	
Die Systematik des Verfassungsrechts der europäischen Gesellschaft	39
<i>Jürgen Bast und Armin von Bogdandy</i>	
Geltung, Telos und Hierarchie des Unionsverfassungsrechts	67
<i>Armin von Bogdandy und Luke Dimitrios Spieker</i>	
Die Verfassungsprinzipien	123
<i>Ferdinand Weber</i>	
Die Daseinsberechtigung der Union	179

Verfassungsaufgaben

<i>Anuscheh Farahat</i>	
Ein unionsweiter Mobilitäts- und Grundrechtsraum	239
<i>Matthias Goldmann</i>	
Die Wirtschaftsverfassung	299
<i>Anna Katharina Mangold</i>	
Inklusion und Solidarität	387
<i>Michael Ioannidis</i>	
Die makroökonomische Verfassung	443
<i>Mehrdad Payandeh</i>	
Die Union in der Völkerrechtsordnung	499

Verfassungsstruktur

Robert Schütze

Die Mitgliedstaaten als Glieder der Union 565

Mattias Wendel

Das pluralistische System des Grundrechtsschutzes 607

Claudio Franzius

Europäische Verfassungsaufsicht 671

Stefan Kadelbach

Unionsbürgerschaft 735

Christoph Möllers

Demokratie und Gewaltenteilung 795

Verfassungsorgane

Jelena von Achenbach

Das Europäische Parlament – ein transnationales
Repräsentationsorgan 863

Armin von Bogdandy und Giacomo Rugge

Der Europäische Rat – Regieren in der europäischen Gesellschaft 935

Philipp Dann

Der Rat – die exekutivföderale Schaltstelle 987

Hannes Krämer und Mattias Wendel

Die Kommission – vorprägende Konkretisierung des
Unionsinteresses 1037

Isabelle Ley

Der Hohe Vertreter und die Verfassung des europäischen
Außenhandelns 1111

Christoph Krenn

Der Gerichtshof und die europäische Gesellschaft der
Verfassungsinterpreten 1169

Jürgen Bast und Karen Kaiser

Die Europäische Zentralbank – konstitutionell eingebundene
Unabhängigkeit 1231

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 1297

Inhaltsverzeichnis

Verfassungskern

Die Systematik des Verfassungsrechts der europäischen Gesellschaft	39
I. Positionierung	39
II. Der verfassungsrechtliche Ansatz	41
1. Grundlagen	41
2. Gründe	43
3. Einwände	48
III. Drei Innovationen	53
1. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV als Verfassungskern	54
2. Art. 1 bis Art. 19 EUV als Grundlagenteil	55
3. Die Gesellschaft des Art. 2 Satz 2 EUV als soziale Referenz	56
IV. Struktur des Buches	62
 Art. 1 EUV Geltung, Telos und Hierarchie des Unionsverfassungsrechts	 67
I. Situierung	67
II. Normbefund	69
III. Geltungsgrund und Geltungsform, Art. 1 Abs. 1	72
1. Völkerrechtliche Gründung und autonome Geltung	73
2. Unionskompetenzen und Legalitätsprinzip	77
3. Der Streit um den Vorrang	81
IV. Telos der Integration, Art. 1 Abs. 2	87
1. Relevanz der Bestimmung	87
2. Zwei Bedeutungen von Union	91
3. Zur Rechtsnatur der Europäischen Union	96
V. Formaler Gleichrang und materielle Hierarchie, Art. 1 Abs. 3	100
1. Das Primärrecht als formelles Verfassungsrecht	101
2. Konkretisierungsstufen der Verträge	102
a) Das Konzept der Neuordnung der Verträge	104
b) Die Umsetzung	108
3. Folgerungen für die Interpretation	110

VI. „immer enger“ durch Recht, durch Juristen, durch Interpretation	119
Art. 2 EUV Die Verfassungsprinzipien	123
I. Positionierung	123
II. Normbefund	125
III. Theorie	127
1. Normtheoretische Klarstellungen	127
a) Die „Werte“ des Art. 2 S. 1 EUV	127
b) Die „Standards“ des Art. 2 S. 2 EUV	129
2. Prinzipientheoretisches Potenzial	131
a) Strukturierend	131
b) Transformativ	131
3. Verfassungstheoretische Wirkung	133
a) Die Verfassungsprinzipien im einfachen Unionsrecht	134
b) Die Verfassungsprinzipien im Primärrecht	136
4. Gesellschaftstheoretische Versprechen	138
a) Responsives Recht	138
b) Gesellschaftliche Entwicklung durch Verfassungsprinzipien	138
IV. Dogmatik	142
1. Justiziabilität	143
a) Der Prozess der Justiziablisierung	143
b) Dogmatische Rekonstruktion	144
2. Interpretationsmaximen	148
a) Art. 2 EUV als Grund- und als Rahmenordnung	149
b) Differenzierte Verdichtung	151
3. Prinzipien in der Grundordnung: Für eine demokratische Union	154
a) Duale demokratische Legitimation	155
b) Demokratie der vielen Vermittlungen	157
4. Prinzipien in der Rahmenordnung: Gegen mitgliedstaatliche Rechtsstaatsdefizite	159
a) Rechtsstaatliche Defizite	160
b) Pluralismuswahrende Verdichtung	162
V. Perspektiven	165
1. Weiterentwicklung der Grundordnung	165
a) Weitere Demokratisierung der Unionsinstitutionen	165

b) Neuausrichtung von Unionspolitiken	167
2. Weiterentwicklung der Rahmenordnung	170
a) Schutz des demokratischen Prozesses	171
b) Unterstützung demokratischer Transitionen	174
Art. 3 Abs. 1 EUV Die Daseinsberechtigung der Union	179
I. Politische Sinnstiftung durch Ziele	179
II. Ziele im Unionsverfassungsrecht	182
1. Vorgeschichte: Begrenzte Ziele im offenen Vertragsdesign	182
2. Distinktion. Von völkerrechtlicher Zielbestückung zu unionsverfassungsrechtlicher Zielsetzung	186
3. Entstehung. Absatz 1 im politischen Rechtserzeugungsprozess	190
4. Stellung im geltenden Unionsverfassungsrecht	193
III. Verfassungstheoretische Perspektiven	194
1. Ressourcen und Elemente einer unionalen Ziel- und Aufgabenlehre	195
a) Staatszwecke, Verfassungsziele, Herrschaftszwecke	196
b) Frieden, Werte und Wohlergehen als unionale Herrschaftszwecke	198
c) Verantwortungszurechnung und Erwartungsüberschuss	200
2. Gesellschaft ohne Institutionen: Ziele in der société Européenne	201
3. Verfassungstheoretische Deutung von Artikel 3 Absatz 1	208
IV. Dogmatischer Gehalt und Normfunktionen	210
1. Förderung als Ziel: Frieden, Werte, Wohlergehen	210
a) Nur die Union	210
b) Den Frieden	211
c) Ihre Werte	215
d) Das Wohlergehen ihrer Völker	218
2. Bedeutungsverschiebungen in Organpraxis und Unionsverfassungsrecht	220
a) Ziele und Aufgaben als Bausteine von effet utile und Supranationalität	220
b) Entdynamisierung als Konstitutionalisierung. Ziele und „Vertragsabrundung“	224
c) Einfügung in Verfassungssemantik, Autonomiekonzept und Grundrechtsdogmatik	228

3. Zielkonflikte	230
V. Ziele und Werte: Proprium des Verfassungskerns	231

Verfassungsaufgaben

Art. 3 Abs. 2 EUV Ein unionsweiter Mobilitäts- und Grundrechtsraum	239
I. Problemstellung	239
II. Normgeflecht und Systematik: Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als eigenständiger Gemeinwohlbelang	242
1. Normkaskade und konstitutive Elemente des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums	243
a) Normkaskade des RFSR	243
b) Konstitutive Elemente des RFSR	244
c) Primärrechtliche Konkretisierung des RFSR	245
2. Kernverfassungsrechtliche Perspektive: Der RFSR als unvollendeter Mobilitäts- und Grundrechtsraum	248
a) Der unvollendete europäische Mobilitätsraum	249
b) Der unvollendete Grundrechtsraum und die menschenrechtliche Perspektive auf den RFSR	250
c) Die europäische Gesellschaft als unabgeschlossenes Projekt	251
III. Verfassungstheoretische Verortung: Die Integration der europäischen Gesellschaft durch das Unionsverfassungsrecht	252
1. Von der intergouvernementalen Konfliktvermeidung zur offenen Konfliktbearbeitung	253
a) Notwendigkeit offener politischer Richtungskonflikte im RFSR	253
b) Variable Rollenmuster im interinstitutionellen Verhältnis	255
2. Integration durch verfassungsrechtliche Konflikte im RFSR	257
a) Verfassungsrecht als symbolische Repräsentation politischer Ordnung	257
b) Voraussetzungen integrativer Konfliktbearbeitung	259
3. Wer wird integriert? Ein- und Ausschlüsse in der europäischen Gesellschaft	262

IV. Dogmatische Gehalte und Konfliktlinien	263
1. Die Realisierung des europäischen Mobilitätsraums nach innen	264
a) Legislative Mediatisierung und Vorrang kooperativer Reaktion	264
b) Grund- und menschenrechtliche Argumente für umfassende Reisefreiheit und Freizügigkeit	266
2. Die Schließung des Mobilitätsraums durch Externalisierung und Zugangsverweigerung	271
a) Freiheit v. Sicherheit als Konflikt zwischen außen und innen	271
b) Verfassungs- und menschenrechtliche Handlungspflichten der Union an den Außengrenzen	276
3. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und die pluralistische Grundrechtsarchitektur der EU	279
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen des gegenseitigen Vertrauens	281
b) Plurale Grundrechtsarchitektur und gegenseitiges Vertrauen	283
c) Gegenseitiges Vertrauen und Rechtsstaatskrise	286
4. Solidarität im europäischen Mobilitätsraum	290
V. Der europäische Mobilitäts- und Grundrechtsraum als Ort der Verfassungsintegration? – Bestandsaufnahme und Perspektiven	295
Art. 3 Abs. 3 EUV Die Wirtschaftsverfassung	299
I. Einleitung: Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung	299
II. Normschichten der Wirtschaftsverfassung	304
1. Kommandobrücke des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV i.V.m. Art. 9 und 26 AEUV	304
a) Historische Entwicklung des Texts	304
b) Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV als Teil der Kernverfassung	312
c) Bedeutung der einzelnen Begriffe	314
d) Normative Offenheit	317
2. Zwischendeck des Primärrechts und der Gerichtsbarkeit	318
3. Maschinenraum der Sekundärrechts- und Durchführungskompetenzen	320

III. Theorie und Geschichte der Wirtschaftsverfassung	323
1. Grundlegende Konflikte	323
a) Achse öffentliche Gewalt-Markt: Wieviel Solidarität?	324
b) Achse Union-Mitgliedstaaten: Wer leistet die Solidarität im Verbund?	326
c) Achse Union-Bürger: Wie wird die Solidarität demokratisch legitimiert?	328
2. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus	329
3. Liberalisierender Konstitutionalismus	332
4. Integrativer Konstitutionalismus	338
a) Vom Markt zur Intervention	338
b) Von den Mitgliedstaaten zur Union	341
c) Von demokratischer zu autoritärer Staatlichkeit?	343
IV. Dogmatik der Wirtschaftsverfassung	346
1. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus	346
a) Grundfreiheiten und Harmonisierung	346
b) Wettbewerbsrecht	348
c) Grundrechte	349
d) Zusammenfassung	350
2. Liberalisierender Konstitutionalismus	350
a) Grundfreiheiten: <i>Cassis</i> -Rechtsprechung	351
b) Kohärenz der Grundfreiheiten	357
c) Rechtfertigungsgründe	361
d) Wettbewerbsrecht	362
e) Grundrechte	364
f) Zusammenfassung	364
3. Integrativer Konstitutionalismus	365
a) Konsolidierung des Binnenmarkts durch Risikomanagement	365
b) Grundrechte und Grundfreiheiten	370
c) Rationalitätskontrolle	373
d) Nationale Gestaltungsspielräume	374
e) Wettbewerb	377
f) Absicherung der Union nach außen	380
g) Zusammenfassung	382
V. Kritik im Licht von Art. 2 EUV	382
1. Solidarität, Freiheit und Postwachstum	382
2. Solidarität unional und international	383

3. Solidarität und Demokratie	384
VI. Schluss	386
Art. 3 Abs. 3 EUV Inklusion und Solidarität	387
A. Bestandsaufnahme: Gewährleistung sozialer Mindestbedingungen der europäischen Integration	387
B. Methodische Analyse von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV	389
I. Textbefund	390
II. Historische Entstehung	391
1. Individueller Diskriminierungsschutz und soziale Kohäsion zwischen den Mitgliedstaaten in der Integrationsgeschichte	391
2. Textstufen	395
a) Konsolidierte Verträge von 2002	396
b) Verfassungsentwurf	397
c) Vorbereitung des Vertrags von Lissabon	398
III. Systematische Kontextualisierung	398
1. Binnenstruktur des Art. 3 Abs. 3 EUV: Inklusion und Solidarität als Nachklapp zum Binnenmarkt	398
2. Bezüge zu Art. 1 und 2 EUV	399
3. Bezüge zu weiterem Primär- und Sekundärrecht	400
a) Diskriminierungsschutz	400
b) „Europäisches Sozialmodell“ und sozialer Schutz	401
c) Kohäsionspolitik	403
C. Demokratietheoretische Deutung von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV	404
I. Die EU-Verträge als Rahmenordnung	405
II. Die doppelte Legitimation der EU	407
III. Antidiskriminierungsrecht als demokratische Inklusion durch Recht	408
1. Die demokratietheoretische Funktion von Antidiskriminierungsrecht	411
2. Private und öffentliche Autonomie im (europäischen) Antidiskriminierungsrecht	414
3. Demokratische Bürgerschaft jenseits des Nationalstaats	416
4. Das Verhältnis von Gesellschaft und öffentlicher Gewalt in der EU	419
a) Das Böckenförde-Diktum: Übertragbar auf die EU	421

b) Antidiskriminierungsrecht als Gewährleistung der demokratischen Rahmenordnung	424
5. Antidiskriminierungsrecht als demokratisches Ethos der EU	427
D. Dogmatische Schlüsselfragen	428
I. Dogmatische Figuren des EU-Antidiskriminierungsrecht: Reaktiver Diskriminierungsschutz und proaktives Gleichstellungsrecht	429
1. Die Unterscheidung von reaktiven Diskriminierungsverboten und proaktivem Gleichstellungsrecht	429
2. Reaktiver Diskriminierungsschutz	431
a) Kategorien des Antidiskriminierungsrechts	431
b) Dogmatische Figuren des reaktiven Antidiskriminierungsrechts, insbesondere mittelbare Diskriminierung	432
c) Anwendungsbereich des unionalen Antidiskriminierungsrechts und spill over-Effekte	434
3. Proaktives Gleichstellungsrecht	436
II. Sozio-ökonomischer Status als Schutzkategorie im Antidiskriminierungsrecht?	437
III. Kohäsion in der EU	439
1. Messung der Umverteilungseffekte	439
2. Geldverteilung als Allheilmittel?: Das Beispiel Next Generation EU	440
E. Kritische Bestandsaufnahme	441
I. Die „Hand des Midas“: Kommodifizierung und Verwandlung in „Wirtschaft“	441
II. Errungenschaften	442
Art. 3 Abs. 4 EUV Die makroökonomische Verfassung	443
I. Situierung	443
1. Thematischer Aufriss	443
2. Zwischen nationaler Eigenverantwortlichkeit und unionaler Solidarität	446
3. Die Rechtsform in der WWU	450
II. Normbefund	453

III. Verfassungstheoretische Verortung	454
1. Verfassungswandel	455
2. Transformationen und das Konzept der Wirtschaftsverfassung	459
IV. Dogmatische Schlüsselfragen	462
1. „Die <i>Union</i> errichtet ...“: WWU-Recht außerhalb der Union?	463
2. „Die <i>Union errichtet</i> ...“: Die WWU als Ziel und die Ziele der WWU	468
a) Die Ziele der WWU	468
b) Die WWU und die Werte von Art. 2 EUV	473
3. „... eine Wirtschafts- und Währungsunion ...“: eine symmetrische WWU?	475
a) Transfers	479
b) Haushaltsdisziplin und makroökonomische Disziplin	485
4. „... deren Währung der Euro ist“: eine einheitliche Währung der Union?	489
V. Deutungsvorschlag und Perspektiven	495
Art. 3 Abs. 5 EUV Die Union in der Völkerrechtsordnung	499
I. Einleitung: Wie Schiffe in der Nacht ...?	499
II. Bestandsaufnahme: Das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht als Thema des unionalen Außenverfassungsrechts	501
1. Unionales Außenverfassungsrecht: „Staatsrecht III“ ohne Staat	502
2. Art. 3 Abs. 5 EUV als außenverfassungsrechtliche Grundnorm	503
a) Das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht als Regelungsgegenstand von Art. 3 Abs. 5 EUV	503
b) Funktionen von Art. 3 Abs. 5 EUV: Systematisierung, Auslegung, Kritik	506
c) Art. 3 Abs. 5 EUV und die Kernverfassung der Union	507
3. Systematik der Regelungen über das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht	510

III. Verfassungstheoretische Dimension: Monismus und Dualismus reloaded?	511
1. Die Emanzipation des Unionsrechts vom Völkerrecht	512
a) Zweifel an der völkerrechtlichen Konzeption der Europäischen Union	512
b) Loslösung vom Völkerrecht in der Rechtsprechung des EuGH	513
c) Verfassungstheoretische Implikationen	515
2. Die Konzeption des Rechtsordnungsverhältnisses: Monismus, Dualismus, Pluralismus?	516
a) Monismus und Dualismus als theoretische Grundkonzeptionen	517
b) Geringe Aussagekraft der EuGH-Rechtsprechung	519
c) Pluralistische Konzeptionen als Alternative?	523
3. Grundprinzipien der Ausgestaltung des Verhältnisses zur Völkerrechtsordnung	525
a) Prinzipien der Abschottung: Autonomie und Verfassungsidentität	525
b) Prinzipien der Integration: Internationale Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit	528
c) Auflösung des Spannungsverhältnisses	531
IV. Dogmatik: Strukturfragen des Verhältnisses von Unionsrecht und Völkerrecht	532
1. Anerkennung völkerrechtlicher Bindungen	532
a) Völkerrechtliche Verträge der Union	532
b) Völkerrechtliche Verträge der EU-Mitgliedstaaten	533
aa) Unmittelbare Bindung der Union an völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten	533
bb) Unionsrechtlicher Dispens zugunsten völkervertraglicher Verpflichtungen	535
cc) Berücksichtigung völkervertraglicher Verpflichtungen der Mitgliedstaaten	537
c) Völkergewohnheitsrecht	538
2. Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben	538
a) Geltung in der Unionsrechtsordnung	539
b) Anwendbarkeit in der Unionsrechtsordnung	539
aa) Völkerrechtliche Verträge	540
bb) Völkergewohnheitsrecht	546

cc) Völkerrechtsfreundliche Auslegung	548
c) Rang in der Unionsrechtsordnung	550
d) Unionsrechtsvermittelte Wirkungen des Völkerrechts in den Mitgliedstaaten	551
3. Grenzen völkerrechtlicher Wirkungen im Unionsrecht	553
a) Schutz struktureller Verfassungsgehalte	553
b) Schutz materieller Verfassungsgehalte	557
V. Bilanz: Ambivalenzen der völkerrechtsbezogenen Konstitutionalisierung des Unionsrechts	559
1. Analytische Ambivalenz	559
2. Normative Ambivalenz	560
3. Verfassungstheoretische Ambivalenz	562

Verfassungsstruktur

Art. 4 EUV Die Mitgliedstaaten als Glieder der Union	565
I. Einleitung	565
II. Mitgliedstaatlichkeit: Begriff und Antinomien	567
1. Theoretische Vorüberlegungen: Bünde und ihre Mitglieder	567
a) Rechtssemantik: Vertragsparteien, Bundesstaaten	567
b) Mitgliedstaaten: Teil-Souveränität, Teil-Staaten	568
2. Textliche Vorüberlegungen: Die EU und ihre Mitglieder	571
a) Kontraktualistische und naturalistische EU-Modelle	571
b) Veränderungen der Unionsmitgliedschaft	574
c) EU-Mitgliedstaatlichkeit: Status und Substanz	575
III. Normstruktur und Normengeflecht: Artikel 4 EUV	577
1. Historische Entwicklung und Aufbau der Vorschrift	577
2. Systematische Verortung der Vorschrift in den EU-Verträgen	580
a) Normativer Standort in den „Gemeinsamen Bestimmungen“	580
b) Konkretisierungsstufen der Vorschrift in den Verträgen	581
IV. Dogmatische Schlüsselfragen zu Artikel 4 EUV	583
1. Art. 4 Abs. 2 und die Gleichheit der Mitgliedstaaten	583
2. Art. 4 Abs. 2 und der Schutz nationaler Identitäten	587
a) Erste Lesart: kompetenziell-substantielle Deutung	588
b) Zweite Lesart: institutionell-formale Deutung	589

c) Dritte Lesart: normativ-pluralistische Deutung	592
3. Art. 4 Abs. 3 und das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit	594
a) Unterabsatz 1: Dimensionen der loyalen Zusammenarbeit	595
b) Unterabsatz 2: Mitgliedstaaten als „Organe“ der Union	597
c) Unterabsatz 3: Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten	600
V. Kritischer Schluss	603
Art. 6 EUV Das pluralistische System des Grundrechtsschutzes	607
I. Einführung	607
II. Normative Grundlagen und systematische Zusammenhänge	611
1. Unionsgrundrechte als Konkretisierung europäischer Grundwerte	611
2. Rechtsnormative Grundlagen europäischen Grundrechtsschutzes	613
a) Art. 6 Abs. 1 EUV: Die Charta als unionsgrundrechtlicher Kerntext	613
b) Art. 6 Abs. 2 EUV: EMRK und EMRK-Beitritt	615
aa) Normative Relevanz der EMRK für den EU- Grundrechtsschutz	615
bb) Gescheiterter EMRK-Beitritt: Grundrechtsautonomie vs. externe Kontrolle	616
c) Art. 6 Abs. 3 EUV: Allgemeine Rechtsgrundsätze	619
d) Grundrechtskonkretisierendes Gesetzesrecht	620
III. Theoretischer Rahmen	622
1. Grundlagen	622
a) Verfassungspluralismus	622
b) Normativer Verbundbegriff	624
2. Europäischer Grundrechtspluralismus	625
a) Wechselspiel von Einheit und Vielfalt	625
b) Vertikale, horizontale und internationale Dimension	626

IV. Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes in dogmatischen Grundzügen	627
1. Einheit und Vielfalt der Grundrechte	628
a) Vertikale Dimension I: Reichweite der Unionsgrundrechte	628
aa) Unionsgrundrechte als „Korollar“ europäischer öffentlicher Gewalt	628
bb) Krisenschutz der Unionsgrundrechte jenseits von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh?	632
b) Vertikale Dimension II: Nationale Grundrechtsvielfalt	637
aa) Unionsrechtlicher Rahmen der Grundrechtsvielfalt im Spielraumbereich	637
bb) Verfassungsrechtliche Relevanz innerstaatlicher Spielräume	639
cc) Spielraumtest	643
c) Horizontale Dimension: Grundrechtsvertrauen und seine Grenzen	645
aa) Horizontale Zuordnung von Grundrechtsverantwortlichkeit	645
bb) Widerleglichkeit der grundrechtlichen Vertrauensvermutung	648
cc) Förderative Schutzfunktion des Kriteriums systemischer Mängel	651
d) Internationale Dimension: Zwischen Offenheit und Selbstbehauptung	652
2. Einheit und Vielfalt in Auslegung und Anwendung	653
a) Grundrechtsauslegung	653
b) Anwendung: Systematik der Grundrechtsprüfung im Überblick	656
c) Pluralität der Grundrechtsverhältnisse	660
3. Einheit und Vielfalt in der gerichtlichen Durchsetzung	662
a) Der EuGH als unitarisierende Grundrechtsinstanz	662
b) Nationale (Verfassungs-)Gerichte als europäische Grundrechtsgerichte	664
c) Konfliktpräventive Verschleifung: Einheit und Vielfalt im Grundrechtsdialog	667
V. Ausblick	668

Art. 7 EUV Europäische Verfassungsaufsicht	671
I. Problem	671
1. Causa Österreich	671
2. Polen und Ungarn	672
3. Pushbacks in Griechenland	674
II. Normgenese und Normstruktur	675
1. Art. 7-Verfahren	677
2. Rechtsstaatsrahmen	679
3. Kontext	683
III. Theorie	685
1. Verfassungspluralistisches Deutungsangebot	685
a) Recht oder Politik: Wer schützt die Werte?	687
b) Zentral oder dezentral? Zusammenlesen der Verfassungen	689
2. Konsequenzen	690
a) Recht und Politik	690
b) Relative Homogenität in der Föderation	694
c) Europäische Verfassungsaufsicht	695
IV. Dogmatik	697
1. Systematischer Kontext	697
a) Rechtsstaatsrahmen	697
b) Fiskalische Verfassungsdurchsetzung	698
c) Sperrwirkung gegenüber anderen Schutzmechanismen?	701
aa) Konditionalitätsmechanismus	701
bb) Vertragsverletzungsverfahren	703
cc) Ausdehnung auf Systemverletzungen?	704
2. Dezentrale Alternativen	707
a) Politisch: Schutz der Opposition	709
b) Rechtlich: Vorabentscheidungsverfahren	710
aa) Grenzen gegenseitigen Vertrauens: Systemische Mängel	713
bb) Transformatives Potential	716
cc) Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofs	718
3. Kombinationen	720
a) Zentrale Mechanismen	720
b) Dezentrale Mechanismen	722
c) Rechtsstaatskonditionalität des Binnenmarkts?	723

V. Ausblick	725
1. Kritik	725
2. Ausschluss des Mitgliedstaates?	726
3. Transformationspotentiale	729
a) Sicherungen der Demokratie	729
b) Strafrechtliche Verantwortlichkeit?	731
c) „Regimewechsel“	733
Art. 9 EUV Unionsbürgerschaft	735
I. Einleitung	735
II. Unionsbürgerschaft und Unionsverfassung	737
III. Verfassungstheoretischer Ausgangspunkt	740
1. Unionsbürgerschaft in der föderalen Architektur der Union	740
2. Voraussetzungen einer Bürgerschaft als Status	741
3. Leitbilder als normative Fassung des Unionsbürgerstatus	743
IV. Normative Leitbilder und dogmatische Elemente der Unionsbürgerschaft	745
1. Unionsbürger als „Normmenschen“ (Art. 20 Abs. 2 AEUV)?	745
2. Unionsbürgerschaft als föderale Ergänzung der Staatsbürgerschaft (Art. 9 EUV, 20 Abs. 1 AEUV)	746
a) Staatsangehörigkeit als Voraussetzung der Unionsbürgerschaft	747
aa) Zuständigkeitsverteilung	747
bb) Erwerb	748
cc) Verlust	752
b) Unionsbürgerschaft als Ergänzung der Staatsbürgerschaft	754
c) Das föderale Leitbild der Unionsbürgerschaft	755
3. Unionsbürgerschaft als Status der Freiheit (Art. 21, 23 AEUV)	757
a) Art. 20 AEUV und die Unionsbürgerschaft als „Recht, Rechte zu haben“	758
b) Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) und verbundene Rechte	765
aa) Unionsinterne Freizügigkeit	765
bb) Auslandsschutz als Freiheitsrecht (Art. 23 AEUV)	771
c) Freiheit und Unionsbürgerstatus	773

4. Unionsbürgerliche Gleichheit (Art. 9 EUV, Art. 18, 20 und 21 AEUV)?	773
a) Inländerbehandlung	773
b) Ausnahme sozialhilferechtlicher Ansprüche	774
c) Konsequenzen für den Unionsbürgerstatus	777
5. Unionsbürgerschaft als europäische Aktivbürgerschaft (Art. 22, 24 AEUV)	778
a) Vom Begleitrecht der Freizügigkeit zu politischen Rechten	779
b) Subjektivierung der Wahlrechtsgrundsätze	780
c) Legitimationsfragen der Aktivbürgerschaft	782
6. Unionsbürger als Träger republikanischer Pflichten (Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV)?	788
V. Unionsbürgerschaft als föderaler Status zwischen Autonomie und Integration	790
Art. 10 bis 13 EUV Demokratie und Gewaltenteilung	795
I. Einführung	795
II. Textbefunde	797
1. Systematischer Zusammenhang	797
2. Demokratie, Art. 10–12 EUV	798
a) Entscheidung für die repräsentative Demokratie	798
b) Entscheidung für partizipative Elemente	799
c) Entscheidung für direktdemokratische Mechanismen	802
d) Hybride Funktion der nationalen Parlamente	802
e) Bilanz	804
3. Gewaltenteilung, Art. 13 EUV	804
a) „Institutioneller Rahmen“	804
b) Zum Organbegriff	806
c) Legalität und loyale Zusammenarbeit	809
d) Normative Bindungen	810
e) Bilanz	812
III. Verfassungstheoretische Fragen	812
1. Demokratische Legitimationssubjekte: das Fehlen des europäischen Volkes	812
2. Verschiedene demokratische Legitimationsformen – und ihre Alternativen	817

3. Gewaltenteilung – und ihre Strukturprobleme in der EU	820
a) Formelle Besonderheit: geringe Allgemeinheit von Verfahren und Organisation	822
b) Sachliche Besonderheit der EU: fragmentierte Regierungsfunktion	823
4. Demokratie und Gewaltengliederung als konstitutionelle Normen	825
a) Bedingungen des Verfassungsvorrangs	825
b) Werte – materielle Hierarchisierung – Anwendungsvorrang	829
IV. Dogmatik	833
1. Ein unionales demokratisches Prinzip und Art. 10 EUV	833
a) Übersicht über die Rechtsprechung	833
b) Sonstige Organpraxis	837
c) Potentiale der Konkretisierung	839
aa) Konkretisierung gegenüber den Mitgliedstaaten	839
bb) Konkretisierung gegenüber den Unionsorganen	842
2. Institutionelles Gleichgewicht und Art. 13 EUV	843
a) Übersicht über die Rechtsprechung	843
b) Potential der Konkretisierung	846
c) Die Organe und ihre Entwicklungsperspektive: die Kommission als institutioneller Problemindikator	848
3. Antagonismus und wechselseitige Verstärkung beider Prinzipien	850
V. Übergreifende Deutungsangebote	852
1. Ein europäisches Demokratieprinzip	852
2. Eine europäische Gewaltenteilung	854
3. Eine gubernativ-föderale Regierungsform für die EU	855
4. Ein konstitutioneller Kern und seine Grenzen	858

Verfassungsorgane

Art. 14 EUV Das Europäische Parlament	863
I. Thematischer Aufriss	863
II. Normbefund	869
III. Die Funktionen des Europäischen Parlaments	870
1. Grundlagen der Analyse und Argumentation	870

2. Repräsentation (Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2 und 3 EUV)	872
a) Grundfragen	872
b) Rechtliche Grundlagen	874
aa) Degressive Proportionalität und weiteres Rechtsregime von Europawahlen	874
bb) Reform zur stärkeren Vereinheitlichung und Transnationalisierung der Europawahlen?	878
c) Politische Praxis	879
aa) Europawahlen als second-order Wahlen	880
bb) Elektorale Integration entlang des Links-Rechts- Spektrums	882
cc) Mehrheitsbildung durch die Fraktionen	885
dd) Exkurs: Euroskeptische Opposition im EP	887
d) Deutungsvorschlag: Transnationale Repräsentation durch das EP	890
3. Gesetzgebung (Art. 14 Abs. 1 EUV)	893
a) Rechtliche Grundstruktur: Gemeinsame Gesetzgeberschaft von EP und Rat	893
b) Praxis: Die Trilogisierung des Gesetzgebungsverfahrens	896
aa) Schwerfällige Konsensbildung als Problem des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens	896
bb) Die Trilogie: praxisgenerierte Form der Verhandlung von Kompromissen	897
cc) Die Trilogie als legitimationsgefährdende Reformalisierung des Gesetzgebungsverfahrens	900
c) Das EP in „außergewöhnlichen Umständen“	902
4. Haushaltsbefugnisse (Art. 14 Abs. 1 S. 1 EUV)	903
a) Politische Bedeutung des Haushalts im europäischen Kontext	903
b) Haushaltsverfahren, einschließlich Finanzierung	905
aa) Haushaltsplan und Mehrjähriger Finanzrahmen	905
bb) Finanzierung des Haushalts	907
c) Außerbudgetäre Finanzierungsinstrumente der Union	910
aa) Europäischer Stabilitätsmechanismus	910
bb) EU Next Generation: Aufbau- und Resilienzfazilität	911
cc) Europäische Friedensfazilität	912
d) Unvollständige Verantwortung des EP für die Finanzen der Union	913

5. Kontrollfunktionen, einschließlich Kurationsfunktion (Art. 14 Abs. 1 S. 2, 3 EUV)	913
a) Das EP und die Kontrolle der supranationalen Exekutive	914
aa) Verhältnis zur Kommission	914
bb) Das EP und die Agenturen; interparlamentarische Kontrolle als Modell?	919
b) Das EP und die Kontrolle der intergouvernementalen Organe	921
aa) Verhältnis zum Rat	921
bb) Verhältnis zum Europäischen Rat	923
IV. Fazit	925
1. Die repräsentativ-demokratische Bedeutung des EP	925
2. Prägende Spannungslagen der Funktionsweise und Stellung des EP	925
a) Effektivität vs. parlamentarische Legitimation	926
b) (Neuer) Intergouvernementalismus vs. Parlamentarisierung	927
c) Interparlamentarische Kooperation vs. Parlamentarisierung?	928
3. Das Verhältnis von unionalem Demokratieprinzip und Organisationsverfassung	929
Art. 15 EUV Der Europäische Rat	935
I. Einführung	935
II. Normgeschichte und -systematik	940
1. Weg und Vermächtnis einer schwierigen Verrechtlichung	940
2. Art. 15 EUV im Vertragsgefüge	943
III. Grundlagen: Regieren als Schlüsselbegriff	948
1. Regieren in den gemeinsamen Verfassungstraditionen	950
2. Europäisierung der Begrifflichkeit	953
IV. Die rechtlichen Eckpunkte	957
1. Ein Kollegium als Präsident	957
a) Zusammensetzung, Rechtsnatur, Legitimation	957
b) Der Präsident des Kollegiums	963
c) Konsens als Maxime	964
d) Abschirmung gegenüber Kontrollen	968

2. Semipräsidentielle Gewaltengliederung	974
a) Das Verhältnis zum Gesetzgeber	974
b) Das Verhältnis zur Kommission	979
V. Ausblick	984
Art. 16 EUV Der Rat	987
I. Einführung	987
II. Normgeschichte und -systematik	988
III. Verfassungstheoretischer Rahmen: Exekutivföderalismus	989
IV. Dogmatische Strukturen	993
1. Organisatorische Struktur: Die Form folgt der Funktion	993
a) Zusammensetzung: Beamte, nicht gewählte Politiker	994
b) Konfigurationen: Die Pyramide aus Arbeitsgruppen, Ausschüssen und Ministern	996
c) Kohärenz: Rat „Allgemeine Angelegenheiten“, rotierende Präsidentschaft und Generalsekretariat	1001
d) Das Generalsekretariat des Rates	1003
2. Zuständigkeiten und Partner: Der Rat als Teamplayer	1005
a) Überblick und allgemeine Merkmale	1005
b) Allgemeine EU-Verwaltung und Umsetzung – mit der Kommission	1007
c) Legislative und Haushaltsbefugnis – mit dem Europäischen Parlament	1009
aa) Regierungen als Gesetzgeber?	1010
bb) Verhältnis zwischen Rat und Europäischem Parlament	1011
cc) Der Rat und das Gesetzgebungsverfahren	1013
d) Agenda-Setting und Außenpolitik – mit dem Europäischen Rat	1018
e) Der Rat als Koordinator	1021
3. Entscheidungsfindung: Konsens im Schatten der Mehrheitsabstimmung	1026
a) Herausforderungen für die Konsenskultur	1027
b) Gründe für die Langlebigkeit und Notwendigkeit des Konsenses	1030
V. Gesamteinschätzung: Die schwierige Legitimation des Rates	1032

Art. 17 EUV Die Kommission	1037
I. Einführung	1037
II. Normative Grundlagen und systematische Zusammenhänge	1040
1. Grundlegung: Auftrag zur Förderung des Unionsinteresses	1040
2. Rückbezüge des Art. 17 EUV auf die Gemeinsamen Bestimmungen	1043
3. Systematik des Art. 17 EUV und Querbezüge zum AEUV	1044
a) Allgemeines	1044
b) Aufgaben: Initiieren, Leiten, Vermitteln, Verwalten, Hüten und Repräsentieren	1044
c) Institutionelles Design und parlamentarische Verantwortlichkeit	1048
III. Institutionentheoretische Einordnung und Verhältnisbestimmung	1048
1. Kombination, Modifikation und Omission verfassungsrechtlicher Traditionsbestände des Regierens und Verwaltens	1048
a) Geteiltes Regieren	1049
b) Politische Verantwortlichkeit und Politisierung	1050
2. Relationen	1051
a) Zentraler Knoten im institutionellen Netzwerk	1051
b) Verhältnis zum Gesetzgeber (insbes. EP und Rat)	1051
c) Verhältnis zum ERat	1052
3. Förderung des Unionsinteresses als Ausdruck einer „Separation of Interests“	1053
IV. Dogmatik des EU-Kommissionsverfassungsrechts	1054
1. Die Kommission als verfassungsrechtliche Entität	1054
a) Zusammensetzung und Prinzip föderativer Spiegelung	1054
b) Personelle und funktionale Unabhängigkeit	1057
c) Ernennungsverfahren und parlamentarische Verantwortlichkeit	1058
aa) Ernennungsverfahren	1058
bb) Zunehmende Politisierung der Kommission und „Spitzenkandidatenmodell“	1061
cc) Parlamentarische Verantwortlichkeit	1065
d) Zunehmende Binnenhierarchisierung	1066
aa) Der Kommissionspräsident als Leitungs(unter)organ	1066

bb) Vizepräsidenten als Intermediäre	1068
cc) Einfache Mitglieder, Kollegialprinzip und eingeschränktes Ressortprinzip	1070
e) Politik vs. Bürokratie? Kollegialorgan und Dienststellen	1073
2. Die Kommission als verfassungsrechtlicher Akteur	1075
a) Politisch-gubernative Funktionen	1076
aa) Initiieren unionsleitender Rechtsakte: „Motor der Integration“	1076
i) Typologie von Initiativen und Initiativrechten	1077
ii) Inhalt, Änderung, Rücknahme von Vorschlägen	1080
iii) Rationalisierung der Ausübung des Initiativrechts durch Folgenabschätzung	1083
iv) Einwirkungen auf die Ausübung des Initiativrechts durch andere Akteure	1084
bb) Fortentwicklung unionsleitender (Rechtsetzungs-)Akte durch sekundäre und tertiäre Rechtsetzung	1088
cc) Außenvertretung	1090
b) Administrative Funktionen	1097
c) Hüter- und Aufsichtsfunktionen	1100
d) Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Funktionen	1107
V. Ausblick	1108
Art. 18 EUV Der Hohe Vertreter und die Verfassung des europäischen Außenhandelns	1111
I. Einleitung	1111
II. Materielle und institutionelle Bestimmungen der Außenverfassung	1116
III. Der theoretische Diskurs um eine Außenverfassung der Union	1119
1. Die Außenwendung des europäischen Verfassungsdiskurses	1120
2. Transgouvernementalität anstelle von Intergouvernementalität	1125
a) Informalität der GASP	1126
b) Transgouvernementalität der GASP	1128
3. Noch einmal: Zum Konnex von Handel und Sicherheit	1131
4. Zwischenergebnis: Ein außenrechtlicher Verfassungsbegriff	1134

IV. „Bridging the gap“: Die Konstitutionalisierung der GASP in der Rechtspraxis	1136
1. Der Hohe Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik	1137
a) Vizepräsident der Kommission	1140
b) Vorsitz des Auswärtigen Ausschusses im Rat	1143
c) Leitung der GASP	1145
d) Strukturelle Herausforderungen	1147
2. Parlamentarische Legitimation des europäischen Außenhandelns	1150
a) Parlamentarische Legitimation der supranationalen Außenbeziehungen	1150
aa) Internationale Abkommen, Art. 218 AEUV	1150
bb) Das Europäische Parlament in der Autonomen Handelspolitik	1152
b) Das Europäische Parlament in der GASP	1153
aa) Der Rat als formales Entscheidungszentrum der GASP: (Eingeschränkte) Kontrolle durch die nationalen Parlamente	1153
bb) Das Verhältnis von EP und Rat in der GASP	1154
cc) Das EP in der GASP: Zuständigkeitskontrolle und Kohärenzgenerierung	1156
3. Die Funktion von Werten und Zielen in der Außen-Rechtsprechung des Gerichtshofs	1159
a) Die Funktion von Werten und Zielen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs	1160
b) Der EuGH in der GASP	1161
V. Résumé und Ausblick: Weitere Demokratisierung der EU-Außenbeziehungen?	1164
Art. 19 EUV Der Gerichtshof	1169
I. Einführung	1169
II. Normbefund: Art. 19 EUV	1175
1. Das Gerichtssystem der Union, Abs. 1	1175
2. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“, Abs. 1	1177
3. Gesellschaftliche Einbettung, Abs. 2	1183
4. Grenzen des Auftrags, Abs. 3	1185

III. Verfassungstheorie: Zwei Funktionen der pluralen Struktur des Gerichtssystems	1186
1. Die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs	1187
2. Der Gerichtsverbund	1189
IV. Dogmatische Strukturen	1192
1. Der Gerichtshof in der europäischen Gesellschaft	1192
a) Eine(r) von uns: Die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs	1192
b) Ein kleiner Kreis und seine Öffnung: Beteiligungs- und Interventionsrechte	1197
c) Tempo und Deliberation: Die Entstehung der Urteile	1205
2. Gerichtsverbund I: Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen	1208
a) Der Ausbau der Nichtigkeitsklage zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“	1209
b) Die Gültigkeitsvorlage als Lückenfüllerin	1213
c) Mehr als ein Streit ums letzte Wort: Gültigkeitsprüfung im Gerichtsverbund	1215
3. Gerichtsverbund II: Rechtsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten	1218
a) Das Vertragsverletzungsverfahren als Verfahren der Exekutiven	1219
b) Mitgliedstaatliche Gerichte als Unionsbürgergerichte	1219
c) Die Auslegung des Unionsrechts im Gerichtsverbund	1223
V. Ausblick	1227
Art. 13 EUV mit Art. 282 AEUV Die Europäische Zentralbank	1231
I. Situierung	1231
1. Verfassungsrechtliche Diskurse über die EZB	1231
2. Positionierung der Autor:innen	1234
II. Normbefund und Entstehungsgeschichte	1236
1. Art. 13 EUV und Art. 282 AEUV als Grundlagenbestimmungen	1236
2. Der Statusstreit im Europäischen Konvent	1238

III. Verfassungstheoretische Reflexion: Warum eine unabhängige Zentralbank der EU?	1241
1. Begründungsansätze für unabhängige Zentralbanken	1242
a) Unabhängige Organe als Wesensmerkmal supranationaler Verfasstheit	1242
b) Unabhängige Zentralbanken als institutionelle Gewährleistung von Preisstabilität	1243
c) Rechtfertigung aus dem Gegenüber von monetärer und fiskalischer Gewalt	1245
2. Begründungsansätze für unabhängige Verfassungseinrichtungen	1246
a) Unabhängigkeit als <i>counter-majoritarianism</i>	1246
b) Unabhängige Einrichtungen als <i>guards of democratic values</i>	1247
c) Verschränkung von Unabhängigkeit und Bindung	1248
3. Eigener Begründungsansatz	1248
IV. Dogmatische Schlüsselfragen	1250
1. Der Organstatus der EZB: Einbindung, Aufwertung und Absonderung	1251
a) Linguistische und begriffsgeschichtliche Vorbemerkung	1251
b) Konstitutionelle Einbindung: ein Organ <i>der Union</i>	1253
c) Konstitutionelle Aufwertung: <i>ein Organ</i> der Union	1256
d) Konstitutionelle Absonderung: erweiterte Autonomieräume	1261
e) Zwischenbilanz zum Profil als Verfassungsorgan	1268
2. Die Rechtsnatur des ESZB: Handeln im Namen der Union	1270
a) Die Entscheidung für ein „System“ anstelle einer einzigen Zentralbank	1270
b) Das ESZB: kein normaler Verwaltungsverbund	1271
c) Deutungsvorschlag: eine Einrichtung der Union eigener Art	1275
d) Dogmatische Folgerungen, insbesondere für Rechtsschutz und Haftung	1277
e) Muss die Prämisse der Autonomie der Rechtsordnungen aufgegeben werden?	1278

3. Die instrumentell-finale Determinierung der Befugnisse der EZB	1280
a) Die währungspolitische Kompetenz der Union und die Befugnisse der EZB: keine Deckungsgleichheit	1281
b) Zur dogmatischen Struktur einer EZB-Befugnis: finale Weite und instrumentelle Enge	1284
c) Zum Verhältnis der Ziele: Gleichrangigkeit bei materiell-rechtlichem Vorrang der Preisstabilität	1287
d) Wer definiert die Ausrichtung der allgemeinen Wirtschaftspolitik?	1291
V. Die konstitutionell eingebundene Unabhängigkeit der EZB – eine Bilanz	1294
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	1297

Verfassungskern

Die Systematik des Verfassungsrechts der europäischen Gesellschaft

Armin von Bogdandy und Jürgen Bast*

I. Positionierung	39
II. Der verfassungsrechtliche Ansatz	41
1. Grundlagen	41
2. Gründe	43
3. Einwände	48
III. Drei Innovationen	53
1. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV als Verfassungskern	54
2. Art. 1 bis Art. 19 EUV als Grundlagenteil	55
3. Die Gesellschaft des Art. 2 Satz 2 EUV als soziale Referenz	56
IV. Struktur des Buches	62

I. Positionierung

Die erste Version dieses Studienbuchs von 2003 verarbeitete den Qualitätssprung der Integration in den 1990er Jahren durch Anleihen an Begriffe, Dogmen, Theorien und Debatten des Verfassungsrechts. Es suchte Anschluss an die internationale Diskussion, vor allem die angloamerikanisch-florentinische Konstitutionalisierungsdebatte,¹ war aber zugleich, der kontinentaleuropäischen Tradition folgend, stärker rechtsdogmatisch-konstruktivistisch ausgerichtet. Die zweite, systematischer gegliederte Auflage von 2009 vertiefte den verfassungsrechtlichen Ansatz mit den Innovationen der Nullerjahre, ungeachtet des Scheiterns des Verfassungsvertrags.

Das hiermit vorgelegte neue Studienbuch behandelt das Unionsprimärrecht in der Gestalt des Lissabonner Vertrags. Es hat sich als ein überraschend leistungsfähiger Ordnungsrahmen erwiesen, gerade in den Krisen

* Dieser Beitrag übernimmt, insbesondere in den Teilen II. und III.3., Passagen aus dem Buch *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, Berlin: Suhrkamp 2022, vor allem aus § 2 und § 21. Sie wurden sprachlich angepasst und im gemeinsamen Diskussionsprozess inhaltlich weiterentwickelt.

1 *Eric Stein*, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, *American Journal of International Law* 75 (1981), 1–27; *Joseph H.H. Weiler*, The Transformation of Europe, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2403–2483; *Neil Walker*, European Constitutionalism and European Integration, *Public Law* 40 (1996), 266–290.

der letzten anderthalb Dekaden. Viele erwarteten in der Staatsschuldenkrise und der Flüchtlings(schutz)krise der 2010er Jahre, nach dem Brexit-Referendum, angesichts autoritärer Tendenzen in einer Reihe von Mitgliedstaaten, der Pandemie, des Ukrainekriegs ... vor allem eines: Desintegration.² In der Tat erschien jeweils keineswegs ausgemacht, dass die Union diese Herausforderungen unbeschadet überstehen würde. Jedoch vermochte die Union stets eine Antwort zu entwickeln, die, bei allen Defiziten, eben das war: eine europäische Antwort. Heute ist das durch den EU-Vertrag, die Grundrechtecharta und den AEU-Vertrag konstituierte Gemeinwesen das Gravitationszentrum europäischer politischer und rechtlicher Ordnung.

Unser neues Buch schreibt den verfassungsrechtlichen Ansatz im Unionsrecht fort, auch wenn die EU-Verträge das Wort *Verfassung* weiterhin nicht nennen. Es ist allgemein anerkannt, dass der Lissabonner Vertrag die rechtliche Substanz des gescheiterten Verfassungsvertrags aufnimmt, aber die Semantik des Verfassungsrechts weitgehend vermeidet³ – mit der bemerkenswerten Ausnahme des neuen Art. 2 EUV. Auf dieser Grundlage haben die Unionsorgane und insbesondere der EuGH ihre verfassungsrechtliche Ausrichtung vertieft, was den verfassungsrechtlichen Ansatz bestätigt und beflügelt. Dieser Band entwickelt diesen Ansatz fort, mit theoretischen und dogmatischen Vorschlägen, Konsense suchend ebenso wie Konflikte fortführend. Übergreifend geht es darum, den Wandel zu erfassen, der sich innerhalb des Lissabonner Verfassungsrahmens vollzieht, und zwar in der Perspektive der europäischen Gesellschaft des Art. 2 EUV.

2 Zur Übersicht Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur/Jacques Ziller (Hrsg.), *Integration und Desintegration in Europa*, Baden-Baden: Nomos 2019; Hans Vollaard, *European Disintegration. A Search for Explanations*, London, Utrecht: Palgrave Macmillan 2018; Luuk van Middelaar, *Das europäische Pandämonium. Was die Pandemie über den Zustand der EU enthüllt*, Berlin: Suhrkamp 2021.

3 Vgl. nur Martin Nettesheim, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 1 EUV, Rn. 75 ff.; Christian Calliess, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEU*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 1 EUV, Rn. 50 ff.; zur Entstehungsgeschichte Giuliano Amato/Hervé Bribosia/Bruno de Witte (Hrsg.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne. Genesis and Destiny of the European Constitution*, Brüssel: Bruylant 2007; für einen Vergleich des Verfassungsvertrags von 2004 mit dem Vertrag von Lissabon siehe Gráinne de Búrca, *General Report: Preparing the European Union for the Challenges of the Third Millennium. From the TECE to the Lisbon Treaty*, in: Heribert Franz Köck/Margit Maria Karollus (Hrsg.), *Preparing the European Union for the Future? Necessary Revisions of Primary Law after the Non-Ratification of the Treaty Establishing a Constitution for Europe*. FIDE XXIII Congress Linz 2008, Baden-Baden: Nomos 2008, 385–406 (391 ff.).

Der Band bietet damit mehr als eine Aktualisierung des Bandes von 2009, und das nicht nur, weil viele Autorinnen und Autoren erstmals beteiligt sind. Wir identifizieren drei Entscheidungen des Lissabonner Vertragsgesetzgebers, die dem Unionsverfassungsrecht eine deutlich klarere Struktur und normative Ausrichtung geben, und es damit auf eine neue Stufe heben: einen Verfassungskern in Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV (III.1.), einen Grundlagenteil in den Artikeln 1 bis 19 EUV (III.2.) und eben die Postulierung einer europäischen Gesellschaft in Art. 2 EUV als soziale Referenz (III.3.). Zuvor jedoch zu den Prämissen unseres verfassungsrechtlichen Ansatzes.

II. Der verfassungsrechtliche Ansatz

1. Grundlagen

Ein verfassungsrechtlicher Ansatz im Unionsrecht ist nicht alternativlos. Völkerrechtliche, wirtschaftsrechtliche und verwaltungsrechtliche Deutungen eröffnen alternative Rekonstruktionen.⁴ Im deutschen Kontext, aber auch international⁵ ist dabei der delegationsrechtliche, also staatszentrierte Ansatz des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts besonders einflussreich.⁶ Er qualifiziert das Unionsprimärrecht nicht als Verfassungsrecht, sondern als Grundordnung.⁷

Die Auseinandersetzung, ob man das Unionsprimärrecht als Verfassungsrecht oder besser als Grundordnung (oder nach einem der anderen

4 Für einen aktuellen völkerrechtlichen Zugang *Jan Klabbers*, An Introduction to International Organizations Law, Cambridge: Cambridge University Press 2022; für einen wirtschaftsrechtlichen Zugang *Peter-Christian Müller-Graff*, § 1: Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht. Das System, in: ders. (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Baden-Baden: Nomos 2021, 53–128; für einen verwaltungsrechtlichen Zugang *Aldo Sandulli*, Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo, Mailand: Franco Angeli 2018.

5 Zum Einfluss *Antoine Vauchez*, Vicarious Hegemony. The German Crisis of European Law, VerfBlog (6.10.2020).

6 Zur Konzeption *Peter M. Huber*, Das europäisierte Grundgesetz, DVBl. 2009, 574–582; zum Begriff des delegationsrechtlichen Ansatzes *Frank Schorkopf*, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, JZ 2020, 477–485 (478); politiktheoretisch *Richard Bellamy*, A Republican Europe of States. Cosmopolitanism, Intergovernmentalism and Democracy in the EU, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

7 So BVerfGE 123, 267 (Leitsatz 1, Rn. 231) – *Lissabon*.

Ansätze) qualifizieren sollte, ist kein Streit um Worte, sondern um Begriffe. Begriffe sind Wörter, die nicht nur etwas bezeichnen, sondern einen Bedeutungszusammenhang herstellen und Erkenntnis stiften.⁸ Die soziale Relevanz von Begriffen wie Verfassung, Demokratie oder Gesellschaft wird sozialwissenschaftlich als *frame* theoretisiert: dauerhafte Muster von Wahrnehmung und Interpretation, mit dem Gruppen Diskurse führen und Ereignissen Bedeutungen zusprechen.⁹ In unserem Zusammenhang geht es um die Frage, zugespitzt formuliert, ob man die Union als bloßen Staatenverbund auf ein Ensemble souveräner Mitgliedstaaten reduziert oder aber als die politische Organisation der europäischen Gesellschaft begreift, in die die Mitgliedstaaten eingegliedert sind. Diese begriffliche Frage ist theoretischer Natur, hat aber praktische Konsequenzen für viele juristische Argumente.

Diese juristische Auseinandersetzung steht in einem gesellschaftlichen Kontext. Letztlich ist der juristische Streit um den Verfassungsbegriff ein Aspekt der gesellschaftlichen Auseinandersetzung, wie man sich zur Europäischen Union verhalten soll, wie legitim, leistungsfähig, belastbar und entwicklungsfähig sie ist.¹⁰ Zuletzt hat die Konferenz über die Zukunft Europas diese Diskussion neu belebt.¹¹ Die Resonanz der rechtswissenschaftlichen Debatte in der allgemeinen Öffentlichkeit, in Deutschland etwa per *Verfassungsblog* oder *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (*Staat und Recht*), zeigt dabei, dass die Rechtswissenschaft die allgemeine Auseinandersetzung nicht nur nachvollzieht, sondern auch etwas zu ihr beiträgt.

8 Reinhard Koselleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995, 119.

9 Rens Vliegenthart/Liesbet van Zoonen, Power to the Frame. Bringing Sociology Back to Frame Analysis, *European Journal of Communication* 26 (2011), 101–115.

10 Neil Walker, The Burden of the European Constitution, in: Matej Avbelj (Hrsg.), *The Future of EU Constitutionalism*, Oxford: Hart 2023, 13–24; Signe Rehling Larsen, Varieties of Constitutionalism in the European Union, *Modern Law Review* 84 (2021), 477–502; András Zs. Varga, *From Ideal to Idol? The Concept of the Rule of Law*, Budapest: Dialóg Campus 2019; Kaarlo Tuori/Suvi Sankari (Hrsg.), *The Many Constitutions of Europe*, London: Routledge 2010.

11 Matej Avbelj, What Future for EU Constitutionalism?, in: ders. (Hrsg.), *The Future of EU Constitutionalism*, Oxford: Hart 2023, 1–12; siehe Konferenz über die Zukunft Europas, Bericht über das endgültige Ergebnis, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union 2022.

2. Gründe

Wir behaupten nicht, dass andere Ansätze als der verfassungsrechtliche unbrauchbar oder gar epistemisch falsch wären, sind aber davon überzeugt, dass der verfassungsrechtliche Ansatz dem geltenden Recht und den normativen Aspirationen, die in seinen zentralen Bestimmungen niedergelegt sind, am besten gerecht wird. Seine Grundlage erschließt sich empirisch aus unzähligen Dokumenten, die verfassungsrechtliche Begrifflichkeit und Denkfiguren verwenden. Diese Dokumente können die Gestalt von Rechtsquellen, Urteilen, wissenschaftlichen Texten, Schriftsätzen und Memoranda sowie Dokumentationen allgemeiner gesellschaftlicher Kommunikation haben.¹²

Dabei kommt rechtswissenschaftlich den Verträgen die oberste Dignität zu, zumindest in der kontinentaleuropäischen Tradition.¹³ In ihnen finden sich die Entscheidungen eines rechtsetzenden Kollektivs (Art. 1 bzw. 48 EUV), das der EuGH als *Verfasser des Vertrags*,¹⁴ *Verfassungsgeber der Gemeinschaft*¹⁵ oder *Vertragsgesetzgeber*¹⁶ bezeichnet. Seit der Gründung der Europäischen Union im Zuge der Neuordnung des europäischen Kontinents nach dem Fall des Eisernen Vorhangs (3. Erwägungsgrund der Präambel des EUV) deutet sich das durch die Verträge konstituierte Gemeinwesen in den Grundbegriffen des demokratischen Konstitutionalismus: zunächst vage in Art. F des Maastrichter Vertrags von 1992, dann deutlich in Art. 6 EUV des Amsterdamer Vertrags von 1997 und nach der Lissabonner Reform von 2007 mit dem Grundlagenteil der EU-Verträge (Art. 1 bis 19 EUV), dem Gegenstand dieses Buches.

Von besonderer Bedeutung für diesen Qualitätssprung ist Art. 2 EUV, den der Vertragsgesetzgeber wörtlich aus dem 2005 gescheiterten Verfas-

12 Für eine entsprechende sozialpsychologische Auswertung von Tageszeitungen siehe *Orietta Angelucci von Bogdandy*, Zur Ökologie einer Europäischen Identität. Soziale Repräsentationen von Europa und dem Europäer-Sein in Deutschland und Italien, Baden-Baden: Nomos 2003.

13 Zum anderen Ansatz der angloamerikanischen Tradition *Russell A. Miller*, Germany's German Constitution, *Virginia Journal of International Law* 57 (2017), 95–128 (insb. 101 ff., 114 ff.).

14 EuGH, Urteil v. 3.10.2013, Rs. C-583/11, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 34, 42, 70 – *Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Parlament u. Rat*.

15 EuG, Urteil v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172/98 und T-175/98 bis T-177/98, ECLI:EU:T:2000:168, Rn. 75 – *Salamander u.a./Parlament u. Rat*.

16 Schlussanträge von GA Geelhoed v. 21.2.2002, Rs. C-224/98, ECLI:EU:C:2002:103, Rn. 28 – *D'Hoop*; Schlussanträge von GA Kokott v. 17.1.2013, Rs. C-583/11, ECLI:EU:C:2013:21, Rn. 90, 111 f. – *Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Parlament u. Rat*.

sungsvertrag übernimmt. Dessen Werte und Prinzipien bilden inzwischen den dynamischen Mittelpunkt zahlloser juristischer, politischer und alltagsweltlicher Diskurse. Das gilt gerade für die großen Konflikte in der europäischen Gesellschaft: Die in Art. 2 EUV niedergelegten Begriffe des demokratischen Konstitutionalismus spielen stets eine Rolle, wenn diese so heterogene Gesellschaft um Antworten ringt. Dass dabei Interpretation und Anwendung dieser Begriffe strittig sind und strittig bleiben, betont nur deren Bedeutung. In diesem Sinne stützt sich unsere verfassungsrechtliche Lesart nicht allein auf die Positivierung verfassungsrechtlicher Prinzipien und deren Relevanz in europäischen Kontroversen, sondern beansprucht, Teil der Diskurse einer sich selbst hervorbringenden europäischen Gesellschaft zu sein.

Sodann kommt es auf die Entscheidungen des obersten Gerichts einer Rechtsordnung an, die im Streitfall die Bedeutung von Verfassungsrecht festlegen. Sie genießen mehr Aufmerksamkeit als alle anderen gesellschaftlichen Operationalisierungen verfassungsrechtlicher Grundbegriffe.¹⁷ Gute Rechtswissenschaft verarbeitet das gesetzte Recht im Lichte der Rechtsprechung, kritisch und autonom, versteht sich. Gerichtsurteile bilden die reichste Datengrundlage rechtswissenschaftlicher Forschung. Das führt zur Rechtsprechung des EuGH.

Der EuGH verwendet seit 1986 in Schlüsselurteilen verfassungsrechtliche Begrifflichkeit.¹⁸ 2008 gab seine *Kadi*-Entscheidung dieser Praxis einen bedeutenden Schub.¹⁹ Aber erst nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon konsolidierte der EuGH seinen verfassungsrechtlichen Ansatz in bahnbrechenden Entscheidungen, so den Gutachten 2/13²⁰ und 1/17²¹ oder den Urteilen *Achmea*²² und *Wightman*.²³ Mit ihnen hat der EuGH der bisherigen funktionalen Logik des Unionsrechts, seiner Rationalität der

17 Zuspitzend Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, insb. 297 ff.

18 EuGH, Urteil v. 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 – *Les Verts/Parlament*; Generalanwälte bemühten diese Begrifflichkeit schon früher, so Schlussanträge von GA Lagrange v. 25.6.1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:51, 1289 – *Costa/E.N.E.L.*

19 EuGH, Urteil v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 285, 290 – *Kadi u.a./Rat und Kommission*.

20 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 155–176 – *EMRK-Beitritt II*.

21 EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 110, 151 – *CETA*.

22 EuGH, Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 33 – *Achmea*.

23 EuGH, Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 62–63 – *Wightman*.

praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) für vertraglich festgelegte Ziele,²⁴ eine genuin verfassungsrechtliche Logik zur Seite gestellt. Ja, er rekonstruiert die alte Logik inzwischen im Sinne der neuen. So gründet der EuGH das Erfordernis, die effektive Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten, nun auf die Werte des Art. 2 EUV.²⁵

Diese Praxis hat sich in der Auseinandersetzung mit autoritären Tendenzen einiger mitgliedstaatlicher Regierungen verstärkt, etwa in den Urteilen *ASJP*,²⁶ *LM*,²⁷ *Kommission/Polen*.²⁸ Eine weithin sichtbare Wegmarke bilden die Plenumsentscheidungen vom 16. Februar 2022, in denen der EuGH feststellte, dass die Werte (Verfassungsprinzipien) des Art. 2 EUV die Identität der Europäischen Union prägen und die Auslegung der Kompetenznormen leiten.²⁹ Es bestärkt die Legitimität dieser Rechtsfortbildung, dass der Europäische Rat und der Unionsgesetzgeber diese Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt haben.³⁰ In der Tat ist der EuGH keineswegs allein unter den Institutionen, wenn es um die Verwendung verfassungsrechtlicher Begriffe und Argumentationen geht. Insbesondere bei wichtigen Rechtsakten bedienen sich alle Unionsorgane solcher Begriffe und Argumentationen, und Gleiches gilt für viele Mitgliedstaaten. Solche institutionelle Praxis ist verfassungsrechtlich relevant.³¹

Rechtswissenschaftliche Diskurse begleiten intensiv diese Entwicklung. Viele Autorinnen und Autoren verwenden heute wie selbstverständlich verfassungsrechtliche Begrifflichkeit (etwa Demokratie, Rechtsstaat oder Grundrechte) und sehen oft kein Erfordernis, dies eigens zu rechtfertigen. Man betrachte nur aktuelle Debatten, etwa über die europäische

24 EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Rn. 24 f. – *van Gend & Loos*.

25 EuGH, Beschluss v. 20.11.2017, Rs. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, Rn. 102 – *Kommission/Polen (Wald von Białowieża, vorläufiger Rechtsschutz)*.

26 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 30, 32, 35 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

27 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 35, 48, 50 – *LM*.

28 EuGH, Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 42, 47, 58 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts)*.

29 EuGH, Urteile v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rn. 124 ff. – *Unigarn/Parlament u. Rat*, und Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 142 ff. – *Polen/Parlament u. Rat*; dazu noch erneut unten, unter III.1.

30 Vgl. 3. und 5. Erwägungsgrund Verordnung (EU) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union.

31 *Bruno de Witte*, Legal Methods for the Study of EU Institutional Practice, EuConst 18 (2022), 637–656.

Wirtschaftsverfassung (zum Mandat der EZB), über den neuen Wertekonstitutionalismus (mit Blick auf autoritäre Entwicklungen) oder über den Verfassungspluralismus (zum Verhältnis von EuGH und den Verfassungsgerichten).³² Über vieles wird in diesen Debatten gestritten, aber kaum noch, ob man den Streit in einer verfassungsrechtlichen Begrifflichkeit austrägt. Ganz selbstverständlich publiziert man zu diesen Themen auf dem *Verfassungsblog*.³³

Entsprechend dieser terminologischen Normalisierung wird von den Studierenden im Pflichtfach Europarecht heute eher unionsverfassungsrechtliches als wirtschaftsrechtliches Wissen verlangt. Die Ausbildung konzentriert sich immer mehr auf klassische Gegenstände des Verfassungsrechts (Grundrechte, Organe und Gewaltengliederung, Formen und Verfahren der Gesetzgebung, das föderale Verhältnis) und damit weniger als zuvor auf die Themen des Binnenmarkts, insbesondere die Grundfreiheiten. Die unionsrechtlichen Spezialgebiete, einschließlich ihrer primärrechtlichen Grundlagen, sind in sektorielle Veranstaltungen abgewandert (etwa Öffentliches Wirtschaftsrecht, Umweltrecht, Arbeitsrecht, Migrationsrecht, Strafrecht). Das Fach Europarecht wandelt sich immer mehr in eine Disziplin verfassungsrechtlichen Zuschnitts.³⁴

Diese Disziplin ist heute konsolidiert, weil viele Aspekte des Unionsrechts sich unter Aneignung der Traditionen des verfassungsrechtlichen Denkens schlichtweg besser als in allen anderen Traditionen verstehen lassen. Die EU-Verträge begründen nun einmal Hoheitsgewalt mit Legis-

32 Michael Ioannidis, Europe's New Transformations. How the EU Economic Constitution Changed during the Eurozone Crisis, CML Rev. 53 (2016), 1237–1282; Schorkopf, Wertekonstitutionalismus (Fn. 6); Miguel Póiares Maduro, Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungspluralismus, EuR 42 (2007), 3–31; Claudio Franzius, Verfassungspluralismus – Was bedeutet das konkret?, RW 7 (2016), 62–89 (72).

33 Zur Bedeutung Alexander Somek, Scholasticism and Aesthetic Enchantment. Notes on a Perplexing Quest for the Pouvoir Constituant, European Law Open 2 (2023), 201–218.

34 Aus dem reichen Schrifttum Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel, EU Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press 2021; Robert Schütze, European Constitutional Law, Cambridge: Cambridge University Press 2016; Allan Rosas/Lorna Armati, EU Constitutional Law. An Introduction, Oxford: Hart 2018; Samantha Besson, Droit constitutionnel européen. Précis de droit et résumés de jurisprudence, Bern: Stämpfli 2019; Yolanda Gómez Sánchez/Cristina Elías Méndez, Derecho constitucional europeo, Cizur Menor: Aranzadi 2019. Inzwischen gibt es sogar eine Verfassungsgeschichte, Frank Schorkopf, Die unentschiedene Macht. Verfassungsgeschichte der Europäischen Union 1948–2007, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2023.

lative, Exekutive und Judikative, statuieren eine Normenhierarchie und legitimieren Rechtsakte, schaffen eine Bürgerschaft, gewähren Grundrechte und regeln das Verhältnis von Rechtsordnungen, von Hoheitsgewalt und Wirtschaft, von Recht und Politik. Entsprechend fruchtbar ist es, mit einem verfassungsrechtlichen Ansatz die EU-Verträge als Rahmenordnung von Politik zu rekonstruieren, ihre Gehalte im Lichte verfassungstheoretischer und verfassungsrechtsdogmatischer Bestände zu systematisieren, legitimatorische Grundlagen zu thematisieren, zwischen gesellschaftlichen und rechtlichen Diskursen zu vermitteln, und nicht zuletzt ein entsprechendes disziplinäres Selbstverständnis zu etablieren.

Ein solcher Ansatz erlaubt unterschiedliche wissenschaftliche, weltanschauliche und politische Perspektiven, entsprechend den politischen und weltanschaulichen Auffassungen, die in der europäischen Gesellschaft zirkulieren. In der Tat liegt der gesellschaftliche Nutzen dieses juristischen Ansatzes gerade auch darin, dieser Gesellschaft ein Vokabular zu unterbreiten, das an weithin geteilte Grundüberzeugungen über die legitime Ausübung öffentlicher Gewalt anschließt, die in den Verfassungskämpfen des 19. und 20. Jahrhunderts geformt wurden, und zugleich eine Semantik des Streits anzubieten. In der Sprache des demokratischen Konstitutionalismus können konfligierende Gerechtigkeitsvorstellungen einer pluralistischen Gesellschaft artikuliert *und* diese Konflikte zugleich legitimen verbindlichen Entscheidungen zugeführt werden. Systematisch steht dieser Ansatz in einer Theorietradition, die ein „wahres“ Verfassungsrecht mehr als einen evolutionären Prozess denn eine revolutionäre Setzung begreift,³⁵ also als

35 Wegweisend *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), in: Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel (Hrsg.), Werke in zwanzig Bänden mit Registerband. Bd. 7, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1970, § 273. Wichtige neuere Autoren mit einem solchen Verständnis (auch ohne ein hegelianisches Vorverständnis) sind *Leonard Besselink*, The Notion and Nature of the European Constitution after the Lisbon Treaty, in: Jan Wouters/Luc Verheve/Philipp Kiiver (Hrsg.), European Constitutionalism beyond Lisbon, Antwerpen: Intersentia 2009, 261–281; *András Jakab*, European Constitutional Language, Cambridge: Cambridge University Press 2016; *José Martín y Pérez de Nanclares*, La Unión Europea como comunidad de valores. A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, Teoría y Realidad Constitucional 43 (2019), 121–159 (insb. 129 f.); *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin: Duncker & Humblot 2001; *Jacques Ziller*, La naturaleza del derecho de la Unión Europea, in: José M. Beneyto/Jerónimo Maillón González-Orús/Belén Becerril Atienza (Hrsg.), Tratado de derecho de la Unión Europea, Tomo IV: Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi 2011, 25–110; gespiegelt in der Entwicklung der mitgliedstaatlichen Verfassungen *Pedro Cruz Villalón*, Epílogo. La constitución (del

eine gesellschaftlich verankerte diskursive Praxis, an der professionelle und nicht-professionelle Akteure beteiligt sind.³⁶

3. Einwände

Der verfassungsrechtliche Ansatz trifft auf Einwände. Ein erster Einwand lautet, dass das Projekt, die Europäische Union nach einem Verfassungskonvent auf einen Verfassungsvertrag zu gründen, im Frühsommer 2005 scheiterte³⁷ und der anschließende Reformvertrag von Lissabon auf das „Verfassungskonzept“ (engl. *constitutional concept*, franz. *concept constitutionnel*) verzichtet.³⁸ Man könnte meinen, dass der Vertragsgesetzgeber damit dem verfassungsrechtlichen Ansatz die Grundlage entzogen habe. Eine naheliegende Konsequenz wäre dann, die oben angeführte EuGH-Rechtsprechung insgesamt als *ultra vires* zu qualifizieren.

Als Ausgangsbeobachtung halten wir fest, dass nach unserem Kenntnisstand niemand eine solche Position vertritt. Und in der Tat sollte beachtet werden, dass der Verfassungsvertrag in der europäischen Gesellschaft auf große Zustimmung gestoßen ist. Als die Mitgliedstaaten den Ratifikationsprozess wegen des französischen und des niederländischen Neins stoppten, erfolgte das gegen das belgische, estnische, griechische, italienische, lettische, litauische, luxemburgische, maltesische, österreichische, rumänische, slowakische, slowenische, spanische, ungarische und zypriotische Ja. Auch Bundestag und Bundesrat hatten bereits für die Ratifikation gestimmt. Insofern kann nicht behauptet werden, dass „die Europäer“ den Verfassungsvertrag rundum zurückgewiesen hätten.

Dem entspricht es, dass der Lissabonner Vertrag fast alle Regelungen aus dem Verfassungsvertrag übernimmt und das, was laut Europäischem Rat

Estado Miembro de la EU) como logro evolutivo, in: Niklas Luhmann (Hrsg.), *La constitucion como logro evolutivo*, Madrid: Tecnos 2024, XLIX–LXXV.

36 Aus soziologischer Perspektive *Andreas Reckwitz*, *Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken. Eine sozialtheoretische Perspektive*, Zeitschrift für Soziologie 32 (2003), 282–301; zu praxistheoretischen Ansätzen in der Rechtswissenschaft etwa *Tanja Aalberts/Thomas Gammeltoft-Hansen* (Hrsg.), *The Changing Practices of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

37 *Sandulli* (Fn. 4); *Hans Michael Heinig*, *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, VVDStRL 75 (2016), 66–104.

38 Europäischer Rat vom 21./22. Juni 2007, Schlussfolgerungen des Vorsitzes (11177/1/07 REV 1), Anlage I: Mandat für die Regierungskonferenz, Rn. 1; hierzu aus der Feder eines Protagonisten *Jean-Claude Piris*, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, 326 f.

das gescheiterte „Verfassungskonzept“ des Verfassungsvertrags ausmacht, für die Qualifizierung des Unionsprimärrechts als Verfassungsrecht kaum relevant ist. Für den Europäischen Rat bestand dieses „Verfassungskonzept“ darin, „alle bestehenden Verträge aufzuheben und mit einem einheitlichen Text mit der Bezeichnung ‚Verfassung‘ zu ersetzen“.³⁹ Danach hätten weder Deutschland (*Grundgesetz*) noch Österreich mit seinen über hundert Bundesverfassungsgesetzen eine Verfassung,⁴⁰ doch niemand wäht diese Staaten in einem verfassungslosen Zustand. Die weitgehende Irrelevanz der Aufgabe des „Verfassungskonzepts“ für den hier entfalteten verfassungsrechtlichen Ansatz findet auch darin Bestätigung, dass weder der Vertragsgesetzgeber noch der Europäische Rat die einschlägige Rechtsprechung des EuGH in Frage gestellt haben.⁴¹

Verfassungsrechtlich, genauer verfassungstheoretisch ist weit gewichtiger der Einwand, dass eine „wahre“ Verfassung Herrschaft in Selbstbestimmung transformiere und es daran bei den Unionsverträgen fehle. So entpuppt sich die Frage nach dem Verfassungscharakter der Verträge als Frage nach ihrer demokratischen Substanz. Das Theorem, dass Verfassungsrecht Fremdherrschaft in Selbstherrschaft verwandle, findet seine klassische Artikulation im „We the People“ der US-Verfassung. Viele nachfolgende Verfassungen nutzen diesen Kollektivsingular (das Volk mit seiner verfassungsgebenden Gewalt), und viele Verfassungslehren setzen ihn als Fluchtpunkt ihrer Rekonstruktionen. Dies gilt auch in den Debatten zum Unionsprimärrecht.

Die Beiträge, die in diesem Sinne argumentieren, lassen sich zwei Varianten zuordnen, welche der Vorgänger dieses Buches dokumentiert. Die eine artikuliert *Paul Kirchhof*, der Berichterstatter des Maastricht-Urteils des Zweiten Senats, das die Wahrung nationaler Demokratie und nationaler Kontrollbefugnisse zu einem europarechtlichen Kernthema macht.⁴² *Kirch-*

39 Europäischer Rat (Fn. 38), Rn. 1; Denkschrift der Bundesregierung zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, BR-Drs. 928/07, 133–197 (134).

40 *Ewald Wiederin*, § 7: Österreich, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, Heidelberg: C.F. Müller 2007, 389–449 (Rn. 44 f.).

41 *Michael Dougan*, *The Treaty of Lisbon 2007. Winning Minds, not Hearts*, CML Rev. 45 (2008), 617–703 (698).

42 BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*; zu seiner europaweiten Bedeutung *Julio Baquero Cruz*, *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, ELJ 14 (2008), 389–422.

hofs Kernargument lautet: „In einer Demokratie bestimmt der freie Bürger die Entscheidungen seines Gemeinwesens. Er ist in der Gemeinschaft des Staatsvolkes Mitherrscher, nicht Beherrscher.“⁴³ Eine Verfassung im Rechtssinne verlangt danach ein Staatsvolk und Staatlichkeit. Die andere, weniger staatszentrierte Gestalt des Arguments hat *Christoph Möllers* formuliert. Der Begriff der Verfassung, wolle man seinen emanzipatorischen Gehalt nicht verraten, verlange zwar nicht zwingend Staatlichkeit oder ein Staatsvolk, wohl aber einen Prozess kollektiver Selbstbestimmung, der eine „demokratische Politisierung der Rechtserzeugung durch die Begründung einer neuen Herrschaftsordnung“ leiste.⁴⁴

Unter diesen beiden paradigmatischen Ansätzen erscheint die Konzeption eines Unionsverfassungsrechts reduktionistisch oder gar ideologisch.⁴⁵ Es fehlt entweder das europäische Staatsvolk (*Kirchhof*) oder aber ein Akt, der als Ursprung der kollektiven Selbstbestimmung der Europäer begriffen werden könnte (*Möllers*). Verfassungsrechtliche Entwicklungen auf der europäischen Ebene können danach nur Holzwege sein⁴⁶ – auch wenn die Schlussfolgerungen der beiden Ansätze konträr sind: Aus der staatszentrierten Sicht, für die *Kirchhof* steht, gefährdet die unzureichende Determinierung der Unionsorgane die kollektive Selbstbestimmung im staatlichen „Primärraum“, während aus der republikanischen Perspektive, für die *Möllers* steht, gerade die primärrechtliche Überdeterminierung des politischen

43 *Paul Kirchhof*, Der europäische Staatenverbund, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin: Springer 2009, 1009–1043 (1011); vgl. weiter *Paul Kirchhof*, Vorrang des Rechts. Zu den Grenzen eines Anwendungsvorrangs von Europarecht, NJW 2022, 1049–1054.

44 *Christoph Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin: Springer 2009, 227–277 (229 f.); *Möllers* hat seine Position inzwischen fortentwickelt, *Christoph Möllers*, Die Europäische Union als demokratische Föderation, Köln: Fritz Thyssen Stiftung 2019, 20 ff, sowie *ders.*, in diesem Band.

45 Zum Ideologieverdacht Jan Komárek (Hrsg.), European Constitutional Imaginaries. Between Ideology and Utopia, Oxford: Oxford University Press 2023.

46 Prononciert, in der rechtlichen Bestandsaufnahme aber abwegig *Dietrich Murswiek*, Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung. Zu den Konsequenzen der Auflösung der Säulenstruktur der Europäischen Union und der Erstreckung der Gerichtsbarkeit des EU-Gerichtshofs auf den EU-Vertrag, NVwZ 2009, 481–486 (483): „die verfassungsgebende Gewalt bezüglich der Mitgliedstaaten [geht] auf die Europäische Union über“.

Prozesses auf der Ebene der Union demokratievereitende Effekte zeitigt und gegen eine verfassungsrechtliche Lesart der Verträge spricht.

Nun gibt es aber auch andere Verständnisse von Demokratie, welche Demokratie nicht als kollektive Selbstbestimmung, sondern als legitimen Entscheidungsprozess einer pluralistischen und komplexen Gesellschaft konzipieren, die nicht auf einen einzigen „Primärraum“ ausgerichtet sein muss.⁴⁷ Rechtswissenschaftlich ist dabei besonders relevant, dass die EU-Verträge ein solches Verständnis von Demokratie zeigen, das ohne die Prämisse kollektiver Selbstbestimmung auskommt. Der Vertragsgesetzgeber behauptet, dass die Union demokratisch ist (Art. 2 EUV), ohne zugleich zu beanspruchen, ein europäisches „Wir“ zu repräsentieren, das sich in einem Gründungsmoment manifestiert hat. Das scheint realistisch: Es gibt zwar selbstreflexive Prozesse in der europäischen Gesellschaft,⁴⁸ aber kaum jemand diagnostiziert ein europäisches „Wir“ kollektiver Selbstbestimmung.

Nun kann man erwägen, ob der Vertragsgesetzgeber die demokratische Idee verkannt oder gar verraten hat, weil er ein politisches System ohne Selbstbestimmung als demokratisch deklarierte. Dagegen sprechen allerdings die demokratische Dignität dieser Entscheidung selbst (Ratifizierung in allen Mitgliedstaaten, oft mit qualifizierten Mehrheiten, im Anschluss an einen fast ein Jahrzehnt währenden Beratungsprozess, in dessen Zentrum eine gesamteuropäische Versammlung, der Konvent, stand) – und ihre theoretische Belastbarkeit. Es ist zu betonen, dass der Vertragsgesetzgeber kein minimalistisches Konzept von Demokratie⁴⁹ verfolgt. Art. 2 EUV zeigt vielmehr ein anspruchsvolles Demokratieverständnis.⁵⁰ Seine Anforderungen nehmen viele der Anliegen von Demokratietheorien auf, die Demokratie unter der Idee der Selbstbestimmung konzipieren. Mit anderen Worten: Für die Grundstruktur des Unionsverfassungsrechts ist es gerade charakteristisch, dass seine Genese auf einem Gründungsakt in völkervertraglicher

47 *Harold J. Laski*, *The Foundations of Sovereignty*, London: Harcourt Brace & Co. 1921, 251–267; *Manfred G. Schmidt*, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, Wiesbaden: Springer 2019, 319–328; spezifisch zur Union *Sandra Kröger/Dawid Friedrich*, Introduction: The Representative Turn in EU Studies, *Journal of European Public Policy* 20 (2013), 155–170; *Sofia Näsström*, Where is the Representative Turn Going?, *European Journal of Political Theory* 10 (2011), 501–510.

48 *Jiří Příbáň*, Introduction: On Europe's Crises and Self-constitutions, in: *Jiří Příbáň* (Hrsg.), *Self-Constitution of European Society. Beyond EU Politics, Law and Governance*, London: Routledge 2016, 1–10.

49 Dazu kritisch *Jürgen Habermas*, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1973, 169 ff.

50 *von Bogdandy* (vor Fn. 1), 14 f., 218 ff.

Form zurückgeht, dass damit aber über den normativen Gehalt dieser Ordnung kaum etwas gesagt ist.⁵¹

Vor diesem Hintergrund bildet das Argument fehlender kollektiver Selbstbestimmung im unionsrechtlichen Kontext keinen überzeugenden Einwand gegen eine verfassungsrechtliche Deutung des Unionsprimärrechts. Vielmehr lassen sich – unter Adaptierung ihrer demokratietheoretischen Prämissen – sowohl staatszentrierte (delegationsrechtliche) als auch republikanische Positionen *innerhalb* eines verfassungsrechtlichen Ansatzes reformulieren, ebenso wie pluralistische Positionen, die zwischen beiden vermitteln wollen.⁵² Eher stellt sich die Gegenfrage, wie die auf Selbstbestimmung gepolten Ansätze sich zu der Entscheidung in Art. 2 EUV verhalten: Ist es für eine rechtswissenschaftliche Einschätzung der demokratischen Natur eines politischen Verbands irrelevant, dass frei gewählte Repräsentanten dessen demokratische Natur postuliert und zum normativen Maßstab seines Handelns erhoben haben?

Abschließend möchten wir festhalten, dass diese Einwände auch für uns einen durchaus relevanten Punkt artikulieren. Es geht um die verbreitete Intuition, dass das, was wir als Verfassungsrecht der Union bezeichnen, auf oftmals diffus bleibende Weise nicht vollständig dem entspricht, was man im nationalstaatlich geprägten Erfahrungs- und Erinnerungshorizont unter einer *Verfassung* versteht.⁵³ Wohlweislich spricht auch der Vertragsgesetzgeber eben nicht von Verfassung und begreift ausweislich Art. 1 Abs. 2 EUV die Unionsverträge auch in der Lissabonner Fassung als bloße Stufe einer unabgeschlossenen Integration (13. Erwägungsgrund der Präambel des EUV), die weiterzuführen eine zumindest politische Verpflichtung darstellt (14. Erwägungsgrund). Wir tragen dieser Intuition dadurch terminologisch Rechnung, dass wir zumeist nur von Verfassungsrecht, Verfassungskern, Verfassungsorganen usw. sprechen, nicht aber von einer unionalen *Verfassung* als solcher. Im Englischen und Französischen entsprechen diese Komposita den Adjektiven *constitutional* bzw. *constitutionnel*, eine behutsamere Formulierungstechnik, die auch der EuGH wählt. Damit bleibt der Begriff der *Unionsverfassung* als semantischer Marker für den Schritt auf eine weitere Stufe.

51 Dazu näher Bast/von Bogdandy, in diesem Band.

52 Zu ersterem siehe exemplarisch Weber, zum zweiten Farahat, zu letzterem Franzius und Wendel, alle in diesem Band.

53 Volkmann spricht in diesem starken Sinne von einer „Bürgerverfassung“, Uwe Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 95 f.

III. Drei Innovationen

Zur Weiterentwicklung des verfassungsrechtlichen Ansatzes unterbreitet dieser Band eine Systematisierung, die zu einer materiellen Binnenhierarchie im Unionsverfassungsrecht führt.⁵⁴ Das soll sein Verständnis, seine Interpretation und seine Anwendung erleichtern und verbessern. Der Systematisierungsbedarf ist angesichts des Umfangs der Verträge offensichtlich, gerade für einen verfassungsrechtlichen Ansatz. Diese Fülle, aber auch Gegenstand und Detailliertheit vieler Bestimmungen erschweren die Funktion von Verfassungsrecht, eine rechtliche Idee des Gemeinwesens zu vermitteln und die gesamte Rechtsordnung daran auszurichten.

Wir sehen die positivrechtliche und damit demokratisch validierte Grundlage einer solchen Systematisierung in den Bestimmungen der ersten drei Titel des EU-Vertrags (Art. 1–19 EUV). Von ihnen aus kann man ein gesamthaftes Verständnis dessen entfalten, was der EuGH den „eigenen verfassungsrechtlichen Rahmen“ der Union nennt.⁵⁵ Diese Artikel des EUV vermitteln eine Idee der Union, eine komplexe natürlich, entsprechend der Komplexität der europäischen Gesellschaft. Diese Idee leitet die Auslegung der anderen Normen des Unionsrechts im Sinne einer prinzipienorientierten Interpretation. Zugleich wohnt der in den Art. 1 bis 19 EUV manifestierten Lissabonner Verfassungsidee ein überschießendes Potential inne, welches das Unionsverfassungsrecht als ein unvollendetes Projekt ausweist, rechtsinterne Kritik erlaubt und transformatorische Interpretationen ausrichtet.⁵⁶

Theoretisch formuliert zielt diese Heraushebung von Art. 1 bis 19 EUV auf ein *constitutional mainstreaming*. Solches *mainstreaming* verlangt entweder interpretative Einheitsbildung oder aber Markierung von Differenz durch die Identifizierung von Bestimmungen, welche im Lichte der Grundlagen als Ausnahmen gelten müssen und als potentiell reformbedürftig erscheinen. Art. 1 bis 19 EUV legen den verfassungsrechtlichen Normalfall fest, selbst wenn dieser Normalfall aufgrund spezieller vertragsrechtlicher Anordnungen in einigen Politikbereichen nur eingeschränkt gilt. Die Artikel 1 bis 19 EUV kennzeichnet damit ein reflexives Element, das innere Spannungen und unterschiedliche Entwicklungsstände im geltenden Recht

54 Eine nähere Erläuterung dieses Ansatzes findet sich im Beitrag von Bast/von Bogdandy, in diesem Band, IV.2.

55 EuGH, CETA (Fn. 21), Rn. 110.

56 Zu den Auslegungsmethoden Bast/von Bogdandy, in diesem Band, IV.3.

sichtbar macht und Abweichungen unter verfassungspolitischen Rechtfertigungsdruck setzt.⁵⁷

1. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV als Verfassungskern

Unser Systemisierungsvorschlag besteht aus mehreren Komponenten. Erstens identifizieren wir in Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV den Kern des europäischen Verfassungsrechts, der auf die gesamte Unionsrechtsordnung ausstrahlt.⁵⁸ Dabei sind die Werte und Prinzipien des Art. 2 EUV besonders systemprägend, da sie die europäische Gesellschaft „auszeichnen“, so der explizite Wortlaut, und damit sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten verfassen. Dieser Verfassungskern bildet das prägende Zentrum des Unionsverfassungsrechts. Er charakterisiert die Union und die Mitgliedstaaten als verbundene Träger des europäischen Integrationsprozesses, der eine europäische Gesellschaft hervorgebracht hat, die sich im Horizont dieser Werte und Prinzipien entwickelt.

Es kommt unserem Ansatz entgegen, dass der EuGH Art. 2 EUV inzwischen in diesem Sinne deutet. Dessen Werte geben nunmehr der Union „schlechthin ihr Gepräge“.⁵⁹ Andere Sprachfassungen sind noch deutlicher: „They define the very identity of the European Union as a common legal order.“⁶⁰ Die Unionswerte rücken damit in eine Stellung, welche mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität vergleichbar ist⁶¹ und gewinnen enorm an rechtlicher Bedeutung. In dem konkret strittigen Fall rechtfertigt dies die Interpretation einer Kompetenznorm, welche einen Rechtsakt größter rechtlicher und politischer Tragweite ermöglicht.

Wir folgen dem EuGH und nutzen den Begriff des Verfassungskerns (*constitutional core*), um seinen Identitätsbegriff zu präzisieren und von

57 Zu dieser Deutung des Verfassungsvertrags aus der Perspektive des Jahres 2005 siehe Jürgen Bast, *The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution*, GLJ 6 (2005), Special Issue: *The Unity of the European Constitution*, 1433–1452.

58 Die hier vertretene Deutung entwickelt die frühere These weiter, nach der allein Art. 2 EUV diesen Verfassungskern bildet: von Bogdandy (vor Fn. 1), 158.

59 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 29), Rn. 127, 232; *Polen/Parlament u. Rat* (Fn. 29), Rn. 145, 264.

60 Die französische Fassung spricht von „l'identité même“. Die nachfolgende Rechtsprechung hält an dieser sprachlichen Ambiguität fest, bestätigt aber die Aussage, siehe EuGH, Urteil v. 5.6.2023, Rs. C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, Rn. 67 – *Kommission/Polen (Indépendance et vie privée des juges)*.

61 Dazu von Bogdandy/Spieker, in diesem Band.

den sozialpsychologischen Bedeutungsdimensionen abzugrenzen.⁶² Dabei sei noch darauf hingewiesen, dass der Begriff Verfassungskern oft mit den Attributen des „Unverletzlichen“ und „Unveränderlichen“ konnotiert wird⁶³ und damit eine Dogmatik des „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ ermöglichen will.⁶⁴ Eine solche Dogmatik ist hier nicht unser Gegenstand.

2. Art. 1 bis Art. 19 EUV als Grundlagenteil

Zweitens lesen wir die Bestimmungen der Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV gemeinsam mit den weiteren Bestimmungen der ersten neunzehn Artikel des EU-Vertrags als Grundlagenteil der Verträge, der die wichtigsten Bestimmungen des Unionsverfassungsrechts niederlegt. Damit realisiert der Lissabonner Vertrag das seit Mitte der 1990er Jahre verfolgte Anliegen, der Union einen „Basisvertrag“ zu geben, der die elementaren verfassungsrechtlichen Entscheidungen in einem knappen Dokument zusammenführt und eine Systematisierung des so unübersichtlichen Primärrechts erlaubt. Wir lesen die Lissabonner Systematik, in die der Vertragsgesetzgeber die „Substanz“ des Verfassungsvertrags überführt hat, als Verwirklichung dieses elementaren Reformanliegens, das mit beharrlichem politischen Willen verfolgt wurde und auf großer juristischer Expertise beruht.⁶⁵ In unserer Rekonstruktion etablieren die Verträge ein System von Konkretisierungsstufen, in dem nachgeordnete Vorschriften im Lichte der Grundlagenbestimmungen des EUV zu deuten sind. Diese innovative, durch den Lissabonner Vertrag begründete Systematik nimmt der vorliegende Band zum Ausgangspunkt seiner Rekonstruktion des Unionsverfassungsrechts.

62 Näher von *Bogdandy* (vor Fn. 1), §§ 31 ff.

63 Besonders ausgeprägt im deutschsprachigen Verfassungsrechtsdiskurs, vgl. *Monika Polzin*, Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?, Tübingen: Mohr Siebeck 2018. Der englischsprachige Diskurs ist hier offener, siehe *Daniel Sarmiento*, The EU's Constitutional Core, in: *Alejandro Saiz Arnaiz/Carina Alcobarro Llivana* (Hrsg.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Antwerpen: Intersentia 2013, 177–204.

64 Zu entsprechenden Ansätzen *Martin Mlynarski*, Zur Integration staatlicher und europäischer Verfassungsidentität. Das europäische Demokratieprinzip des Art. 2 EUV als Maßstab der europäischen Vertragsänderungsverfahren?, Tübingen: Mohr Siebeck 2021; *Martin Klamt*, Die Europäische Union als streitbare Demokratie. Rechtsvergleichende und europarechtliche Dimensionen einer Idee, München: Herbert Utz 2012, 306 ff.; zum älteren Diskurs im Anschluss an das EWR I-Gutachten siehe *Andreas von Arnould*, Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 38 (2003), 191–216.

65 Dazu im Einzelnen *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.2.

Zu den Eigenarten der Lissabonner Systementscheidungen gehört, dass die Reorganisation der Verträge nicht dem Modell einer schlichten Zweiteilung folgt, das in den 1990er Jahren propagiert wurde. Erstens haben nicht alle Bestimmungen des EUV Grundlagencharakter, namentlich nicht die des Titels V (Art. 21 bis Art. 46 EUV) über das auswärtige Handeln der Union und ihre Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik. Sie betreffen eine der in Art. 3 EUV genannten Aufgaben (Art. 3 Abs. 5 EUV) und gehören danach systematisch in den AEUV, deren Ort Art. 205 AEUV bezeichnet. Zweitens sind nicht alle Bestimmungen mit Grundlagencharakter in den ersten drei Titeln des EUV gebündelt. Vielmehr kommt etlichen Schlussbestimmungen des EUV (Art. 47 bis 55 EUV) und im Ersten Teil des AEUV (Art. 1 bis 17 AEUV) materieller Verfassungscharakter zu, insbesondere denen zur Vertragsänderung, zum Beitritt und zum Austritt. Wir verstehen diese Bestimmungen, die sich auf die Union bzw. ihre Politiken als Ganze beziehen, als eine weitere Konkretisierungsstufe im Primärrecht und bezeichnen sie als Grundlagenbestimmungen zweiter Ordnung.

Insgesamt zeichnet es die Struktur der Verträge aus, dass ihre Konkretisierungsstufen nur unscharf gegeneinander abgrenzt sind und hermeneutisch rekonstruiert werden müssen. Beispielsweise zählen wir Art. 20 EUV nicht zum Grundlagenteil der Verträge, weil von den Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit keine strukturprägende Kraft für das Unionsverfassungsrecht ausgeht. Es handelt sich, ähnlich wie Art. 21 EUV, um eine Kopfbestimmung, wie sie in einer Vielzahl von Titeln des AEUV vorangestellt ist.

3. Die Gesellschaft des Art. 2 Satz 2 EUV als soziale Referenz

Weiter macht dieser Band, wenngleich nicht in allen Beiträgen, einen Vorschlag, was als Fluchtpunkt unionsverfassungsrechtlicher Konstruktion im Sinne seiner sozialen Referenz dienen kann: die in Art. 2 Satz 2 EUV in Bezug genommene europäische Gesellschaft. Dieser Vorschlag sei ausführlicher erläutert. Er versteht sich in der Tradition des Konstitutionalismus, Verfassungsrecht an einem Kollektivsingular auszurichten, der eine soziale Entität bezeichnet.⁶⁶ Vier Begriffe sind dabei von besonderer Bedeutung: Staat, Volk, Nation und verfassungsgebende Gewalt. Viele juristische, aber auch politikwissenschaftliche oder politiktheoretische Abhandlungen ebenso wie Schulbücher und öffentliche Diskurse nutzen diese Begriffe als

66 Albrecht Koschorke, *Hegel und wir*, Berlin: Suhrkamp 2015, 82 ff.

Fluchtpunkt, um politisches Zusammenleben zu deuten, zu kritisieren, zu rechtfertigen. Insofern handelt es sich um Abschlussfiguren, rhetorisch, theoretisch, dogmatisch.

Die Entwicklung des Unionsverfassungsrechts zeichnet sich dadurch aus, dass es keiner dieser Begriffe in die Verträge oder auch nur zu einem allgemein akzeptierten Begriff des unionsverfassungsrechtlichen Diskurses geschafft hat. Zwar hat es immer wieder Anläufe gegeben,⁶⁷ aber keiner hat sich bislang durchzusetzen vermocht. Dies liegt, so scheint uns, an der begriffsstrategischen, die Verträge politisch ermöglichenden Entscheidung des Vertragsgesetzgebers, diese Begriffe nur für die mitgliedstaatliche Ebene zu nutzen. Soweit die Verträge diese Begriffe nutzen, stehen sie im Plural und beziehen sich allein auf nationale Kollektive: die Völker und die Mitgliedstaaten. Man kann dies als eine Konzession an die Kräfte deuten, die auch die Verwendung des Verfassungsbegriffs für das Unionsprimärrecht ablehnen (oben, II.3.).

Diese Entscheidung hat lange impliziert, dass dem Unionsverfassungsrecht ein Kollektivsingular fehlte, der seine soziale Referenz zum Ausdruck bringt. Die Unionsbürgerschaft des Maastrichter Vertrags von 1992 führte zu akademischen Versuchen, hiermit die Lücke zu schließen, sie waren aber nicht erfolgreich.⁶⁸ Das Fehlen solcher Begriffe trägt zum Eindruck einer Haltlosigkeit des Unionsverfassungsrechts und der Union bei. Europäisches Verfassungsdenken tut sich schwer ohne einen solchen Singular.

Der Verfassungsvertrag reagierte 2004 mit zwei Innovationen auf diesen Eindruck, die sich heute in Art. 2 EUV finden. Die erste findet sich in Art. 2 Satz 1 EUV in der Postulierung europäischer Werte, denn Werten wohnt ein

67 *Jean Monnet*, *Les États-Unis d'Europe ont commencé. La communauté européenne du charbon et de l'acier. Discours et allocutions 1952–1954*, Paris: Robert Laffont 1955; *Walter Hallstein*, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf, Wien: Econ 1969; *Angela Augustin*, *Das Volk der Europäischen Union. Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs*, Berlin: Duncker & Humblot 2000; vgl. auch EuG, Urteil v. 23.4.2018, Rs. T-561/14, ECLI:EU:T:2018:210, Rn. 113 f. – *One of Us u.a./Kommission* („verfassungsgebende Gewalt“); Schlussanträge von GA Sharpston v. 31.10.2019, verb. Rs. C-715/17, C-718/17 und C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, Rn. 253 – *Kommission/Polen u.a.* („europäischer ‚Demos‘“).

68 *Claudio Franzius*, *Das „Wir der Anderen“ in Europa. Wer ist das demokratische Subjekt in Europa?*, in: Claudio Franzius/Tine Stein (Hrsg.), *Recht und Politik. Zum Staatsverständnis von Ulrich K. Preuß*, Baden-Baden: Nomos 2015, 171–192 (174 ff.); zu den Potentialen *Kadelbach*, in diesem Band.

Element von Letztbegründung inne.⁶⁹ Nun sind Werte, also gesellschaftsweit verbreitete und verankerte normative Orientierungen, zwar ein kollektives Phänomen, aber ihnen fehlt ein soziales Substrat. Ein solches findet sich in der zweiten Innovation des Art. 2 EUV, genauer in Art. 2 Satz 2 EUV. In diesem Satz postuliert der Vertragsgesetzgeber eine europäische Gesellschaft.

Gesellschaft ist ein Kollektivsingular, dessen Bedeutung in allgemeinen gesellschaftlichen Diskursen Begriffen wie Volk, Staat, Nation und verfassungsgebende Gewalt in nichts nachsteht. Ein wichtiger Unterschied besteht allerdings darin, dass das staatszentrierte Verfassungsdenken ihn nicht als Zentralkategorie beansprucht. Deshalb kann er leichter eine unionsrechtliche Verwendung finden als Volk, Staat, Nation und verfassungsgebende Gewalt. Wir deuten seine Verwendung als kreativen Kompromiss zwischen den beiden unter II.3. beschriebenen Lagern: Zum einen stellt er dem europäischen Verfassungsdenken einen großen Kollektivsingular als soziale Referenz zur Verfügung, zum anderen tastet er die Schlüsselbegrifflichkeit des anderen Lagers nicht an.

Dabei ist zu unterstreichen, dass diese Begriffe zwar eine identische Funktion erfüllen, aber doch mit unterschiedlichen Stoßrichtungen verbunden sind. Es macht einen Unterschied, ob man Verfassungsrecht staatszentriert, volkszentriert oder gesellschaftszentriert rekonstruiert. Der Gesellschaftsbegriff kommt mit einem Programm, weil er die soziale Totalität heterogener fasst und eher von den interagierenden Individuen her konzipiert, und nicht, wie etwa der Begriff *Staat*, eher ausgehend von den Institutionen öffentlicher Gewalt. Es steht zu erwägen, ob der Begriff sogar eine inhärent republikanische Stoßrichtung hat. Immerhin spricht das vielleicht wichtigste Dokument des europäischen Konstitutionalismus von Gesellschaft mit einer solchen Stoßrichtung. Art. 16 der Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers von 1789 lautet: „Eine Gesellschaft, in der die Verbürgung der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung.“ Allerdings gibt es auch andere relevante Traditionslinien.⁷⁰

Bislang hat es kaum Vorschläge gegeben, den Begriff der Gesellschaft in Art. 2 EUV als europäische Gesellschaft zum verfassungsrechtlichen

69 Niklas Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, Heidelberg: C.F. Müller 1993, 19.

70 Vgl. Christian Neumeier, Kompetenzen. Zur Entstehung des deutschen öffentlichen Rechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 47–49 ; Weber, in diesem Band, III.2..

Fluchtpunkt zu erheben.⁷¹ Einige Interpreten sind noch nicht einmal der Auffassung, dass das Wort *Gesellschaft* die europäische Gesellschaft meint, sondern sehen die mitgliedstaatlichen Gesellschaften angesprochen,⁷² oder beides zugleich.⁷³

Dass Art. 2 EUV eine europäische Gesellschaft meint, ergibt sich aber aus dem Singular *Gesellschaft*. Dass es sich nicht um die Weltgesellschaft handelt, ergibt sich aus dem Bezug auf die EU-Mitgliedstaaten sowie der Fundierung in Werten: Die Weltgesellschaft zeichnet sich sicherlich nicht durch die zwölf Standards des Art. 2 EUV aus.⁷⁴ Die hier vorgeschlagene Lesart findet inzwischen Bestätigung durch den Gerichtshof der EU: Die Große Kammer des Gerichts hat die europäische Gesellschaft in einem spektakulären Fall als argumentativen Topos genutzt und die Integrität der demokratischen Willensbildungsprozesse dieser Gesellschaft als legitimes Schutzgut anerkannt.⁷⁵

Der Vertragsgesetzgeber von Lissabon postuliert also in Art. 2 EUV, dass die Europäerinnen und Europäer mit ihren siebenundzwanzig Mitgliedstaaten nach 70 Jahren Integration, also 70 Jahre in einem immer engeren Zusammenschluss der Völker Europas, eine Gesellschaft bilden. Danach

71 Zuerst wohl *Stelio Mangiameli*, in: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli (Hrsg.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Berlin: Springer 2013, Art. 2 TEU, Rn. 5 f. u. 35–41; nun aber *Loïc Azoulai*, *The Law of European Society*, CML Rev. 59 (2022), 203–214; *Alexander Heger/Raven Kirchner*, *Die Europäische Union auf dem Weg in eine europäische digitalisierte Gesellschaft?*, in: Raven Kirchner/Alexander Heger/Rainer Hofmann/Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Digitalisierung im Recht der EU*, Baden-Baden: Nomos 2023, 19–135.

72 So *Pierre-Yves Monja*, *Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne?*, *Revue trimestrielle de droit européen* 40 (2004), 443–475 (453 f.); *Christian Calliess*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 2 EUV, Rn. 31; unklar *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 2 EUV, Rn. 41 f.

73 *Peter-Christian Müller-Graff*, § 8: Die Vertragsziele der Europäischen Union, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 1, *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2022, 359–399 (Rn. 71); *Karl-Peter Sommermann*, § 3: Die gemeinsamen Werte der Union und der Mitgliedstaaten, in: Matthias Niedobitek (Hrsg.), *Europarecht. Grundlagen und Politiken der Union*, Berlin: De Gruyter 2020, 257–292 (Rn. 19).

74 Warum alle 12 Standards als Prinzipien zu verstehen sind, siehe *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band.

75 EuG, Urteil v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483, Rn. 55 f., 88 – *RT France/Rat*.

hat der Integrationsprozess zwar keinen europäischen Staat und kein europäisches Volk, wohl aber eine gemeinsame Gesellschaft hervorgebracht. Dabei weist Art. 2 EUV diese Gesellschaft nicht historisch, nicht kulturell, nicht ethnisch, nicht religiös aus, sondern charakterisiert sie allein über normative Grundaussagen (rechtlich: Verfassungsprinzipien). Gleichzeitig verweist der Daseinszweck der Union, diese Werte zu fördern (Art. 3 Abs. 1 EUV), diese Gesellschaft als etwas Fragiles, Unfertiges, auf Weiterentwicklung anlegt aus, und damit auch den Integrationsprozess selbst, der sie hervorgebracht hat. Die europäische Gesellschaft ist Produkt und Telos des Integrationsprozesses.

Der Wertbezug dieser Gesellschaft macht klar, dass Art. 2 EUV *Gesellschaft* nicht aus dem Gegensatz zu *Gemeinschaft* versteht: Der deutsche, Ferdinand Tönnies zu verdankende Dualismus von Gesellschaft und Gemeinschaft unterscheidet ja die beiden Phänomene durch den spezifischen Wertebezug einer Gemeinschaft.⁷⁶ So versteht man in Deutschland als Gesellschaft oft eine nur marktförmig integrierte Gruppe, als Gemeinschaft hingegen eine innigere, namentlich durch Werte integrierte Gruppe. Die Terminologie der Verträge zeigt hingegen eine geradezu gegenteilige Logik. Auf die ökonomisch zentrierte europäische Wirtschaftsgemeinschaft des EWG-Vertrags von 1957 (umbenannt 1992 in Europäische Gemeinschaft *tout court*) lässt der Vertragsgesetzgeber 2007 die in Werten gegründete Gesellschaft folgen.

Die nähere Bedeutung von *Gesellschaft* in Art. 2 EUV lässt sich gut anhand des Staatsbegriffs verdeutlichen. Der Begriff des Staates wie der Begriff der Gesellschaft haben je zwei Bedeutungen. In einer Bedeutung bezeichnen sie eine *Totalität* und in einer zweiten einen *Teil* dieser Totalität. Als Staat bezeichnet man zum einen, in der engen Bedeutung, die öffentlichen Institutionen mit ihrem Personal, Verfahren, Ressourcen und Instrumenten. Zum anderen meint Staat, in einer weiten Bedeutung, die soziale Gesamtheit, die über die öffentlichen Institutionen hinausgehend auch alle Bürgerinnen und Bürger umschließt.⁷⁷ Gesellschaft meint in der engen Bedeutung das Gegenüber der öffentlichen Institutionen, des Staates im engen Sinne, also die Gesamtheit privater Beziehungen. Die beiden en-

76 Manfred Riedel, Gesellschaft, Gemeinschaft, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhard Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart: Klett 1975, 801–862 (insb. 830 ff.).

77 Hegel (Fn. 35), § 258; näher Armin von Bogdandy, Hegel und der Nationalstaat, *Der Staat* 30 (1991), 513–535.

gen Bedeutungen von Staat und Gesellschaft konstituieren somit den Dualismus von Staat und Gesellschaft.⁷⁸ In der weiten Bedeutung bezeichnet Gesellschaft hingegen, wie der weite Begriff des Staates, die gesellschaftliche Totalität. Schon Jean-Jacques Rousseau verstand den *Gesellschaftsvertrag* als Grundlage seines *Staatsrechts*.⁷⁹ Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 nutzt in Art. 16 *Gesellschaft* in diesem Sinne. Die Europäische Menschenrechtskonvention bestätigt dieses Verständnis. Sie spricht von „einer demokratischen Gesellschaft“ (vgl. Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 EMRK) und stellt damit Anforderungen an die öffentlichen Institutionen der Konventionsstaaten.

Art. 2 EUV konzipiert mithin eine europäische Gesellschaft ohne einen europäischen Staat. Es geht aber Art. 2 EUV nicht um eine staatenlose Gesellschaft. Er versteht vielmehr die Mitgliedstaaten, mit allen ihren öffentlichen Institutionen, als konstitutiven Teil der europäischen Gesellschaft. *Gesellschaft* in Art. 2 EUV meint weit mehr als nur die Sphäre privater Rechtsbeziehungen oder die Sphäre gesellschaftlichen Engagements, die der Vertrag als Zivilgesellschaft bezeichnet (Art. 11 Abs. 3 EUV).⁸⁰ Gesellschaft in Art. 2 EUV bezeichnet das soziale Ganze, in dem sich die Institutionen der Union und ihrer Mitgliedstaaten sowie alle privaten und politischen Subjekte (Bürgerinnen und Bürger, aber auch Unternehmen, zivilgesellschaftliche Vereinigungen, Gewerkschaften, Parteien, Kirchen usw.) bewegen.

Damit verändert sich die Perspektive auf die Konflikte, welche die Europäische Union beschäftigen: Sie erscheinen nicht mehr in erster Linie als Konflikte *zwischen* Mitgliedstaaten, sondern als Konflikte *in* einer Gesellschaft. Die Konflikte um die Rechtsstaatlichkeit etwa sind damit nicht die zwischen liberalen westlichen Mitgliedstaaten und illiberalen östlichen, sondern zwischen unterschiedlichen Verständnissen, die in fast allen Mitgliedstaaten einen parteipolitischen Ausdruck haben.

Eine weitere perspektivische Veränderung resultiert daraus, dass unter dem Totalitätsbegriff, der auf soziale Interaktion abstellt, auch die in der Union aufhaltigen Drittstaatsangehörigen zur europäischen Gesellschaft im

78 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1976, 185.

79 Jean-Jacques Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag oder die Grundsätze des Staatsrechts (1762), hrsg. von Hans Brockard, Stuttgart: Reclam 1977.

80 Ganz in diesem Sinne die Unterscheidung in EuG, *RT France/Rat* (Fn. 75), einerseits Rn. 55 f., 85 (europäische Gesellschaft), andererseits Rn. 108, 175, 191, 202 (Zivilgesellschaft).

Sinne von Art. 2 EUV gehören. Die in Art. 10 EUV angesprochenen Legitimationssubjekte demokratischer Willensbildung, die Bürgerinnen und Bürger in ihrer doppelten Rolle als Staatsangehörige der Mitgliedstaaten und als Unionsbürger, sind nach unserem Verständnis verfassungstheoretisch auf einer anderen Ebene angesiedelt: Subjektstatus haben die privaten und öffentlichen Akteure *in* der europäischen Gesellschaft, nicht diese Gesellschaft selbst.⁸¹ Deshalb gehen wir auch nicht so weit, die Gesellschaft als Legitimationssubjekt zu begreifen, also ihr in dieser Hinsicht eine Rolle wie Volk oder Nation zuzusprechen. Zugleich aber spricht die Bezugnahme des Art. 2 EUV auf die Union und ihre Mitgliedstaaten gegen ein pan-europäisches Verständnis der europäischen Gesellschaft. Die europäische Gesellschaft des Art. 2 EUV ist institutionell verfasst, nämlich in der Union und ihren Mitgliedstaaten. Die hoheitlich-institutionelle Seite der europäischen Gesellschaft endet damit an den Außengrenzen der Union. Dem steht nicht entgegen, dass die Union auf Erweiterung (Art. 49 EUV) und Öffnung (Art. 8 EUV) angelegt ist, wie auch die Werte und Prinzipien des Art. 2 EUV keineswegs exklusiv unionale oder auch nur europäische sind.

So bildet die Gesellschaft nach Art. 2 EUV einen Kollektivsingulär, der als die ultimative soziale Referenz des Unionsverfassungsrechts dienen kann, ohne sie als handlungsfähiges Subjekt zu verdinglichen oder Legitimationssubjekt zu postulieren. Zugleich ist der Begriff, wie auch die anderen Kollektivsingulare, als juristisches Argument nur mit großer Umsicht einzusetzen.⁸² Seine rekonstruktive Rolle ist vor allem die einer Abschlussfigur, die rechtswissenschaftliche Deutungsangebote an eine soziale Praxis konkreter Subjekte zurückbindet.

IV. Struktur des Buches

Anders als alle uns bekannten Rekonstruktionen des Unionsverfassungsrechts, einschließlich der beiden Vorgängerversionen dieses Buches, kann dieser Band ein rechtliches Kriterium für seine thematische Auswahl und Fokussierung angeben. Ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, präsentieren seine Beiträge die Bestimmungen der Artikel 1 bis 19 EUV

81 Anders *Mangiameli* (Fn. 71), Rn. 38, der den Gesellschaftsbegriff des Art. 2 EUV als „society of European citizens“ liest und als Ausdruck des Prinzips der Volkssouveränität deutet.

82 Dies ergibt sich anschaulich aus Möllers Studie zum Staatsbegriff, *Christoph Möllers, Staat als Argument*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

als die Grundlagenbestimmungen des gesamten Unionsverfassungsrechts und richten sie an Art. 1 EUV, Art. 2 EUV und Art. 3 Abs. 1 EUV als Verfassungskern aus.

Das Buch gliedert sich, die obigen Verfassungssystematik implementierend, in vier Teile. Der Erste Teil befasst sich mit dem *Verfassungskern* der Union. Er enthält die Beiträge zu Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV, die grundlegende Aussagen zur europäischen Union (*union*), die aus der EU (*Union*) und ihren Mitgliedstaaten besteht, beinhalten. Die Beiträge erarbeiten die grundlegenden Strukturen und Prinzipien, auf denen diese Union beruht.

Die Beiträge im Zweiten Teil behandeln die zentralen Handlungsfelder und Ziele der Union. Sie beschäftigen sich mit den in Art. 3 Abs. 2 bis 5 EUV niedergelegten *Verfassungsaufgaben*. Es erscheint uns vielversprechend, das materielle Verfassungsrecht der EU in der Perspektive verfassungsrechtlich zugewiesener Aufgaben zu entfalten, ohne jedes einzelne der in Art. 3 EUV normierten Ziele zu thematisieren. Entsprechend arbeiten die einzelnen Beiträge dieses Teils heraus, welche „Grundregeln“ für die spezifischen Politikbereiche gelten, die „zur Verwirklichung des Integrationsprozesses im Sinne von Art. 1 Abs. 2 EUV beitragen“.⁸³

Der Dritte Teil entfaltet die *Verfassungsstruktur*. Orientiert an Art. 4–7 und 9 EUV diskutiert er den verfassungsrechtlichen Status von Union, Mitgliedstaaten und den Einzelnen, also den zentralen Akteuren der europäischen Gesellschaft. Im Zentrum stehen dabei Fragen der föderalen Ordnung sowie die Fundierung der jeweiligen Hoheitsgewalt in, und ihre Verpflichtung auf, grundlegende Grund- und Bürgerrechte. Eine planwidrige Lücke ist das Fehlen eines Beitrags zu Art. 5 EUV. Den Übergang zwischen den in Art. 10 EUV behandelten Legitimationsfragen und dem institutionellen System der Union bildet ein Beitrag zu den Prinzipien der Demokratie und der Gewaltenteilung.

Der Vierte Teil schließlich blickt auf die Handlungsträger der Union, ihre *Verfassungsorgane*, die in Art. 13–19 EUV charakterisiert werden und die den einheitsstiftenden „institutionellen Rahmen“ der Union, ihre Organisationsverfassung, ausmachen. Der Systematik des EUV folgend werden die zentralen Organe der Union einzeln thematisiert, zugleich aber deren Zusammenwirken miteinander und mit Handlungsträgern der Mitgliedstaaten betrachtet, um das spezifische Modell der Gewaltenkooperation der Union herauszuarbeiten.

83 EuGH, CETA (Fn. 21), Rn. 110.

Dieser Band entfaltet nicht das gesamte Unionsverfassungsrecht und thematisiert nicht alle Konkretisierungsstufen des Primärrechts, sondern konzentriert sich auf die ersten beiden Stufen. Wo es den Autorinnen und Autoren zweckmäßig erschien, wurden weitere grundlegende Vorschriften einbezogen. Dabei zielen die Beiträge nicht auf eine detaillierte Kommentierung der Regelungsgehalte der Art. 1 bis 19 EUV im Sinne eines geordneten Nachweises des dazu publizierten Materials oder eigener Interpretationsvorschläge mit Blick auf absehbare Fallkonstellationen. Vielmehr soll es darum gehen, die Gehalte der einzelnen Bestimmungen im Lichte der großen konstitutionellen Begriffe zu entwickeln, insbesondere des Art. 2 EUV, und dabei exemplarische dogmatische Fragen in den Blick zu nehmen.

Daraus ergibt sich für die einzelnen Beiträge typischerweise folgende thematische Gliederung, wobei die Reihenfolge und Schwerpunktsetzung variieren: Im einleitenden Abschnitt erfolgt eine problemorientierte Situierung des Beitrags, die exemplarisch auf politische Konflikte und/oder verfassungsrechtliche Debatten Bezug nimmt. Anschließend werden die betreffende(n) Bestimmung(en) im Kontext des Unionsverfassungsrechts im Überblick skizziert, systematisch und entstehungsgeschichtlich verortet und die Bereiche der EU-Verträge identifiziert, die in ihrem Lichte zu interpretieren sind. Im nächsten Schritt benennen die Texte die theoretischen Anknüpfungspunkte und diskutieren dogmatische Schlüsselfragen. Abschließend reflektieren sie den Stand des europäischen Verfassungsprojekts auf dem betreffenden Feld und benennen Defizite und Desiderata im Lichte der konstitutiven Werte und Prinzipien.

Mit diesem Zuschnitt möchte dieser Band dem Unionsverfassungsrecht einen Impuls geben. Die Ausrichtung an den ersten neunzehn Artikeln der Verträge macht grundlegende Strukturen und Gehalte des Unionsverfassungsrechts sichtbar – und produziert aber zugleich, wie jedes Deutungsschema, blinde Flecken. Tendenziell unterbelichtet bleiben die Rechte der Einzelnen und die soziale Dimension der Unionspolitiken. Insgesamt zeichnet sich der Grundlagenteil der Verträge durch institutionelle Themen aus, und selbst in dieser Hinsicht werden wichtige Elemente des Unionsverfassungsrechts ausgeblendet, etwa das System der Rechtsquellen.

Einige dieser Themen werden an geeigneter Stelle von den Autorinnen und Autoren mitbehandelt, etwa die Verfahren der Vertragsänderung und grundlegende Aussagen zur Kompetenzordnung im Beitrag zu Art. 1 EUV oder die in Art. 20 AEUV enumerierten Unionsbürgerrechte im Beitrag zu Art. 9 EUV. Es bleiben Lücken, die teils der begrenzten Kapazität eines einzelnen Studienbuchs, teils aber seiner Orientierung an der Systematik der

Verträge geschuldet sind. So sehr wir das Werk des Lissabonner Vertragsgesetzgebers schätzen, so offensichtlich sind die verbleibenden Defizite, die zu identifizieren uns nicht weniger wichtig ist als die Rekonstruktion seiner neuen Qualität.

Geltung, Telos und Hierarchie des Unionsverfassungsrechts

Jürgen Bast und Armin von Bogdandy*

I. Situierung	67
II. Normbefund	69
III. Geltungsgrund und Geltungsform, Art. 1 Abs. 1	72
1. Völkerrechtliche Gründung und autonome Geltung	73
2. Unionskompetenzen und Legalitätsprinzip	77
3. Der Streit um den Vorrang	81
IV. Telos der Integration, Art. 1 Abs. 2	87
1. Relevanz der Bestimmung	87
2. Zwei Bedeutungen von Union	91
3. Zur Rechtsnatur der Europäischen Union	96
V. Formaler Gleichrang und materielle Hierarchie, Art. 1 Abs. 3	100
1. Das Primärrecht als formelles Verfassungsrecht	101
2. Konkretisierungsstufen der Verträge	102
3. Folgerungen für die Interpretation	110
VI. „immer enger“ durch Recht, durch Juristen, durch Interpretation	119

I. Situierung

Laut Art. 1 EUV gründet der EU-Vertrag die Europäische Union. Diese Union betreibt nicht nur, wie vormals die Europäische Gemeinschaft, regulatorische Politik. Sie bildet vielmehr inzwischen den Rahmen, in dem die europäische Gesellschaft die meisten ihrer Probleme der letzten eineinhalb Dekaden bearbeitet hat und an die viele Europäerinnen und Europäer die Erwartung richten, einen „European way of life“ zu sichern.¹ Obwohl manche die Sinnhaftigkeit und die Leistungsfähigkeit der Union in Frage

* Dieser Beitrag übernimmt Passagen aus dem Buch *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, Berlin: Suhrkamp 2022, insbesondere aus § 22 und § 36. Sie wurden sprachlich angepasst und im gemeinsamen Diskussionsprozess inhaltlich weiterentwickelt.

1 *Tony Judt*, Geschichte Europas von 1945 bis zur Gegenwart, München, Wien: Hanser 2006, 21 und 925 ff.; die Kommission nutzt die Formel als Programm, siehe https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life_de (zuletzt abgerufen am 1.10.2024).

stellen, hat sich der Gründungsakt des Art. 1 Abs. 1 EUV² über die letzten 30 Jahre auf geradezu erstaunliche Weise konsolidiert. Die Staatsschuldenkrise der 2010er Jahre, die anhaltende Rechtsstaatskrise in einigen Mitgliedstaaten, die Covid-19-Pandemie, der Ukrainekrieg haben die Union nicht nur nicht geschwächt, sondern zu neuen Unionspolitiken geführt, die noch ein Jahr zuvor als politisch undenkbar schienen.

Vor diesem Hintergrund erschließen wir die Bedeutung des Gründungsakts auf der Stufe des Lissabonner Vertrags und machen ihn für die Rekonstruktion des aktuellen Stands des Unionsverfassungsrechts fruchtbar. Im Einklang mit dem Anliegen des vorliegenden Bands, Eckpunkte eines Verfassungsrechts der europäischen Gesellschaft zu bestimmen, unterbreitet unser Beitrag drei interpretatorische Vorschläge.

Der erste zeigt, wie Art. 1 Abs. 1 EUV mit völkerrechtlicher Terminologie eine eigene Rechtsordnung in Geltung setzt, die nicht Teil des Völkerrechts ist. Die Geltung dieser Rechtsordnung findet ihre prägenden Charakteristika in den Rechtsinstituten der Autonomie, der unmittelbaren Anwendbarkeit und des Vorrangs sowie einem strikten Legalitätsprinzip. Diese Charakteristika tragen seit fast einem halben Jahrhundert eine verfassungsrechtliche Deutung des Primärrechts.³ Unser Vorschlag besteht darin, diese elementaren Bausteine kernverfassungsrechtlich zu verankern und damit zur Überwindung des früheren, funktionalistischen Verfassungsverständnisses beizutragen.

Der zweite Vorschlag konkretisiert das entwicklungsgeschichtliche Telos, den Art. 1 Abs. 2 EUV dem Gründungsakt zuweist. Er sieht den Sinn der neuen Stufe der immer engeren Union der Völker Europas, die der Integrationsprozess mit dem Lissabonner Vertrag erreicht hat, darin, in der europäischen Gesellschaft (Art. 2 EUV) demokratischen Konstitutionalismus, Frieden und Wohlergehen zu fördern (Art. 3 Abs. 1 EUV). Während Frieden und Wohlergehen seit jeher den Sinnhorizont des Integrationsprozesses bestimmen, bilden die europäische Gesellschaft und der demokratische Konstitutionalismus neue Leitbegriffe, die den verfassungsrechtlichen Ansatz bestärken und einen neuen Blick auf die Rechtsnatur der Union erlauben.

2 Es sei hier klargestellt, dass der Vertragstext die drei Absätze amtlich nicht nummeriert. Die hier gewählte Zitierweise folgt dem EuGH, vgl. Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 4 – *Wightman*.

3 Wegweisend *Eric Stein*, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *AJIL* 75 (1981), 1–27.

Der dritte Vorschlag entnimmt Art. 1 Abs. 3 EUV eine Strukturierung der EU-Verträge, welche nach einer als „constitutional chaos“ bezeichneten Phase⁴ eine interne Ordnung und sogar eine materielle Hierarchisierung erlaubt. Auf dieser Grundlage können alle primärrechtlichen Bestimmungen im Lichte des europäischen Verfassungskerns und der weiteren Grundlagenbestimmungen des EUV interpretiert werden. Das wiederum hilft, den in Art. 1 Abs. 2 EUV zum Ausdruck kommenden Sinn der neuen Stufe der immer engeren Union in alle Verästelungen des Primärrechts zu tragen.

Diese drei Anliegen – die verfassungsrechtliche Rekonstruktion zentraler Rechtsinstitute des Unionsrechts, die Bestimmung des Sinns der Lissabonner Stufe und die Durchdringung der rechtlichen Grundlagen der Union von ihrem materialen Verfassungskern her – stehen in einem inneren Zusammenhang: Zur vollen Verwirklichung des Projekts einer normativ charakterisierten Gesellschaft bedarf es einer rechtswissenschaftlichen Konsolidierung des verfassungsrechtlichen Rahmens, in dem diese heterogene Gesellschaft ihre Ziele verfolgt und Konflikte aushandelt.

II. Normbefund

Die drei Absätze des Art. 1 EUV haben auf den ersten Blick disparate Themen. Der erste Absatz proklamiert die Gründung einer Organisation (die Union), benennt die handelnden Akteure (die Mitgliedstaaten) und den Modus dieses Aktes (ein Vertrag). Weiter bestimmt er diese Organisation als Trägerin von Zuständigkeiten, und zwar solchen, welche die Mitgliedstaaten ihr übertragen haben. Der zweite Absatz situiert diesen Gründungsakt als „neue Stufe“ eines Prozesses, der auf ein Ziel ausgerichtet ist, nämlich eine „immer engere Union der Völker Europas“ zu verwirklichen, die „möglichst offen“ und „bürgernah“ operiert. Der Vergleich der Sprachfassungen der Verträge zeigt, dass die in Abs. 2 angesprochene „Union“ (engl. *union*, niederländisch *verbond*) nicht identisch ist mit der des Abs. 1 (engl. *Union*, niederländisch *Unie*). Der dritte Absatz bezeichnet dann EUV und AEUV (vormals EG-Vertrag) als „Grundlage“ der Union und bestimmt das Verhältnis der Verträge als „rechtlich gleichrangig“. Der durch Art. 1 Abs. 3 EUV herbeigeführten Einheit der Verträge entspricht es, dass er EU und EG unter einer einzigen Rechtspersönlichkeit zusammenführt, indem er die Union zur Rechtsnachfolgerin der Gemeinschaft erklärt.

4 Deirdre Curtin, The Constitutional Structure of the Union. A Europe of Bits and Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17–69 (67).

Entstehungsgeschichtlich ist der Text des Art. 1 EUV eine Mischung aus dem Normbestand des EU-Vertrags alter Fassung und systemprägenden Innovationen der Regierungskonferenz von 2007,⁵ deren sogenannter Reformvertrag 2009 in Kraft trat.⁶ Festzuhalten ist weiter, dass die innovativen Formulierungen in Art. 1 des Verfassungsvertrags von 2004 keinen Niederschlag in Art. 1 EUV gefunden haben. Die Regierungskonferenz 2007 setzte also neu an.

Dem EUV a.F. entstammen nur der erste Halbsatz des Abs. 1 und der Abs. 2. Beide sind seit dem Vertrag von Maastricht nahezu unverändert geblieben (der Amsterdamer Vertrag hat in Abs. 2 den Grundsatz der Offenheit eingefügt). Gleichwohl gewinnen sie mit dem Lissabonner Vertrag eine neue Bedeutung, da sie sich ursprünglich nur auf die 1993 gegründete Europäische Union bezogen, die bis 2009 von den 1952 bzw. 1958 gegründeten Gemeinschaften getrennt war, und die weiteren Bestimmungen des Verfassungskerns (Art. 2 EUV und Art. 3 Abs. 1 EUV) fehlten. Art. 1 Abs. 3 EUV ist das Produkt der strategischen Entscheidungen des Jahres 2007, die „Substanz“ des gescheiterten Verfassungsvertrags zu wahren, ohne dessen Projekt einer vollständigen Ersetzung der bisherigen Verträge weiterzuverfolgen. Die Regierungskonferenz bringt mit dem neuen Art. 1 Abs. 3 EUV zwei Innovationen: die Umkehrung der Reihenfolge der vertraglichen Grundlagen der Union und die Überwindung der vorherigen Diffusität, die das Verhältnis der Verträge und Organisationen kennzeichnete.

Der interessanteste Teil ist der zweite Halbsatz des Art. 1 Abs. 1 EUV: „der die Mitgliedstaaten Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen“. Er weist, anders als der alte EUV, die Union als Ganze als Trägerin von Kompetenzen aus und betont damit den konstitutiven Charakter des Gründungsakts. Dies entspricht der Stoßrichtung des Verfassungsvertrags. Die Regierungskonferenz verwarf nur dessen Verfassungsrhetorik, bei der Gründung „von dem Willen der Bürgerinnen und Bürger und der Staaten Europas, ihre Zukunft gemeinsam zu gestalten“, geleitet zu sein. Hinsichtlich des Subjekts der Gründung bleibt es bei der alten Formulierung des Art. 1 Abs. 1 EUV, der den „Hohen Vertragsparteien“ diese Rolle zuschreibt, also den Mitgliedstaaten zur gesamten Hand. Der Verfassungsvertrag hatte diese Rolle der Verfassung selbst zugeschrieben

5 Europäischer Rat vom 21./22. Juni 2007, Schlussfolgerungen des Vorsitzes (11177/1/07 REV 1), Anlage I: Mandat für die Regierungskonferenz.

6 Zum Kontext *David Phinmore*, *The Treaty of Lisbon. Origins and Negotiation*, Houndmills u.a.: Palgrave Macmillan 2013, 148 ff.

(„begründet diese Verfassung“), die sich danach selbst gründet hätte: Es fehlte ein handelndes Subjekt.

Diese Genese des Art. 1 Abs. 1 EUV zeigt einen elementaren Kompromiss: Einerseits wird die Gründungsgewalt der Mitgliedstaaten betont und jeder Anklang an eine europäische verfassungsgebende Gewalt, an ein „We, the European People“ peinlich vermieden, andererseits unterstreicht die neue Fassung die Autonomie der Union als von den Mitgliedstaaten zu unterscheidende Trägerin von Hoheitsgewalt.

Als Kopftitel der Gesamtheit der Verträge nimmt Art. 1 EUV selbsterklärend eine herausgehobene systematische Stellung ein. Prägende Kraft für die übrigen Bestimmungen des Primärrechts geht damit noch nicht notwendig einher. Natürlich greifen viele, ja letztlich alle Vorschriften die Themen des Art. 1 EUV auf und konkretisieren sie. Spezifisch genannt seien Art. 47 EUV zur Rechtspersönlichkeit, Art. 5 EUV und Art. 2 ff. AEUV zu den Zuständigkeiten der Union oder Art. 6 Abs. 1, Art. 48 EUV und Art. 1 AEUV zur Ranggleichheit der Verträge. Seine nähere Bedeutung als Vorschrift, die zum prägenden Kern des Unionsverfassungsrechts gehört, ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel mit Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV. Art. 2 Satz 1 EUV stellt dem Voluntarismus der Gründung in Art. 1 Abs. 1 EUV eine ganz andere, nämlich axiologische Gründung zur Seite und führt diese in eine europäische Gesellschaft zurück. Die in Art. 2 EUV als konstitutiv ausgewiesenen Werte und Prinzipien gelten für die Union und die Mitgliedstaaten gleichermaßen, also die beiden Ebenen von Hoheitsgewalt, die Art. 1 Abs. 1 EUV anführt.

Hier wird deutlich: Das gemeinsame Thema der ersten fünf Absätze des EU-Vertrags (Art. 1, 2 und 3 Abs. 1 EUV) ist die Grundstruktur des europäischen Verfassungsrechts, also eines Rechtskorpus, welcher das Verfassungsrecht der Union und das der Mitgliedstaaten umfasst.⁷ Die Mitgliedstaaten und die Union sind eingebettet in einem Prozess der Integration und eine aus ihm hervorgegangene europäische Gesellschaft. In diesem Verbund kommen der Union als Rechtsperson eigene Kompetenzen zur Verfolgung ihres übergreifenden Ziels zu: die Förderung des Friedens, ihrer Werte und des Wohlergehens ihrer Völker – Maßstäbe und Zwecke öffentlicher Gewalt, die sie mit den Mitgliedstaaten teilt.⁸

7 Zu diesem Verständnis des europäischen Verfassungsrechts von *Bogdandy* (vor Fn. 1), § 10.

8 *Claus Dieter Classen*, § 51: Zur offenen Finalität der europäischen Integration, in: *Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 1,

In nur fünf Absätzen steigt der Text des EU-Vertrags mithin die Stufen vom völkerrechtlichen Ausgangspunkt der europäischen Integration (Art. 1 Abs. 1, 1. Halbsatz EUV) über die Entstehung eines Verbunds von Europäischer Union und Mitgliedstaaten (Art. 1 Abs. 2 EUV) als Zentrum einer den Werten des demokratischen Konstitutionalismus verpflichteten Gesellschaft (Art. 2 EUV) zu einem umfassend formulierten Gemeinwohlaufrag an den supranationalen Hoheitsträger (Art. 3 Abs. 1 EUV) hinauf. Dieser Gang der Normierung vollzieht so systematisch den historischen Gang des Integrationsprozesses nach.

Art. 3 Abs. 1 EUV ist die Schwelle, an der die EU-Verträge das allgemeine europäische Verfassungsrecht, das auch das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht umfasst, verlassen und in das Unionsverfassungsrecht eintreten: Im Weiteren ist es typischerweise allein die Union, der die Verträge Ziele zuweisen und sie mit Kompetenzen und Organen zu ihrer Wahrnehmung ausstatten, beginnend mit den grundlegenden Aufgaben (engl. *objectives*) des Art. 3 Abs. 2 bis 5 EUV, die die Union zur Erfüllung ihres in Art. 3 Abs. 1 EUV niedergelegten Daseinszwecks (engl. *the aim*) wahrnehmen soll. Natürlich sind auch die Mitgliedstaaten weiter vielfach angesprochen, aber nur noch in ihrer Rolle als verfasste Glieder der Union, deren unionsrechtlicher Status eben das Unionsrecht bestimmt.⁹ Nur der Austritt, die ultimative Wahrnehmung mitgliedstaatlicher Souveränität,¹⁰ ermöglicht eine Befreiung von den unionsrechtlichen Bindungen.

III. Geltungsgrund und Geltungsform, Art. 1 Abs. 1

Die erste Bestimmung des EU-Vertrags führt die zentralen hoheitlichen Akteure des europäischen Verfassungsrechts ein und regelt, wie sie einander begegnen. Sie weist dem Kollektiv der Mitgliedstaaten die Gründungsgewalt für die Union zu und zugleich der Union die Wahrnehmung eigenständiger Kompetenzen, welche die EU-Verträge begründen. Dieses Verschränken unterschiedlicher Hoheitsträger bildet ein erstes Element des europäischen Verfassungskerns. Im Folgenden sei gezeigt, dass relative Autonomie das gegenseitige Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten

Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Baden-Baden: Nomos 2022, 2089–2140 (Rn. 29).

9 Zu den mitgliedstaatlichen Gerichten siehe EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

10 EuGH, *Wightman* (Fn. 2), Rn. 50.

kennzeichnet (1.). Die so errichtete Kompetenzordnung der Verträge steht nicht zur Disposition einer Hoheitsebene (2.). Deshalb kann Art. 1 Abs. 1 EUV nicht für eine Relativierung des Vorrangs des Unionsrechts fruchtbar gemacht werden (3.).

1. Völkerrechtliche Gründung und autonome Geltung

Die Union als Hoheitsträger und das Unionsrecht als Rechtsordnung verdanken sich einem politischen Willensakt, den Art. 1 Abs. 1 EUV zum Ausdruck bringt. Die Bestimmung nutzt dabei völkerrechtliche Terminologie (*Vertrag, Vertragspartei*), artikuliert mit dem Attribut *hohe* die Souveränität der Vertragsparteien und betont mit dem Adverb *untereinander* die Zwischenstaatlichkeit des Aktes. Sie schließt damit bruchlos an die äußere Form des Vertrags an, der mit der feierlichen Nennung der Staatsoberhäupter einsetzt. Weiter bezeichnet Art. 1 Abs. 1 EUV die Kompetenzen der Union als von den Mitgliedstaaten *übertragen*. Ganz in der Tradition eines funktionalistischen Verständnisses internationaler Organisationen sollen diese Zuständigkeiten zur *Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele* dienen,¹¹ wohlgerneht: solche der Mitgliedstaaten. Art. 1 Abs. 1 EUV, isoliert interpretiert, könnte bei diesem Wortlaut gebieten, die Gründungsverträge als Völkerrecht und die Union als eine internationale Organisation zu verstehen, mit entsprechenden dogmatischen Konsequenzen, etwa der Anwendbarkeit völkerrechtlicher Ultra-vires-Lehren.¹²

Eine solche Interpretation des Art. 1 Abs. 1 EUV erschiene uns allerdings als verfehlt. Das ergibt sich bereits aus Art. 1 Abs. 1 EUV selbst. Die *Hohen Vertragsparteien* mutieren nämlich noch im selben Satz zu *Mitgliedstaaten*.¹³ Das beschränkt die reine Zwischenstaatlichkeit auf den eigentlichen Gründungsakt, denn *Mitglied* kann man nur in einem größeren Ganzen sein. Die anschließenden Bestimmungen spezifizieren dieses größere Ganze, das die Union und die Mitgliedstaaten bilden.

11 Vgl. Jan Klabbers, The Emergence of Functionalism in International Institutional Law. Colonial Inspirations, EJIL 25 (2014), 645–675; zur Überwindung dieses Verständnisses Joris Larik, From Specialty to a Constitutional Sense of Purpose. On the Changing Role of the Objectives of the European Union, ICLQ 63 (2014), 935–962.

12 So Dan Sarooshi, International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers, Oxford: Oxford University Press 2007, 66 ff.

13 Mit Blick auf die vertragliche Form des Gründungsakts ist es folgerichtig, dass die Hohen Vertragsparteien in Art. 54 EUV und Art. 357 AEUV erneut in Erscheinung treten: bei den Vorschriften über das Inkrafttreten der Verträge.

Art.1 Abs.2 EUV macht sodann klar, dass der Gründungsakt nicht als ein Anfang, sondern als weitere Etappe in einem unabgeschlossenen Prozess der Integration zu verstehen ist. Der Gründungsakt vertieft einen Prozess, der ausweislich der Präambel des EU-Vertrags (1. Erwägungsgrund) mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 begann und mit den Römischen Verträgen vom 25. März 1957 fortgesetzt wurde. Da der Gründungsakt der Union keines der vorherigen Resultate korrigiert, legitimiert er sie. Das gilt auch für die Rechtsprechung des EuGH zur Rechtsnatur der Gemeinschaftsverträge und den darauf aufbauenden elementaren Rechtsinstituten wie Autonomie, unmittelbare Wirkung und Vorrang. Art.1 Abs.3 EUV schließlich zeigt, dass die rechtliche Grundlage der Union nicht der Konsens der Vertragsparteien ist, sondern sein objektiviertes Produkt, die EU-Verträge.

Anschließend normiert Art. 2 Satz 1 EUV, dass die Union keineswegs nur auf den kollektiven Willen der Hohen Vertragsparteien gründet, sondern ebenso auf gemeinsamen Werten – dem materiellen Kern des europäischen Verfassungsrechts, der die Koexistenz von Union und Mitgliedstaaten inhaltlich mit Attributen der Verfassungsstaatlichkeit qualifiziert. Art. 2 Satz 2 EUV spezifiziert das größere Ganze weiter und lässt die Distanz zur zwischenstaatlichen Welt des Völkerrechts wachsen. Die Werte des Art. 2 EUV sind nämlich die Werte der europäischen Gesellschaft.¹⁴ Was der immer engere Zusammenschluss sonst noch bedeuten mag (dazu unter IV.): Laut Vertrag von Lissabon hat der Integrationsprozess *eine* europäische Gesellschaft hervorgebracht, welche die Mitgliedstaaten umschließt. Auf diesem Pfad bestimmt Art.3 Abs.1 EUV, dass die Union den Frieden, ihre (!) Werte und das Wohlergehen ihrer (!) Völker zu fördern hat – ein umfassend formulierter, arbeitsteilig mit den Mitgliedstaaten wahrzunehmender Auftrag zur Gemeinwohlverwirklichung, der den Zweck der Union, ihre Daseinsberechtigung ausmacht.¹⁵ Dieses Kontrastlicht auf die Terminologie des Art.1 Abs.1 EUV bestätigt die Präambel der Grundrechtecharta. In ihr treten nicht die Hohen Vertragsparteien, sondern die Völker Europas als Akteure auf, erinnernd an das amerikanische *We the People*.

Interpretiert man Art.1 Abs.1 EUV nicht isoliert, sondern im Lichte der übrigen Bestimmungen des europäischen Verfassungskerns, so können völkerrechtliche Dogmatik und völkerrechtlicher Voluntarismus die Rechtsna-

14 Dazu bereits in der Einleitung zu diesem Band, unter III.

15 Vgl. EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 172 – *EMRK-Beitritt II*; näher Weber, in diesem Band.

tur des Gründungsakts nicht erschließen. Der Gründungsakt, die Union und das Unionsrecht verlangen nach anderen theoretischen und dogmatischen Kategorien.¹⁶

Allerdings muss die Suche nach adäquaten Kategorien die in Art. 1 Abs. 1 EUV normierte Gründungsgewalt der vereinten Mitgliedstaaten berücksichtigen, denn diese Bestimmung gehört selbst zum Verfassungskern. Die Mitgliedstaaten haben mit dem Gründungsakt nicht ihre staatliche Existenz aufgegeben, sind also nicht zu unselbständigen Gliedern einer staatlichen Föderation verschmolzen. Ihnen verbleiben originäre Kompetenzen jenseits ihres Status als unionsrechtlich verfasste Mitgliedstaaten. Art. 1 Abs. 1 EUV verbietet ferner, den Gründungsakt als Ausübung einer originären rechtsschöpfenden Gewalt jenseits der Mitgliedstaaten oder gar als Akt der Selbstkonstituierung eines europäischen Volkes im Sinne eines *pouvoir constituant* zu deuten. Selbst die emphatische Präambel der Grundrechtecharta spricht in der dritten und nicht in der ersten Person Plural.

In einer Zusammenschau des Verfassungskerns eröffnet der Gründungsakt des Art. 1 Abs. 1 EUV ein neues rechtliches Feld, das jenseits der Felder des Staatsrechts und des Völkerrechts liegt. Genauer gesagt: Der Gründungsakt des Art. 1 Abs. 1 EUV bestätigt die Interpretation des Gründungsakts von Art. 1 EWG-Vertrag, die in der Dogmatik der *neuen Rechtsordnung* ihren wichtigsten Ausdruck findet. Maßgeblich sind zwei Entscheidungen des EuGH, die das Verständnis des Gründungsakts in Art. 1 Abs. 1 EUV und damit das Verständnis des Unionsrechts wie keine anderen prägen. Laut *van Gend & Loos* begründet der Vertrag eine *neue* Rechtsordnung des Völkerrechts, laut *Costa/ENEL* eine *eigene* Rechtsordnung *tout court*.¹⁷ Diese Prämisse einer autonomen Rechtsordnung bildet seit 1963 die Grundlage, auf welcher der Gerichtshof dem Gemeinschaftsrecht und nunmehr dem Unionsrecht zur praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) verhilft.

16 Die Arbeit daran charakterisiert seit jeher die europarechtliche Forschung: Anna Katharina Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht, Tübingen: Mohr Siebeck 2011; Antoine Vauchez, L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe, Paris: Presses de Sciences Po 2013; Aldo Sandulli, Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo, Mailand: Franco Angeli 2018.

17 EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *van Gend & Loos*; Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa/E.N.E.L.*; zum Hintergrund Antoine Vauchez, The Transnational Politics of Judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity, ELJ 16 (2010), 1–28.

Natürlich verfügte der Gerichtshof Anfang der 1960er Jahre nicht über den heutigen Verfassungskern, um diesen Schritt rechtlich abzusichern. Seine Bezugnahmen sind vager, liegen in der Sache aber nah bei dem, was den heutigen Verfassungskern ausmacht. Das gilt namentlich für die durch Art. 1 Abs. 1 EUV artikulierte Dualität von Union und Mitgliedstaaten als relativ autonome Hoheitsträger. Der größte Unterschied zwischen damals und heute lässt sich am Gegenstand des jeweils zweiten Artikels festmachen: Damals bezog sich die Gründung mit Art. 2 EWGV auf einen gemeinsamen Markt, heute geht es mit Art. 2 EUV um eine verfassungsrechtlich charakterisierte Gesellschaft.

Ungeachtet ihrer eher schwachen positivrechtlichen Grundlagen war den beiden Entscheidungen von 1963 und 1964 größter rechtlicher und politischer Erfolg beschieden. Es besteht ein breiter Konsens, dass Art. 1 EWG-Vertrag eine neue Rechtsordnung begründet hat, in deren rechtlicher Kontinuität die Union des Art. 1 Abs. 1 EUV steht, wie Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV bestätigt. Gleiches gilt für die beiden Rechtsinstitute, die diese neue, autonome Rechtsordnung seit jenen Entscheidungen charakterisieren und ihr juristische Substanz verleihen: unmittelbare Wirkung und Vorrang. Selbst skeptische Stimmen bestreiten nicht diese Grundsätze, sondern allenfalls ihre Anwendung in einzelnen Fällen.¹⁸

Rekonstruiert man Autonomie, unmittelbare Wirkung und Vorrang nach Maßgabe des heutigen Verfassungskerns, so bildet der Wert der Rechtsstaatlichkeit dafür die wichtigste normative Grundlage im positiven Verfassungsrecht. Der Rechtsstaatlichkeit kommt, neben dem Demokratieprinzip, eine herausgehobene Rolle unter den Verfassungsprinzipien des Art. 2 EUV zu; zahlreiche andere Werte und Prinzipien lassen sich ihm zuordnen. Sicherlich hat der Gerichtshof ab 1963 die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts funktionalistisch¹⁹ und nicht axiomatisch oder genuin verfassungsrechtlich begründet. Aus der Retrospektive lassen sich diese Urteile jedoch als Versuch deuten, dem in den Gemeinschaftsverträgen angelegten Potenzial einer zukünftigen Entwicklung hin zu einer „Politischen Union“ in der Tradition des demokratischen Konstitutionalismus einen

18 So selbst das von den nationalkonservativen Kräften gekaperte polnische Verfassungsgericht, siehe Urteil v. 14.7.2021, P 7/20, und Urteil v. 7.10.2021, K 3/21. Zur Kaperung EGMR, *Xero Flor w Polsce/Polen*, App. No. 4907/18, Urteil v. 7.8.2021, Rn. 4 ff.

19 *Pierre Pescatore*, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes* (1972), Brüssel: Bruylant 2005, 84 ff.

Weg zu eröffnen.²⁰ Die verfassungsrechtliche Fundierung der Dogmatik der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) im Rechtsstaatsprinzip hat der Gerichtshof in den letzten Jahren deutlich ausgewiesen.²¹ In diesem Sinne gründet er den Vorrang nunmehr auch auf Art. 4 Abs. 2 und 3 EUV.²² Insgesamt zieht der EuGH zunehmend die Grundlagenbestimmungen der Verträge heran, um grundlegende Entscheidungen zu rechtfertigen.²³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gründungsakt des Art. 1 Abs. 1 EUV eine autonome Rechtsordnung begründet. Völkerrechtliche Genese und autonome Geltung des Unionsrechts bilden keinen Gegensatz, sondern thematisieren unterschiedliche Aspekte desselben Vorgangs.

2. Unionskompetenzen und Legalitätsprinzip

Art. 1 Abs. 1 EUV gründet die Union und stattet sie mit Zuständigkeiten aus. Die Ausstattung ist, anders als die Gründung, dynamisch angelegt. Wie sich aus Art. 48 EUV ergibt, können der Union nach ihrer Gründung weitere Kompetenzen übertragen (aber auch entzogen) werden, allerdings nur in einem durch die EU-Verträge normierten Verfahren.

Hierin liegen zwei grundlegende Aussagen über die Natur der Unionskompetenzen, die, wie Autonomie, unmittelbare Wirkung und Vorrang, zum Kern des europäischen Verfassungsrechts gehören: Erstens gibt es keine andere Quelle für die Zuständigkeiten der Union als die Verträge, es gilt das in Art. 5 Abs. 2 EUV normierte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. In der Terminologie des deutschen Bundestaatsrechts formuliert, hat

20 *Kassandra Wetz*, Funktionen von Verfassungsidentität als gerichtliches Konzept in der Europäischen Union, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 309 und 313 f.

21 EuGH, Beschluss v. 20.11.2017, Rs. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, Rn. 102 – *Kommission/Polen (Wald von Białowieża, vorläufiger Rechtsschutz)*; Urteile v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rn. 124–129, 132 – *Ungarn/Parlament u. Rat*; Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 142–147, 150 – *Polen/Parlament u. Rat*; *Koen Lenaerts/José A. Gutiérrez Fons/Stanislas Adam*, Exploring the Autonomy of the European Legal Order, ZaöRV 81 (2021), 47–88.

22 EuGH, Urteil v. 21.12.2021, Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, u.a. Rn. 249 – *Euro Box Promotion*; Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 54 f. – *RS*; näher *Luke Dimitrios Spieker*, Werte, Vorrang, Identität. Der Dreiklang europäischer Justizkonflikte vor dem EuGH, EuZW 2022, 305–313 (310 f.); *Ferdinand Weber*, Die Identität des Unionsrechts im Vorrang, JZ 2022, 292–301 (296 ff.).

23 Vgl. EuGH, Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115, Rn. 63 ff. – *Strafverfahren gegen Oriol Junqueras Vies*; hierzu noch näher unter V.3.

die Union keine „Kompetenz-Kompetenz“.²⁴ Zweitens können der Union ihre Kompetenzen nur im vertraglichen Änderungsmodus entzogen werden. Während sich die erste Aussage gegen kompetenzloses Handeln von Unionsorganen richtet, schirmt die zweite die Kompetenzordnung gegen extralegale Änderungen oder Durchbrechungen durch die Mitgliedstaaten ab. Die Verträge errichten demnach gemäß Art. 1 Abs. 1 EUV eine in jeder Hinsicht verbindliche Kompetenzordnung, für die Union wie für die Mitgliedstaaten. Dass die Kompetenzen der Union auf einer „Übertragung“ beruhen, ist für ihre Geltung ohne Belang: Als autonom geltendes Recht können sie nur nach den Regeln des Unionsrechts geändert werden.

Diese Rechtslage entspricht dem Legalitätsprinzip und damit der Rechtsstaatlichkeit im Sinne von Art. 2 EUV. Das Legalitätsprinzip hilft, die Bedeutung von Art. 1 Abs. 1 EUV weiter zu vertiefen. Es gliedert sich in negative und positive Legalität.²⁵ Negative Legalität bedeutet, dass jegliches Handeln der Unionsorgane mit der Gesamtheit der Vertragsnormen in Übereinstimmung stehen muss.²⁶ Dieser Vorrang begründet eine interne Hierarchie, den Stufenbau der Unionsrechtsordnung: Das von den Organen der Union erzeugte, also von den Verträgen abgeleitete Recht steht im Rang unter dem Unionsprimärrecht.²⁷ Die dogmatische Ordnungsleistung eines Stufenbaus liegt darin, dass er eine formale Normenhierarchie errichtet, mit deren Hilfe Normenkonflikte bearbeitet werden können: Einerseits haben Normen der gleichen Rangstufe untereinander grundsätzlich dieselbe derogatorische Kraft, andererseits kommt ihnen Vorrang vor jeglichem rangniedrigeren Recht zu.

24 Zu den obsoleten Prämissen dieser dogmatischen Figur in den Unklarheiten der Verfassung des Norddeutschen Bundes und des Kaiserreichs siehe *Christian Neumeier*, Kompetenzen. Zur Entstehung des deutschen öffentlichen Rechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 95 ff.

25 Jürgen Bast, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 5 EUV, Rn. 10 ff.

26 EuGH, Urteil v. 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 – *Les Verts/Parlament*; Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 21, 39 – *EWK-Abkommen I*; Gutachten 2/15 v. 16.5.2017, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 235 – *Freihandelsabkommen mit Singapur*.

27 Klassisch zur Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung *Adolf Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: FS für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien: Springer 1931, 252–294; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig, Wien: Deuticke 1934.

Dieses Primärrecht umfasst nach Art. 6 Abs. 1 und Art. 51 EUV die Charta der Grundrechte sowie die Protokolle und Anhänge zu den Verträgen, und darüber hinaus alle anderen Normen, die den Verträgen im Rang gleichstehen.²⁸ Es schließt Bestimmungen ein, die im Wege von autonomen oder halbautonomen Vertragsänderungen erlassen werden. Entscheidend für die strikte Unionslegalität ist dabei, dass die Handlungsbeiträge der Unionsorgane in diesen Verfahren an die Verträge gebunden sind und der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegen,²⁹ obwohl der kontrollierte Rechtsakt primärrechtlichen Rang einnimmt.³⁰

Das Prinzip der negativen Legalität gilt ausnahmslos. Es herrscht also der absolute Vorrang des Unionsverfassungsrechts. Dieser Vorrang entspricht dem Vorrang der mitgliedstaatlichen Verfassung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen;³¹ der Sonderfall des Vereinigten Königreichs bedarf hier keiner Erörterung mehr.

Im Unionsrecht steht, wie in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, neben der negativen die positive Legalität. Das Prinzip der positiven Legalität, auch als Vorbehalt der Verträge oder Prinzip der Einzelermächtigung bezeichnet, verfasst diese Macht gleichsam an ihrer Quelle. Jeder Hoheitsakt der Unionsorgane muss sich im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EUV auf eine Rechtsgrundlage in den Verträgen zurückführen lassen. Dieses Prinzip gilt ebenfalls absolut, errichtet also einen Totalvorbehalt.³²

Das Legalitätsprinzip in der Unionsrechtsordnung erscheint heute als selbstverständlich, anders als für die frühe Gemeinschaft.³³ Die Maßstäb-

28 Dies sind neben den ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 340 Abs. 2, 3 AEUV) und den Beitrittsakten (Art. 49 Abs. 2 EUV) auch alle anderen Bestimmungen, die einem der Änderungsmodi des Art. 48 EUV unterliegen.

29 EuGH, Urteil v. 29.5.1974, Rs. 185/73, ECLI:EU:C:1974:61, Rn. 3 – *König*; Urteil v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 30–37 – *Pringle*.

30 *Matthias Niedobitek*, § 1: Vertragliche Grundlage, rechtliche Gestalt, Institutionen der Union, in: ders. (Hrsg.), *Europarecht. Grundlagen und Politiken der Union*, Berlin: De Gruyter 2020, 3–203 (Rn. 96 ff.); anders *Martin Nettesheim*, „Next Generation EU“. Die Transformation der EU-Finanzverfassung, AöR 145 (2020), 381–437 (391 f.).

31 *Christoph Grabenwarter*, § 11: Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, 391–416.

32 *Bast* (Fn. 25), Rn. 15 ff.

33 *Karl Carstens*, Die kleine Revision des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, ZaöRV 21 (1961), 1–37 (1, 14); *Frank Schorkopf*, Die unentschiedene Macht. Verfassungsgeschichte der Europäischen Union 1948–2007, Göttingen: Vandenhoeck 2023, 102.

lichkeit des Gründungsvertrags ist in den allermeisten internationalen Organisationen prekär.³⁴ Zu verdanken ist sie dem EuGH. Aus der Prämisse einer autonomen Rechtsordnung folgte er früh die ausschließliche Maßgeblichkeit der vertraglich vorgesehenen Vertragsänderungsverfahren. Diese sehen förmliche Verfahren vor und erfordern in allen Varianten eine Beteiligung von Unionsorganen. Dies bedeutet, dass die Geltung der Verträge sich nicht durch Absprachen der Mitgliedstaaten suspendieren lässt³⁵ und keine Praxis der Organe Primärrecht derogieren kann.³⁶ Auch das vom Rat einstimmig erlassene Recht unterliegt dem Primärrecht, selbst unter weiten Kompetenzen wie Art. 352 AEUV.³⁷ Völkerrechtliche Verträge zwischen Mitgliedstaaten unterliegen selbst dann dem Vorrang des Unionsrechts, wenn alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind.³⁸ Solche Sicherungen gegen eine „kalte Revision“ des Gründungsvertrags sind in internationalen Organisationen allenfalls in Ansätzen zu beobachten.³⁹

Für die verfassungstheoretische Einordnung des Art. 1 Abs. 1 EUV hat die strikte Normativität der Verträge und der durch sie begründeten Rechtsordnung eine wesentliche Implikation: Die Kompetenz zur Verfassungsänderung liegt allein beim Vertragsgesetzgeber und ist damit an die Vorgaben der Verträge gebunden. Sie ist Ausübung einer verfassten Gewalt und damit von der Gründungsgewalt der vereinten Mitgliedstaaten zu unterscheiden. Auf die Formel von den „Herren der Verträge“ sollte nicht nur wegen ihrer antiquierten Semantik, sondern auch deshalb verzichtet werden, weil sie

34 Georg Nolte, Lawmaking through the UN Security Council. A Comment on Erika de Wet's Contribution, in: Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (Hrsg.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin: Springer 2005, 237–244 (239 ff.).

35 EuGH, Urteil v. 13.11.1964, verb. Rs. 90/63 und 91/63, ECLI:EU:C:1964:80, 1344 – *Kommission/Belgien und Luxemburg*; Urteil v. 8.4.1976, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56, Rn. 56–58 – *Defrenne*; Urteil v. 6.4.1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98, Rn. 86 – *RTE und ITP/Kommission*.

36 EuGH, Urteil v. 28.4.1988, verb. Rs. 31/86 und 35/86, ECLI:EU:C:1988:211, Rn. 12 – *LAISA u.a./Rat*; Urteil v. 23.2.1988, Rs. 68/86, ECLI:EU:C:1988:85, Rn. 24 – *Vereinigtes Königreich/Rat*; Urteil v. 25.10.2017, ECLI:EU:C:2017:803, Rn. 41 – *Kommission/Rat (WRC-15)*.

37 EuGH, Urteil v. 18.2.1970, Rs. 38/69, ECLI:EU:C:1970:11, Rn. 10 f. – *Kommission/Italien*; Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 30 – *EMRK-Beitritt I*.

38 EuGH, Urteil v. 30.6.1993, verb. Rs. C-181/91 und C-248/91, ECLI:EU:C:1993:271, Rn. 16 – *Parlament/Rat u. Kommission (Bangladesch)*; Pringle (Fn. 29), Rn. 69; näher Julia Heesen, *Interne Abkommen. Völkerrechtliche Verträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, Berlin: Springer 2015, 344 ff.

39 Paul Reuter/Philippe Cahier, *Introduction au droit des traités*, Paris: Presses universitaires de France 1995, Rn. 210 f.; Henry G. Schermers/Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, Leiden: Brill Nijhoff 2018, § 1163.

diese Differenz ausblendet und ein rechtlich unbeschränktes Zugriffsrecht der Mitgliedstaaten auf die Verträge suggeriert.

Das unionsrechtliche Legalitätsprinzip führt mithin zu einer Dreiteilung des Status und Handlungsvermögens der Mitgliedstaaten. In ihrem Status als verfasste Mitgliedstaaten (*federal subjects*) sind sie – sei es als Einzelne, sei es als Kollektiv – den rechtlichen Bindungen der durch die Unionsverträge begründeten Rechtsordnung unterworfen. Als Teil des Vertragsgesetzgebers (*amending power*) können sie die Union weitestgehend frei gestalten, jedoch nur in den aufwändigen Verfahren des Art. 48 EUV oder anderer spezifischer Ermächtigungen der Verträge. Die Gründungsgewalt der Mitgliedstaaten (*constituent power*) dagegen liegt den Unionsverträgen voraus, sie kommt aber in der durch sie begründeten Rechtsordnung nicht zum Tragen.⁴⁰ Im Ergebnis bedeutet dies eben die Autonomisierung der unionalen Rechtsordnung, die seit jeher in verfassungsrechtlichen Kategorien rekonstruiert wurde.

3. Der Streit um den Vorrang

Die Stabilität der innereuropäischen Ordnung beruht zu einem erheblichen Teil darauf, dass alle maßgeblichen Akteure die zuvor beschriebenen Rechtsentwicklungen weitgehend konsentieren. Vor allem an einem Punkt gibt es aber einen prinzipiellen Dissens: beim Vorrang. Gilt er ausnahmslos, so die Rechtsprechung des EuGH, oder nur in den Grenzen des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts, über welche die mitgliedstaatliche Verfassungsgerichtsbarkeit entscheidet, so das Bundesverfassungsgericht und andere nationale Gerichte?⁴¹

Der daraus resultierende Konflikt ist die in Deutschland wohl am intensivsten beforschte Frage des Unionsrechts.⁴² So sinnvoll es ist, eine wichtige

40 Zur entsprechenden Situierung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes im Kontext des GG siehe *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimationsgrundlagen des deutschen Verfassungsstaates, Opladen: Westdeutscher Verlag 1990, 113–116.

41 Nachweise in *Stephan Schill/Christoph Krenn*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 4 EUV, Rn. 24–38.

42 Allein die Zahl der deutschsprachigen Beiträge aus den letzten 10 Jahren ist kaum überschaubar: *Vassilios Skouris*, Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht, EuR 2021, 3–27; die letzte Habilitationsschrift zu dem Thema ist *Teresa Weber*, Bundesstaatliche Identitäten

Frage gründlich zu beforschen, so sehr muss man sich der Konsequenzen bewusst sein. Es führt nicht nur zu einer Engführung wissenschaftlicher Aufmerksamkeit auf vertikale (föderale) Konfliktlagen, sondern bringt es auch leicht mit sich, unionsrechtliche Fragestellungen als solche des „Staatsrecht III“ zu deuten.⁴³ Das bedeutet, dass das Unionsprimärrecht in der Perspektive eines äußeren Staatsrechts thematisiert wird, was für ein genuines Unionsverfassungsrecht kaum Platz lässt.⁴⁴

Insofern ist es von erheblicher integrationspolitischer Bedeutung, dass in Deutschland gerade diese Frage zum juristischen Pflichtfachwissen gehört. Angehende Juristinnen und Juristen müssen wissen, dass das Bundesverfassungsgericht deutsche Grundrechte mit der *Solange*-Dogmatik, deutsche Kompetenzen mit der *Ultra-vires*-Dogmatik und deutsche Verfassungsidentität mit seiner Identitätsdogmatik gegen die Anwendung von Unionsrecht schützt, selbst wenn der EuGH keinen Verstoß festgestellt hat.⁴⁵ Damit schreibt die Juristenausbildung einen spezifischen vertikalen (föderalen) Konflikt tief in das juristische Weltbild des künftigen Rechtsstabs ein. Nicht nur zum Nachteil: Sie lernen, dass in der europäischen Gesellschaft nicht jede wichtige Frage bereits eine allgemein konsentiert Antwort gefunden hat, ja ihre Umstrittenheit zu einer demokratischen Gesellschaft gehören kann.

In der Sache ist zunächst festzuhalten, dass Art. 1 Abs. 1 EUV bei der Klärung der Streitfrage kaum hilft. Die Gründung des Unionsrechts durch das Kollektiv der Mitgliedstaaten steht, wie oben begründet, der geltungsmäßigen Autonomie der beteiligten Rechtsordnungen nicht entgegen, weshalb auch die Unterscheidung von „originären“ und „abgeleiteten“ Kompetenzen nichts zur Lösung beiträgt.⁴⁶ Selbst in einem völkerrechtlichen Deutungs-

und ihre Achtung im Unionsrecht, Baden-Baden: Nomos 2022; zur internationalen Diskussion Ana Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2022; Monica Claes/Bruno de Witte, § 121: Rollen der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VII, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa. Vergleich und Perspektiven, Heidelberg: C.F. Müller 2021, 643–686 (Rn. 25 ff.).

43 Als großes Lehrbuch Frank Schorkopf, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen*, München: C.H. Beck 2017.

44 Ebd., 9–15.

45 Vergleichend zum Identitätsvorbehalt Luke Dimitrios Spieker, *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts. How to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts*, CML Rev. 57 (2020), 361–398.

46 Bast (Fn. 25), Rn. 35.

kontext können einer vertraglichen Verpflichtungen nicht nachträgliche Vorbehalte oder Verweise auf innerstaatliche Vorschriften entgegengehalten werden, und seien sie „verfassungsidentitätsprägender“ Natur (vgl. Art. 27 WVRK).⁴⁷

Das Wort *übertragen* in Art. 1 Abs. 1 EUV trägt nach allgemeiner Auffassung den Vorrang des Unionsrechts, denn auch das Bundesverfassungsgericht und viele andere Gerichte verstehen, wie der EuGH, das in Art. 1 Abs. 1 EUV gegründete Unionsrecht als autonome und vorrangige Rechtsordnung.⁴⁸ Es ist zu betonen, dass die nationalen Gerichte das Unionsrecht in vielerlei Hinsicht fördern. Man denke, über die Anerkennung des Vorrangs hinaus, an die Anerkennung der präjudiziellen Wirkung von EuGH-Entscheidungen, die Rücknahme der Kontrolle von nationalen Umsetzungsakten und die Bewehrung der Vorlagepflicht zum EuGH. Als Krönung dieser Unterstützung gilt gemeinhin, dass ein Verfassungsgericht in einem Vorlageverfahren die Rechtsauffassung des EuGH einholt und, wichtig, anschließend umsetzt.⁴⁹ Zugleich aber haben sich mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte eben als Kontrollinstanzen gegenüber dem EuGH in Stellung gebracht und nehmen für sich in Anspruch, die mitgliedstaatliche Anwendung des eigentlich vorrangigen Unionsrechts zu unterbinden.

Die Politik kann mit dieser offenen Konstellation offenbar gut leben. Sie hat zum einen die Vorrang-Rechtsprechung des EuGH nie korrigiert, obwohl die vielen Vertragsänderungen zahlreiche Gelegenheiten dazu boten.⁵⁰ Der prominent vertretenen Forderung nach einem Kompetenzgericht, das den EuGH ersetzt oder gar kontrolliert, ist der Vertragsgesetzgeber nicht nachgekommen.⁵¹ Die Regierungskonferenz von 2007 hat zwar

47 *Pierre-Marie Dupuy*, International Law and Domestic (Municipal) Law, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online), Oxford: Oxford University Press 2011, Rn. 32.

48 *Schorkopf*, Staatsrecht (Fn. 43), 34 ff.

49 *Monica Claes*, Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure, GLJ 16 (2015), 1331–1342.

50 *Karen J. Alter*, Who Are the „Masters of the Treaty“? European Governments and the European Court of Justice, in: dies., *The European Court's Political Power*, Oxford: Oxford University Press 2009, 109–136 (128 f.).

51 *Joseph H.H. Weiler/Alexander Ballmann/Ulrich Haltern/Herwig Hofmann/Franz Mayer*, Certain Rectangular Problems of European Integration, Project IV/95/02, European Parliament Directorate General for Research (1996), 1–69 (69); *Bernhard W. Wegener*, *Karlsruher Unheil. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 (2 BvR 859/15) in Sachen Staatsanleihekäufe der Europäischen Zentralbank*, EuR 2020, 347–363 (360 f.).

einerseits, anders als im Verfassungsvertrag von 2004 (Art. I-6 VVE), eine Klärung der Vorrangfrage vermieden, andererseits die Vorrang-Rechtsprechung des EuGH in der Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Lissabon explizit unterstützt.⁵² Zum anderen hat die Politik aber ebenso wenig einen Instanzenzug eingerichtet, in dem der EuGH ein nationales verfassungsgerichtliches Urteil als übergeordnete Instanz aufheben könnte. Es bleibt dabei, dass er nur die Rechtswidrigkeit feststellen und finanzielle Sanktionen erlassen kann: ein stimmiges prozessrechtliches Korrelat zum Axiom autonomer Rechtsordnungen. *Carl Schmitt* identifiziert diesen Punkt mit der Feststellung, dass das Offenbleiben der Machtfrage eine echte Föderation auszeichne.⁵³

Gleichwohl steht diese verfassungsrechtliche Schwebelage im Spannungsverhältnis mit dem Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit, das gemäß Art. 2 EUV die Union und die Mitgliedstaaten gleichermaßen verpflichtet. Die Widerspruchsfreiheit des Rechts gehört zu den Prinzipien rechtsstaatlicher Ordnung, in der es auf ein und dieselbe rechtliche Frage keine sich widersprechenden, gleichermaßen gültigen Antworten geben darf. Denn dies hätte zur Folge, dass der rechtliche Streit (und der zugrunde liegende soziale Konflikt) nur mit extralegalen Mitteln entschieden werden kann, eben als eine Machtfrage im Sinne *Schmitts*.

Die gegenwärtige Verfassungslage birgt damit das Risiko einer Beschädigung des Wertefundaments der europäischen Gesellschaft und sollte nicht als Ausdruck eines erstrebenswerten Pluralismus idealisiert werden.⁵⁴ Immerhin ist es bislang gelungen, dass Konflikte in Einzelfragen nicht eskalieren und zu veritablen Verfassungskonflikten werden. Dem kommt entgegen, dass sich die Geltung des Unionsrechts durch ein hohes Maß an Flexi-

52 Die Erklärung lautet: „Die Konferenz weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.“

53 *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, München, Leipzig: Duncker & Humblot 1928, 370 ff.

54 In diese Richtung aber typischerweise verfassungspluralistische Ansätze, etwa *Matthias Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 599 ff.; *Franz C. Mayer*, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, VVDStRL 75 (2016), 8–63 (38 ff.); *Giuseppe Martinico*, The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process, London: Routledge 2023, 153 ff. et passim.

bilität auszeichnet.⁵⁵ Diese Flexibilität ist Ausdruck einer bemerkenswerten Entwicklung. Das kelsenianische Modell der Normkollision ist ganz eng bezüglich der Entscheidungsmöglichkeiten, denn es zielt auf die Nichtigkeit des als defekt befundenen Aktes. Dagegen gibt es im europäischen Verbund der Rechtsordnungen viele Optionen, aber fast nie die harte Rechtsfolge der Nichtigkeit.⁵⁶

Das zeigt gerade die Vorrangdogmatik des EuGH. In den 1960er Jahren war umstritten, ob der im *Costa/ENEL*-Fall begründete Vorrang gegenüber nationalem Recht als Geltungsvorrang, also mit Nichtigkeitsfolge, oder nur als ein weicherer Anwendungsvorrang konzipiert werden sollte. Die weichere Lösung setzte sich durch.⁵⁷ Weiter bietet die Tenorierung von EuGH-Urteilen Möglichkeiten, Konflikte konstruktiv zu bearbeiten. Der EuGH beschränkt sich oft darauf, den nationalen Gerichten Orientierung zu geben, so dass er ihnen nicht nur die eigentliche Entscheidung, sondern auch die Interessenabwägung im Einzelfall überlässt.⁵⁸ Der *Taricco*-Fall zeigt, dass Art. 267 AEUV sogar als eine Art Rechtsmittel gegen eine frühere Entscheidung des EuGH dienen kann, so dass der EuGH sich im Lichte der verfassungsgerichtlichen Einwände korrigieren kann.⁵⁹

55 *Claes/de Witte* (Fn. 42), Rn. 7 ff.; *Juan Luis Requejo Pagés*, § 125: Gestalt und Probleme der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VII, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa. Vergleich und Perspektiven*, Heidelberg: C.F. Müller 2021, 799–851 (Rn. 67 ff.).

56 *Schorkopf*, *Staatsrecht* (Fn. 43), 40 ff.; zur Ausnahmekonstellation im Verbund der Zentralbanken siehe *Bast/Kaiser*, in diesem Band, IV.2.

57 Vgl. einerseits *Eberhard Grabitz*, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburg: Appel 1966, 113; andererseits *Manfred Zuleeg*, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich*, Köln: Heymann 1969, 140 ff.

58 *Takis Tridimas*, *Constitutional Review of Member State Action. The Virtues and Vices of an Incomplete Jurisdiction*, I-CON 9 (2011), 737–756; *Daniel Sarmiento*, *Half a Case at a Time. Dealing with Judicial Minimalism at the European Court of Justice*, in: Monica Claes/Maartje de Visser/Patricia Popelier/Catherine Van de Heyning (Hrsg.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Morsel: Intersentia 2012, 13–40.

59 *Matteo Bonelli*, *The Taricco Saga and the Consolidation of Judicial Dialogue in the European Union*, MJ 25 (2018), 357–373; *Lucia S. Rossi*, *M.A.S. e M.B. e la torre di Babele: alla fine le Corti si comprendono... pur parlando lingue diverse*, in: Chiara Amalfitano (Hrsg.), *Primato del Diritto dell'Unione Europea e Controlimiti alla Prova della 'Saga Taricco'*, Mailand: Giuffrè 2017, 153–168.

Lange schien es so, als seien die einschlägigen Dogmatiken der Verfassungsgerichte ebenso flexibel.⁶⁰ Ihre Verantwortung gegenüber dem Integrationsprozess zeigt sich darin, dass sie ihre „Joker“ im Machtspiel der Gerichte nur ganz selten ziehen, um einen Stich zu machen. Die jüngere Entwicklung der Rechtsprechung des Zweiten Senats, namentlich das PSPP-Urteil, und mehr noch die nachfolgende Spruchpraxis mitteleuropäischer Gerichte geben deshalb Anlass zur Sorge.⁶¹ Es zeigt sich, dass ein Instrument, das als Notfallkompetenz ein Element von *checks and balances* in der Justizarchitektur des europäischen Mehrebenen-Verfassungsrechts bilden und damit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV zuarbeiten könnte, die unionsrechtliche Legalität auch untergraben kann.

In jedem Fall darf das Unionsrecht allenfalls als *ultima ratio* unangewendet bleiben, d.h. bei besonders schwerwiegenden und offenkundigen Verstößen gegen höherrangiges Unionsrecht, in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zur *ipso-iure*-Nichtigkeit von Unionsakten.⁶² Ein Verfassungsgericht muss einen solchen gefährlichen „Spielzug“ mit einer schweren Gefahr für grundlegende Verfassungsprinzipien rechtfertigen.⁶³ Darüber hinaus ist zu fordern, dass das betreffende Gericht seine Entscheidung nicht an idiosynkratische Maßstäbe der eigenen partikulären Rechtsordnung zurückbindet, sondern an das gemeinsame Wertefundament des Art. 2 EUV.

Wie immer man zur Zulässigkeit einer solchen Doktrin steht, so erscheint eins aus der Perspektive unseres Ansatzes klar: Eine mitgliedstaat-

60 Vgl. EuGH, Schlussanträge von Generalanwalt Cruz Villalón v. 14.1.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:7, Rn. 38 – *Gauweiler*.

61 Zur Kritik am PSPP-Urteil siehe Beiträge in GLJ 21 (2020), 944–1127; zum nachfolgenden Urteil des ungarischen Verfassungsgerichts *Beáta Bakó*, The Zauberschülerling Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court’s Case Law on Identity-, Ultra Vires- and Fundamental Rights Review in Hungary, *ZaöRV* 78 (2018), 863–902; zur selbstkritischen Reflexion über eine unheilige Allianz von Pluralismus und Populismus siehe *Martinico* (Fn. 54), vii ff.; siehe ferner die Beiträge von *Goldmann* und *Ioannidis*, in diesem Band.

62 EuGH, Urteil v. 26.2.1987, Rs. 15/85, ECLI:EU:C:1987:111, Rn. 10 – *Consortio Cooperativa d’Abruzzo/Kommission*; dazu im vorliegenden Kontext *Jürgen Bast*, Don’t Act Beyond Your Powers. The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court’s Ultra Vires Review, *GLJ* 15 (2014), 167–181 (172).

63 Näher *Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber*, § 126: Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, in: *Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber* (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VII, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa. Vergleich und Perspektiven, Heidelberg: C.F. Müller 2021, 847–875 (Rn. 29 ff.).

liche Reservekompetenz zur Wahrung der unionalen Legalität darf nicht so verstanden werden, dass sie das Verständnis der Rechtsnatur der Union und der EU-Verträge maßgeblich prägt. Wir plädieren dafür, sich aus der Fixierung auf vertikale (föderale) Konfliktlagen zu lösen und das Unionsverfassungsrecht in der Breite verfassungstypischer Konfliktlagen zu rekonstruieren – aus der Perspektive der europäischen Gesellschaft und im Lichte der Prinzipien des Art. 2 EUV.

IV. Telos der Integration, Art. 1 Abs. 2

1. Relevanz der Bestimmung

Art. 1 Abs. 2 EUV bestimmt den Gründungsakt des Art. 1 Abs. 1 EUV als eine weitere Stufe im unabgeschlossenen europäischen Einigungsprozess. Danach ist die Union ein Integrationsverband, deren Recht die Einigung Europas weiterführen soll. Das ist weit mehr als eine deskriptive historische Verortung. Als Norm des Vertrags, zumal an herausgehobener Stelle, besitzt Art. 1 Abs. 2 EUV juristische Relevanz und muss mit den Grundstrukturen des Unionsrechts⁶⁴ sowie, so unser Verständnis, mit der Hervorbringung einer europäischen Gesellschaft zusammengedacht werden.

Art. 1 Abs. 2 EUV legt in doppeltem Sinne das Telos der Integration nieder: Er gibt zum einen Auskunft über den Sinn und Zweck des Gründungsakts, aus dem die Union hervorgegangen ist (die „neue Stufe“), zum anderen gibt er dem Prozess, aus dem die Union hervorgegangen ist, eine bestimmte Richtung, ein Ziel: das der Vertiefung der Integration (die „immer engere Union“).

Die Aussage von Art. 1 Abs. 2 EUV befindet sich seit 1957 in den Verträgen, aber zunächst nur in der Präambel des EWG-Vertrags (heute AEUV) und nur prospektiv mit den Worten „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss [...] zu schaffen“. Diese Aussage gewann, vor allem in der englischen Fassung der *ever closer union*, Bekanntheit auch außerhalb juristischer Kreise, wurde geradezu zu ihrem allgemeinen Motto.⁶⁵ Der transformatorische Impetus hat gefruchtet: Siebenundzwanzig Mitgliedstaaten, die sich jahrhundertlang über ihre gegenseitige Abnei-

⁶⁴ EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 15), Rn. 167.

⁶⁵ Vgl. nur *Ulrich Brasche*, *Ever Closer Union?* Wie sich die EU produktiv weiterentwickeln kann, APuZ 70 (2020), 23–25.

gung definierten,⁶⁶ bilden inzwischen Teile *einer* Gesellschaft, für deren Entstehung und Entwicklung die Leitbegriffe des demokratischen Konstitutionalismus elementar sind.

Die *ever closer union* ist kein Relikt der Frühzeit. Vielmehr hat der Vertragsgesetzgeber von 1992 diese Aussage sogar verstärkt. Als nach dem Ende des Kalten Krieges Europa neu zu ordnen war (3. Erwägungsgrund der Präambel des EU-Vertrags), entschieden die Mitgliedstaaten, den „Prozess der europäischen Integration auf eine neue Stufe zu heben“ (1. Erwägungsgrund) und gaben in Art. 1 Abs. 2 EUV, also nunmehr im verbindlichen Teil der Verträge, diesem Akt gesamthaft den Sinn einer „neuen Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“. Dieser Wille des Vertragsgesetzgebers wirkt fort, wie, neben vielen Integrationsschritten, das Scheitern des britischen Versuchs in den 2010er Jahren zeigt, diese Formel zu streichen.⁶⁷ Die Gründung der Union 1993 ist also kein Anfang, sondern die Fortsetzung eines Prozesses, den bereits zuvor eine Reihe von Charakteristika auszeichneten, so, wie erwähnt, die Autonomie, die unmittelbare Wirkung, der Vorrang und strikte Legalität des Gemeinschaftsrechts, aber auch ein Binnenmarkt und ein operatives Set von Organen.

Es bleibt die Frage, was die neue Stufe ausmacht, eine Frage, die auch für den deutschen Begriff des „Integrationsprogramms“ von Relevanz sein mag, dessen Grenzen das BVerfG überwachen will.⁶⁸ Eine an der Vertragssystematik ausgerichtete Interpretation legt nahe, den normativen Gehalt der Verträge zuvörderst aus den Bestimmungen des Verfassungskerns zu

66 Karl W. Deutsch, The Growth of Nations. Some Recurrent Patterns of Political and Social Integration, *World Politics* 5 (1953), 168–195.

67 Nicholas Watt, David Cameron Calls for UK Exemption from EU's ‚Ever-Closer‘ Union, *The Guardian* v. 23.1.2013, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/politics/2013/jan/23/david-cameron-uk-exemption-eu> (zuletzt abgerufen am 1.10.2024); Andrew Duff, David Cameron's EU Reform Claims: If not ‚Ever Closer Union‘, What?, *VerfBlog* (26.1.2016).

68 BVerfGE 123, 267 (Rn. 236) – *Lissabon*; BVerfGE 154, 17 (Rn. 105 ff.) – *PSPP*; Urteil v. 6.12.2022, 2 BvR 547/21 u.a. (Rn. 121 ff.) – *Eigenmittelbeschluss/NGEU*; Beschluss v. 13.10.2022, 2 BvR 1111/21 (Rn. 85 f., 101 ff.) – *Änderung ESM-Vertrag*; Peter M. Huber, Die Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesregierung, *ZEuS* 2017, 286–328 (292, 294 ff.); Luc von Danwitz, Die proaktive Wahrnehmung der Integrationsverantwortung. Überlegungen zur Zukunft der ultra-vires-Kontrolle, *DÖV* 2022, 494–500.

bestimmen.⁶⁹ Danach liegt der Sinn der neuen Stufe der immer engeren Union der Völker Europas in der Lissabonner Fassung darin, in der europäischen Gesellschaft (Art. 2 EUV) demokratischen Konstitutionalismus, Frieden und Wohlergehen zu fördern (Art. 3 Abs. 1 EUV), also den transnationalen Integrationsprozess selbst teleologisch genauer auszurichten: Während Frieden und Wohlfahrt seit jeher den Sinnhorizont des Integrationsprozesses bestimmen,⁷⁰ sind der Konnex mit einer europäischen Gesellschaft und der demokratische Konstitutionalismus substantielle Innovationen, eben eine neue Qualität oder Stufe. Mit ihr deutet der Vertragsgesetzgeber den bisherigen Entwicklungspfad in einem bestimmten Sinne⁷¹ und weist ihm eine spezifische weitere Richtung. Denn mit der europäischen Gesellschaft setzt der Vertragsgesetzgeber einen Kollektivsingular auf der Höhe von Staat und Volk, und mit den Prinzipien des demokratischen Konstitutionalismus die Grundlagen für ein genuin verfassungsrechtliches statt nur funktionalistisches Verständnis des Unionsprimärrechts.⁷²

Diese Interpretation findet darin Bestätigung, dass sich frühere Verständnisse des immer engeren Zusammenschlusses inzwischen erledigt haben. So wurde vertreten, dass die Festlegung auf eine *ever closer union* eine Minderung des *acquis communautaire* oder einen Austritt aus der Gemeinschaft verbiete.⁷³ Der Vertragsgesetzgeber sieht heute jedoch beides vor, wie Art. 48 Abs. 2 EUV (Verringerung der Kompetenzen) und Art. 50 EUV (Freiwilligkeit der Mitgliedschaft) zeigen. Ein „Rückschrittsverbot“ gibt es hingegen insoweit, als die Mitgliedstaaten in ihren verfassungsrechtlichen

69 Ähnlich Jörg Philipp Terhechte, in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Art. 2 EUV, Rn. 6, 32.

70 Vgl. insbesondere die Präambel des EGKS-Vertrags von 1951.

71 Zum transformativen Gründungsprogramm der Gemeinschaften Jürgen Bast/Arun K. Thiruvengadam, Democratic Constitutionalism in India and the European Union. Comparing the Law of Democracy in Continental Politics, in: Philipp Dann/Arun K. Thiruvengadam (Hrsg.), Origins and Pathways of Constitutionalism, Cheltenham: Edward Elgar 2021, 75–103 (91 ff.).

72 Dazu schon oben, III.1. In diesem Sinne EuGH, Urteil v. 20.1.2022, Rs. C-899/19 P, ECLI:EU:C:2022:41, Rn. 55 – Rumänien/Kommission: alle Kompetenzen der Union können zur Förderung ihrer Werte eingesetzt werden.

73 Zum Austrittsverbot vgl. Meinhard Hilf, in: Hans von der Groeben/Hans von Boeckh/Jochen Thiesing (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. 2, Baden-Baden: Nomos 1974, 823–830 (825–826); zum Rückschrittsverbot vgl. Carlo Curti Gialdino, Some Reflections on the *Acquis Communautaire*, CML Rev. 32 (1995), 1089–1121 (1108 ff.).

Strukturen nicht hinter die Prinzipien des Art. 2 EUV zurückfallen dürfen.⁷⁴

Dass der Vertragsgesetzgeber diese neue Stufe nicht nur institutionell, sondern auch gesellschaftlich, also in der Perspektive der Einzelnen konzipiert, zeigt die zweite Komponente der Bestimmung. Art. 1 Abs. 2 EUV reagiert auf eine verbreitete Sorge, die mit diesem Integrationsprozess verbunden ist. Nicht nur Skeptiker, sondern auch Befürworter dieses Einigungsprozesses sehen die Gefahr, dass er in fernen und fremden Institutionen münden könnte, die illegitim über die Bürgerinnen und Bürger herrschen. Immanuel Kant hat diese Gefahr kontinentaler Föderationen schon im 18. Jahrhundert artikuliert, als das revolutionäre Frankreich sich auf diesen Weg zu begeben schien.⁷⁵

Man kann dieser Gefahr bürgerferner kontinentaler Föderationen wehren. Die grundbegriffliche Strategie hat *Jürgen Habermas* klassisch artikuliert: die Überwindung des Dogmas der unteilbaren Souveränität,⁷⁶ welche die Dogmatik unabhängiger, aber verbundener Rechtsordnungen mit je eigenen Kompetenzen spiegelt (oben, III.2.). Doch auch in solcher Verfasstheit kann die Integration in einen fremden und fernen Exekutivföderalismus ausarten.⁷⁷ Darauf reagiert Art. 1 Abs. 2 EUV mit der Vorgabe, dass in der Union „die Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden.“ Diese Formulierung bezieht sich, wie sogleich zu erläutern sein wird, auf Union und Mitgliedstaaten gleichermaßen. Gleichwohl, hier findet sich das erste Moment des kernverfassungsrechtlichen Demokratieverständnisses, das Art. 2 EUV für die europäische Gesellschaft als Ganze und Art. 10 EUV speziell für die Union entfalten.⁷⁸ Der Superlativ macht klar, dass der Vertragsgesetzgeber ein Demokratieverständnis pflegt, das jede institutionelle Faktizität stets transzendieren und herausfordern

74 EuGH, Urteil v. 20.4.2021, Rs. C-896/19, EUCLI:EU:C:2021:311, Rn. 63 – *Repubblika*; kritisch dazu *Julian Scholtes*, Constitutionalising the End of History? Pitfalls of a Non-Regression Principle for Article 2 TEU, *EuConst* 19 (2023), 59–87.

75 *Immanuel Kant*, Zum ewigen Frieden (1795), in: Karl Vorländer (Hrsg.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Hamburg: Meiner 1964, 128–129.

76 *Jürgen Habermas*, Kants Idee des Ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, *Kritische Justiz* 28 (1995), 293–319; ähnlich schon James Madison, dazu *Paul Guyer*, Is Sovereignty Divided Still Sovereignty? Kant and The Federalist, *University of Pittsburgh L. Rev.* 83 (2021), 365–396.

77 *Jürgen Habermas*, Zur Verfassung Europas. Ein Essay, Berlin: Suhrkamp 2011, 48 ff.

78 Hierzu näher insbes. die Beiträge von *Möllers* und von *Achenbach*, in diesem Band.

soll, und den Zweifel hinreichender gesellschaftlicher Verankerung auf Dauer stellt.

Art. 1 Abs. 2 EUV legt das Telos des Vertrags fest und kann interpretatorisch genutzt werden. So bildet die historische Verortung der Gründungsverträge ein Argument gegen eine voluntaristische völkerrechtliche Deutung des Art. 1 Abs. 1 EUV und damit eine Grundlage des hier verfolgten Ansatzes (oben, III.1.). Darüber hinaus strahlt das Integrationstelos der Verträge auf die Auslegung von allen Vertragsvorschriften aus, die im Lichte des Verfassungskerns zu deuten sind (dazu noch unten, V.3.). Die Verwirklichung einer „immer engeren“ Integration der europäischen Gesellschaft setzt nicht notwendigerweise eine Vertragsänderung voraus; weitere Integrationsfortschritte sind auch der Lissabonner Stufe möglich. Dies zeigt exemplarisch der Wandel der unionalen Finanzverfassung als Antwort auf die Covid-19-Pandemie.⁷⁹

Zugleich ist festzuhalten, dass Art. 1 Abs. 2 EUV keinen *rechtlichen* Auftrag erteilt, weitere Stufen der europäischen Einigung im Wege weitreichender Vertragsänderungen zu verwirklichen. Die Semantik der „Stufe“ legt zwar nahe, dass nach Auffassung des Vertragsgesetzgebers weitere Schritte zu gehen sind, der Prozess der Integration also unabgeschlossen ist. Für eine Rechtspflicht fehlt es aber an einem Adressaten und an hinreichender Bestimmtheit, was die nächste Stufe der „immer engeren“ Union auszeichnet.⁸⁰

2. Zwei Bedeutungen von Union

Das dogmatische Potenzial von Art. 1 Abs. 2 EUV über die Absicherung des verfassungsrechtlichen Ansatzes hinaus erschließt sich über eine Klärung des Begriffs der Union. Dieser Begriff erlaubt es, den EU-Vertrag nicht nur als Grundlage des Unionsrechts, sondern auch des europäischen Verfassungsrechts zu verstehen, welches das Unionsrecht und das darauf bezogene mitgliedstaatliche Recht umfasst.⁸¹

Art. 1 EUV gründet in seinem ersten Absatz eine Europäische Union, die er in seinem zweiten Absatz als eine neue Stufe einer immer engeren

79 Bruno de Witte, The European Union's COVID-19 Recovery Plan. The Legal Engineering of an Economic Policy Shift, CML Rev. 58 (2021), 635–682; Ioannidis, in diesem Band.

80 Dazu noch unten, V.3.

81 Grundlegend Hermann Mosler, Begriff und Gegenstand des Europarechts, ZaöRV 28 (1968), 481–502; ausführlich von Bogdandy (vor Fn. 1), § 10.

Union der Völker Europas festlegt. Damit ist offensichtlich, dass der Vertragsgesetzgeber das Wort *Union* mit zwei unterschiedlichen, wenngleich verwobenen Bedeutungen verwendet. Zum einen bezeichnet er als Union die in Art. 1 Abs. 1 EUV gegründete Organisation, die nach Art. 1 Abs. 3 EUV sowie Art. 47 EUV über Rechtspersönlichkeit verfügt, deren Zweck sich in Art. 3 Abs. 1 EUV findet und deren offizieller Name *Europäische Union* ist. Zum anderen bezeichnet der Vertragsgesetzgeber als Union die Gesamtheit aus Mitgliedstaaten und EU-Institutionen, so in Art. 1 Abs. 2 EUV und seiner 13. Präambelerwägung. Diese Union, also die Gesamtheit aus Mitgliedstaaten und EU-Institutionen, ist die institutionelle Seite der europäischen Gesellschaft. Die Festlegung, dass „die Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden“, bezieht sich auf diese Gesamtheit. Diese holistische Bedeutung von Union in Art. 1 Abs. 2 EUV erinnert an den deutschen Begriff des Gesamtstaats, der das Ganze aus Bund und Ländern artikuliert. Offensichtlich brauchen föderale Verbände, seien sie unitarisch oder pluralistisch, eine Begrifflichkeit für das Ganze.

Die französische und die italienische Fassung sprechen seit den Römischen Verträgen in diesem Sinne von „union“, „unione“. Nach der französischen Präambel des EWG-Vertrags zielt der Vertragsgesetzgeber seit 1957 auf „une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens“. Die deutsche Fassung des EWG-Vertrags sprach hingegen vager von einem „immer engeren Zusammenschluss“. Erst 1992 findet auch die deutsche Fassung des Unionsvertrags zum Begriff *Union*. Der meint, wie auch der unbestimmte Artikel „eine Union“ zeigt, nicht allein die Organisation, die heute den Namen *Europäische Union* trägt. Er meint vielmehr das Ganze aus Europäischer Wirtschaftsgemeinschaft (später Union) und Mitgliedstaaten. Dies bestätigt die niederländische Fassung des Art. 1 Abs. 2 EUV, die nicht von „Unie“ wie im Organisationsnamen spricht, sondern von „verbond“, und die französische Fassung, die in der Präambel wie in Art. 1 Abs. 2 EUV die „union“ mit einem kleinen „u“ schreibt.

Damit bietet der europäische Verfassungskern in Art. 1 Abs. 2 EUV eine Terminologie und Grundlage für eine Dogmatik, welche die deutsche öffentlich-rechtliche Dogmatik unter dem Begriff des Verbunds entwickelt hat, ohne zu sehen, dass die niederländische Fassung ihren Begriff mit einer

positivrechtlichen Grundlage ausstattet.⁸² Diese Dogmatik zielt darauf, den engen Zusammenhang unterschiedlicher rechtlicher und politischer Einheiten zu fassen. Dabei gibt es unterschiedliche Ausrichtungen und Anwendungsbereiche, wie in den jeweiligen Bezeichnungen bereits deutlich wird: Staatenverbund,⁸³ Verfassungsverbund,⁸⁴ Verwaltungsverbund,⁸⁵ Verfassungsgerichtsverbund,⁸⁶ Einschätzungsverbund.⁸⁷ Die deutsche Rechtswissenschaft sorgt sich dabei um eine adäquate Übersetzung ihrer Verbundterminologie in andere Sprachen. Eine Umstellung von Verbund auf Union könnte da helfen. Der EuGH spricht in diesem Sinne von einer Rechtsunion.⁸⁸

Der Begriff der Union in Art. 1 Abs. 2 EUV bietet die kernverfassungsrechtliche Grundlage zahlreicher weiterer rechtswissenschaftlicher Theorieansätze, die sich mit dem europäischen Zusammenhang von Rechtsordnungen und öffentlichen Institutionen befassen: die meisten Ausprägungen des europäischen Rechtspluralismus und der Netzwerktheorien, die politikwissenschaftlich inspirierten Mehrebenentheorien, der europäische Föderalismus und verwaltungsrechtliche Konzeptionen wie *administration mixte*, *coadministration* oder *integrated administration*.⁸⁹ Diese Theorien unterscheiden sich in vielem, aber alle sehen die Rechtsordnungen als so tief

82 Der übliche rechtliche Aufhänger dieser Begrifflichkeit ist das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit, Art. 4 Abs. 3 EUV, dazu Schütze, in diesem Band.

83 BVerfGE 89, 155 (Ls. 8) – *Maastricht*; Meinhard Schröder, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozeß der europäischen Integration, DVBl. 1994, 316–325 (320); Paul Kirchhof, Der europäische Staatenverbund, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin: Springer 2009, 1009–1043.

84 Siehe eine Vielzahl von Beiträgen in Ingolf Pernice, Der Europäische Verfassungsverbund. Ausgewählte Schriften zur verfassungstheoretischen Begründung und Entwicklung der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos 2020.

85 Siehe Matthias Ruffert, Europäisiertes allgemeines Verwaltungsrecht im Verwaltungsverbund, Die Verwaltung 41 (2008), 543–570; Sigrid Boysen, Transparenz im europäischen Verwaltungsverbund, Die Verwaltung 42 (2009), 215–246.

86 Prägend Andreas Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1–8 (3).

87 Armin von Bogdandy, Tyrannei der Werte? Herausforderungen und Grundlagen einer europäischen Dogmatik systemischer Defizite, ZaöRV 79 (2019), 503–551 (545 ff.).

88 EuGH, Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, Rn. 60 – *Schrems*; EuGH, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (Fn. 9), Rn. 31; EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 49 – *LM*.

89 Zu den verwaltungsrechtlichen Begrifflichkeiten Markus Ludwigs, § 36: Europäischer Verwaltungsverbund, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des

miteinander verbunden, dass ihre Interaktion nicht mehr ein Phänomen am Rande, sondern strukturprägend im Rahmen einer immer engeren Union ist. Rechtswissenschaftlich entspricht die so verstandene immer engere Union des Art. 1 Abs. 2 EUV dem Begriff eines europäischen Rechts, das sich aus dem Unionsrecht und dem mitgliedstaatlichen Recht zusammensetzt.⁹⁰ Dieser Logik entsprechend haben sich die meisten Rechtsfächer in den letzten fünf Jahrzehnten transformiert.⁹¹ Heute gibt es rechtsordnungsübergreifend ein europäisches Verfassungsrecht,⁹² ein europäisches Verwaltungsrecht,⁹³ ein europäisches Schuldrecht,⁹⁴ ein europäisches Familien- und Erbrecht,⁹⁵ ein europäisches Zivilprozessrecht,⁹⁶ ein europäisches Arbeits- und Sozialrecht,⁹⁷ ein europäisches Strafrecht.⁹⁸

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Gründungsakt des Art. 1 Abs. 1 EUV und die immer engere Union des Art. 1 Abs. 2 EUV die verbundenen Rechtsordnungen zu *einer* europäischen Rechtsordnung verschmolzen haben. Das europäische Recht würde dann das Recht der Union und das der Mitgliedstaaten zu einer ähnlichen Einheit integrieren wie die deutsche Rechtsordnung das Recht des Bundes und der Länder.⁹⁹ Ein

Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg: C.F. Müller 2021, 217–249 (Rn. 11 ff.).

90 Siehe Mosler (Fn. 81).

91 Thomas Ackermann, Eine „ungeheure Jurisprudenz“? Die Europarechtswissenschaft und die Europäisierung des Rechts, JöR n.F. 68 (2020), 471–487.

92 Dazu Gernot Sydow, Die Europarechtswissenschaft europäisieren? Überlegungen zur Strukturentwicklung der juristischen Fakultäten und zur Lehre des Europarechts, JöR n.F. 68 (2020), 545–559 (553, 557).

93 Grundlegend Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden: Nomos 1999.

94 Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Antonio Manuel Morales Moreno/Encarna Roca Trias, Los principios del derecho europeo de contratos, Madrid: Civitas 2002.

95 Katharina Boele-Woelki/Frédérique Ferrand/Cristina González Beilfuss/Maarit Jänterä-Jareborg/Nigel Lowe/Dieter Martiny/Velina Todorova, Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in *de facto* Unions, Cambridge: Intersentia 2019.

96 Andrés de la Oliva Santos/Fernando Gascón Inchausti, Derecho procesal civil europeo. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi 2011.

97 Monika Schlachter/Hans Michael Heinig (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 7, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden: Nomos 2020.

98 André Klip, European Criminal Law. An Integrative Approach, 4. Aufl., Cambridge: Intersentia 2021.

99 Fritz Ossenbühl, § 28: Rechtsquellen, in: Hanno Kube/Gerd Morgenthaler/Rudolf Mellinshoff/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des

solcher monistischer Ansatz ist durchaus in der Diskussion.¹⁰⁰ Es gibt Phänomene institutioneller Verschmelzung, so insbesondere im Europäischen System der Zentralbanken, die den EuGH zum punktuellen Überschreiten des Rubikons, der die Rechtsordnungen scheidet, gebracht haben.¹⁰¹ Zudem spricht der EuGH in der englischen Fassung der Urteile zum Rechtsstaatlichkeitsmechanismus mit Blick auf Art. 2 EUV von einer „common legal order“.¹⁰² Dies setzt ein Fragezeichen hinter das Dogma der Autonomie, das dem EuGH in anderen Kontexten sakrosankt ist.¹⁰³

Unser Ansatz hingegen rekonstruiert die involvierten Rechtsordnungen nur als eng verzahnt, jedoch gerade nicht als Teile einer europäischen Gesamtrechtsordnung. Dies entspricht dem Beharren der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf Autonomie gegenüber dem Unionsrecht und korrespondiert mit der Tatsache, dass man die Europäische Union *de constitutione lata* nicht als Bundesstaat begreifen will. In der heutigen europäischen Gesellschaft muss jede Rechtshandlung einer spezifischen Rechtsordnung zugeordnet werden, um ihre Geltung, Rechtmäßigkeit, rechtlichen Wirkungen oder Legitimität zu bestimmen. Dies gilt zwar ebenso für einen Rechtsakt des deutschen Landesrechts, welches jedoch tief in die vom Grundgesetz begründete und geprägte deutsche Rechtsordnung eingebunden ist.¹⁰⁴ Ansätze für eine ähnliche Entwicklung, insbesondere auf der Grundlage von Art. 2 EUV, sind in keiner Weise so entfaltet, als dass sie eine empirisch

Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C.F. Müller 2013, 311–324 (317).

- 100 Shu-Perng Hwang, Europarechtsordnung als Rahmenordnung. Versuch einer Überwindung der dualistischen Konstruktion von staatlichen und überstaatlichen Rechtsordnungen, Tübingen: Mohr Siebeck 2020; George Letsas, Harmonic Law. The Case against Pluralism, in: Julie Dickson/Pavlos Eleftheriadis (Hrsg.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, 77–108 (87–91).
- 101 EuGH, Urteil v. 26.2.2019, verb. Rs. C-202/18 und C-238/18, ECLI:EU:C:2019:139, Rn. 69 – *Rimšēvičs u. EZB/Lettland*; dazu Jürgen Bast, *Autonomy in Decline? A Commentary on Rimšēvičs and ECB v Latvia*, VerfBlog (13.5.2019), sowie Bast/Kaiser, in diesem Band, IV.2.
- 102 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 21) Rn. 127; *Polen/Parlament u. Rat* (Fn. 21), Rn. 145.
- 103 EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 15), Rn. 170 ff.; Niamh Nic Shuibhne, What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?, *Nordic J. Int. L.* 88 (2019), 9–40; Payandeh, in diesem Band.
- 104 Erhellend der Vergleich zu Österreich, Ewald Wiederin, § 7: Österreich, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, Heidelberg: C.F. Müller 2007, 389–449 (Rn. 64, 78–80, 114).

verankerte dogmatische Rekonstruktion einer übergreifenden europäischen Rechtsordnung tragen könnten. Bezeichnenderweise charakterisiert Art. 2 EUV die Gesamtheit der öffentlichen Institutionen der europäischen Gesellschaft gerade nicht in institutionellen Kategorien (etwa dem Prinzip der Subsidiarität wie in Art. 23 Abs. 1 GG) und lässt damit die Form offen, die der Verbund besitzt und zukünftig annehmen könnte.

3. Zur Rechtsnatur der Europäischen Union

Es ist in der Rechtswissenschaft üblich, einen erkenntnisstiftenden Zusammenhang für ein rechtliches Phänomen dadurch zu etablieren, dass man seinen Begriff „bestimmt“ oder seine Rechtsnatur „klärt“. Diese Forschungsfrage ist eine klassifikatorische, so wie die nach der Verfassungsnatur des Unionsprimärrechts, und sie hat ähnlich große juristische Implikationen.¹⁰⁵ In der Tat sind die beiden Fragen engst verwandt, Studien zum Wesen der Union und ihrer Finalität erfolgen regelmäßig anhand des Gründungsakts in Art. 1 EUV.¹⁰⁶ Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Qualifizierung der Stufe, die der Vertrag von Lissabon etabliert, und der Qualifizierung künftiger Stufen, die in dem *immer enger* angelegt ist.

Wir beginnen mit der Qualifizierung der Union auf der Lissabonner Stufe. Der Vertragsgesetzgeber bestimmt die Union seit jeher als Integrationsverband. In diesem Sinne stellte das Plenum des EuGH 2014 fest, dass die „Verwirklichung des Integrationsprozesses [...] die Daseinsberechtigung der Union selbst darstellt“.¹⁰⁷ Daraus folgt die Zulässigkeit einer „dynamischen“, die Union im Sinne von *verbond* integrierenden Interpretationspraxis,¹⁰⁸ was elementar für den hier vertretenen Ansatz ist angesichts der Bedeutung, die er der EuGH-Rechtsprechung zuweist. Diese Zulässigkeit rechtsfortbildender Judikatur ist allerdings auf die durch den Vertrag von

105 Dazu von Bogdandy/Bast, in diesem Band, II.1.

106 Exempl. Martin Nettesheim, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 1 EUV, Rn. 56 ff.; Carsten Nowak, in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Art. 1 EUV, Rn. 9 ff.

107 EuGH, EMRK-Beitritt II (Fn. 15), Rn. 172, allerdings ohne Zitat von Art. 1 Abs. 2 EUV.

108 Niedobitek (Fn. 30), Rn. 175.

Lissabon definierte Stufe beschränkt, wie sich u.a. aus Art. 1 Abs. 1 EUV und Art. 48 EUV ergibt.¹⁰⁹

Es hat immer wieder Versuche gegeben, anknüpfend an den Begriff der Integration einen allgemeinen Sinnzusammenhang zu etablieren.¹¹⁰ Sie konnten sich jedoch nicht durchsetzen und dienen heute vor allem als Negativfolie, um andere Ansätze zu begründen.¹¹¹ Zum einen ist schlichtweg die Zeit über diesen Ansatz weggegangen, zum anderen fehlt es dem Begriff an hinreichendem Gewicht in den gemeinsamen Verfassungstraditionen.

Die wirkmächtigen Positionen zu Begriff und Rechtsnatur spiegeln letztlich die Positionen zur verfassungsrechtlichen Natur des Unionsprimärrechts.¹¹² So gelangen die allermeisten Studien zu Begriff und Rechtsnatur der Union auch in der Gestalt des Lissabonner Vertrags zu dem Ergebnis, dass es sich um etwas Drittes handelt zwischen Bundesstaat und Staatenbund (internationaler Organisation),¹¹³ analog zu der Feststellung, dass es sich beim Unionsrecht um eine autonome Rechtsordnung handelt, die weder als ein völkerrechtliches Regime noch als eine staatliche Rechtsordnung qualifiziert werden sollte.¹¹⁴

Es entspricht der Logik wissenschaftlichen Fortschritts, dass eine Position, die sich durchgesetzt hat, intern neue Differenzen gebiert. Die heutige deutsche Debatte gewinnt ihre Grundstruktur in den 1990er Jahren.¹¹⁵ *Paul Kirchhof* artikulierte mit dem Begriff des Staatenverbunds für die Europäi-

109 Im Grundsatz, wenngleich nicht in der Anwendung einmütig EuGH, *EMRK-Beitritt I* (Fn. 37), Rn. 30, und BVerfGE 126, 286 (Rn. 64) – *Honeywell*.

110 Vgl. nur *Hans Peter Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen: Mohr 1972, 196 ff., 1055; zum gewandelten Begriffsverständnis auch im unionsrechtlichen Kontext *Sina Fontana*, *Integrationsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 305 ff.

111 So zu dem Ansatz Ipsens in einer genauen Rekonstruktion der deutschen Debatte *Wolfgang Kahl/Paul Hüther*, *Der „Zweckverband funktioneller Integration“ nach Hans Peter Ipsen. Ein Beitrag zur Begriffsgeschichte und zur Finalitätsdebatte in der Europawissenschaft*, Berlin: Duncker & Humblot 2023.

112 Dazu von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, II.3.

113 Wirkungsgeschichtlich besonders wichtig die entsprechende Feststellung aus britischer Feder *Neil MacCormick*, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press 1999.

114 Für eine entsprechende Rekonstruktion der internationalen Diskussion siehe *Lorenzo Federico Pace*, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, Bari: Cacucci Editore 2021; zur deutschen Debatte *Ferdinand Weber*, *Formen Europas. Rechtsdeutung, Sinnfrage und Narrativ im Rechtsdiskurs um die Gestalt der Europäischen Union*, *Der Staat* 55 (2016), 151–179.

115 Zur europäischen Wirkung *Antoine Vauchez*, *Vicarious Hegemony. The German Crisis of European Law*, *VerfBlog* (6.10.2020).

sche Union einen erkenntnisstiftenden Zusammenhang, der einem delegationsrechtlichen, also staatszentrierten Verständnis des Unionsprimärrechts entspricht.¹¹⁶ Dagegen artikulierte *Ingolf Pernice* mit dem Begriff des Verfassungsverbunds ein genuin verfassungsrechtliches Verständnis, das der europäischen Ebene einen weit größeren legitimatorischen Eigenstand zuspricht.¹¹⁷ Diesem Ansatz lassen sich viele Theoretisierungen zuordnen, welche die Union als eine nichtstaatliche Föderation begreifen.¹¹⁸ Die fortwährende Nützlichkeit dieses Ordnungsmusters zeigt sich an seiner Ordnungskraft etwa bei den Autoren, die mit dem Begriff des Pluralismus operieren.¹¹⁹ Deshalb können Begriffsbildungen nicht überzeugen, die diese beiden Ansätze („Staaten- und Verfassungsverbund“) zu verschmelzen suchen.¹²⁰

Es besteht Einmütigkeit, im juristischen wie im politischen Diskurs, dass die gegenwärtige Stufe der europäischen Integration nicht als Staatlichkeit der Union konzipiert werden sollte; selbst der Verfassungsvertrag wurde allgemein nicht als Staatsgründung verstanden.¹²¹ Art. 1 Abs. 2 EUV in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 und 48 EUV macht klar, dass die Union die Stufe

-
- 116 *Paul Kirchhof*, § 183: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Paul Kirchhof/Josef Isensee (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg: C.F. Müller 1992, 855–888 (Rn. 50 ff.).
- 117 *Ingolf Pernice*, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27–43, mit einer starken bundesstaatlichen Tendenz. *Pernice* hat den Begriff Verfassungsverbund in den folgenden Jahren weiterentwickelt und sich verfassungpluralistischen Ansätzen genähert, siehe z.B. *Ingolf Pernice*, Verfassungsverbund, in: Claudio Franzius u.a. (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos 2010, 102–118.
- 118 *Armin von Bogdandy*, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, Baden-Baden: Nomos 1999, 81–86; *Christoph Möllers*, Die Europäische Union als demokratische Föderation, Köln: Fritz Thyssen Stiftung 2019; *Stefan Oeter*, Föderalismus und Demokratie, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin: Springer 2009, 73–120; *Robert Schütze*, From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law, Oxford: Oxford University Press 2009.
- 119 Implizit in der Tradition des Staatenverbunds etwa *Jan Komárek*, Institutional Dimensions of Constitutional Pluralism, in: Matej Avbelj/Jan Komárek (Hrsg.), Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond, London: Hart 2012, 231–247; an *Pernice* anschließend hingegen etwa *Mayer* (Fn. 54).
- 120 So aber *Christian Calliess*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 1 EUV, Rn. 41 ff.
- 121 *Armin von Bogdandy*, The Prospect of a European Republic. What European Citizens are Voting for, CML Rev. 42 (2005), 913–941; anders aber *Jörn Sack*, Die Staats-

europäischer Staatlichkeit nur mit einem neuen Vertrag erklimmen kann. Dieses Verständnis unterliegt auch einschlägigen politischen Äußerungen, sei es die Sorbonner Rede des französischen Staatspräsidenten Macron von 2017 oder der Koalitionsvertrag der deutschen Regierungsparteien von 2021.¹²²

Es bleibt die Frage nach der Rechtsnatur dessen, was der Vertragsgesetzgeber mit „immer enger“ auf zukünftigen Stufen der Union der Völker Europas meint, eine Frage, die oft als Frage nach der Finalität gestellt wird.¹²³ Der Vertragsgesetzgeber gibt mit dem Begriff der Union keinen Hinweis, da es völkerrechtliche Unionen (etwa die *Southern African Customs Union*) wie staatliche Unionen (die *Indische Union*) gibt. Auch dem Plural *Völker* ist keine Option zu entnehmen, da er sowohl als Staatsvölker im Sinne *Kirchhofs* Staatenverbunds als auch im Sinne eines multinationalen Staats gedeutet werden kann, wie Bolivien oder das Vereinigte Königreich.¹²⁴ Viel spricht dafür, dass der Vertragsgesetzgeber diese Frage wohlweislich offen lassen will.¹²⁵ Art. 1 Abs. 2 EUV stellt den Integrationsprozess konzeptionell

werdung Europas. Kaum eine Spur von Stern und Stunde, *Der Staat* 44 (2005), 67–98.

122 *Emmanuel Macron*, Initiative pour l'Europe. Discours pour une Europe souveraine, unie, démocratique, v. 26.9.2017; dazu *Catherine Vieilledent*, Deux voix pour l'Europe. Pour une relance de l'Union européenne, *Futuribles* 423 (2018), 5–15 (7); Sozialdemokratische Partei Deutschlands/Bündnis 90/Die Grünen/Freie Demokratische Partei, Mehr Fortschritt wagen. Koalitionsvertrag 2021–2025, 2021, 104.

123 Zu den diversen Aspekten dieser Frage und möglichen Zugängen *Ulrich Haltern*, Finalität, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin: Springer 2009, 279–331; sowie die Beiträge von Albrecht Koschorke, Jörn Reinhardt, Sylvie Goulard, Mattias Wendel, Martin Nettesheim, Franz C. Mayer, Thorsten Kingreen, Sigrid Boysen, Lars Viellechner, Gertrude Lübke-Wolff, Angelika Nußberger und Peter M. Huber, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas. Bedeutung und Gehalte von Narrativen für die europäische Integration*, Baden-Baden: Nomos 2019.

124 Zu Bolivien vgl. *Rubén Martínez Dalmau*, El Estado plurinacional comunitario boliviano: una definición autóctona de la forma de Estado, in: Roberto Viciano Pastor/Claudia Storini (Hrsg.), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Valencia: Tirant lo Blanch 2016, 27–54 (30–37); zum Vereinigten Königreich *Paul Anderson*, Plurinationalism, Devolution and Intergovernmental Relations in the United Kingdom, in: Yonathan T. Fessha/Karl Kössler/Francesco Palermo (Hrsg.), *Intergovernmental Relations in Divided Societies*, London: Palgrave Macmillan 2022, 91–112 (93–96).

125 *Stefan Kadelbach*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Bd. 1, Baden-Baden: Nomos 2015, Präambel EUV, Rn. 5 f.; *Classen* (Fn. 8), Rn. 12, 143.

auf Dauer und richtet ihn auf die weitere Verdichtung des Netzes sozialer Beziehungen der europäischen Gesellschaft im Horizont des demokratischen Konstitutionalismus aus, überlässt aber die zukünftige Form dem politischen Prozess der Vertragsgesetzgebung.

V. Formaler Gleichrang und materielle Hierarchie, Art. 1 Abs. 3

Hingegen klärt der Vertragsgesetzgeber von 2007 eine andere große Leerstelle des Unionsprimärrechts, nämlich das gegenseitige Verhältnis seiner einzelnen Bestandteile.

Erstens setzt Art. 1 Abs. 3 EUV den Vertrag über die Europäische Union und den Vertrag über ihre Arbeitsweise als „rechtlich gleichrangig“. Damit verschmilzt er das Unionsprimärrecht aus EU-Vertrag und EG-Vertrag und etabliert zugleich eine Normenhierarchie, die dem Primärrecht in seiner Gesamtheit den obersten Rang in der Unionsrechtsordnung und damit die Funktion als formelles Verfassungsrecht zuweist (1.). Auf dieser Grundlage fusioniert er die unterschiedlichen Organisationen und Rechtspersönlichkeiten, auch das ist verfassungsrechtliche Einheitsbildung. Es sei erinnert, dass es zwischen 1993 und 2009 eine Zersplitterung in drei (zwei, nach dem Auslaufen des EGKS-Vertrags am 23. Juli 2002) Gemeinschaften (EG und EAG) mit je eigener Rechtspersönlichkeit gab, und zudem eine im Unionsvertrag begründete Union mit ungeklärten rechtlichen und institutionellen Status.¹²⁶ Damit ist ein Strukturproblem der europäischen Integration – seine institutionelle Fragmentierung – nach langem Ringen gelöst, sieht man vom Fortbestand der in Art. 1 Abs. 3 EUV nicht erwähnten Europäischen Atomgemeinschaft ab. EUV und AEUV bilden „eine einheitliche Verfassungsgrundlage für die Union“.¹²⁷

Zweitens revolutioniert Art. 1 Abs. 3 EUV das Verhältnis der beiden Verträge im Sinne einer materiellen Hochstufung des EUV. Das führt zu einer neuen Systematik des Primärrechts, nach der die Verträge von den Grundlagenbestimmungen des EU-Vertrags zu konkretisierenden Bestimmungen fortschreiten (2.).

Diese Rekonstruktion, die den Grundlagenteil der Verträge in Art. 1 bis 19 EUV verortet und innerhalb dieser Grundlagenbestimmungen einen

126 Ausf. Armin von Bogdandy, *The Legal Case for Unity. The European Union as a Single Organization with a Single Legal System*, CML Rev. 36 (1999), 887–910.

127 EuGH, Urteil v. 14.7.2022, Rs. C-743/19, ECLI:EU:C:2022:569, Rn. 48 – *Parlament/Rat* (Sitz der ELA).

herausgehobenen Verfassungskern identifiziert, zeitigt signifikante Konsequenzen für die Methoden der Verfassungsinterpretation (3.).

1. Das Primärrecht als formelles Verfassungsrecht

Ranganordnungen sind ein elementares Instrument, um die Beziehungen zwischen Rechtsakten und Rechtsordnungen zu strukturieren. Sie haben im Unionsverfassungsrecht große Bedeutung, wie das Rechtsinstitut des Vorrangs des Unionsrechts gegenüber mitgliedstaatlichem Recht zeigt (oben, III.1.). Rangrelationen bestimmen aber auch das Verhältnis von Normen und Rechtsakten innerhalb einer Rechtsordnung (oben, III.2.).

Es ist strukturprägend für das Unionsverfassungsrecht, dass Art. 1 Abs. 3 EUV die Gleichrangigkeit des EU-Vertrags und des Arbeitsweise-Vertrags anordnet. Erstens konzipiert Art. 1 Abs. 3 EUV die Verträge und damit das Primärrecht in seiner Gänze als eine einheitliche Rangstufe von Normen, denen Vorrang vor dem Sekundärrecht zukommt. Diese zweistufige Hierarchie erlaubt es, die Verträge als formelle Verfassung der Union zu klassifizieren, anknüpfend an die üblichen Elemente eines formellen Verfassungsbegriffs.¹²⁸ Sie bilden die oberste Normschicht ihrer Rechtsordnung und zeichnen sich durch qualifizierte Änderungsmodi aus, was sie von den übrigen Verfahren der Rechtsetzung abhebt. Dass die Zusammenfassung aller Normen im Verfassungsrang in einem einzigen Dokument kein notwendiges Kriterium einer Qualifizierung als formelles Verfassungsrecht ist, zeigt die österreichische Rechtsordnung.¹²⁹

So klärend die Einordnung der Verträge als formelles Verfassungsrecht für die rechtsinternen Beziehungen ist, ohne entsprechende materielle Gehalte bliebe es bei einem wenig aussagekräftigen Befund. Im Fokus dieses Beitrags sowie dem vorliegenden Band insgesamt stehen daher die materiellen Verfassungsgehalte, die die Verträge, insbesondere ihre Grundlagenbestimmungen auszeichnen.¹³⁰

128 *Calliess* (Fn. 120), Art. 1 EUV, Rn. 63.

129 Zur Urkundlichkeit als Verfassungsmerkmal *Christoph Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin: Springer 2009, 227–277 (255–259).

130 Unser Interesse gilt dagegen nicht den sozialen Kräften und Machtstrukturen, die das Unionsverfassungsrecht auszeichnen bzw. ihm – im Schmitt'schen Sinne – vorausliegen, vgl. Marco Goldoni/Michael A. Wilkinson (Hrsg.), *The Cambridge*

Die Anordnung der Ranggleichheit der Verträge in Art. 1 Abs. 3 hat noch eine zweite Implikation, und zwar zur Lösung von Normkonflikten, die es innerhalb der Verträge gibt. So bestimmt etwa Art. 10 Abs. 1 EUV die Arbeitsweise der Union als auf der repräsentativen Demokratie beruhend und folgt dabei dem Modell einer dualen demokratischen Legitimation.¹³¹ Art. 113 AEUV ordnet hingegen in dem so bedeutsamen Bereich der indirekten Steuern eine Gesetzgebung allein durch den Rat an, also ohne Mitentscheidung des Parlaments. Hätte Art. 113 AEUV einen niederen Rang als Art. 10 Abs. 1 EUV, so könnte der Konflikt dadurch aufgelöst werden, den konfligierenden Teil von Art. 113 AEUV als nichtig zu qualifizieren und so dem Europäischen Parlament die Mitsprache zu ermöglichen.

Die Gleichrangigkeit versperrt eine solche Lösung. Sie schützt die im AEUV und den ergänzenden Protokollen niedergelegten Kompromisse davor, wegen eines Verstoßes gegen die Grundbestimmungen des Unionsverfassungsrechts als nichtig qualifiziert zu werden. Dem liegt zugrunde, dass der Vertragsgesetzgeber für eine grundlegende Frage eine allgemeine Regelung gefunden und im EU-Vertrag niedergelegt hat, es aber keine Einigkeit gab, diese Regelung in allen Politikfeldern zur Anwendung kommen zu lassen. Auch deshalb ist das EU-Primärrecht eine Verfassung des Details.¹³² Die Gleichrangigkeit schützt diese vertragsermöglichenden Kompromisse, ihr kommt eine elementare verfassungspolitische und -rechtliche Bedeutung zu. Bezeichnenderweise haben sich Vorschläge für eine Normenhierarchie innerhalb des Primärrechts, nach der Teile der Verträge in einem majoritären Verfahren geändert werden könnten, nicht durchgesetzt (vgl. Art. 48 Abs. 6 EUV).

2. Konkretisierungsstufen der Verträge

Die formale Gleichrangigkeit von Normen bedeutet aber nicht notwendigerweise ihre Gleichwertigkeit. Es ist vielmehr unbestritten, dass es unter

Handbook on the Material Constitution, Cambridge: Cambridge University Press 2023.

131 Monogr. Jelena von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union. Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt, Berlin: Springer 2014, insbesondere 300 ff., sowie *dies.*, in diesem Band.

132 Jean-Claude Piris, The Constitution for Europe. A Legal Analysis, Cambridge: Cambridge University Press 2006, 59 f.

gleichrangigen Normen asymmetrische Beziehungen geben kann.¹³³ Verfassungstheorie und Verfassungsrecht bieten unterschiedliche Begrifflichkeiten an, um solche Beziehungen zu konzeptualisieren.¹³⁴ Wir verwenden hier den Begriff einer materiellen Hierarchie.

Im Unionsrecht gibt es dazu zwei Debatten. Die erste betrifft die Frage, ob es vertragswidriges Vertragsrecht geben kann, anknüpfend an die Debatte zum verfassungswidrigen Verfassungsrecht. Sie wurde ausgelöst durch das EuGH-Gutachten zum ersten geplanten EWR-Abkommen der Europäischen Gemeinschaft. In dem Gutachten schien der EuGH zu sagen, dass er vertragsrechtliche Änderungen seiner Kompetenzen als vertragswidrig verwerfen könnte, wenn sie die Autonomie des Unionsrechts beschädigen würden.¹³⁵ Diese Debatte hat im EU-Vertrag keinen Niederschlag gefunden und wird an dieser Stelle nicht weiterverfolgt. Wir halten allerdings fest, dass unser Verständnis der kernverfassungsrechtlichen Bestimmungen kein änderungsfestes Vertragsrecht impliziert: materielle Hierarchien und Änderungsgrenzen sind verwandte, aber zu unterscheidende Fragestellungen.¹³⁶

Die zweite Debatte betrifft die interne Ordnung des Primärrechts mittels einer materiellen Hierarchie im Sinne von Konkretisierungsstufen (Normkaskaden). Sie hat in Art. 1 Abs. 3 EUV Niederschlag gefunden und zu einer Neuordnung der Verträge geführt. Dies zeigt der Vergleich von Art. 1 Abs. 3 EUV mit seiner Vorgängernorm, die auf den Vertrag von Maastricht zurückgeht. Art. 1 Abs. 3 EUV a.F. bestimmte die Verträge über die Europäischen Gemeinschaften als die rechtlichen Grundlagen der Union, welche

133 Christian Bumke, *Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft*, in: Gunnar Folke Schuppert/Ingolf Pernice/Ulrich Haltern (Hrsg.), *Europawissenschaft*, Baden-Baden: Nomos 2006, 643–702 (654 ff.); Jürgen Bast, *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU*, Berlin: Springer 2006, 297–318, zum Konzept der partiellen Hierarchisierung.

134 Cesare Pinelli, *Theories Concerning the Hierarchy of Norms*, in: Rainer Grote/Frauke Lachenmann/Rüdiger Wolfrum/Ana Harvey (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2016, Rn. 31 ff.; Luke Dimitrios Spieker, *EU Values Before the Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2023, 89 ff.; Uwe Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 93–106.

135 EuGH, *EWR-Abkommen I* (Fn. 26), Rn. 30; diese Möglichkeit bestätigend *Andreas von Arnould*, *Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts*, EuR 2003, 191–216. Für eine aktuelle Anwendung siehe *Thomas Giegerich*, *Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten*, ZEuS 2019, 61–111 (88 ff.).

136 *Niedobitek* (Fn. 30), Rn. 13.

der Unionsvertrag (nur) *ergänzte*. Der nunmehr geltende Art. 1 Abs. 3 EUV dreht dieses Verhältnis um: Die Grundlage der Union findet sich *zuerst* in dem EU-Vertrag und nur darauffolgend im Vertrag über die Arbeitsweise. Diese Nachordnung entspricht der Umbenennung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union: Die Bezeichnung der beiden Verträge legt nahe, dass dem Vertrag über die Europäische Union (ein noch zu bestimmender) Vorrang gegenüber dem Vertrag über die Arbeitsweise zukommt. So legt Art. 1 Abs. 3 EUV die Grundlage für eine stufende Systematisierung der Verträge.

Art. 1 Abs. 3 EUV, die Umbenennung des EG-Vertrags sowie die neue Systematik des EU-Vertrags verstehen sich aus dem Reformprojekt der Neuordnung der Verträge, das für die Beratungen des Europäischen Konvents leitend war (a). Auch nach dem Scheitern des Verfassungsvertrags verfolgte die Regierungskonferenz von 2007 wesentliche Anliegen dieses Projekts weiter; sie prägen die neue Systematik der Verträge (b).

a) Das Konzept der Neuordnung der Verträge

Dem Reformprojekt der Neuordnung (engl. *reorganisation*, franz. *réaménagement*) der Verträge ging es darum, das Primärrecht durch Schaffung eines sog. Basisvertrags (*basic treaty*) voranzubringen. Unter diesem Stichwort diskutierten seit Mitte der 1990er Jahre Politik, juristische Dienste und Wissenschaft drei unterschiedliche, aber miteinander verwobene Reformideen.¹³⁷ Ein Verständnis dieser Debatten ist unerlässlich, um das geltende Unionsverfassungsrecht zu durchdringen.

137 Bericht des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments über die Verfassung der Europäischen Union vom 9.2.1994 („Hermann-Bericht“), Dok. A3-0064/94; Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Konstitutionalisierung der Verträge (2000/2160(INI)), I.4; Mitteilung der Kommission, Ein Grundlagenvertrag für die Europäische Union, KOM(2000) 434 endg.; näher *Hervé Bribosia*, De la simplification des traités au traité constitutionnel, in: Giuliano Amato/Hervé Bribosia/Bruno de Witte (Hrsg.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne. Genesis and Destiny of the European Constitution*, Brüssel: Bruylant 2007, 187–222 (188–195); Armin von Bogdandy/Claus-Dieter Ehlermann, Guest Editorial: Consolidation of the European Treaties. Feasibility, Costs, and Benefits, CML Rev. 33 (1996), 1107–1116; sowie die Beiträge in Armin von Bogdandy/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), *Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam*, EuR Beiheft 2/1998.

Der erste Debattenstrang erörterte eine *Zweiteilung* der Vertragstexte in einen Basisvertrag für grundlegende Bestimmungen einerseits und ein oder mehrere Dokumente für die übrigen vertragsrechtlichen Bestimmungen andererseits. Dies sollte eine funktionsadäquate Ordnung und bessere Übersichtlichkeit bringen. Ein zweiter Strang befasste sich mit einer parallelen Zweiteilung der Vertragsänderung, vor allem einem vereinfachten *Änderungsverfahren* für die nicht-grundlegenden Vertragsbestimmungen. Im dritten Strang ging es um inhaltliche *Konstitutionalisierung*, die in einer dezidiert verfassungsrechtlichen Terminologie Ausdruck finden sollte.

Das erste Reformanliegen der besseren Systematisierung des geltenden Vertragsrechts und eines entsprechenden Basisvertrags hatte die juristischen Dienste der Organe und akademische Zirkel schon im Vorfeld des Amsterdamer Vertrags beschäftigt und zu konkreten Vorschlägen geführt. Politisches Momentum erhielt das Anliegen, als eine von der Prodi-Kommission beauftragte „Gruppe der Weisen“ unter der Leitung von Jean-Luc Dehaene (später Vizepräsident des Europäischen Konvents) sich dieses Anliegen zu eigen machte.¹³⁸ Diverse Akteure unterbreiteten Vorschläge zur Umsetzung des Konzepts, etwa die Bertelsmann Forschungsgruppe Politik¹³⁹ und das Europäische Hochschulinstitut.¹⁴⁰ Daraufhin beauftragte der Europäische Rat in seiner Laeken-Erklärung vom Dezember 2001, die das Mandat für den Europäischen Konvent niederlegte, eine „Aufspaltung“ der Verträge und damit die Formulierung eines Basisvertrags. Die Laeken-Erklärung unterschied, ganz in der Logik der drei Reformstränge, zwischen dem Projekt eines Basisvertrags, seiner normhierarchischen Aufwertung und der Ausarbeitung einer Verfassung.¹⁴¹

Der Konvent setzte das erste Anliegen einer neuen Systematik um, indem er einen Verfassungsvertrag mit vier Teilen konzipierte. Teil I kam funktional die Rolle des Basisvertrags zu (Art. I-1 bis Art. I-60), Teil II nahm die Grundrechtecharta auf (Art. II-61 bis Art. II-114), Teil III entsprach im

138 Jean-Luc Dehaene/Richard von Weizsäcker/David Simon, The Institutional Implications of Enlargement, Report to the European Commission, 1999.

139 Ein Grundvertrag für die Europäische Union. Entwurf zur „Zweiteilung“ der Verträge, 2000, abgedruckt in: Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, Verfassungsentwürfe für die Europäische Union (Texte und Materialien Bd. 35), März 2002.

140 Europäisches Hochschulinstitut, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Ein Basisvertrag für die Europäische Union. Studie zur Neuordnung der Verträge, 2000, abgedruckt in Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union (Fn. 139).

141 Europäischer Rat, Laeken Declaration on the Future of the European Union (15 December 2001), Abschnitt „Towards a Constitution for European Citizens“.

Wesentlichen dem heutigen Vertrag über die Arbeitsweise (Art. III-115 bis Art. III-436), Teil IV enthielt Allgemeine und Schlussbestimmungen (Art. IV-437 bis Art. IV-448), ähnlich wie heute Titel VII des EU-Vertrags. Während der Konvent damit das Projekt einer Neuordnung des Vertragsrechts weitgehend realisierte, fand er keine Einigkeit beim zweiten Reformanliegen, das Änderungsverfahren substantiell zu erleichtern. Einigkeit fand er zwar beim Reformanliegen einer stärker verfassungsrechtlichen Terminologie, scheiterte damit jedoch in den Referenden des Jahres 2005.

Nach diesem Scheitern gab die europäische Politik das zweite Reformanliegen völlig auf und das dritte weitgehend (Ausnahme: Art. 2 EUV). Sie realisierte aber das erste, eben mit der Umbenennung des EG-Vertrags, der Revolution in Art. 1 Abs. 3 EUV sowie der neuen Systematik des EU-Vertrags und des AEU-Vertrags. Es dürfte dabei geholfen haben, dass das Reformanliegen der Neuordnung politisch zurückhaltend formuliert und verfolgt wurde. So verzichtete der 2000 präsentierte Entwurf des Florentiner EUI auf Verfassungsrhetorik und nahm dezidiert für sich in Anspruch, die geltende Rechtslage „weitestmöglich“ zu respektieren, also eine Kodifikation *à droit constant* zu sein.¹⁴² Der Florentiner Entwurf klammerte deshalb die politisch umstrittenen Überlegungen zur „Flexibilisierung“ des Vertragsänderungsverfahrens aus; Überlegungen hierzu kamen in einen weiteren eigenständigen Bericht. Diese politische Zurückhaltung unterscheidet diese Konsolidierungsbemühungen von dem Spinelli-Entwurf von 1984 und dem Herman-Entwurf von 1994.¹⁴³ Beide unterbreiteten ebenfalls eine Konsolidierung des Vertragsrechts, projektierten deren Annahme aber als einen politischen Qualitätssprung. Genau diese Projektion fehlte den Vorschlägen des ersten Reformstrangs.

Den Arbeiten für eine Neuordnung war es wichtig, sich als technisch zu präsentieren: orientiert am geltenden Recht und juristisch-systematisierend vorgehend. Man mag das mit *Vaucher* als Entpolitisierung der Verfassungs-

142 Europäisches Hochschulinstitut, Abschlussbericht (deutsche Fassung) (Fn. 140), 1 und 10; zur verfassungsrechtlichen Herangehensweise *Bruno de Witte*, The Question of Treaty Architecture, in: Andrew Glencross/Alexander Trechsel (Hrsg.), EU Federalism and Constitutionalism. The Legacy of Altiero Spinelli, Lanham: Lexington Books 2010, 87–100 (95 f.).

143 Europäisches Parlament, Entwurf eines Vertrags zur Gründung der Europäischen Union, ABL 1984 EG Nr. C 77/33; Europäisches Parlament, Entschliebung zur Verfassung der Europäischen Union, A3–0064/94, ABL 1994 C 61/155; abgedr. in der in Fn. 139 zit. Sammlung.

frage kritisieren.¹⁴⁴ Allerdings legen diese Arbeiten ihre politische Zielsetzung durchaus offen, aber präsentieren sie als im Rahmen des geltenden Rechts mit juristischen Mitteln legitim verfolgbar. Recht und Politik sind nun mal keine gegeneinander abgeschotteten, sondern vielmehr verwobene soziale Diskurse und Sphären.

Das politische Ziel der juristischen Neuordnung bestand darin, das Konvolut des Vertragsrechts an ein Verfassungsdokument anzunähern: eine systematische Ordnung aller Bestimmungen, ihre Zusammenfassung in einer einheitlichen Urkunde und, in der Form des *Basisvertrags*, ein knapper Text. Der Abschlussbericht zum Basisvertrags-Entwurf des EUI sprach von der Knappheit als „überragende[m] Ziel“.¹⁴⁵ Denn die Neuordnung sollte zugleich die Legitimität des Verfassungsrechts stärken. Offensichtlich sah man Umfang, Komplexität und Detailliertheit des Primärrechts als mitverantwortlich für das Legitimationsdefizit der Union. Es gab die politische Erwartung, dass ein Basisvertrag „einen hohen symbolischen und identitätsstiftenden Wert“ hätte,¹⁴⁶ als ein „Text, der jedem Bürger zur Lektüre und Lehrern wie Studenten als Arbeitsgrundlage empfohlen werden kann.“¹⁴⁷ Deshalb empfahl man die Ratifikation einer Neuordnung (oder eine andere Form symbolisch-politischer Bekräftigung). Man erwartet dadurch eine Legitimationsverstärkung, selbst wenn es sich um ein bloßes *restatement* des geltenden Rechts handelte.

Man mag diese Vorstellung, dass die Bevölkerung Texte wie den EU-Vertrag unmittelbar rezipiert und dies die Legitimation der Union stärkt, als kulturwissenschaftlich naiv betrachten.¹⁴⁸ Die Prozesse der Rezeption rechtlicher Texte und Ausbildung eines entsprechenden Rechtsbewusstseins sind sicherlich langwierig und voraussetzungsvoll.¹⁴⁹ Das entkräftet aber nicht die Forderung, dass die rechtliche Grundlage einer Gesellschaft *lesbar* sein muss.¹⁵⁰ Wir sind zudem der Überzeugung, dass ein entsprechend aus-

144 Antoine Vauchez, *Brokering Europe. Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 202 ff.

145 Europäisches Hochschulinstitut, Abschlussbericht (Fn. 140), 6 ff. (Zitat: 5).

146 Ebd., 1 und 12.

147 Bertelsmann Forschungsgruppe Politik, Vorwort (Fn. 139), 4.

148 Vgl. Greta Olson, *From Law and Literature to Legality and Affect*, Oxford: Oxford University Press 2022, 125 ff.

149 Susan S. Silbey, *Legal Culture and Consciousness*, in: Neil J. Smelser/Paul B. Baltes (Hrsg.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Amsterdam: Elsevier Science 2001, 8623–8629.

150 Möllers (Fn. 129), 233.

gerichtetes Schrifttum (inkl. Ausbildungsliteratur) durchaus dazu beitragen kann, die Diskurse der europäischen Gesellschaft verfassungsrechtlich zu prägen.¹⁵¹

b) Die Umsetzung

Die Entscheidung der Regierungskonferenz von 2007, die Kopffartikel des EUV zu einem Grundlagenteil umzubauen, nahm die Reformdebatte der 1990er Jahren auf. Sie ging also zum Diskussionsstand vor der politischen Verfassungsdebatte zurück, welche die Referenden des Jahres 2005 beendet hatten. Die Konferenz stützte sich dabei auf die Vorarbeiten einer Arbeitsgruppe unter Leitung von Jean-Claude Piris, dem Generaldirektor des Juristischen Dienstes des Rates.¹⁵² Diese Gruppe hatte das Normenkonvolut des Verfassungsvertrags mit dem geltenden Primärrecht abgeglichen und in einen Änderungsvertrag umgearbeitet. Diese Arbeiten bildeten die Grundlage für das „Berliner Mandat“ des Europäischen Rates, das zum Lissabonner Vertrag führte.¹⁵³

Dabei war die Fortexistenz von zwei Verträgen (EUV und EGV) ebenso gesetzt wie die Regelungstechnik eines Änderungsvertrags. Der politische Kontext nach den gescheiterten Referenden verbot zudem eine Verschiebung ganzer Normgruppen, etwa der Bestimmungen über die GASP in den AEUV. Politische Erwägungen standen offenbar auch der naheliegenden Lösung entgegen, den gesamten Teil I des VVE als neuen Grundlagenteil in den EUV zu überführen. Es musste also eine neue Systematik gefunden werden. Nach welchen Kriterien die Arbeitsgruppe dabei vorging, wissen wir nicht: Die Dokumente zur Vorbereitung der Regierungskonferenz sind nicht öffentlich. An juristischer Expertise und jahrelanger Erfahrung aus ähnlichen Gremien mangelte es den Rechtsberatern jedenfalls nicht.

Das Ergebnis, die ersten drei Titel des EUV, ist ein grundlegend neues Dokument. In den ersten sieben Artikeln des früheren EU-Vertrags bleibt kaum ein Stein auf dem anderen; lediglich die ersten beiden Absätze des

151 *Kris Grimonprez*, *The European Union and Education for Democratic Citizenship*. Legal Foundations for EU Learning at School, Baden-Baden: Nomos 2020, insb. 339 ff.

152 Zur Bedeutung von Piris und einer kleinen Gruppe anderer *jurisconsults* für die „Rationalisierung“ der Verträge siehe *Vauchez* (Fn. 144), 208 ff.

153 Europäischer Rat vom 21./22. Juni 2007 (Fn. 5).

Art. 1 und Art. 7 EUV sind inhaltlich und hinsichtlich ihres Standortes weitgehend unverändert. Die Regelungsgegenstände des vormaligen Art. 6 EUV-Nizza werden auf die neuen Art. 2 bis 6 EUV aufgeteilt und mit den Inhalten des Verfassungsvertrags angereichert. Die vormaligen Aussagen in Art. 3 bis 5 EUV-Nizza zum institutionellen Rahmen werden in die neuen Art. 10 bis 19 EUV aufgenommen; Art. 8 und 9 EUV sind ohne Vorbild.¹⁵⁴ Eine innovative Neuerung sind weiter die Vorschriften, die an exponierter Stelle in den AEUV aufgenommen werden. Dies gilt namentlich für die Regelungen zur Kompetenztypologie (Art. 11 bis 16 VVE, jetzt Art. 2 bis 6 AEUV). Sie bilden gemeinsam mit den Querschnittszielen und einigen übergreifenden Maßstäben (Art. 7 bis 17 AEUV) einen mit „Grundsätze“ überschriebenen Allgemeinen Teil des AEUV, der für alle Politiken der Union Geltung beansprucht, einschließlich der in Art. 21 bis 46 EUV normierten Formen des auswärtigen Handelns (vgl. Art. 2 Abs. 4 AEUV).

Spätere Kapitel dieses Buches werden die jeweiligen Entscheidungen des Vertragsgesetzgebers deuten. An dieser Stelle seien lediglich drei allgemeine Beobachtungen festgehalten, welche die ersten 19 Artikel des EUV im Vergleich mit früheren Bemühungen um einen Basisvertrag auszeichnen.

Erstens braucht der EU-Vertrag in der Fassung von Lissabon den Vergleich mit dem Verfassungsvertrag in systematischer Hinsicht nicht zu scheuen; er erfüllt viele Anliegen der Neuordnungsdebatte. Seine Ordnungsgedanken finden sich an herausgehobener Stelle, sind klar erkennbar und fordern zur rechtswissenschaftlichen Rekonstruktion auf. Diese Leistung ist alles andere als selbstverständlich angesichts des schwierigen politischen Umfelds im Jahre 2007. Dass das Unterfangen der Konsolidierung an manchen Punkten unvollständig bleibt (Vorrangfrage) und es redaktionelle Schiefen gibt (etwa die Redundanz von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 Satz 3 EUV), sei damit nicht bestritten. Auch die GASP-Bestimmungen in Titel V EU-Vertrag gehören nicht zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen; ihr systematisch „richtiger“ Standort wäre dort, wo sich jetzt Art. 205 AEUV befindet. All dies ändert nichts an der grundsätzlichen Systematisierung im Sinne eines Basisvertrags, den die Neuordnungsbewegung anstrebte.

154 An der Überzeugungskraft dieser symbolischen Aufwertung der Nachbarschaftspolitik der EU darf man Zweifel anmelden, ebenso wie an der prominenten Platzierung des Kopfsartikels zur verstärkten Zusammenarbeit in Art. 20 EUV (den wir nicht zum Grundlagenteil des EUV zählen).

Zweitens ist der Grundlagenteil des EUV mit 19 Artikeln von bemerkenswerter Kürze; er verwirklicht dieses Anliegen eines Basisvertrags besonders konsequent. Der Teil I des Verfassungsvertrags ist mit 59 (Konvents-Fassung) bzw. 60 Artikeln (Regierungskonferenz 2004) mehr als drei Mal so lang. Zum weiteren Vergleich: Der EUI-Entwurf eines Basisvertrags umfasst 95 Artikel, seine Kurzvariante 70. Der Grundlagenteil des EU-Vertrags erreicht diese Knappheit durch bemerkenswerte konzeptionelle Entscheidungen: Er enthält keine Politiken, keine Enumeration subjektiv-öffentlicher Rechte und keine Rechtsgrundlagen (Ausnahmen: Art. 7 und 14 Abs. 2 EUV sowie Selbstorganisationsbefugnisse der Organe). Die Vorschriften über die Organe konzentrieren sich auf fünf Hauptorgane, von denen jedes mit nur einem Artikel charakterisiert wird. Die größte Reduktion gegenüber dem Verfassungsvertrag erfolgt durch Auslagerung der Bestimmungen zu Kompetenzen, Handlungsformen und Finanzen in den AEUV. Das bedingt allerdings, dass einige verfassungsrechtliche Innovationen des Lissabonner Vertrags (Einführung einer Kompetenztypologie; Unterscheidung von Gesetzgebungsakten und sonstigen Rechtsakten) keinen Niederschlag im EU-Vertrag gefunden haben.

Drittens ist festzuhalten, dass die Systematik der EU-Verträge sich nicht als formale „Zweiteilung“ charakterisieren lässt, das Ziel früherer Konzeptionen eines Basisvertrags. Das Verhältnis der Bestimmungen, die Art. 1 Abs. 3 EUV auf einer Rangebene anordnet, lässt sich vielmehr als Abfolge von Konkretisierungsstufen oder materielle Normkaskade charakterisieren. Zudem weist der Grundlagenteil selbst eine gestufte Struktur auf. Wie in der Einleitung und bei den einschlägigen Ausführungen zu den Art. 1, 2 und 3 Abs. 1 EUV ausgeführt, bilden die ersten fünf Absätze des EUV den Kern des Unionsverfassungsrechts. Dieser Kern ist das strukturprägende Zentrum, von dem aus die übrigen Bestimmungen der Verträge – ihr Grundlagenteil ebenso wie die Vorschriften auf weiteren Konkretisierungsstufen – zu deuten sind.

3. Folgerungen für die Interpretation

Diese Lissabonner Neustrukturierung der Verträge zeitigt Konsequenzen für die Methoden der Verfassungsinterpretation. Drei Dimensionen seien hervorgehoben.

Die erste Dimension betrifft die systematische Rekonstruktion des Primärrechts. Art. 1 Abs. 3 EUV und der Grundlagenteil in den Artikeln 1

bis 19 EUV rufen nach einer Dogmatik, welche das Vertragsrecht und das Fallrecht à *droit constant* systematisch neu zuordnet und dadurch konsolidiert. Wir haben bei Art. 1 Abs. 1 EUV mit Autonomie, unmittelbarer Wirkung und Vorrang einen entsprechenden Versuch unternommen. Solches Systematisieren liegt auf der Linie der jüngsten Rechtsprechung. Allerdings hat der EuGH bislang sein Verständnis dessen, was laut Protokoll Nr. 8 „die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts“¹⁵⁵ ausmacht, nicht deutlich in den Grundlagenbestimmungen des EUV verankert. Er bleibt in seinen Textbezügen eher vage und rekuriert zumeist auf die eigene Rechtsprechung. Dies dürfte auch daran liegen, dass entsprechende Systematisierungen wohl nur die Rechtswissenschaft erbringen kann.

Eine zweite Dimension betrifft die Zulässigkeit, das Gebot, ja das Primat einer prinzipiengeleiteten und damit grundstrukturkonformen Auslegung der Verträge,¹⁵⁶ orientiert an einem gesamthaften und kohärenten Verständnis dessen, was der EuGH den „verfassungsrechtlichen Rahmen“ bzw. die „Verfassungsstruktur“ der Union nennt.¹⁵⁷ Viele Verfassungsgerichte praktizieren eine solche Auslegung, indem sie Verfassungsprinzipien als „Baugesetze“, „Verfassungskern“, „Verfassungsidentität“, „basic structures“ oder „invisible constitution“¹⁵⁸ deklarieren und mit ihnen die anderen, formal gleichrangigen Verfassungsbestimmungen auslegen.¹⁵⁹ So dürften sich deutsche Juristinnen und Juristen bei der Lektüre der einschlägigen EuGH-Urteile zu Art. 2 EUV daran erinnert fühlen, wie Verfassungsprinzipien bzw. Staatsstrukturbestimmungen eine prägende Kraft für die Auslegung des deutschen Grundgesetzes beanspruchen: Als im Verfassungstext verankerte

155 Art. 1 des Protokolls (Nr. 8) zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

156 In diesem Sinne zu Art. 2 EUV *Michael Potacs*, Wertkonforme Auslegung des Unionsrechts?, EuR 2016, 164–175.

157 EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 15), Rn. 165 bzw. 158.

158 So einflussreich *László Sólyom*, § 107: Das ungarische Verfassungsgericht, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VI, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa. Institutionen, Heidelberg: C.F. Müller 2016, 639–705 (Rn. 55 ff.); der Protagonismus des ungarischen Verfassungsgerichts gilt allerdings als Grund für den *backlash*, den es ab 2011 erlebte, vgl. etwa *Zdeněk Kühn*, Centralized Judicial Review and the Problem of its ‚Over-Centralization‘, in: Michal Bobek/Adam Bodnár/Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), *Transition 2.0. Reestablishing Liberal Democracy in EU Member States*, Baden-Baden: Nomos 2023, 277–296.

159 *Spieker*, EU Values (Fn. 134), 90 ff.

Normen kommt ihnen zwar keine derogatorische Kraft gegenüber den übrigen Verfassungsbestimmungen zu, wohl aber ein überschießender normativer Gehalt, der für die Auslegung der sie konkretisierenden Vorschriften fruchtbar gemacht werden kann.¹⁶⁰ Die Bedeutung solcher Vorschriften ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel mit den Prinzipien, in deren Licht sie ausgelegt werden.¹⁶¹

Seit Art. 6 Abs. 1 EUV-Amsterdam/Nizza formierte sich die Meinung, dass den heute in Art. 2 EUV niedergelegten Verfassungsprinzipien „un rang essentiel dans la hiérarchie des normes du droit de l'Union“ zukomme.¹⁶² Entsprechend betonte der Gerichtshof schon 2008, dass keine Bestimmung des Primärrechts eine Abweichung von den Grundsätzen des damaligen Art. 6 Abs. 1 EUV zulasse.¹⁶³ Manche sehen hierin sogar eine Ebene unantastbarer Grundprinzipien, die dem übrigen Primärrecht übergeordnet sind.¹⁶⁴ Auf jeden Fall geben die Werte des Art. 2 EUV inzwischen der Union „schlechthin ihr Gepräge“.¹⁶⁵ Die Unionswerte rücken damit in eine Stellung, welche mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität vergleichbar ist.¹⁶⁶

Wie aber lässt sich eine solche prinzipienkonforme Interpretation des Primärrechts bei gleichzeitiger Abwesenheit einer formellen Normenhierarchie methodentheoretisch einordnen? Dass unterschiedliche Normen

160 Dies gehört zum Basiswissen der juristischen Ausbildung, siehe etwa *Martin Morlok/Lothar Michael*, Staatsorganisationsrecht, Baden-Baden: Nomos 2023, Rn. 48, 90 ff. Exemplarisch BVerfGE 129, 39 – *Wahlrechtsgrundsatz der Öffentlichkeit*.

161 Vgl. *Franz Reimer*, Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, Berlin: Duncker & Humblot 2001, S. 254 ff., 303 ff., 358 ff.

162 Siehe *Hélène Gaudin*, Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?, *Revue trimestrielle de droit européen* 35 (1999), 1–20; *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 341 f.; zu Art. 1–2 des Verfassungsvertrags siehe *Laurence Burgorgue-Larsen*, in: *Laurence Burgorgue-Larsen/Anne Levaide/Fabrice Picod* (Hrsg.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Vol. I, Brüssel: Bruylant 2007, Art. 1–2, Rn. 14.

163 EuGH, Urteil v. 3.9.2008, Rs. C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 303 – *Kadi/Rat u. Kommission*.

164 So etwa *Christina Eckes*, Protecting Supremacy from External Influences. A Precondition for a European Constitutional Legal Order?, *ELJ* 18 (2012), 230–250 (241, 247); *Daniel Sarmiento*, The EU's Constitutional Core, in: *Alejandro Saiz Arnaiz/Carina Alcobarro Llivana* (Hrsg.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge u.a.: Intersentia 2013, 177–204; *Allan Rosas/Lorna Armati*, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford: Hart 2018, 50–53.

165 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 21), Rn. 127, 232; *Polen/Parlament u. Rat* (Fn. 21), Rn. 145, 264.

166 Dazu *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band.

gleicher Rangstufe tatbestandliche Überschneidungen aufweisen, ist keine Anomalie, sondern eine alltägliche Herausforderung juristischer Hermeneutik, die dafür über einen etablierten Kanon juristischer Methoden und Argumente verfügt. In der Rechtsprechung zu den EU-Verträgen finden sich zahlreiche Beispiele, in denen der EuGH einer Bestimmung des Primärrechts relativen Vorrang vor einer anderen zuschreibt, ohne damit eine formale Normenhierarchie zu begründen.¹⁶⁷ Bei der hier interessierenden Spannungslage zwischen einer allgemeineren und einer spezielleren Norm kann man sogar oft zu dem Ergebnis kommen, dass allein die speziellere Norm zur Anwendung kommt und die allgemeinere verdrängt. Anders jedoch, wenn die allgemeinere Norm ein Prinzip ist: Dann gilt das Gebot der prinzipienkonformen Auslegung.

Unionsverfassungsrechtliche Gebote zur Konformauslegung sind fest etabliert, bislang allerdings vor allem zwischen Normen unterschiedlicher Rangstufen oder Rechtsordnungen.¹⁶⁸ So kennt das Unionsrecht eine Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts, wenn auf diesem Weg eine Normenkollision vermieden werden kann.¹⁶⁹ Ebenso ist anerkannt, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einer Richtlinie eine Auslegung wählen müssen, die einen Verstoß gegen Unionsgrundrechte vermeidet, mit anderen Worten: es besteht eine Pflicht zur primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts.¹⁷⁰ In beiden Fällen findet das Konformauslegungsgebot seine Grenze am methodisch Vertretbaren; es berechtigt nicht zu einer Auslegung *contra legem*.

167 Etwa zum Verhältnis von Art. 78 Abs. 2 lit. e AEUV (Regelung der Asylzuständigkeit) und Art. 78 Abs. 3 AEUV (Umverteilung von Asylbewerbern im Fall eines plötzlichen Zustroms) EuGH, Urteil v. 6.9.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 68 ff. – *Slowakei u. Ungarn/Rat*.

168 Nach Martens handelt es sich um einen Anwendungsfall der systemkonformen Auslegung, siehe *Sebastian A.E. Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 435 ff.; anders Arzoz, der diesen hermeneutischen Prozess nicht als Auslegung, sondern als Normkoordinierung begreift, *Xabier Arzoz Santisteban*, Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 4 (2021), 67–104 (77).

169 *Robert Schütze*, *An Introduction to European Law*, Oxford: Oxford University Press 2023, 130 ff.

170 EuGH, Urteil v. 27.6.2006, Rs. C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429, Rn. 61 ff, 104 f. – *Parlament/Rat (Familienzusammenführung)*; Rs. C-305/05, Urteil v. 26.6.2007, ECLI:EU:C:2007:383, Rn. 28 – *Ordre des barreaux francophones et germanophones*; grundlegend Urteil v. 13.12.1983, Rs. 218/82, ECLI:EU:C:1983:369, Rn. 15 – *Kommission/Rat (Lomé-Abkommen)*.

Das hier postulierte Gebot der prinzipienkonformen Auslegung dehnt diese Hermeneutik auf das Verhältnis der Kern- und Grundlagenbestimmungen zu den übrigen Bestimmungen der Verträge aus, also auf Normen identischen Rangs innerhalb einer Rechtsordnung. Zugleich sei betont, dass auch dieser Imperativ zur kollisionsvermeidenden Interpretation des Primärrechts nur im Rahmen des methodisch Vertretbaren besteht. Insgesamt gilt damit, dass die nachfolgenden Bestimmungen der Verträge im Lichte der Bestimmungen des Grundlagenteils und insbesondere des Verfassungskerns auszulegen sind, es sei denn, der Fortbestand der Spannungslage ist mit hinreichender Deutlichkeit vom Vertragsgesetzgeber gewollt.

Der EuGH praktiziert seit langem diese Methode, allerdings mit charakteristischen Veränderungen, welche Zentralnormen dabei im Fokus stehen.¹⁷¹ Bereits in den 1980er Jahren stellte *Pierre Pescatore* fest, dass „sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine deutliche Hierarchie der Werte abzeichnet, insofern als gewisse Vertragsbestimmungen als ‚wesentlich‘ oder ‚grundlegend‘ ... vor anderen hervorgehoben werden.“¹⁷² Nur ging es damals um die Ziele einer Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere den Gemeinsamen Markt des Art. 2 EWGV.¹⁷³ Andere Vertragsbestimmungen waren in Übereinstimmung mit den Gemeinschaftszielen in Art. 2 und 3 EWGV auszulegen.¹⁷⁴

Parallel zu dieser funktionalistischen und zielorientierten Auslegung entwickelte der EuGH einen konstitutionalistischen Typus prinzipienkonformer Auslegung. Er hat damit insbesondere die primärrechtlichen Bestim-

171 Vgl. *Joxerramon Bengoetxea*, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press 1993, 233 und 258–260.

172 *Pierre Pescatore*, *Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht*, in: Wilhelm Grewe/Hans Heinrich Rupp/Hans Schneider (Hrsg.), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, FS zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher, Baden-Baden: Nomos 1981, 319–338 (331); dazu näher *Spieker*, *EU Values* (Fn. 134), 101 ff., 111 ff.

173 *Pierre Pescatore*, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice* (1972), in: ders., *Études de droit communautaire européen 1962–2007*, Brüssel: Bruylant 2008, 383–421; *Ipsen* (Fn. 110), 131.

174 Vgl. EuGH, Urteil v. 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 125 – *Hoffmann-La Roche*; Urteil v. 6.3.1974, verb. Rs. 6/73 und 7/73, ECLI:EU:C:1974:18, Rn. 32 – *Commercial Solvents*; Urteil v. 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 23–26 – *Continental Can*.

mungen des Prozessrechts rechtsstaatlich gedeutet und so den Rechtsschutz verbessert.¹⁷⁵ Just in diesem Kontext qualifizierte der EuGH erstmalig den EWG-Vertrag als Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft.¹⁷⁶ Das Prinzip der Rechtsgemeinschaft – seinerzeit noch recht vage im „Geist der Verträge“ verankert¹⁷⁷ – dient seitdem dazu, die Vollständigkeit des Rechtsschutzsystems der Union zu begründen und die prozessrechtlichen Bestimmungen der Verträge entsprechend auszurichten. So hat der EuGH sukzessive die Bestimmungen über anfechtbare Akte und zulässige Gegenstände einer Normenkontrolle erweiternd ausgelegt und damit die Formenneutralität des Rechtsschutzsystems durchgesetzt, was der Lissabonner Vertrag schließlich kodifiziert.¹⁷⁸ Allerdings hat der Gerichtshof ebenso betont, dass prinzipienorientierte Erwägungen nicht zur Unanwendbarkeit einer vertraglich normierten Prozessvoraussetzung führen können.¹⁷⁹

Neuere Urteile wie die, in denen der Gerichtshof den primärrechtlichen Ausschluss seiner Zuständigkeit für GASP-Akte (Art. 24 Abs. 1 EUV, Art. 275 Abs. 1 AEUV) im Lichte von Art. 2 und 19 EUV einer einschränkenden Auslegung unterzogen hat, stehen also in einer langen Tradition.¹⁸⁰ Der Innovationsschub, den der Lissabonner Vertrag in der Rechtsprechung zu Art. 2 EUV befördert hat, impliziert keine neue Auslegungsmethode, wohl aber eine Ausweitung auf weitere thematische Bereiche jenseits des Rechtsschutzes, etwa auf die Europäische Bürgerinitiative (*Minority Safe-*

175 Jürgen Bast, § 41: Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht, in: Stefan Leible/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, Baden-Baden: Nomos 2021, 1625–1648 (Rn. 33 ff.).

176 EuGH, *Les Verts* (Fn. 26), Rn. 23.

177 EuGH, *Les Verts* (Fn. 26), Rn. 25; der Gerichtshof zitiert den Vorläufer des heutigen Art. 19 Abs. 1 EUV.

178 Jürgen Bast, *Handlungsformen und Rechtsschutz*, in: Jürgen Bast/Armin von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin: Springer 2009, 489–557 (518 ff.).

179 EuGH, Urteil v. 25.7.2002, Rs. C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, Rn. 44 – *Union de Pequeños Agricultores/Rat*.

180 EuGH, Urteil v. 19.7.2016, Rs. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, Rn. 40 f. – *H/Rat u.a.*; Rs. C-75/15, Urteil v. 28.3.2017, ECLI:EU:C:2017:236, Rn. 72 – *Rosneft*; Rs. C-134/19 P, Urteil v. 6.10.2022, ECLI:EU:C:2020:793, Rn. 32, 35 – *Bank Refah Kargaran/Rat*; zur Einordnung Carolyn Moser, *Accountability in EU Security and Defence*, Oxford: Oxford University Press 2020, 177 ff.; Ley, in diesem Band.

Pack),¹⁸¹ den Abgeordnetenstatus (*Junqueras Vies*)¹⁸² oder den Austritt aus der Union (*Wightman*).¹⁸³

In den beiden letztgenannten Urteilen verortet der Gerichtshof sein methodisches Vorgehen explizit. In *Wightman* zitiert er zunächst die Standardformel, nach der „bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts nicht nur ihr Wortlaut und die mit ihr verfolgten Ziele zu berücksichtigen sind, sondern auch ihr Zusammenhang und das gesamte Unionsrecht“.¹⁸⁴ Die Grundlagenbestimmungen der Verträge, namentlich Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 EUV, werden dem relevanten „Zusammenhang“ (engl. *context*) zugeordnet, in dem die auszulegende Norm (Art. 50 EUV) steht.¹⁸⁵ Ein Auslegungsergebnis, das mit den darin niedergelegten „Zielen und Werten“ im Widerspruch stehe, scheide aus, so der methodische Imperativ des EuGH.¹⁸⁶ Ebenso das methodische Programm des EuGH in *Junqueras*: Der fragliche Artikel des Primärrechts (Art. 9 des Immunitäten-Protokolls) sei u.a. „im Licht seines Kontexts ... auszulegen“.¹⁸⁷ Als maßgeblichen Kontext nennt der EuGH Art. 2, Art. 10 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 3 EUV.¹⁸⁸ Die neue Prominenz der Grundlagenbestimmungen der Verträge in der Rechtsprechung findet mithin ihre methodische Rechtfertigung im etablierten Topos einer Auslegung, welche die Verträge in ihrer Gesamtheit als Kontext in den Blick nimmt¹⁸⁹ und sie von ihren strukturprägenden Normen her deutet.

Ganz im Sinne des hier vertretenen Ansatzes deutet der EuGH die als Kontext angeführten Grundlagenbestimmungen als eine intern gestufte Folge von Normen, als Normkaskade. Der Schlüsselbegriff lautet Konkretisierung: Der in Art. 10 Abs. 1 EUV niedergelegte Grundsatz der repräsentativen Demokratie „konkretisiert“ (engl. *gives concrete form to*) den Wert der Demokratie in Art. 2 EUV, und Art. 14 Abs. 3 EUV „setzt diesen Grundsatz um“ (engl. *implementing that principle*), heißt es in *Junqueras*.¹⁹⁰ Dies entspricht präzise dem materiell-hierarchischen Zusammenhang, den der

181 EuGH, *Rumänien/Kommission* (Fn. 72).

182 EuGH, *Junqueras Vies* (Fn. 23).

183 EuGH, *Wightman* (Fn. 2).

184 EuGH, *Wightman* (Fn. 2), Rn. 47; vgl. Urteil v. 6.10.1982, Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 20 – C.I.L.L.F.I.T.

185 EuGH, *Wightman* (Fn. 2), Rn. 61.

186 EuGH, *Wightman* (Fn. 2), Rn. 67.

187 EuGH, *Junqueras Vies* (Fn. 23), Rn. 62.

188 EuGH, *Junqueras Vies* (Fn. 23), Rn. 63 f.

189 Ausdrücklich EuGH, *Wightman* (Fn. 2), Rn. 46.

190 EuGH, *Junqueras Vies* (Fn. 23), Rn. 63 f.

EuGH im Urteil *ASJP* und der nachfolgenden Rechtsprechung zwischen Art. 2 und Art. 19 EUV zugrunde legt: Der Wert der Rechtsstaatlichkeit bilde eine grundlegende Prämisse des Unionsrechts, die durch die in Art. 19 EUV verankerte Garantie der Unabhängigkeit der Justiz „konkretisiert“ wird (engl. *gives concrete expression to the value*).¹⁹¹ Die Konzeption, das Unionsverfassungsrecht als Abfolge von Konkretisierungsstufen zu deuten, die eine materielle Hierarchie innerhalb des formell ranggleichen Primärrechts begründen, kann sich mithin sowohl terminologisch als auch in der Sache auf die Rechtsprechung stützen.

An diese zentrale Rolle der Werte des Art. 2 EUV für das Unionsrecht als Ganzes schließt die dritte, die transformatorische Dimension ihrer Interpretation an. Verfassungsinterpretation ist auch Ausdruck und sogar Motor eines langfristigen Prozesses, in dem sich das Verständnis, was die Union ausmacht und was es heißt, ein Mitgliedstaat zu sein, wandelt. Das betrifft die integrationsteleologische Auslegung überkommener Normbestände des Unionsrechts, deren Deutung und Weiterentwicklung an den grundlegenden Verfassungsprinzipien auszurichten ist.

Diese transformatorische Dimension betrifft zum einen Spannungen innerhalb der Unionsrechtsordnung, zum anderen den Umgang mit systemischen Defiziten in den Mitgliedstaaten. Wir beschränken uns hier auf Spannungen innerhalb der EU-Verträge.¹⁹² Wie dargestellt ist die in Art. 2 und 10 EUV zum Ausdruck kommende Idee demokratischer Herrschaft der Union keineswegs in allen Politikbereichen vollständig verwirklicht. Das Lissabonner Verfassungsmodell, wie es in den Artikeln 1 bis 19 EUV zum Ausdruck kommt, weist also ein überschießendes Potenzial auf, was das europäische Verfassungsrecht als unvollendetes Projekt erkennbar werden lässt: Die Grundlagenbestimmungen des EUV und allen voran die Kernbe-

191 EuGH, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (Fn. 9), Rn. 30, 32; seitdem in ständiger Rechtsprechung wiederholt, etwa Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 42, 47 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts)*.

192 Jürgen Bast, *The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution*, GLJ 6 (2005), Special Issue: *The Unity of the European Constitution*, 1433–1452; zur mitgliedstaatlichen Dimension von *Bogdandy/Spieker* und *Franzius*, in diesem Band, sowie *Armin von Bogdandy/Luke Dimitrios Spieker*, *EU Values as Constraints and Facilitators in Democratic Transitions*, in: Michal Bobek/Adam Bodnár/Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), *Transition 2.0. Reestablishing Liberal Democracy in EU Member States*, Baden-Baden: Nomos 2023, 113–142.

stimmung des Art. 2 EUV sind beides zugleich: operatives Verfassungsrecht und Manifest.¹⁹³

Im letzteren Sinne sind Art. 2 EUV und das Programm eines auf seine Verwirklichung ausgerichteten Integrationsprozesses ein Spiegel dessen, was die Union und die europäische Gesellschaft noch nicht sind, aber sein wollen. Das impliziert kritische Rekonstruktionen von primärrechtlichen Sektoren, die bislang anderen verfassungsrechtlichen Logiken folgen. Es sei betont, dass sich manche Spannungen zwischen der Logik des Grundlagenteils und solchen Sektoren nicht mittels juristischer Hermeneutik auflösen. Es gehört daher unter dem Lissabonner Vertrag auch zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft, aus dem Grundlagenteil Reformprojekte für den Gesetzgeber, ggf. den Vertragsgesetzgeber, zu entwickeln, wie der Verfassungsauftrag in Art. 3 Abs. 1 EUV zur Förderung der Werte der Union verwirklicht werden kann.

Eine wichtige Spannung besteht zwischen den Prinzipien des Art. 2 EUV und den Bestimmungen der Verträge über die Wirtschafts- und Währungsunion.¹⁹⁴ Viele der wirtschaftswissenschaftlichen und weltanschaulichen Annahmen der 1980er und 1990er Jahren, auf denen die einschlägigen Bestimmungen des AEUV aufbauen, haben sich überlebt.¹⁹⁵ Ein entsprechender Umbau seitens der Politik hat inzwischen eingesetzt,¹⁹⁶ was einer grundbegrifflichen und dogmatischen Begleitung bedarf. Dieser Umbau muss, so unser Ansatz, die unionale Wirtschaftsverfassung unter die Maßstäbe des Art. 2 EUV stellen. Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 119 AEUV und die sie konkretisierenden Bestimmungen sind im Lichte des Verfassungskerns zu interpretieren. Die unionale Wirtschaftsverfassung könnte und sollte, so unser Fazit, als ein Instrument europäischer republikanischer Verfasstheit

193 Vgl. Günter Frankenberg, *The Return of the Contract. Problems and Pitfalls of European Constitutionalism*, ELJ 6 (2000), 257–276 (261).

194 Kaarlo Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 127 ff.; dazu auch Goldmann und Ioannidis, in diesem Band.

195 Daniela Dobre, *Constitución económica: una propuesta al debate conceptual*, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 3 (2021), 157–198; Sandulli (Fn. 16), 59 ff.; Bast/Kaiser, in diesem Band, III.

196 Michael Ioannidis, *Europe's New Transformations. How the EU Economic Constitution Changed during the Eurozone Crisis*, CML Rev. 53 (2016), 1237–1282; ders., *Between Responsibility and Solidarity. COVID-19 and the Future of the European Economic Order*, ZaöRV 4 (2020), 773–783; Antonio-Martín Porras-Gómez, *The EU Recovery Instrument and the Constitutional Implications of Its Expenditure*, EuConst 19 (2023), 1–24.

gedeutet werden.¹⁹⁷ Diese prinzipiengeleitete Rekonstruktion verlangt, ein Verfassungsdenken aufzugeben, das die Unionsverträge als Garantie einer liberalen Marktordnung monetaristischer Ausrichtung liest.¹⁹⁸

VI. „immer enger“ durch Recht, durch Juristen, durch Interpretation

Wir beschließen unseren Beitrag mit einer Reflexion darüber, ob die hier unterbreitete Lesart des Art. 1 EUV als Ursprung einer autonomen Rechtsordnung, in deren Zentrum die Prinzipien des demokratischen Konstitutionalismus stehen, auf eine Selbstermächtigung der sozialen Gruppe hinausläuft, der die Autoren angehören: den Juristinnen und Juristen.

Das vielleicht berühmteste Forschungsprojekt zum Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht heißt *integration through law*.¹⁹⁹ Das von Mauro Cappelletti, Monica Seccombe und Joseph Weiler am Europäischen Hochschulinstitut organisierte Projekt ging ganz selbstverständlich davon aus, dass die Juristen, seien es Richterinnen, Beamte, Rechtsanwältinnen, zivilgesellschaftliche Aktivisten oder Wissenschaftlerinnen, einen eigenen Beitrag zur immer engeren Union der Völker Europas leisten können, ja leisten sollen. Dieses Verständnis bringt Eric Stein in dem schon eingangs zitierten Aufsatz zum Ausdruck, dessen Titel alles Wesentliche in dieser Hinsicht sagt: „Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution“.²⁰⁰

Steins Aufsatz und das Florentiner Projekt stammen aus den späten 1970er und frühen 1980er Jahren, ihre Verwobenheit mit dem Zeitgeist und auch Defizite liegen inzwischen offen.²⁰¹ Die Grundannahme aber steht,

197 Armin von Bogdandy, Renaissance des Republikanismus, in: ders./Angelika Siehr/Patrick Hilbert, Renaissance des Republikanismus, Tübingen: Mohr Siebeck 2024, 1–90.

198 So aber Peter-Christian Müller-Graff, § 1: Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht. Das System, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Baden-Baden: Nomos 2021, 53–128 (Rn. 25 ff.); ähnlich, in kritischer Absicht, Agustín José Menéndez, The ‘Terrible’ Functional Constitution of the European Union, in: Marco Goldoni/Michael A. Wilkinson (Hrsg.), The Cambridge Handbook on the Material Constitution, New York: Cambridge University Press 2023, 315–366.

199 Mauro Cappelletti/Monica Seccombe/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin: De Gruyter 1985 bis 1988.

200 Stein (Fn. 3).

201 Vgl. Daniel Augenstein (Hrsg.), *‘Integration through Law’ Revisited. The Making of the European Polity*, Farnham, Burlington: Ashgate 2012; Marco Dani/Agustín José

dass nämlich das juristische Feld und damit die Rechtswissenschaft eine eigene legitime Rolle in dem transformatorischen Prozess einer immer engeren Union der Völker Europas auf der Stufe hat, die der Vertrag von Lissabon etabliert hat. Das Recht ist eben nicht allein eine abhängige Variable rechtsexterner Kräfte, sondern besitzt eigenes gestaltendes und sogar transformierendes Potenzial. Natürlich folgt die legislative und judikative Fortentwicklung des Unionsrechts zum einen dem Wandel im komplexen Kraftfeld der europäischen Gesellschaft. Aber juristische Institutionen und Akteure können dank der transzendierenden Normativität des Rechts auch selbst Wandel im sozioökonomischen Kraftfeld verursachen.²⁰²

Wenn das Recht im Prozess der Integration, also für die Entstehung der europäischen Gesellschaft, eine eigene gestaltende Rolle hat, so hat dies Konsequenzen für eine Rechtswissenschaft, die sich am Unionsverfassungsrecht und damit am europäischen Verfassungskern ausrichtet. Rechtswissenschaftler und Rechtswissenschaftlerinnen spielen eine eigene Rolle: Sie beschreiben *ihre* Rechtsordnungen nicht von außen, sondern gestalten sie von innen. Sie prägen und verwalten die tragenden Begriffe und Prinzipien. Mit ihnen fassen, erklären, legitimieren sie rechtliche und politische Strukturen, inspirieren, begleiten, kritisieren die Rechtsentwicklung, formen den Nachwuchs des Rechtsstabs, dem fast alle formalisierten Operationen der Gesellschaft eben ihre Formalisierung verdanken. Viele Professoren, und immer mehr Professorinnen, propagieren ihre Begriffe, Lehren, Theorien in der akademischen wie der allgemeinen Öffentlichkeit, als Rechtsbeistand, als Expertin in politischen Prozessen oder gar in Urteilen, die sie für ihr Gericht mit professoraler Feder schreiben.

Eine demokratische europäische Gesellschaft kann auf eine autonome Rechtswissenschaft als integralem Bestandteil ihrer Diskurse kaum verzichten. Moderne repräsentative Demokratien sind Regierungssysteme der Distanz, Reflexion und Vermittlung. So können die unterschiedlichen Maßstäbe des europäischen Verfassungskerns nur in ihrem Zusammenspiel das demokratische Projekt verwirklichen, was einer vermittelnden Wissenschaft bedarf. Die Autonomie der Rechtswissenschaft dient dem demokratischen Projekt, indem sie das überbordende Material theoretisch wie dogmatisch fasst, Begriffe liefert, mit denen eine Gesellschaft sich ihrer selbst bewusst

Menéndez, *Costituzionalismo europeo: per una ricostruzione demistificatoria del processo di integrazione europea*, Neapel: Edizione Scientifiche Italiane 2023.

202 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 15 ff.

werden kann, Defizite ausweist und Wege konzipiert, auf denen das demokratische Projekt des Art. 2 EUV vorankommt.

Die Verfassungsprinzipien

Armin von Bogdandy und Luke Dimitrios Spieker*

I. Positionierung	123
II. Normbefund	125
III. Theorie	127
1. Normtheoretische Klarstellungen	127
2. Prinzipientheoretisches Potenzial	131
3. Verfassungstheoretische Wirkung	133
4. Gesellschaftstheoretische Versprechen	138
IV. Dogmatik	142
1. Justiziabilität	143
2. Interpretationsmaximen	148
3. Prinzipien in der Grundordnung: Für eine demokratische Union	154
4. Prinzipien in der Rahmenordnung: Gegen mitgliedstaatliche Rechtsstaatsdefizite	159
V. Perspektiven	165
1. Weiterentwicklung der Grundordnung	165
2. Weiterentwicklung der Rahmenordnung	170

I. Positionierung

Art. 2 EUV kommt unter dem verfassungsrechtlichen Ansatz eine Schlüsselstellung zu. Als Teil des Verfassungskerns bestimmt er die Grundprinzipien, ähnlich wie Art. 1 der spanischen und italienischen Verfassung oder Art. 1 und 20 des Grundgesetzes. Diese Prinzipien orientieren die Bedeutung allen weiteren Unionsrechts, dynamisieren die europäische Rechtsordnung und bilden bisweilen sogar eigenständige Maßstäbe. Zudem führt Art. 2 EUV mit den Worten *Werte* und *Gesellschaft* Abschlussfiguren ein.

Zunächst war diese Rolle des Art. 2 EUV kaum erkennbar. Nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon schenkten Gerichtshof und Rechtswissenschaft ihm nur wenig Bedeutung, kaum mehr als einer Präambel. Angesichts der Krisen des letzten Jahrzehnts hat sich sein Verständnis allerdings fundamental gewandelt. Entscheidungen, deren Bedeutung der Präsi-

* Dieser Beitrag beruht in Teilen auf Armin von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, Berlin: Suhrkamp 2022, Luke Dimitrios Spieker, EU Values Before the Court of Justice, Oxford: OUP 2023; Armin von Bogdandy, Grundprinzipien, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 13.

dent des Gerichtshofs mit *van Gend & Loos* und *Costa/ENEL* vergleicht,¹ positionieren Art. 2 EUV als Schlüsselbestimmung. Seine Werte geben nunmehr der Union „schlechthin ihr Gepräge“.² Die anderen Sprachfassungen sind noch deutlicher: „They define the very identity of the European Union as a common legal order“.³ Die Unionswerte rücken damit in eine Stellung, welche mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität vergleichbar ist.⁴ Manche verstehen Art. 2 EUV gar als unionsrechtliche Ewigkeitsklausel.⁵

Von besonderer Brisanz ist die Anwendung des Art. 2 EUV auf verfassungsrechtliche Defizite der Mitgliedstaaten. Manche mitgliedstaatlichen Regierungen wehren sich dagegen, in dem sie den Unionsinstitutionen vorwerfen, eine ideologische Agenda zu verfolgen. Danach scheint eine Tyrannei der Werte des Art. 2 EUV zu drohen.⁶ Auch andere begegnen dieser Entwicklung skeptisch: Ihre Legitimationsgrundlage sei zu schwach und die Homogenisierungsgefahr zu groß.⁷

Demgegenüber wollen wir zeigen, wie dieser Einsatz von Art. 2 EUV legal und legitim erfolgen kann (siehe IV.2., V.). Art. 2 EUV ist nicht nur für die Bewältigung systemischer Defizite in den Mitgliedstaaten relevant,

-
- 1 Koen Lenaerts, Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue, Rede am King's College London (21.3.2019), <<https://www.youtube.com/watch?v=qBOeopzvPB&t=37s>> [min: 19:23].
 - 2 EuGH, Urteil v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, EU:C:2021:974, Rn. 127, 232 – *Ungarn/Parlament u. Rat*.
 - 3 Zur Problematik dieser Semantik *Kassandra Wetz*, Funktionen von Verfassungsidentität als gerichtlichliches Konzept in der Europäischen Union, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 343 ff.
 - 4 Dazu *Gerhard van der Schyff*, Parameters of EU and Member State Constitutional Identity: A Topic in Development, *European Yearbook of Constitutional Law* 4 (2023), 89–110 (101 ff.); *Hélène Gaudin*, Ce que l'Union européenne signifie: l'identité de l'Union et de ses États membres, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2023), 17–34 (22 ff.); *Pablo Cruz Mantilla de los Ríos*, La identidad constitucional de la Unión europea: una categoría jurídica en construcción, *Estudios de Deusto* 70 (2022), 153–190.
 - 5 Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel, *EU Constitutional Law*, Oxford: OUP 2021, Rn. 3.010; Frank Schorkopf, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, *JZ* 75 (2020), 477–485 (482).
 - 6 Begriffsprägend *Carl Schmitt*, *Die Tyrannei der Werte*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 2011. Zu den einzelnen Argumenten *Armin von Bogdandy*, Tyrannei der Werte?, *ZaöRV* 79 (2019), 503–551.
 - 7 *Martin Nettesheim*, Die föderale Homogenitätsklausel des Art. 2 EUV, *EuR* 59 (2024), 269–300; *Christian Hillgruber*, Vom souveränen Nationalstaat zur souveränen Europäischen Union?, *JZ* 77 (2022), 584–592 (590 f.); *Ferdinand Weber*, Europäisierung von Innen?, *AöR* 147 (2022), 361–410 (396 ff.).

sondern kann zudem einer axiologisch ausgerichteten Fortentwicklung des Unionsrechts dienen.

II. Normbefund

Lange fehlte in den Verträgen eine Bestimmung wie Art. 2 EUV, welche das Gemeinschafts- und später das Unionsrecht auf die Prinzipien des demokratischen Konstitutionalismus verpflichtete. Art. 2 EWG-Vertrag von 1957 sprach nicht von Demokratie, Menschenrechten und Rechtsstaatlichkeit, sondern von Markt, Wirtschaftswachstum und engeren Beziehungen. Erst der Vertrag von Amsterdam gründet 1997 die Union auf „Grundsätze“ des demokratischen Konstitutionalismus, konkret: Freiheit, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit sowie Menschenrechte und Grundfreiheiten.

Der heutige Art. 2 EUV beruht auf Art. I-2 des Verfassungsvertrags. Den Entwurf des Verfassungsvertrags übernehmend reichert Art. 2 EUV den Verfassungskern mit zwölf Prinzipien an. Er verdreifacht den Kanon des Amsterdamer Vertrags. Es geht um „Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern“ sowie die Werte „der Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören“.

Dass Art. 2 EUV zum Verfassungskern zählt, ergibt sich bereits aus seiner systematischen Stellung am Beginn der Verträge. Zudem gründet der Vertragsgesetzgeber die Union auf den Werten des Art. 2 Satz 1 EUV. Auch sein Inhalt (grundlegende Verfassungsprinzipien) sowie die Sanktionierung in Art. 7 EUV unterstreichen diese Zuordnung zum Verfassungskern. Der Vertragsgesetzgeber verweist auf Art. 2 Satz 1 EUV in weiteren Schlüsselbestimmungen. Die Werte sind Tatbestandsmerkmal in Art. 3, 7, 8, 13, 21, 32, 42 und 49 EUV sowie in Art. 14 AEUV. Weiter ruft Art. 2 EUV die konsentierten Semantiken des Grundsätzlichen auf: „Gesellschaft“, „Gründen“, „Werte“. Insbesondere Werte dienen als letzte Gründe und normative Abschlussfiguren.⁸

So klar die Systematik von Art. 2 EUV im Vertragsgefüge ist, so unklar ist seine interne Systematik. Das gilt für das Verhältnis der Standards von

8 Niklas Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, Heidelberg: C.F. Müller 1993, 19.

Satz 1 zu denen zu Satz 2 wie für die Relationen der zwölf Standards untereinander. Man kann sie unter den Kategorien von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten gruppieren,⁹ was allerdings die systematische Frage nicht wirklich klärt.

In der Rechtspraxis ist dreierlei zu beobachten. Erstens lehnen die Unionsorgane es ab, eine interne Systematik per Hierarchie anzunehmen, sie postulieren nur einen logischen Vorrang des Werts der Rechtsstaatlichkeit.¹⁰ Denn ohne Rechtsstaatlichkeit können die anderen Standards nicht verwirklicht und geschützt werden. Insofern bedingt die Rechtsstaatlichkeit die anderen Werte.

Zweitens ist festzustellen, dass die Institutionen zunächst allein auf Satz 1 rekurrieren, inzwischen aber Art. 2 EUV insgesamt heranziehen und zwischen den Werten des Satz 1 und den Standards des Satz 2 oft nicht differenzieren.¹¹

Drittens ist festzuhalten, dass die Institutionen die einzelnen Standards nicht in Abgrenzung voneinander auslegen, sondern vielmehr aufeinander rekurrierend. So nehmen die Maßnahmen gegen autoritäre Tendenzen im Rechtsstaatsprinzip ihren Ausgangspunkt, gewinnen ihren Gehalt jedoch durch Rekurs auf Demokratie und Grundrechte, aber auch Pluralismus und Solidarität, als Standards des zweiten Satzes. Dieses Verständnis findet Bestätigung in der zweiten Präambelerwägung der Grundrechtecharta und folgt dem Ansatz der Venedig-Kommission in ihrer Rule of Law Checklist von 2016.¹² Der europäische Gesetzgeber kodifiziert dieses Verständnis im Jahr 2020. Art. 2 der Verordnung 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, dem bislang wichtigsten Gesetzgebungsakt zum Schutz des europäischen Verfassungskerns, betont: „die Rechtsstaatlichkeit ist so zu verstehen, dass auch die anderen

9 So *Egils Levits*, *L'Union européenne en tant que communauté des valeurs partagées*, in: *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Turin: Giappichelli 2018, 509–522 (515–517).

10 Siehe den 6. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union. Gegen eine Hierarchie der Werte auch *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 2 EUV, Rn. 48; *Roberto Adam/Antonio Tizzano*, *Valori e obiettivi dell'Unione*, in: dies., *Manuale di diritto europeo*, 3. Aufl., Turin: Giappichelli 2020, 387 (389).

11 Etwa zur „Solidarität“ in Art. 2 S. 2 EUV, siehe unten Fn. 30.

12 Venedig-Kommission, Studie No. 711/2013, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007rev, 18. März 2016.

in Art. 2 EUV verankerten Werte und Grundsätze der Union berücksichtigt werden.“

Dieses integrierende, ja holistische Verständnis hat tiefe Wurzeln und findet prägnanten Ausdruck in der Denkschrift der Bundesregierung zum Vertrag von Lissabon. Sie stellt fest, dass die Werte des Art. 2 EUV „das Wesen einer demokratischen Gesellschaft ausmachen“.¹³ Danach sind die Standards als unterschiedliche Aspekte eines einheitlichen Phänomens zu verstehen, eben des Verfassungskerns der europäischen Gesellschaft. Eine passende theoretische Figur bietet *Habermas'* Theorem der Gleichursprünglichkeit von Demokratie und Menschenrechten.¹⁴

III. Theorie

1. Normtheoretische Klarstellungen

a) Die „Werte“ des Art. 2 S. 1 EUV

Eine erste Frage zu Art. 2 EUV lautet, ob er überhaupt rechtliche Standards niederlegt. Art. 2 Satz 1 EUV spricht nicht von Grundsätzen oder Prinzipien, sondern von Werten. Viele verstehen unter Werten nicht Rechtsnormen, sondern ethische Überzeugungen, und unterscheiden kategorisch: Prinzipien gehören zum Recht, Werte gerade nicht.¹⁵ Im Recht geht es um die Differenz rechtmäßig/rechtswidrig, bei Werten um die Differenz gut/schlecht. In diesem Sinne sprechen das polnische Verfassungsgericht,¹⁶ aber auch Stimmen aus der Rechtswissenschaft der Bestimmung ihren Rechtscharakter ab.¹⁷ Die Terminologie verunsicherte zu Beginn selbst EU-Institutionen und EuGH-Richter.¹⁸

Eine genauere Analyse bestätigt indes die aktuelle institutionelle Praxis, welche die Werte des Art. 2 S. 1 EUV als rechtsverbindliche Maßstäbe

13 Denkschrift zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, BT Drucksache 16/8300, S. 133, 153.

14 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 155.

15 Habermas (Fn. 14), 309 ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 67–91; Gustavo Zagrebelsky, Diritto per: valori, principi o regole?, in: ders., Intorno alla legge, Turin: Einaudi 2009, 85–101.

16 Siehe das Urteil v. 7.10.2021, K 3/21, part 8.1.

17 Martin Nettesheim, Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und Mitgliedstaaten, ZRP 54 (2021), 222–226 (222) („programmatisch-axiologische Wertaussagen“).

18 So etwa Levits (Fn. 9), 521.

begreift. Dies entspricht der Systematik des Vertragswerkes: Die Werte sind im EU-Vertrag, einem Rechtstext, niedergelegt. Sie sind als bindend konzipiert, denn öffentliche Institutionen wachen über sie in rechtlich festgelegten Verfahren (Art. 3, 7, 13 und 49 EUV). Ihre Verletzung kann zu Sanktionen führen, die ebenfalls im EU-Vertrag niedergelegt sind.

Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung stützt eine solche Auslegung. Art. 6 EUV-Amsterdam sprach noch von „Grundsätzen“ („principles“). Die Beratungen des Europäischen Konvents zeigen, dass der Wechsel zum Wertbegriff die Rechtsnatur nicht schwächen sollte.¹⁹ Aus den Materialien zum Konvent folgt, dass sein Präsident, Valéry Giscard d’Estaing, in die Norm nur solche Werte aufnehmen wollte, „qui sont définies juridiquement de façon suffisamment solide“, also keine Werte „de caractère plus émotif que juridique“.²⁰ Ihm ging es mit Art. I-2 S. 1 Verfassungsvertrag um durchsetzbare Rechtsprinzipien. Der zweite Satz diene hingegen als eine Art Auffangbecken für die zahlreichen Änderungsvorschläge des Konvents.²¹ Die meisten der 72 Änderungsvorschläge kreiste um die Frage, welche Werte in die Vorschrift aufgenommen werden sollten.²² Diese Vorschläge wurden entweder mit den „Grundsätzen“ des Artikel 6 Abs. 1 EUV-Amsterdam harmonisiert oder in den zweiten Satz verschoben, der keine unmittelbar durchsetzbare rechtliche Verpflichtungen enthalten sollte.²³

Entsprechend stellt der Gerichtshof fest, dass Art. 2 EUV „keine bloße Aufzählung politischer Leitlinien oder Absichten darstellt“.²⁴ Dogmatisch handelt es sich bei den Maßstäben des Art. 2 S. 1 EUV um Rechtsprinzi-

19 *Giuliano Amato/Nicola Verola*, Freedom, Democracy, the Rule of Law, in: Giuliano Amato u.a. (Hrsg.), *The History of the European Union*, Oxford: Hart 2019, 57–88 (60, 74). Siehe auch *Alain Pilette/Etienne de Poncins*, Valeurs, objectifs et nature de l’Union, in: Giuliano Amato u.a. (Hrsg.), *Genèse et destinée de la constitution européenne*, Brüssel: Bruylant 2007, 287–310 (300); *Clemens Ladenburger/Pierre Rabourdin*, La constitutionalisation des valeurs de l’Union. Commentaire sur la genèse des articles 2 et 7 du Traité sur l’Union européenne, *Revue des affaires européennes* 2022, 231–239 (236).

20 Plenarsitzung v. 27.2.2003, 4–006 – *Giscard d’Estaing*.

21 *Pilette/de Poncins* (Fn. 19), 299 f.; *Ladenburger/Rabourdin* (Fn. 19), 239.

22 Siehe den Vermerk des Sekretariats, Reaktionen auf den Entwurf der Artikel 1 bis 16 des Verfassungsvertrags – Übersichten, CONV 574/1/03, REV 1, S. 17 ff.

23 So *Pilette/Poncins* (Fn. 19), 299 f.; *Laurence Burgorgue-Larsen*, in: dies./Anne Levade/Fabrice Picod (Hrsg.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, Vol. I, Brüssel: Bruylant 2007, Art. I-2, Rn.12, 15.

24 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2), Rn. 232.

prien.²⁵ Nun ist der Rechtscharakter von Prinzipien seinerseits Gegenstand intensiver Debatten.²⁶ Wir verstehen Prinzipien schlicht als Rechtsnormen von herausgehobener Bedeutung. Charakteristisch ist eine Generalität von Anwendungsbereich und Inhalt.²⁷ Aus ihrer inhaltlichen Generalität folgt, dass Prinzipien konkretisierungsbedürftig sind, um regulierend auf gesellschaftliche Prozesse einzuwirken. Aus der anwendungsbereichsbezogenen Generalität folgt weiter, dass sie sich in der Regel nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränken.

b) Die „Standards“ des Art. 2 S. 2 EUV

Die Standards des Art. 2 S. 2 EUV (Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern) sind nicht als Werte qualifiziert. Keine der weiteren Bestimmungen der Verträge nennt Art. 2 S. 2 EUV. Im Unterschied zu den Werten des ersten Satzes dienen die Standards des zweiten Satzes nicht als Beitrittsvoraussetzung, können nicht in den Verfahren des Art. 7 EUV durchgesetzt werden und bestimmen nicht das Mandat des Art. 13 Abs. 1 EUV. Viele Autoren verstehen das so, dass der Vertrag hier keine rechtlichen Verpflichtungen niederlegt und sprechen von bloßen „Merkmalen“ oder „Charakteristika“ einer Gesellschaft.²⁸

Wir begreifen sie hingegen als Rechtsprinzipien. Zwar verweist keine andere Vertragsbestimmung auf Art. 2 S. 2 EUV. Die Standards tauchen aber sehr wohl auf: Nichtdiskriminierung in Art. 21 der Grundrechtecharta und im Teil II des AEUV, Solidarität, Gerechtigkeit sowie Nichtdiskriminierung

25 So auch Kim L. Scheppele/Dimitry Kochenov/Barbara Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law, After All*, YBEL 38 (2020), 3–121 (67); Lucia S. Rossi, *La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TUE, RTDE* (2020), 639–657; Karl-Peter Sommermann, *Die gemeinsamen Werte der Union und der Mitgliedstaaten*, in: Matthias Niedobitek (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl., Berlin: De Gruyter 2019, § 3, Rn. 8.

26 Näher András Jakab, *European Constitutional Language*, Cambridge: CUP 2016, 368 ff.

27 Franz Reimer, *Verfassungsprinzipien*, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 181 f. Im Ergebnis übereinstimmend auch Ralf Poscher, *Theorie eines Phantoms: Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*, *Rechtswissenschaft 1* (2010), 349–372 (371).

28 Laurence Burgorgue-Larsen (Fn. 23), Rn. 12, 15; Christian Calliess, in: ders./Matthias Ruffert (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union*, München: C.H. Beck 2006, Art. I-2, Rn. 8; *Hilf/Schorkopf* (Fn. 10), Rn. 43–45. Zu den Unsicherheiten siehe auch Sébastien Platon, *La valeur des valeurs*, *CDE* 58 (2022), 197–238 (215–217).

von Männern und Frauen in Art. 3 Abs. 3 EUV und weiteren Bestimmungen. Der Pluralismus wird in Art. 11 Abs. 2 der Grundrechtecharta erwähnt. Nur die Toleranz taucht nicht mehr auf.

Vieles erscheint offen, aber zweierlei ist unbestreitbar. Erstens legitimiert die verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 2 Satz 2 EUV politische Forderungen nach Solidarität, Pluralismus, Gerechtigkeit, Nichtdiskriminierung und Toleranz. Der Vertragsgesetzgeber ruft geradezu dazu auf, sich mit diesen Begriffen europäisch zu artikulieren. Entsprechende Forderungen sind danach verfassungsrechtlich legitimiert. Zweitens dienen die Maßstäbe des Satz 2 der Auslegung des Satz 1. Wenn die europäische Gesellschaft die Werte des Art. 2 S. 1 EUV teilt und sich gleichzeitig durch Pluralismus, Toleranz, Solidarität, Gerechtigkeit und Nichtdiskriminierung auszeichnet, dann müssen die Werte des Art. 2 S. 1 EUV die Maßstäbe von S. 2 in sich tragen.²⁹ Damit verdichtet Art. 2 S. 2 EUV die Unionswerte. Eine reine Mehrheitsdemokratie ohne Pluralismus und Toleranz kann keine Demokratie im Sinne von Art. 2 S. 1 EUV sein.

Letztlich handelt es sich auch bei den Maßstäben des Art. 2 S. 2 EUV um Rechtsprinzipien. Sie sind im operativen Teil eines Rechtstexts niedergelegt und es ist nicht ersichtlich, dass dieser ihnen die Rechtsgeltung abspricht. Entsprechend überzeugt es, dass diese Standards in der Rechtspraxis Relevanz erlangen. So wies der EuGH in seinen Urteilen zur Rechtsstaatlichkeitskonditionalität unmissverständlich daraufhin, dass der Unionshaushalt eines der wichtigsten Instrumente ist, mit denen in den Politiken und Maßnahmen der Union „der in Art. 2 EUV genannte Grundsatz der Solidarität konkretisiert werden kann, der seinerseits einer der tragenden Grundsätze des Unionsrechts ist“.³⁰

29 Mit Blick auf Pluralismus siehe etwa EuGH, Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-623/17, EU:C:2020:790, Rn. 62 – *Privacy International*; Urteil v. 6.10.2020, verb. Rs. C-511, 512 u. 520/18, EU:C:2020:791, Rn. 114 – *La Quadrature du Net* u.a.

30 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2), Rn. 129; Urteil v. 16.2.2022, Rs. C-157/21, EU:C:2022:98, Rn. 157 – *Polen/Parlament u. Rat*. So bereits EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-848/19 P, EU:C:2021:598, Rn. 38 – *Deutschland/Polen*. Zur Solidarität als Wert i.S.d. Art. 2 S. 1 EUV siehe *Koen Lenaerts/Stanislas Adam*, *La solidarité, valeur commune aux états membres et principe fédératif de l'Union européenne*, CDE 57 (2021), 307–417 (314 f.). Als Rechtsprinzip versteht es auch *Esin Küçük*, *Solidarity in EU Law: An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance?*, in: *Andrea Biondi u.a. (Hrsg.), Solidarity in EU Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, 38–60.

2. Prinzipientheoretisches Potenzial

Rechtsprinzipien kommen viele Funktionen in einer Rechtsordnung zu. Sie können eine selbständige Maßstabsfunktion ausfüllen (z.B. Art. 7 EUV, Art. 49 EUV) und die Interpretation von Normen anleiten. Dies wurde in diesem Band bereits erläutert.³¹ Darüber hinaus leisten Prinzipienlehren was man als „Infrastrukturpflege“ des Rechtssystems bezeichnen kann. Einerseits geht es um Übersichtlichkeit und Kohärenz (a). Andererseits verlangt „Infrastrukturpflege“ die immanente Fortentwicklung der Rechtsordnung im Anschluss an sich wandelnde gesellschaftliche Verhältnisse, Interessen und Überzeugungen (b).

a) Strukturierend

Prinzipien dienen der Erarbeitung von Strukturen, welche die Masse gesetzlicher Bestimmungen und gerichtlicher Entscheidungen ordnen, was einen genuinen Beitrag zum Funktionieren einer Rechtsordnung leistet.³² Eine Prinzipienlehre transzendiert dafür das rechtliche Material, aber nicht mittels politischer, historischer oder philosophischer, sondern mittels spezifisch juristischer Überlegungen. Das Ziel solcher rechtsdogmatischer Bemühungen ist, die Rechtsordnung als Komplex systematisch koordinierter Leitbegriffe zu erarbeiten. Früher erfolgte dies vor allem mittels starrer begrifflicher Pyramiden, heute hingegen in beweglichen, prinzipienorientierten Systemen. In diesem Sinne beschreibt der EuGH die Unionsrechtsordnung als ein „strukturiertes Netz von miteinander verflochtenen Grundsätzen, Regeln und Rechtsbeziehungen“.³³

b) Transformativ

Das Arbeiten mit Prinzipien erschöpft sich jedoch nicht in der Systematisierung des geltenden Rechts, sondern zielt weiter auf seine Fortentwick-

31 Dazu bereits *von Bogdandy/Bast*, in diesem Band, II., und *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.3.

32 Dazu *Jakab* (Fn. 26), 38.

33 EuGH, Gutachten v. 18.12.2014, 2/13, EU:C:2014:2454, Rn. 167 – *EMRK-Beitritt II*; Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, EU:C:2018:999, Rn. 45 – *Wightman u.a.*

lung. Prinzipienlehren bergen ein transformatives Potenzial.³⁴ Dabei können sie in zwei Richtungen wirken. Bereits die strukturierende Rekonstruktion hat ein transformatives Moment, insofern sie politische Grundentscheidungen in die Verästelungen des Rechtssystems trägt (dazu in III.3.), also eine Rechtsordnung konstitutionalisiert.³⁵ In diesen Verästelungen wirken frühere politische Entscheidungen oft fort, selbst wenn sich die politische Gesamtkonstellation grundlegend geändert hat. Das gilt auch für das Unionsrecht, das sich über Jahrzehnte zunächst als ein Recht von Exekutiven entwickelt hat. Eine an den Prinzipien des Art. 2 EUV orientierte Rekonstruktion verspricht einen nachholenden demokratischen Strukturwandel (dazu in V.1.).

Prinzipienlehren können noch mehr. Rechtsprinzipien wirken oft wie Schleusen, welche die Rechtsordnung und allgemeine normative Diskurse verbinden, und zwar in beide Richtungen. Einerseits öffnen sie die Rechtsordnung für sich wandelnde politische oder gesellschaftliche Verhältnisse. Andererseits können rechtsimmanent entwickelte normative Vorstellungen als Rechtsprinzipien in gesellschaftlichen Diskursen wirkmächtig werden und gesellschaftsweite normative Erwartungen beeinflussen (III.4.b). Diese Offenheit wird bei Art. 2 EUV besonders deutlich, weil er sechs Verfassungsprinzipien der Union eben als „Werte“ bezeichnet, sich also auf gesellschaftsweite Überzeugungen bezieht. Als *Prinzipien* dienen die Maßstäbe des Art. 2 EUV den Operationen des Rechts. Als *Werte* öffnen sie sich Diskurspraktiken der Gesellschaft. Diese Anbindung ist für das Primärrecht angesichts der Schwerfälligkeit des Vertragsänderungsverfahrens (Art. 48 EUV) von besonderer Bedeutung. Somit können Prinzipienlehren sowohl die tragenden Strukturen des geltenden Rechts festigen als auch zu seiner Weiterentwicklung und sogar Transformation beitragen.

Verfassungsprinzipien ermöglichen dabei eine dem Recht immanente Kritik, die auf die Fortentwicklung des geltenden Rechts abzielt. Diese Kritik unterscheidet sich von politischer oder gesellschaftlicher Kritik, da sie in juristischen Argumentationsformen erfolgt, eng mit der bisherigen Operation des Rechts verwoben ist und so leichter im Recht absorbiert werden kann. Es hat lange gedauert, bis dieses Potenzial des Art. 2 EUV

34 Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.3.

35 Siehe Andreas von Arnould, Harmonisation through General Principles of Law, in: Katja S. Ziegler u.a. (Hrsg.), Research Handbook on General Principles in EU Law, Cheltenham: Edward Elgar 2022, 40–61; Urška Šadl/Joxerramon Bengoetxea, Theorising General Principles of EU Law in Perspective, in: Stefan Vogenauer/Stephen Weatherill (Hrsg.), General Principles of Law, Oxford: Hart, 2017, 41–52.

erkannt wurde. Lange fokussierte die Rechtswissenschaft nicht auf Verfassungsprinzipien, sondern auf allgemeine Rechtsgrundsätze, einem Begriff des Zivilrechts, des Verwaltungsrechts und des Völkerrechts. Noch weit im neuen Jahrhundert haben wichtige Monographien zu den Prinzipien des Unionsrechts diese Ausrichtung. Die politische Gründung der Union auf den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Art. 2 EUV ist damit bis heute rechtsdogmatisch nicht vollzogen.

Dieser Rückstand ist ein Problem, wie das europäische Demokratieprinzip zeigt. Seine prominente Platzierung, seine Rolle in der Rechtsprechung und die darum kreisenden politischen Debatten unterstreichen seine Bedeutung. Manches ist dabei weit konsentiert, anderes hart umstritten, vieles schlicht unklar: Wie sind Art. 2 EUV, und daran anknüpfend Art. 10 EUV, zu verstehen, wenn er eine Demokratie ohne Volk, ohne Wahlrechtsgleichheit, mit den Exekutiven als demokratische Repräsentanten errichtet? Rechtswissenschaftliche Arbeiten, die dazu Bedeutungen erarbeiten und Argumente für die Auseinandersetzung ersinnen, partizipieren an dem Prozess der Bedeutungszuschreibung.

Schließlich können Prinzipienlehren zur Entwicklung einer europäischen Gesellschaft beitragen. Der Vertragsgesetzgeber verspricht sich in dieser Hinsicht von den Grundprinzipien des Art. 2 EUV viel: Die Maßstäbe gelten nicht nur in der europäischen Gesellschaft, sondern, so der Wortlaut, *zeichnen sie aus*. Damit misst der Vertrag den Grundprinzipien eine konstitutive Rolle für die europäische Gesellschaft zu. Die sich fortspinnende juristische Auseinandersetzung, was ihre Prinzipien bedeuten, ist Teil des vergesellschaftenden Prozesses (III.4.).

3. Verfassungstheoretische Wirkung

Art. 2 EUV legt als Teil des Verfassungskerns legitimatorische Grundlagen und normative Abschlussfiguren des Unionsrechts nieder. Entsprechend relevant ist er bei der stets gebotenen grundlagenorientierten und teleologischen Auslegung des Unionsrechts. Dabei sind zwei Stufen zu unterscheiden. Erstens statuiert Art. 2 EUV verfassungsrechtliche Maßstäbe für den Korpus des „einfachen Unionsrechts“, d.h. den Rechtsakten der Institutionen der Union (a). Zu beachten ist dabei, dass die Prinzipien des Art. 2 EUV in den seltensten Fällen als direkter Maßstab des einfachen Unionsrechts zur Anwendung kommen werden. In der Regel werden sie durch spezifischere Bestimmungen, etwa die Grundrechtecharta, konkretisiert.

Zweitens wirkt Art. 2 EUV als Teil des Verfassungskerns maßstäblich auch gegenüber dem übrigen Primärrecht (b).

a) Die Verfassungsprinzipien im einfachen Unionsrecht

Bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts waren die Verfassungen der meisten europäischen Staaten Dokumente von untergeordneter juristischer Bedeutung, erst danach setzte sich langsam das Primat der Verfassung rechtsoperativ durch.³⁶ Wichtige Eckpunkte sind die klare Unterordnung des Gesetzes unter die Verfassung, der Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit sowie die Stärkung der Grund- und Menschenrechte. Insgesamt führte dies zu einer, je nach Rechtsordnung durchaus unterschiedlich intensiven, Konstitutionalisierung der Rechtsordnung.³⁷ Zumeist erfolgte sie anhand von Verfassungsprinzipien.

Die Entwicklung der Unionsrechtsordnung verläuft in diesen Bahnen.³⁸ Aktuell sind Entwicklungsschritte insbesondere in zwei Dimensionen zu beobachten. Erstens misst der Gerichtshof europäisches Sekundärrecht vermehrt an verfassungsrechtlichen Maßstäben, insbesondere den Unionsgrundrechten, die die Prinzipien des Art. 2 EUV konkretisieren. Das ist relevant, weil der EuGH grundsätzlich Unionsgesetzgebung nur zurückhaltend prüft.³⁹ Bei den Unionsgrundrechten hat er diese Zurückhaltung jedoch hinter sich gelassen.⁴⁰ Auf dieser Spur ist auch die Horizontalwir-

36 Rechtsvergleichend *Pedro Cruz Villalón*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, Heidelberg: C.F. Müller 2007, § 13, Rn. 72, 81 f.

37 *Gunnar F. Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Baden-Baden: Nomos 2000, 32 ff. *Luc Heuschling*, Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, Heidelberg: C.F. Müller 2010, § 54, Rn. 54 ff.

38 Näher *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.1.

39 *Eadaoin Ní Chaoimh*, The Legislative Priority Rule and the EU Internal Market for Goods, Oxford: OUP 2022. Manche kritisieren jedoch eine überdeterminierende Rolle des EuGH, siehe etwa *Dieter Grimm*, Europa ja – aber welches?, München: C.H. Beck 2016, 95 ff.; *Gareth Davies*, The European Union Legislature as an Agent of the European Court of Justice, *JCMS* 54 (2016), 846–861; *Fritz W. Scharpf*, De-Constitutionalization and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe, *ELJ* 23 (2017), 315–334. Dagegen *Mattias Wendel*, Auf dem Weg zum Präjudizienrecht?, *JöR* 68 (2020), 113–145 (122–124).

40 Dies belegen Entscheidungen wie EuGH, Urteil v. 29.5.2018, Rs. C-426/16, EU:C:2018:335- *Liga van Moskeeën*; Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-362/14, EU:C:2015:650

kung der Unionsgrundrechte⁴¹ als Konstitutionalisierung des europäischen Privatrechts zu verstehen.⁴² Zweitens ist festzuhalten, dass Art. 2 EUV für die Auslegung von Kompetenzbestimmungen relevant ist.⁴³

Die Urteile des EuGH zum Konditionalitätsmechanismus werfen schließlich die Frage auf, ob Art. 2 EUV selbst als Rechtsgrundlage für den Erlass von Sekundärrecht dienen kann, das eben jene Werte schützen soll, wie der Gerichtshof in der Entscheidung zum Konditionalitätsmechanismus andeutet.⁴⁴ Dem stehen jedoch gewichte Argumente entgegen.⁴⁵ Zunächst erscheint es rechtsdogmatisch unzulässig, von einer materiellen Verpflichtung auf eine institutionelle Kompetenz zu schließen. Auch Rechtsfiguren wie die „Kompetenz kraft Sachzusammenhang“, „kraft Natur der Sache“ oder „Annexkompetenzen“ erweitern nur bereits bestehende Zuständigkeiten. Entsprechend bemüht sich der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die „Zuständigkeiten“ der Mitgliedstaaten und ihre unionsrechtlichen „Verpflichtungen“ zu entflechten.⁴⁶ Schließlich qualifiziert der EuGH seine Aussage selbst: Art. 2 EUV kann nur als Basis für Sekundärrechtsakte „im Einklang mit dem in Art. 5 Abs. 2 EUV verankerten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“ dienen. Dieser Grundsatz setzt jedoch eine ausdrückliche Rechtsgrundlage voraus.⁴⁷ Zudem betont der Gerichtshof, dass die Union in der Lage sein muss, ihre Werte „im Rahmen

– *Schrems*; Urteil v. 8.4.2014, verb. Rs. C-293 u. 594/12, EU:C:2014:238 – *Digital Rights Ireland*; Urteil v. 9.11.2010, verb. Rs. C-92 u. 93/09, EU:C:2010:662 – *Schecke und Eifert*.

41 *Eleni Frantziou*, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union*, Oxford: OUP 2019.

42 Instruktiver Überblick bei *Olha O. Cherednychenko/Norbert Reich*, *The Constitutionalization of European Private Law: Gateways, Constraints, and Challenges*, *European Review of Private Law* 23 (2015), 797–827.

43 *Polen/Parlament u. Rat* (Fn. 30), Rn. 145 f.

44 *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2), Rn. 128.

45 So auch *Werner Schroeder*, *The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU*, *HJRL* 15 (2023), 1–17 (10); *Matteo Bonelli*, *Constitutional Language and Constitutional Limits: The Court of Justice Dismisses the Challenges to the Budgetary Conditionality Regulation*, *European Papers* 7 (2022), 507–525 (521).

46 Siehe etwa aus verschiedenen Bereichen EuGH, Urteil v. 20.4.2021, Rs. C-896/19, EU:C:2021:311, Rn. 48 – *Repubblica*; Urteil v. 26.2.2019, Rs. C-202/18, EU:C:2019:139, Rn. 57 – *Rimševičs u. EZB/Lettland*; Urteil v. 12.3.2019, Rs. C-221/17, EU:C:2019:189, Rn. 32 – *Tjebbes*; Urteil v. 5.6.2018, Rs. C- 673/16, EU:C:2018:385, Rn. 37 f. – *Coman*. Dazu auch *Loic Azoulai*, *The „Retained Powers“ Formula in the Case Law of the European Court of Justice*, *EJLS* 4 (2011), 192–219.

47 Dazu *Jürgen Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 10), Art. 5 EUV, Rn. 13.

der ihr durch die Verträge *übertragenen Aufgaben* zu verteidigen“.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund erscheint ein Verständnis von Art. 2 EUV als Rechtsgrundlage kaum haltbar zu sein.

b) Die Verfassungsprinzipien im Primärrecht

Die Prinzipien des Art. 2 EUV sind Teil des europäischen Verfassungskerns und sind entsprechend bei der Auslegung aller weiterer Vertragsbestimmungen zu berücksichtigen. Es besteht die Pflicht zur prinzipienorientierten Auslegung. Die Verträge enthalten zwar keine *formelle*, wohl aber eine *materielle* Hierarchie.⁴⁹ Dies hat Konsequenzen für Konflikte zwischen gleichrangigen Bestimmungen und beeinflusst Auslegungs- und Abwägungsprozesse.

Ein solches Vorgehen findet sich in der Rechtsprechung zahlreicher Verfassungsgerichte und seit langem auch in der EuGH-Rechtsprechung. Leitstern der Auslegung war zunächst jedoch die Wirtschaftsgemeinschaft, allen voran der Binnenmarkt.⁵⁰ Andere Vertragsbestimmungen legte der EuGH in Übereinstimmung mit den Gemeinschaftszielen in Art. 2 und 3 EWG aus.⁵¹ Dieser Ansatz hat sich spätestens seit dem Lissabon-Vertrag überholt.⁵² Das erste Ziel der Union ist nun die Förderung ihrer Werte (Art. 3 Abs. 1 EUV). Damit hat sich die Auslegung auch des Primärrechts an den Werten des Art. 2 EUV zu orientieren.⁵³

Für eine solche Spitzenstellung des Art. 2 EUV spricht zunächst der Wortlaut der Bestimmung. Die Rechtsordnung der Union ist auf diese Wer-

48 Ungarn/Parlament u. Rat (Fn. 2), Rn. 127 f.

49 Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.2.

50 Pierre Pescatore, Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice (1972), in: Fabrice Picod (Hrsg.), *Études de droit communautaire européen 1962–2007*, Brüssel: Bruylant 2008, 383–421; Hans Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen: Mohr 1972, 131.

51 Siehe nur EuGH, Urteil v. 13.2.1979, Rs. 85/76, EU:C:1979:36, Rn. 125 – *Hoffmann-La Roche*; Urteil v. 6.3.1974, verb. Rs. 6/73 und 7/73, EU:C:1974:18, Rn. 32 – *Commercial Solvents*, Rs. 6/72; Urteil v. 21.2.1973, EU:C:1973:22, Rn. 22–26 – *Continental Can*.

52 Amato/Verola (Fn. 19), 60. Diese Wende beobachten auch Kaarlo Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge: CUP, 2015, 47, und Joris Larik, *From Speciality to a Constitutional Sense of Purpose: On the Changing Role of the Objectives of the European Union*, ICLQ 63 (2014), 935–962 (951).

53 Michael Potacs, Wertkonforme Auslegung des Unionsrechts, EuR 51 (2016), 164.

te „gegründet“, und nur auf diese. Auch die Verwendung des Wertbegriffs selbst weist in diese Richtung. Allgemein dienen Werte als letzte Gründe und normative Abschlussfiguren. Auch die systematische Stellung des Art. 2 EUV (am Beginn der Verträge), sein Inhalt (Grundprinzipien) sowie die besondere Sanktionierung in Art. 7 EUV unterstreichen diese Funktion. Bereits Art. 6 Abs. 1 EUV-Amsterdam/Nizza und Art. 1-2 des Verfassungsvertrags wurden „un rang essentiel dans la hiérarchie des normes du droit de l'Union“ zugemessen.⁵⁴ In *Kadi* betonte der Gerichtshof, dass keine Bestimmung des Primärrechts eine Abweichung von den Grundsätzen des damaligen Art. 6 Abs. 1 EUV zulasse.⁵⁵ Viele sehen hierin sogar eine Ebene unantastbarer Grundprinzipien, die dem übrigen Primärrecht übergeordnet sind.⁵⁶

Die neuere Rechtsprechung des EuGH enthält, neben den beiden Entscheidungen von 16. Februar 2022,⁵⁷ weitere wichtige Beispiele für eine prinzipienorientierte Auslegung des Primärrechts, etwa der Zuständigkeitsbegrenzungen des Gerichtshofes im Bereich der GASP. In einer mit *Rosneft* beginnenden Rechtsprechung begründet der EuGH seine Zuständigkeit mit einem Verweis auf Art. 2 EUV, dem Wert der Rechtsstaatlichkeit und dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes.⁵⁸ Ähnlich operiert er bei einer weiten Auslegung des Art. 263 Abs. 4 AEUV, womit er Klagen von Drittstaaten gegen Rechtsakte der Union ermöglicht.⁵⁹

54 Laurence Burgogues-Larsen (Fn. 28), Rn. 14; Hélène Gaudin, Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?, RTDE 35 (1999), 1–20; Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 341 f. Zur Spitzenstellung des Art. 2 EUV Allan Rosas/Lorna Armati, EU Constitutional Law, 3. Aufl., Oxford: Hart 2018, 53 ff.

55 EuGH, Urteil v. 3.9.2009, Rs. C-402/05 P, EU:C:2008:461, Rn. 303 – *Kadi/Rat u. Kommission*.

56 So etwa Christina Eckes, Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?, ELJ 18 (2012), 230–250 (241, 247); Daniel Sarmiento, The EU's Constitutional Core, in: Alejandro Saiz Arnaiz/Carina Alcobarro Llivina (Hrsg.), National Constitutional Identity and European Integration, Cambridge: Intersentia 2013, 177–204.

57 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2); *Polen/Parlament u. Rat* (Fn. 30).

58 EuGH, Urteil v. 28.3.2017, Rs. C-72/15, EU:C:2017:236, Rn. 72 – *Rosneft*. Zu dieser Rechtsprechungslinie siehe Carolyn Moser/Berthold Rittberger, The CJEU and EU (De)constitutionalization: Unpacking Jurisprudential Responses, I-CON 20 (2023), 1038–1070 (1053 ff.).

59 EuGH, Urteil v. 22.6.2021, Rs. C-872/19 P, EU:C:2021:507, Rn. 48 f. – *Venezuela/Rat*.

4. Gesellschaftstheoretische Versprechen

a) Responsives Recht

Eine der großen, wenngleich bislang nur wenig genutzten Innovationen des Art. 2 EUV ist es, dass er die europäischen Verfassungsprinzipien auf eine europäische Gesellschaft bezieht und sie sogar mit diesen Prinzipien charakterisiert.⁶⁰ Der Vertragsgesetzgeber geht also von einem engen Verhältnis zwischen der europäischen Gesellschaft und dem europäischen Verfassungskern aus. Dies bestätigt die Verwendung des Begriffs *Wert* für die Rechtsprinzipien des Art. 2 Satz 1 EUV, da er damit diese sechs Prinzipien als gesellschaftlich tief verwurzelte Überzeugungen postuliert (II.1.a).

Diese Verbindung von Verfassungsprinzipien und Gesellschaft hat große Implikationen. Zunächst kann man ihr entnehmen, dass der Vertragsgesetzgeber den Mitgliedern der europäischen Gesellschaft ein diskursives Angebot macht. Wenn sie ihre Interessen mit diesen Begriffen artikulieren und mit ihnen ihre Konflikte ausfechten, dann sind die Chancen einer rechtsförmigen Verarbeitung besonders hoch. Denn eine rechtsimmanente Fortentwicklung der Rechtsordnung ist leichter möglich (III.2.b).

Weiter zeigt diese Bestimmung, dass ein zu formalistischer Umgang mit den Verfassungsprinzipien defizitär ist, wenn dies die gesellschaftliche Dimension einer Rechtsfrage ausblendet. Da der Vertragsgesetzgeber die Verfassungsprinzipien ausdrücklich an die Gesellschaft zurückbindet, gebietet er eine gesellschaftlich responsive Interpretation und Anwendung.⁶¹ Angesichts des gesellschaftlichen Wandels und unvorhergesehener Krisen bestätigt dies das Mandat rechtsordnungsinterner Rechtsfortbildung.

b) Gesellschaftliche Entwicklung durch Verfassungsprinzipien

Die enge Verbindung zwischen Gesellschaft und Rechtsprinzipien, die der Vertragsgesetzgeber postuliert, wirft viele Fragen auf. Dazu gehört, ob und

60 Wegbereitend *Stelio Mangiameli*, Article 2 [The Homogeneity Clause], in: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli (Hrsg.) *The Treaty on European Union*, Berlin: Springer 2013, Rn. 35 ff.

61 Allgemein zu diesem Ansatz *Philippe Nonet/Philip Selznick*, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper and Row 1978; *Manuel Jose Cepeda Espinosa*, *Responsive Constitutionalism*, *Annual Review of Law and Social Sciences* 15 (2019), 21–40.

wie Rechtsprinzipien zur weiteren Entwicklung der europäischen Gesellschaft beitragen. Dies lässt sich gut mit einem konflikttheoretischem Ansatz bearbeiten, der Vergesellschaftung an der erfolgreichen Bearbeitung von Konflikten beobachtet.⁶² Danach ereignet sich europäische Gesellschaft in Konflikten entlang der Begriffe des Art. 2 EUV, wenn es also um *europäische Rechte*, *europäische Demokratie*, *europäische Rechtsstaatlichkeit* oder eben *europäische Solidarität* geht. Man kann sogar den Standpunkt vertreten, dass sich die europäische Gesellschaft in solchen Konflikten gleichsam selbst hervorbringt.⁶³ Das Unionsrecht hat somit eine gesellschaftskonstituierende Rolle, insoweit es Konflikte als europäische Konflikte konzeptualisiert, hegt und ihren rechtsförmigen Ergebnissen europaweit Geltung, Wirksamkeit und Legitimität verleiht.

In dieser Hinsicht ist in den letzten Jahren viel geschehen. Viele große Auseinandersetzungen in der europäischen Gesellschaft erfolgen inzwischen anhand der Verfassungsprinzipien des Art. 2 EUV. Sei es die Eurokrise, die Migrationskrise, die Rechtsstaatlichkeitskrise, die Pandemie: Zumeist wird mit diesen großen Begriffen um eine gemeinsame Lösung gerungen. Dass ihre konkrete Bedeutung für die streitige Frage in der Regel umstritten ist, stärkt ihre vergesellschaftende Rolle: Ihre gesellschaftliche Relevanz liegt gerade auch in ihrer Strittigkeit. Denn es ist diese Strittigkeit, die den Prinzipien ebenso wie den Konfliktergebnissen Sichtbarkeit in den öffentlichen Diskursen verleiht.

Dies führt zur Frage, ob solche prinzipienorientierten gesellschaftlichen Prozesse eine europäische Identität fördern und so die europäische Gesellschaft weiter verdichten. Eine umfangreiches Schrifttum befasst sich mit diesem zentralen Thema. Hier seien nur einige Aspekte mit Blick auf Art. 2 EUV vertieft. In seinen Ausführungen zu Art. 1 Abs. 3 EUV weist dieses Buch die Vorstellung zurück, dass die Lektüre eines Textes, etwa die des Art. 2 EUV, identitätsprägend sein kann. Dass schließt aber nicht aus, dass Verfassungsprinzipien Relevanz für soziale und kollektive Identitäten erlangen.⁶⁴

62 Ralf Dahrendorf, *Der moderne soziale Konflikt*, München: DVA 1994, 50 ff., 282 ff.; Günter Frankenberg, *Die Verfassung der Republik: Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 32 ff., 133 ff., 213 ff.; Anuscheh Farahat, *Transnationale Solidaritätskonflikte*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

63 Jiří Přibáň, *Introduction: On Europe's Crises and Self-constitutions*, in: ders. (Hrsg.), *Self-Constitution of European Society*, London: Routledge 2016, 1–10 (3).

64 Manche sprechen von Verfassungskultur, Peter Häberle/Markus Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden: Nomos 2016, 297 ff.

Als *soziale Identität* bezeichnet die Sozialpsychologie zumeist die Summe der Momente des Selbstbildes, mittels derer ein Mensch sich in einer Gesellschaft positioniert und agiert.⁶⁵ Die Frage „Wer bin ich?“ ist nicht theoretischer, sondern praktischer Natur: Es geht zumeist um das eigene bevorstehende Leben und Handeln. Wenn Hinz zur Kunz sagt: „Du kennst mich doch“, dann bedeutet das in aller Regel: „Du weißt doch, wie ich in der Situation XY handeln werde“. Da Handlungen gegenüber anderen Menschen erfolgen, bildet Identität sich in Bezug auf und mit Hilfe von anderen Menschen: Identität ist somit auf Intersubjektivität angewiesen.

Diese intersubjektiven gesellschaftlichen Zusammenhänge sind durch Rollen geprägt, so dass sich die Identität eines Individuums durch seine Rollen entwickelt.⁶⁶ Rollen sind gesellschaftliche Erwartungen, die an ein Individuum herangetragen werden, und damit normative Phänomene. Da zahlreiche Rollen durch Recht geprägt werden, kann eine verfassungsgestützte Identitätsbildung dadurch erfolgen, dass die Verfassung rollenprägendes Recht durchdringt. Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung (III.2.) gewinnt so gesellschaftliche Relevanz.

Verfassungsprinzipien können damit identitätsbildend wirken, indem sie rollenrelevante Bestimmungen oder Ausbildungsgehalte prägen.⁶⁷ Ein Beispiel bietet die verfassungsrechtlich wie unionsrechtlich geforderte Gleichstellung von Frau und Mann, die zum Wandel von Selbstverständnissen in den Geschlechterbeziehungen über die letzten Jahrzehnte beigetragen haben dürfte. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 und die des EuGH zu Art. 157 AEUV haben einen Beitrag zu diesem gesellschaftlichen Strukturwandel geleistet, den Art. 2 Satz 2 EUV mit dem Prinzip der Gleichheit von Frauen und Männern aufnimmt.⁶⁸

Als *kollektive Identität* gelten hingegen gleichgerichtete psychische Vorgänge, aufgrund derer Menschen sich als Gruppenmitglieder begreifen. Die

65 Orietta Angelucci von Bogdandy, Zur Ökologie einer Europäischen Identität, Baden-Baden: Nomos 2003, 33 ff.

66 Ernst Tugendhat, Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1997, 262, 268 f.

67 Kris Grimonprez, The European Union and Education for Democratic Citizenship. Legal Foundations for EU Learning at School, Baden-Baden: Nomos 2020, insbes. 339 ff.

68 Ute Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Baden-Baden: Nomos 1996; Elise Muir, EU Equality Law: The First Fundamental Rights Policy of the EU, Oxford: OUP 2018, S. 4 ff.

stärkste Form dieses Phänomens ist ein *Wir*. Eine kollektive Identität ist eine bewusste gesellschaftliche Zugehörigkeit.⁶⁹ Dazu ist festzuhalten, dass der Vertragsgesetzgeber kein europäisches *Wir* setzt: die Bezeichnung als Vertrag, die Präambel, die nicht mit einem „We, the people“, sondern mit dem König der Belgier beginnt, die Gründungsmodalitäten in Art. 1 Abs. 1 EUV sprechen in dieser Hinsicht eine klare Sprache.⁷⁰

Das schließt aber schwächere Formen kollektiver Identität nicht aus, die in der europäischen Gesellschaft durchaus zu beobachten sind. Die Zuordnungs- und Identifikationsprozesse, die eine kollektive Identität tragen, erfolgen anhand von kommunikativ vermittelten Gehalten, insbesondere anhand kollektiver Erinnerungen. Die Sozialpsychologie spricht von Einträgen in einem gruppenspezifischen Wörterbuch, die den Mitgliedern mehr oder weniger bekannt sind.⁷¹ Wem es in diesem Buch zu schreiben gelingt, prägt soziale Identität und wirkt an einer Gruppenbildung mit.⁷² Auf diesem Wege ist hoheitliche Identitätspolitik, wenn mit großem Atem und brauchbaren Gehalten betrieben, in vielen Fällen erfolgreich gewesen.⁷³

Es gibt nun viele Gründe, warum ein solches Wörterbuch für die europäische Gesellschaft nicht mit den Wörterbüchern verglichen werden kann, die im 18. und 19. Jahrhundert für die europäischen Nationen angelegt wurden. So gibt es keine zentrale Kultuspolitik, die allen Schülerinnen und Schülern einen Kanon eintrichtert. Es wäre auch inkonsistent, ein solches Wörterbuch für ein starkes europäisches *Wir* anzustreben: Die immer engere Union des Art. 1 Abs. 2 EUV soll, so die derzeitige Grundentscheidung, eben kein Staats- und Nationswerdungsprozess sein.⁷⁴ So nehmen sich heute viele Menschen als Europäerinnen und Europäer, als Unionsbürgerinnen

69 Vgl. nur Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, 470 ff.

70 Näher Bast/von Bogdandy, in diesem Band, II.

71 Furrio Cerruti/Ennio Rudolph (Hrsg.), *Un'anima per l'Europa: Lessico di un'identità politica*, Pisa: ETS 2002.

72 Jan Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, München: C.H. Beck 1999, 130 ff.; Paul Ricœur, *Reflections on a New Ethos for Europe*, *Philosophy & Social Criticism* 21 (1995), 3–13 (6 ff.).

73 Ohad David/Daniel Bar-Tal, *A Sociopsychological Conception of Collective Identity. The Case of National Identity as an Example*, *Personality and Social Psychology Review* 13 (2009), 354–379.

74 Näher Bast/von Bogdandy, in diesem Band, IV.

und -bürger, wahr, ohne sich aber als Teil einer europäischen Nation oder gar eines europäischen Volkes zu begreifen.⁷⁵

Vor diesem Hintergrund ist eine erfolgreiche Vergesellschaftung durchaus denkbar, soweit die Verfahren demokratischer Willensbildung hinreichend komplex ausgestaltet sind. Entsprechend sind die Institutionen und Verfahren der demokratischen Vermittlung anders als in einem Nationalstaat zu gestalten. Die wichtigste Konsequenz lautet, die europäische Demokratie nicht als Mehrheitsdemokratie, sondern als eine Demokratie der vielen Vermittlungen zu konzipieren (unten, IV.3.b).

Damit sind die Verfassungsprinzipien des Art. 2 EUV, aus der Identitätsperspektive betrachtet, gesellschaftstheoretisch mehrfach relevant: Sie bilden Bezugspunkte europäischer Identitätsbildung, sind Maßstäbe der politischen und gerichtlichen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung und dienen gesellschaftlichen Reflexionsprozessen. Alle diese Funktionen setzen aber voraus, dass sie in den rechtsförmigen Operationen der europäischen Gesellschaft eine sichtbare und möglichst konsistente Relevanz erlangen. Das wiederum verlangt eine solide Dogmatik des Art. 2 EUV.

IV. Dogmatik

Die juristische Operationalisierung der Prinzipien des Art. 2 EUV wirft große dogmatische Fragen auf. Sie beginnen bei der Justiziabilität des Art. 2 EUV (1.). Weiter bedarf der Klärung, wie die Prinzipien interpretatorisch zu konkretisieren sind. Wir plädieren für eine Differenzierung danach, ob dies für die Unionsrechtsordnung oder die Mitgliedstaaten erfolgt: als Grundordnung für die Union, als bloße Rahmenordnung für die Mitgliedstaaten (2.). Dieses Vorgehen exemplifizieren wir anhand des Demokratieprinzips im Unionskontext (3.) und anhand des Rechtsstaatsprinzips im mitgliedstaatlichen Kontext (4.).

75 Standard Eurobarometer 101, Spring 2024, S. 28 sowie Special Eurobarometer 508 on Values and Identities of EU Citizens, 2021, 71 ff.

1. Justiziabilität

a) Der Prozess der Justiziablisierung

Elementar für eine juristische Operationalisierung von Art. 2 EUV ist die Justiziabilität seiner Prinzipien. Wenngleich allgemeine Kriterien für die Justiziabilität unionsrechtlicher Bestimmungen fehlen, so bietet doch der Begriff der unmittelbaren Wirkung Orientierung. Die übliche Voraussetzung unmittelbarer Wirkung ist, dass die Norm hinreichend klar, bestimmt und unbedingt ist.⁷⁶ Der Konvent zielte auf einen „eindeutigen und unstrittigen“ Gehalt des Art. 2 Satz 1 EUV.⁷⁷ Gleichwohl sind die Werte offen und vague. Aus diesem Grund bezweifeln viele, auch innerhalb des Gerichtshofs, die eigenständige Justiziabilität des Art. 2 EUV.⁷⁸ Generalanwalt Tanchev hat noch 2020 die Auffassung vertreten, dass Art. 2 EUV – „für sich genommen“ – kein Maßstab für die Bewertung des nationalen Rechts sein könne.⁷⁹

Bislang hat der Gerichtshof den Schritt in die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 2 EUV – als isolierte Bestimmung – vermieden. Seit der Rechtssache *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* operationalisiert er aber die Werte des Art. 2 EUV durch spezifische Vertragsbestimmungen.⁸⁰ Er stellte in jener Rechtssache bahnbrechend fest, dass die in Art. 19 EUV enthaltene Garantie richterlicher Unabhängigkeit den Wert der Rechtsstaat-

76 Michal Bobek, The Effects of EU Law in the National Legal Systems, in: Catherine Barnard/Steve Peers (Hrsg.), *European Union Law*, 4. Aufl., Oxford: OUP 2023, 151–191. Zur schrittweisen Aufweichung dieser Kriterien *Christian Wohlfahrt*, Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts: Ein Plädoyer für die Aufgabe der Kriterien hinreichender Genauigkeit und Unbedingtheit, Berlin: Springer 2016.

77 Vermerk des Sekretariats (Fn. 22), II.

78 So etwa Tom L. Boeckestein, Making Do With What We Have: On the Interpretation and Enforcement of the EU's Founding Values, GLJ 23 (2022), 431–451 (437); Matteo Bonelli, Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice, EuConst 18 (2022), 30–58 (45–49); Nina Wunderlich, Von der Wertegemeinschaft zur Verweigerungsunion?, EuR 54 (2019), 557–577 (575 f.).

79 Schlussanträge GA Tanchev v. 17.12.2020, Rs. C-824/18, EU:C:2020:1053, Rn. 35 – *A.B. u.a.*; siehe auch Schlussanträge GA Pikamäe v. 11.12.2019, Rs. C-457/18, EU:C:2019:1067, Rn. 132–133 – *Slovenien/Kroatien*.

80 Ausführlich siehe Luke Dimitrios Spieker, Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis, GLJ 20 (2019), 1182–1213.

lichkeit in Art. 2 EUV "konkretisiert".⁸¹ Auf dieser Grundlage positioniert er sich als eine eigene Kraft gegen die PiS-geführte Regierung in Polen.⁸² In vier späteren, von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren erklärt er einen Teil der polnischen Justizreformen für unionsrechtswidrig.⁸³ Zudem gibt er in zahlreichen Vorabentscheidungen polnischen Richtern Rückhalt. Das polnische Verfassungsgericht erklärt daraufhin weite Teile dieser EuGH-Rechtsprechung für *ultra vires* und verfassungswidrig.⁸⁴ Der EuGH reagiert, indem er die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidung als mit dem Unionsrecht für unvereinbar erklärt, sofern das betreffende Verfassungsgericht nicht hinreichend unabhängig ist.⁸⁵ Ein Justizkrimi bester Güte.

b) Dogmatische Rekonstruktion

Diese interpretatorische Ausweitung des EuGH-Mandats ist politisch heikel, aber dogmatisch als eine konventionelle Rechtsfortbildung kaum angreifbar.⁸⁶ Unzweifelhaft obliegt dem EuGH das Mandat, den „Werten Gel-

81 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, EU:C:2018:117, Rn. 32 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

82 Koen Lenaerts, Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue, YBEL 38 (2019), 3–17; Marek Saffjan, The Rule of Law and the Future of Europe, Il Diritto dell'Unione Europea (2019), 425; Thomas von Danwitz, Values and the Rule of Law: Foundations of the European Union, Revue du droit de l'Union européenne 4 (2018), 263–270.

83 EuGH, Urteil v. 5.11.2019, Rs. C-192/18, EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)*; Urteil v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, EU:C:2019:531 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts)*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-791/19, EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)*; Urteil v. 5.6.2023, Rs. C-204/21, EU:C:2023:442 – *Kommission/ Polen (Indépendance et vie privée des juges)*.

84 Polnischer Verfassungsgerichtshof, Urteil v. 14.7.2021, P 7/20, und Urteil v. 7.10.2021, K 3/21. Dazu Luke Dimitrios Spieker, The Conflict over the Polish Disciplinary Regime for Judges: An Acid Test for Judicial Independence, Union Values and the Primacy of EU Law, CML Rev. 59 (2022), 777–812 (797 ff.).

85 EuGH, Urteil v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357, 379, 547, 811 u. 840/19, EU:C:2021:1034, Rn. 230 – *Euro Box Promotion u.a.*; Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, EU:C:2022:99, Rn. 44 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

86 Skeptisch aber Mark Dawson, How Can EU Law Respond to Populism?, OJLS 40 (2020), 183–213 (211) („dubious legal grounding“); Peter M. Huber, Art. 2 EUV als Grundlage des Staaten- und Verfassungsverbundes der EU, Alkotmánybíróági Szemle 2020 (Különszám), 20–22 (21) („technokratischer Trick“); Angelika Nussberger,

tung zu verschaffen“ (Art. 13 Abs. 1 EUV). Die Werte des Art. 2 EUV sind Rechtsprinzipien und damit grundsätzlich der gerichtlichen Anwendung zugänglich (s.o. III.1.). Das politische Verfahren des Art. 7 EUV sperrt nicht die gerichtlichen Vertragsverletzungs- und Vorabentscheidungsverfahren (Art. 258, 259 und 267 AEUV).⁸⁷ Art. 269 AEUV bestimmt lediglich, dass der Gerichtshof die Feststellungen im Rahmen des Art. 7 EUV nur auf Verfahrensfehler prüfen kann. Zudem enthalten die Verträge seit Lissabon keine Bestimmungen mehr, welche die Prinzipien des Art. 2 EUV dem Zugriff der Unionsgerichte entziehen.⁸⁸ Stattdessen ist der Gerichtshof allgemein zuständig für die Wahrung des Unionsrechts, Art. 19 EUV. Angesichts der allgemeinen Rolle des EuGH in der Rechtsunion besteht somit eine starke Vermutung, dass Werte grundsätzlich Gegenstand von Verfahren unter Art. 257, 258 und 267 AEUV sein können.⁸⁹

Um dem Problem der Unbestimmtheit zu begegnen, konkretisiert der Gerichtshof die Werte mittels einer systematisch-teleologischen, eben kernverfassungsrechtlichen Auslegung anderer Bestimmungen. So weist der Gerichtshof auch in seinem Urteil zur Rechtsstaatlichkeitskonditionalität auf Verbindungen zwischen Art. 2 EUV und weiteren Vertragsbestimmungen hin. Insbesondere stellte er fest, dass zahlreiche Charta-Grundrechte die Werte der Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Menschenrechte konkretisieren.⁹⁰ Auch die Art. 8, 10 und 19 AEUV sowie die in Art. 153 und 157 AEUV enthaltenen Rechtsgrundlagen präzisieren den Wert der Gleichheit. Ähnlich berief sich die Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die polnische „Lex Tusk“ auf den Grundsatz der Demokratie, den

Gefahr für das europäische Erbe, Internationale Politik Special 4/2022, 4–9 (8) („be-gründbar, aber gewagt“).

87 So aber *Bonelli* (Fn. 78), 45, 47; *Bernd Martenczuk*, Art. 7 EUV und der Rechtsstaatsrahmen als Instrument der Wahrung der Grundwerte der Union, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos, 2018, 41–60 (45).

88 Zuvor war der EuGH nach Art. 46 lit. d EU (Nizza) nur für Art. 6 Abs. 2 EU (Nizza) zuständig und gerade nicht für die in Art. 6 Abs. 1 EU (Nizza) enthaltenen „Grundsätze“, das damalige Äquivalent des heutigen Art. 2 EUV.

89 Schlussanträge GA Tachev v. 11.4.2019, Rs. C-619/18, EU:C:2019:325, Rn 50 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts)*. Siehe auch *Piotr Bogdanowicz/Matthias Schmidt*, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU*, CML Rev. 55 (2018), 1061–1100 (1069–1073).

90 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2), Rn. 157 f.

sie in Art. 2 und 10 EUV verortet (dazu V.2.a).⁹¹ Die Operationalisierung von Art. 2 EUV durch spezifische Vertragsbestimmungen ist somit zu einer gefestigten Rechtsprechungspraxis erstarkt.⁹²

Offen bleibt, ob Art. 2 EUV auch ohne konkretisierende Bestimmungen als justizabler Maßstab wirken kann. Einerseits wandern die Werte in Urteilen zur Unabhängigkeit maltesischer und rumänischer Richter zusehends in den Mittelpunkt der Argumentation.⁹³ So ist es den Mitgliedstaaten untersagt, Rechtsvorschriften dergestalt zu ändern, dass „der Schutz des Wertes der Rechtsstaatlichkeit vermindert wird, eines Wertes, der namentlich durch Art. 19 EUV konkretisiert wird“.⁹⁴ Andererseits stellt der EuGH in seinen Urteilen zur Rechtsstaatlichkeitskonditionalität fest, dass Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV unmittelbare Wirkung entfalte, und begründet diese Aussage damit, dass die Bestimmung „den Mitgliedstaaten eine klare und präzise Ergebnispflicht auferlegt“.⁹⁵ Auch Art. 2 EUV, so der EuGH, enthalte eine „Ergebnispflicht“.⁹⁶ Der entscheidende Teil – „klar“ und „präzise“ – fehlt jedoch bei der Charakterisierung des Artikel 2 EUV.

Die Dogmatik zur Justiziabilität des Art. 2 EUV bleibt somit im Fluss. Einen Anlass zur Klärung bietet das anhängige Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn wegen der Verletzung von LGBTIQ-Rechten, in dem sich die Kommission auf Art. 2 EUV als selbständige Norm stützt: „Aufgrund

91 Europäische Kommission, Rechtsstaatlichkeit: Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen ein, da das neue Gesetz zur Einsetzung eines Sonderausschusses gegen EU-Recht verstößt (8. Juni 2023), IP/23/3134.

92 Zu weiteren möglichen Verbindungen zwischen Art. 2 EUV und anderen Vertragsbestimmungen siehe die instruktiven Übersichten bei *Boeckestein* (Fn. 78), 451, und *Markus Frischhut*, *The Ethical Spirit of EU Values*, Cham: Springer 2022, 184.

93 EuGH, Urteil v. 16.11.2021, Rs. C-748/19, EU:C:2021:931, Rn. 90 – *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*; Urteil v. 2.3.2021, Rs. C-824/18, EU:C:2021:153, Rn. 108 ff. – *A.B. u.a.*

94 EuGH, Urteil v. 20.4.2021, Rs. C-896/19, EU:C:2021:311, Rn. 63 – *Repubblika*; Urteil v. 18.5.2021, verb. Rs. C-83, 127, 195, 291, 355 u. 397/19, EU:C:2021:393, Rn. 162 – *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“ u.a.*; *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)* (Fn. 83), Rn. 51.

95 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2), Rn. 162. So auch z.B. in Urteil v. 5.11.2021, Rs. C-487/19, EU:C:2021:798, Rn. 159 – *W.Ž. (Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs of the Supreme Court – Appointment)*.

96 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2), Rn. 231.

der Schwere dieser Verstöße verletzen die angefochtenen Bestimmungen auch die in Artikel 2 EUV festgelegten Werte.“⁹⁷

Eine isolierte Berufung auf Art. 2 EUV wird entscheidend davon abhängen, wie überzeugend sich die Werte interpretieren und konkretisieren lassen. Diese Überzeugungskraft hängt ihrerseits davon ab, dass dies nicht allein durch den EuGH, sondern pluralistisch im Zusammenwirken einer Vielzahl europäischer wie nationaler Institutionen erfolgt. Für Interpretation und Konkretisierung sind Rechtsakte wie dem Konditionalitätsmechanismus,⁹⁸ Entscheidungen des EGMR, Studien der Venedig-Kommission,⁹⁹ Kommissionsdokumente¹⁰⁰ und die Beitrittsvoraussetzungen zu berücksichtigen.¹⁰¹ Relevant sind auch die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.¹⁰² Wenn die Werte den Mitgliedstaaten *gemeinsam* sind, so ausdrücklich Art. 2 EUV, dann sind sie mit den mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen verbunden,¹⁰³ insbesondere mit den Verfassungsidentitäten der Mitgliedstaaten.¹⁰⁴ Allerdings ist wertende Rechtsvergleichung gefordert.¹⁰⁵ Auf diesem Weg lässt sich eine selbständige Justiziabi-

97 Anhängig als Rs. C-769/22. Dazu Europäische Kommission, Grundwerte der EU: Kommission leitet rechtliche Schritte gegen Ungarn und Polen wegen Verletzung der Grundrechte von LGBTIQ-Personen ein (15.7.2021), IP/21/3668.

98 Art. 2 lit. a der Verordnung (EU) 2020/2092.

99 Siehe etwa Venedig-Kommission, Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007rev, 18. März 2016; Parameters on the relationship between the parliamentary majority and the opposition in a democracy: A checklist, CDL-AD(2019)015-e.

100 Europäische Kommission, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2021, COM(2021) 700 final, I.

101 Dazu *Ronald Janse*, Is the European Commission a Credible Guardian of the Values? A Revisionist Account of the Copenhagen Political Criteria during the Big Bang Enlargement, I-CON 17 (2019), 43–65 (62 f.).

102 Zu diesen Verfassungstraditionen *Peter M. Huber*, Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten: Identifizierung und Konkretisierung, EuR 57 (2022), 145–164.

103 Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 14.1.2015, Rs. C-62/14, EU:C:2015:7, Rn. 61 – *Gauweiler*. Dies ist weitgehend anerkannt, siehe *Andreas Voßkuhle*, Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, Berlin: Suhrkamp 2021, 108–138 (126); *Koen Lenaerts*, Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, EuGRZ 44 (2017), 639–642 (640).

104 *Luke Dimitrios Spieker*, Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts, CML Rev. 57 (2020), 361–398 (386 ff.).

105 *Christian Calliess*, in: ders./Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 2 EUV, Rn. 14; *Koen Lenaerts*, The Constitutional Traditions Common to the Member States: The Comparative Law Method, in: EuGH (Hrsg.), EUnited in Diversity: Between Common Constitutional Traditions

lität der Verfassungsprinzipien des Art. 2 EUV dogmatisch begründen. Natürlich beschwört dies die Gefahr einer Verfassungsharmonisierung durch den EuGH herauf. Ihr kann aber mittels entsprechender Interpretationsmaximen begegnet werden.

2. Interpretationsmaximen

Art. 1 Abs. 1 EUV weist dem Kollektiv der Mitgliedstaaten die Gründungswalt für die Union zu und zugleich der Union die Wahrnehmung eigenständiger Kompetenzen.¹⁰⁶ Dieses Verschränken unterschiedlicher Hoheitsträger mit je eigenen Rechtsordnungen bildet ein erstes Element des europäischen Verfassungskerns und führt dazu, dass relative Autonomie das gegenseitige Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten kennzeichnet. Entsprechend müssen Interpretationen des Art. 2 EUV zwischen zwei Konstellationen unterscheiden.

Art. 2 EUV enthält zum einen Maßstäbe für die Union, zum anderen für die Mitgliedstaaten. Dies gilt selbst für Bereiche, die außerhalb der Kompetenzen oder des Anwendungsbereichs der Unionsrechtsordnung liegen.¹⁰⁷ Die Interpretation und Anwendung der Unionswerte hat allerdings zwischen diese beiden Dimensionen zu unterscheiden und den Gehalt der Prinzipien entsprechend zu justieren. Nur so wird man der *Doppelnatur* des Art. 2 EUV gerecht: Seine Werte bilden eine Grundordnung für die Union, aber nur eine Rahmenordnung für die Mitgliedstaaten.

and National Identities, Luxemburg 2022, 35–43 (39). Zu diesem Ansatz siehe bereits die Schlussanträge von GA Roemer v. 13.10.1971, Rs. 5/71, EU:C:1971:96, S. 990 – *Zuckerfabrik Schöppestedt*. Grundlegend Konrad Zweigert, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, *RabelsZ* 28 (1964), 601–643 (610 f.).

106 Näher Bast/von Bogdandy, in diesem Band, III.1.

107 Das ist weitgehender Konsens, Europäische Kommission, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM/2014/0158 final, 6; Rat, Opinion of the Legal Service: Commission's Communication on a New EU Framework to Strengthen the Rule of Law, 10296/14, Rn. 17. So auch Dimitry Kochenov/Marcus Klamert, in: Manuel Kellerbauer/Marcus Klamert/Jonathan Tomkin (Hrsg.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2. Aufl., Oxford: OUP 2023, Art. 2 EUV, Rn. 11; *Hilf/Schorkopf* (Fn. 10), Rn. 18.

a) Art. 2 EUV als Grund- und als Rahmenordnung

Diese Begrifflichkeit schließt an zwei Grundverständnisse einer Verfassung an.¹⁰⁸ Einerseits wird eine Verfassung als Grundordnung verstanden, welche in die gesamte Rechtsordnung ausstrahlt.¹⁰⁹ Dem steht ein Verständnis von Verfassung gegenüber, das sie nur als Rahmenordnung begreift.¹¹⁰ In einer Rahmenordnung bleibt das Ergebnis des politischen Prozesses konzeptionell offener, die dirigierende Kraft der Verfassung ist schwächer. Selbstverständlich sind dies Idealtypen. Die meisten Verfassungen haben Elemente sowohl einer Grund- wie einer Rahmenordnung. Die Ausrichtungen können auch kombiniert werden: Eine Verfassung kann in einer Hinsicht als Grundordnung, in einer anderen als Rahmenordnung wirken.¹¹¹

Genau dies erscheint uns als weiterführend für die Interpretation von Art. 2 EUV. Im Unionskontext entspricht die Bestimmung eher einer *Grundordnung*. Die zwölf Prinzipien bilden eine Grundstruktur für die Unionsrechtsordnung, strahlen in diese aus und dienen als Bezugspunkt ihrer Interpretation (so bereits III.3.). Gleiches kann nicht gegenüber den Mitgliedstaaten gelten. Hier entspricht Art. 2 EUV eher einer *Rahmenordnung*, welche insbesondere den mitgliedstaatlichen Verfassungen negative Grenzen setzt, aber keine positive Gestaltungsvorgaben macht.

Bereits der Wortlaut und die Struktur der Bestimmung legen nahe, dass den Werten in beiden Konstellationen eine unterschiedliche Bedeutung

108 Zur Unterscheidung Uwe Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 19 ff.; Christian Starck, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2014, § 271, Rn. 4–9. Ähnlich wird in anderen Rechtsordnungen zwischen „thin“ und „thick“, „positive“ und „negative“ oder „regulative“ und „constitutive constitutionalism“ unterschieden, so Joseph Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries, in: Larry Alexander (Hrsg.), Constitutionalism, Cambridge: CUP 2001, 152–193; N.W. Barber, The Principles of Constitutionalism, Oxford: OUP 2018, 2–20; Cormac S. Mac Amhlaigh, New Constitutional Horizons: Towards a Pluralist Constitutional Theory, Oxford: OUP 2022, 121 ff, 128 ff.

109 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 1999, Rn. 17 f.

110 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1–31 (30 f.).

111 Robert Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht, VVDStRL 61 (2002), 7–33 (14 ff.); Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung II, Berlin: Suhrkamp 2012, 315 ff.; Volkmann (Fn. 108), 17 f.

zukommt. Der erste Satz weist den Werten im EU-Kontext eine konstitutive Funktion zu („Die Werte, auf die sich die Union gründet, ...“). Damit geht Art. 2 EUV über eine bloß begrenzende Rolle hinaus. Der zweite Satz verdeutlicht, dass die Werte auch für die Mitgliedstaaten gelten („Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten ... gemeinsam“), die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen jedoch nicht konstituieren. Diese Funktion kommt den nationalen Verfassungen zu.

Das in den Verträgen zum Ausdruck kommende föderale Gleichgewicht zwischen Union und Mitgliedstaaten stützt diesen Ansatz. Die Gründung der Union in Art. 1 Abs. 1 EUV hebt nicht die Autonomie der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf, der Auftrag des Art. 1 Abs. 2 EUV zielt nicht auf eine spätere Verschmelzung. Vielmehr schützen die Verträge mitgliedstaatliche Verfassungsautonomie und Verfassungsidentität. Dies ist nicht nur in Art. 4 und 5 EUV, sondern bereits in Art. 2 EUV angelegt – im Prinzip des Pluralismus. Der europäische Verfassungpluralismus ist gewaltig: Es gibt Republiken und Monarchien, parlamentarische und semipräsidentielle Systeme, starke und schwache Parlamente, starke und schwache Parteistrukturen, unitarische und föderale Ordnungen, starke, schwache und fehlende Verfassungsgerichte, erhebliche Divergenzen bei der institutionellen Gewährleistung richterlicher Unabhängigkeit, den Grundrechten und den Wahlsystemen. So gewiss das Unionsverfassungsrecht nicht jeden Aspekt dieser Vielfalt schützt, so gewiss ist deren prinzipieller Schutz.¹¹²

Dem steht ein Verständnis von Art. 2 EUV als Homogenitätsklausel, welche ein gewisses Maß an Verfassungshomogenität zwischen den Mitgliedstaaten und der Union sichern soll, nicht entgegen.¹¹³ Homogenität lässt sich stets nur in Relation auf bestimmte Eigenschaften untersuchen. Diese Eigenschaften können weiter oder enger gefasst werden. Zudem können – anders als etwa beim Konzept der Identität – zwei Sachverhalte mehr oder weniger homogen sein. Homogenität ist damit ein relatives, graduelles Konzept. Entsprechend kann Art. 2 EUV als Homogenitätsklausel verstanden werden, ohne einen mit Bundesstaaten vergleichbaren Grad an Verfassungshomogenität einzufordern. Im Gegenteil: Art. 2 EUV ist zu-

112 So auch *Schorkopf* (Fn. 5), 477.

113 So etwa bei *Klamert/Kochenov* (Fn. 107); *Édouard Dubout*, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Brüssel: Bruylant 2021, 186 ff.; *Stelio Mangiameli*, *The Union's Homogeneity and its Common Values in the Treaty on European Union*, in: ders./Hermann-Josef Blanke (Hrsg.), *The European Union after Lisbon*, Berlin: Springer 2012, 21–46; wegweisend *Frank Schorkopf*, *Homogenität in der Europäischen Union*, Berlin: Duncker & Humblot 2000.

rückhaltend und pluralismusoffen im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen zu interpretieren.

b) Differenzierte Verdichtung

Die Doppelnatur des Art. 2 EUV bedeutet, dass bei der Interpretation und Anwendung des Art. 2 EUV zwischen den beiden Konstellationen zu differenzieren ist. In der ersten Konstellation kommen die Prinzipien des Art. 2 EUV gegenüber Unionsorganen zur Anwendung. Dies schließt ihre Anwendung gegenüber mitgliedstaatlichen Institutionen ein, sofern diese im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln (d.h. wenn sie Unionsrecht vollziehen oder von ihm derogieren wollen). Die zweite Konstellation betrifft die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ohne solche unionsrechtlichen Anknüpfungspunkte.

Prinzipien ermöglichen Gerichten, rechtsschöpferisch tätig zu werden. Die entsprechende Kompetenz des EuGH ist im Grundsatz unbestritten.¹¹⁴ Art. 2 EUV ermächtigt aber nicht, die Werte zum Grundriss einer Verfassung zu entfalten, welche Union und Mitgliedstaaten ähnlich homogen verfasst wie das Grundgesetz den Bund und die Länder. Kommentierungen zu Art. 1 und 20 des Grundgesetzes haben oft Buchformat.¹¹⁵ Die verfassungsrechtliche Vielfalt der Bundesländer ist unter dem Zugriff des Bundesverfassungsgerichts kaum mehr als verfassungsrechtliche Folklore.¹¹⁶ Die europäische Vielfalt ist hingegen keine Folklore, weshalb die deutsche Prinzipienverdichtung kein Vorbild für den juristischen Umgang mit den Werten des Art. 2 EUV sein kann. Mit Blick auf die mitgliedstaatlichen Verfassungen sind die Prinzipien des Art. 2 EUV deshalb im Sinne einer bloßen Rahmenordnung zu interpretieren und anzuwenden.

114 Siehe etwa *Robert Lecourt*, *L'Europe des Juges*, Brüssel: Bruylant 1976, repr. 2008, 236; *Ulrich Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 55 (2000), 217–227; *Koen Lenaerts/Kathleen Gutman*, „Federal Common Law“ in the European Union, AJCL 54 (2006), 1–121. Allgemein *Anne Röthel-Florian Möslein*, Die Konkretisierung von Generalklauseln, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl., Berlin: De Gruyter 2021, § 11, Rn. 4.

115 Vgl. die 37 Randnummern zu Art. 2 EUV bei *Calliess* (Fn. 105) mit den weit über 1.000 Randnummern bei *Bernd Grzeszick*, in: Günther Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C.H. Beck, 97. EL Januar 2022, Art. 20 GG.

116 Siehe nur die Durchsetzung der Homogenitätsklausel in Art. 28 GG durch das BVerfG, *Holger Hestermeyer*, *Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 310 ff.

Vier Strategien können diesen Ansatz umsetzen. In *inhaltlicher* Hinsicht sind die Prinzipien des Art. 2 EUV in der Rahmenverfassung als Minimalgarantie zu interpretieren.¹¹⁷ Ein solcher Ansatz lag den Erwägungen des Konvents zugrunde, welcher die Bestimmung als „harten Kern“ begreifen wollte.¹¹⁸ Dies sei am Beispiel des Schutzes der Menschenrechte verdeutlicht. Dieser Wert kann nicht so gedeutet werden, dass er die Mitgliedstaaten außerhalb des Art. 51 Abs. 1 GRCh auf den gesamten *Acquis* der Unionsgrundrechte verpflichtet. Maßgeblich ist allein der Wesensgehalt der Unionsgrundrechte, nur ihn schützt Art. 2 EUV.¹¹⁹ In diesem Sinne tritt Generalanwältin Kokott dafür ein, „die Prüfung anhand von Art. 2 EUV auf die Achtung des Wesensgehaltes dieser Rechtsgrundsätze [zu] beschränken“.¹²⁰ Auch bei der Frage, ob ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 EUV vorliegt, ist ein minimalistisches Vorgehen möglich. Art. 7 EUV ist der einzige explizit normierte Mechanismus zur Durchsetzung der Unionswerte außerhalb des Anwendungsbereiches anderen Unionsrechts. Es erscheint naheliegend, dass diese Bestimmung die Verbandskompetenz der Union absteckt. Dies ist bei der Anwendung des Art. 2 EUV zu berücksichtigen. Art. 7 EUV verlangt eine „schwerwiegende und anhaltende Verletzung“. Vor diesem Hintergrund kann ein mitgliedstaatlicher Verstoß gegen Art. 2 EUV nur dann angenommen werden, wenn er eine ähnliche Intensität aufweist. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Schwelle zum systemischen Defizits überschritten ist (IV.4.a).

In *methodischer* Hinsicht ist Art. 2 EUV auf das Ziehen roter Linien zu beschränken.¹²¹ In der Rahmenordnung sollte der EuGH keine positive Maßstäbe für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen entfalten, sondern

117 So auch Werner Schroeder, *The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply?*, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin: Springer 2021, 105–126 (110). Zu einem „wertkonservativen“ Ansatz siehe auch Voßkuhle (Fn. 103).

118 Europäischer Konvent (Fn. 22).

119 So bereits Armin von Bogdandy/Luke Dimitrios Spieker, *Protecting Fundamental Rights Beyond the Charter*, in: Michal Bobek/Jeremias Adams-Prassl (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford: Hart 2020, 525–546 (531 ff.); Armin von Bogdandy u.a., *Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte*, ZaöRV 72 (2012), 45–78 (67 ff.).

120 Schlussanträge GA Kokott v. 15.4.2021, Rs. C-490/20, EU:C:2021:296, Rn. 118 – *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*.

121 So bereits Armin von Bogdandy/Piotr Bogdanowicz/Iris Canor/Matthias Schmidt/Maciej Taborowski, *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red Lines*, CML Rev. 55 (2018), 983.

nur prüfen, ob eine rote Linie überschritten ist. Die Werte verbieten den Mitgliedstaaten bestimmte Maßnahmen, geben aber kein „konkretes verfassungsrechtliches Modell“ vor.¹²² In diesem Sinne begreift der Gerichtshof die Werte des Art. 2 EUV als bloße „Ergebnispflichten“, welche den Mitgliedstaaten die Wahl von Form und Mitteln zur Erreichung dieses Ergebnisses überlässt.¹²³ Auch das vom EuGH entwickelte Rückschrittsverbot ist diesem Denken verpflichtet.¹²⁴ Der Gerichtshof prüft, ob ein Mitgliedstaat einen signifikanten Rückschritt gegenüber zuvor bestehenden, nationalen Standards aufweist. Damit enthält er sich einer Maßstabsbildung.¹²⁵ Diese Logik geht Hand in Hand mit einer starken Kontextualisierung. Wertverstöße sind zumeist vielschichtig und bestehen regelmäßig aus einem Bündel einzelner Maßnahmen, die nur in ihrer Gesamtheit die kritische Schwelle erreichen. Um einen Verstoß gegen einen der in Art. 2 EUV genannten Werte festzustellen, bedarf es daher einer Gesamtbetrachtung des Falls im Kontext der politischen und sozialen Verhältnisse im betreffenden Mitgliedstaat.¹²⁶

In *institutioneller* Hinsicht gilt, dass sowohl die Interpretation von Prinzipien als auch die Feststellung von mitgliedstaatlichen Wertverstößen umso überzeugender ausfällt, je mehr sie auf einer gleichlautenden Einschätzung verschiedener Akteure basieren (IV.1.b). In der Verbundlogik formuliert: Auslegung und Anwendung des Art. 2 EUV erfolgt in einem Einschätzungsverbund. Sie sind nicht autonomer Erkenntnisakt einer einzigen Institution, sondern beruhen auf einem Prozess kollektiver Interpretation und Bewertung. In diesem Sinne rekurren Kommission und EuGH, aber auch viele andere Institutionen, oft auf weitere autoritative Quellen, insbesondere auf Entscheidungen des EGMR und Gutachten der

122 EuGH, *Euro Box Promotion u.a.* (Fn. 85), Rn. 229; *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)* (Fn. 85), Rn. 43; Urteil v. 19.11.2019, verb. Rs. C-585, 624 u. 625/18, EU:C:2019:982, Rn. 130 – *A.K. u.a. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts)*.

123 EuGH, *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2), Rn. 231.

124 *Repubblica* (Fn. 94), Rn. 63. So auch *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)* (Fn. 83), Rn. 51.

125 *Spieker* (Fn. 84), 788 ff.; *Mathieu Leloup/Dimitry Kochenov/Aleksejs Dimitrovs*, Opening the Door to Solving the „Copenhagen Dilemma“, E.L.Rev. 46 (2021), 692–703; *Oliver Mader*, Wege aus der Rechtsstaatsmisere: Der neue EU-Verfassungsgrundsatz des Rückschrittsverbots und seine Bedeutung für die Wertedurchsetzung, EuZW 32 (2021), 917–922.

126 So bereits in *A.B. u.a.* (Fn. 93), Rn. 129; *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)* (Fn. 83), Rn. 88 f., 99, 102, 107, 110.

Venedig-Kommission. Auch Einschätzungen von internationalen Gremien, zivilgesellschaftlicher Organisationen sowie kritischer Stimmen aus dem betroffenen Mitgliedstaat selbst sind von Gewicht.

Schließlich kann auch in *prozessualer* Hinsicht auf die mitgliedstaatliche Verfassungsautonomie Rücksicht genommen werden. Sofern es um die Durchsetzung des Art. 2 EUV in der Rahmenordnung geht, können die Institutionen eine Solange-Vermutung anwenden. Unter dieser Prämisse gilt eine Vermutung, dass die Mitgliedstaaten sich wertkonform verhalten. Um diese Vermutung zu widerlegen, bedarf es eines Nachweises systemischer Defizite. Weiterhin können die Institutionen ihre Kontrolldichte zurücknehmen und nationale Akteure die endgültige Beurteilung vornehmen. So überbelässt der Gerichtshof die konkrete Anwendung der rechtlichen Maßstäbe oft dem vorlegenden Gericht,¹²⁷ selbst bei systemischen Defiziten.¹²⁸ Eine Weiterentwicklung könnte darin bestehen, den Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung der Maßstäbe des Art. 2 EUV Ermessensspielräume einzuräumen. Eine solche Dogmatik steckt im EU-Kontext jedoch allenfalls in den Kinderschuhen.¹²⁹

3. Prinzipien in der Grundordnung: Für eine demokratische Union

Die Differenzierung zwischen Grundordnung und Rahmenordnung ist anhand des Demokratieprinzips gut zu erläutern. Hier ist bereits auf der konzeptionellen Ebene unterschiedlich anzusetzen, weil die Union kein Staat ist und kein eigenes Volk hat, aber gleichwohl für sich in Anspruch nimmt, demokratisch (Art. 2 EUV), ja sogar eine repräsentative Demokratie (Art. 10 Abs. 1 EUV) zu sein. Manche Wissenschaftler begegnen dieser Qualifizierung mit großer Skepsis, ja sehen darin einen Schwindel.¹³⁰ Wir

127 Jan Zgliniski, *Europe's Passive Virtues*, Oxford: OUP 2020; Takis Tridimas, *Constitutional Review of Member State Action*, I-CON 9 (2011) 737–756.

128 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18, EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality (Mängel des Justizsystems)* oder *A.K. u.a.* (Fn. 122). Kritisch dazu *Mattias Wendel*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen, EuR 54 (2019), 111–131 (126 ff.); *Stanisław Biernat/Paweł Filipek*, The Assessment of Judicial Independence Following the CJEU Ruling in C-216/18 LM, in: von Bogdandy u.a. (Fn. 117), 403–430 (423 ff.).

129 Rainer Hofmann/Alexander Heger, Zur Zukunft der Europäischen Union als Wertunion, EuGRZ 49 (2022), 361–378 (368 ff.). Allgemein siehe *Christopher Bilz*, *Margin of Appreciation der EU-Mitgliedstaaten*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020.

130 Vgl. etwa *Dieter Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 50 (1995), 581–591 (589); *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Staat, Nation, Europa, Frankfurt a.M.: Suhr-

lesen hingegen Art. 2 EUV und seine Konkretisierungen in der Grundordnung anders, nämlich als die Konstituierung einer dualen Demokratie der vielen Vermittlungen.¹³¹ Im Folgenden sei das duale Modell (a) und sodann das Konzept der der vielen Vermittlungen (b) skizziert.

a) Duale demokratische Legitimation

Die unionale Demokratie setzt an der mitgliedstaatlichen Demokratie an. Der EU-Vertrag bezieht sich auf die „Völker Europas“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) und weist damit den mitgliedstaatlichen Völkern eine zentrale Rolle für eine demokratische Union zu. Sie sind die demokratischen Subjekte, welche der Union mittels ihrer Ratifikation der Verträge, Beitritte und Finanzmittel (Art. 48 f. EUV, Art. 311 AEUV) sowie über ihre Regierungsmitglieder im Europäischen Rat und dem Rat (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2) demokratische Legitimität vermitteln.

Der Volksbegriff spielt also eine große Rolle, allerdings in einem neuen Stück, in dem auch eine europäische Gesellschaft vorkommt, eingeführt durch Art. 2 S. 2 EUV. Da die europäische Gesellschaft alle Mitgliedstaaten umfasst, nutzt der Vertrag stets den Plural *Völker*. Das impliziert einen Wandel im Demokratiebegriff, wie ein terminologischer Vorschlag anschaulich zum Ausdruck bringt: Er bezeichnet die Union als eine Völkerdemokratie, als eine *Demoicracy*.¹³² Das allein leuchtet das Demokratieprinzip des Art. 2 EUV in der Grundordnung jedoch nicht aus. Denn der Vertragsgesetzgeber stützt die demokratische Legitimation der Union nicht nur auf die Völker, sondern zudem auf die Unionsbürgerinnen und

kamp 1999, 109 ff.; Fritz W. Scharpf, Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?, Frankfurt a.M.: Campus 1999, 18 f. Aus neuerer Zeit Joseph H.H. Weiler, The Crumbling of European Democracy, in: Mark A. Graber/Sanford Levinson/Mark Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford: OUP 2018, 629–638; Richard Bellamy, *A Republican Europe of States: Cosmopolitanism, Intergovernmentalism and Democracy in the EU*, Cambridge: CUP 2019.

131 Siehe bereits oben III.4.b) a.E. Ähnlich Daniel Innerarity, *Democracy in Europe: A Political Philosophy of the EU*, Cham: Palgrave 2018, 61 ff., 123 ff.

132 Kalypso Nicolaidis, The New Constitution as European „demoi-crazy“?, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 7 (2004), 76–93; Francis Cheneval/Frank Schimmelfennig, The Case for Demoicracy in the European Union, *JCMS* 51 (2013), 334–350.

Unionsbürger.¹³³ Art. 10 EUV legt die Union auf die repräsentative Demokratie fest und bestimmt, dass die „Bürgerinnen und Bürger ... unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten“ sind. Sie stehen als demokratische Subjekte neben den mitgliedstaatlichen Völkern.

Das Demokratieprinzip in der Grundordnung ist damit auf die mitgliedstaatlichen Völker *und* die Unionsbürgerinnen und -bürger gebaut.¹³⁴ Die demokratische Legitimation der EU wird nicht isoliert von einer Ebene aus gespendet, sondern aus einem Zusammenhang von Institutionen. Die demokratische Legitimation der Unionsorgane ist somit eine komplexe Gemeinschaftsleistung. Diese pluralistische Struktur wird nicht dadurch getrübt, dass es letztlich dieselben Individuen sind, die im Wahlakt Legitimation vermitteln.¹³⁵

Art. 10 Abs. 2 EUV legt zwei Stränge demokratischer Repräsentation nieder, einen über den Rat und den Europäischen Rat, einen zweiten über das von der Unionsbürgerschaft direkt gewählte Europäische Parlament. Dies wird im deutschen Schrifttum oft als duale Legitimation bezeichnet.¹³⁶ Dem Parlament kommt dabei eine konstitutive Rolle zu. Es steht an der Spitze der Organe. Art. 10 und 13 EUV nennen es noch vor dem Europäischen Rat. Der die 27 nationalen Systeme bündelnde Strang demokratischer Legitimation hat gleichwohl mehr zu tragen, man denke nur an die nationale Ratifikation der Verträge sowie die Schlüsselrolle des Europäischen Rates.¹³⁷

Gerade diese demokratische Rolle der Mitgliedstaaten rechtfertigt allerdings unionsrechtliche Vorgaben in der Rahmenordnung, denn mitgliedstaatliche Demokratiedefizite tangieren die demokratische Legitimität der Unionspolitiken. Dies erklärt die entsprechenden Anforderungen an Mitgliedstaaten, die Art. 2 EUV in Verbindung mit Art. 7 EUV und 49 EUV

133 Kritisch auch Robert Schütze, Democracy in Europe: Some Preliminary Thoughts, E.L.Rev. 47 (2022), 24–51.

134 Stefan Oeter, Föderalismus und Demokratie, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 73–120 (92).

135 Ingolf Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148–193 (176); Jürgen Habermas, Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts: Ein Essay zur Verfassung Europas, ZaöRV 72 (2012), 1–44 (18 ff.); Jelena von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union: Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt, Berlin: Springer 2014, 463.

136 Wohl als erster Winfried Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, Berlin: Duncker & Humblot 1995, 67 ff.

137 Näher von Bogdandy/Rugge, in diesem Band.

niederlegt: Die Union hat ein ebenso elementares wie berechtigtes Interesse an demokratischen Verhältnissen in ihren Mitgliedstaaten. In zwei heiklen Themen hat der EuGH das klargestellt: beim Brexit sowie den Auseinandersetzungen zwischen dem spanischen Zentralstaat und den katalanischen Separatisten.¹³⁸ Noch dringlicher ist der Schutz der polnischen und ungarischen Demokratien (unten V.2.b).

Das unionale Demokratieprinzip erschöpft sich aber nicht in der Herstellung von Legitimationsketten.¹³⁹ Ein weiteres Moment, das bereits Art. 1 Abs. 2 EUV einführt, ist ein bürgernahes und offenes Entscheiden, und laut Art. 11 EUV sollen die Unionsorgane demokratisch im Sinne von offen, partizipativ, dialogisch und transparent arbeiten. Wie wichtig dem Vertrag das ist, zeigt der Superlativ in Art. 1 EUV, „möglichst offen und möglichst bürgernah“. Natürlich ist die Umsetzung dieser Vorgaben gegenüber fast 450 Millionen Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern ungemein komplex. Man kann die Prinzipien aber durchaus operativ werden lassen: So zeigt die Transparenzrechtsprechung, wie verschlossene EU-Bürokratien in Richtung demokratischerer Verwaltungen entwickelt werden können.¹⁴⁰ Sie ist ein eindruckliches Beispiel, wie der Verfassungskern als Grundordnung alles Unionsrecht ausrichtet.

b) Demokratie der vielen Vermittlungen

Die repräsentativen Institutionen der Union vertreten die Völker der Mitgliedstaaten und die Unionsbürgerinnen und -bürger. Repräsentieren sie damit ein demokratisches Wir? Viele Autoren verlangen für eine Demokratie eine kollektive Identität,¹⁴¹ da sie kollektive Selbstbestimmung als den

138 EuGH, *Wightman u.a.* (Fn. 33), Rn. 66; Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-502/19, EU:C:2019:1115, Rn. 63 – *Junqueras Vies*.

139 Wegweisend Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Demokratie als Verfassungsprinzip“, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II., Heidelberg: C.F. Müller 2004, 429–496 (Rn. 11 ff.).

140 EuGH, Urteil v. 1.7.2008, Rs. C-39/05 P, EU:C:2008:374 – *Schweden und Turco/Rat*; Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-280/11, EU:C:2013:671 – *Rat/Access Info Europe*; Urteil v. 4.9.2018, Rs. C-57/16 P, EU:C:2018:660 – *ClientEarth/Kommission*. Dazu Alberto Alemanno, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy*, E.L.Rev. 39 (2014), 72–90; Deirdre Curtin/Päivi Leino-Sandberg, *Openness, Transparency and the Right of Access to Documents in the EU*, Report for the Petitions Committee, European Parliament, 2016.

141 Siehe die Nachweise in Fn. 130.

ultimativen Sinnhorizont von Demokratie postulieren.¹⁴² Obwohl die Stiftung einer kollektiven europäischen Identität ein Ziel europäischer Politik ist,¹⁴³ gibt es keine Hinweise, dass der Vertragsgesetzgeber die europäische Demokratie von einem europäischen Wir abhängig macht. Damit zeigt er eine realistische Einschätzung des europäischen Vergesellschaftungsprozesses. Kaum jemand behauptet ein europäisches Wir kollektiver Selbstbestimmung (III.4.b). Das „We the People“ der amerikanischen Verfassung steht immer im Raum, aber eben nicht im Text: Der EU-Vertrag beginnt mit „Seine Majestät der König der Belgier“. Denkt man die Union in Kategorien der kollektiven Selbstbestimmung, erscheint sie ähnlich demokratieunfähig wie unter der Prämisse eines Staatsvolkes als notwendige Demokratievoraussetzung.

Dem Vertrag liegt aber ein anderes Verständnis von Demokratie zugrunde. Aus Art. 2 und 10 EUV ergibt sich, dass die nichtstaatliche Union ohne Staatsvolk als eine repräsentative Demokratie konzipiert ist. Diese Entscheidung des Vertragsgesetzgebers gegen Demokratie als Selbstbestimmung ist kein Verrat an der Demokratie. In der Demokratietheorie gibt es zahlreiche anerkannte Positionen, die Demokratie nicht als kollektive Selbstbestimmung eines Staatsvolkes, sondern als Prozess einer pluralistischen Gesellschaft deuten. Auf dieser Spur hat sich der Vertragsgesetzgeber für eine Demokratie der vielen Vermittlungen und breiten Mehrheiten entschieden, die als Kompromiss-, Konkordanz-, Konsens- oder Verhandlungsdemokratie theoretisiert wird.¹⁴⁴

Das ergibt sich, unter anderem, aus der Zusammensetzung und Stellung der Kommission, der Zusammensetzung und den Abstimmungsmodi in den beiden Räten und dem Europäischen Parlament sowie dem regelmäßig erforderlichen Zusammenwirken dieser Institutionen. Die Logik von Art. 15

142 Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 28 ff.

143 So zur Zeit des Verfassungsvertrags etwa die Europäische Kommission, *Europäisches Regieren – Ein Weißbuch* (25.7.2001), COM(2001) 428 final, S. 5. Kritisch zu diesem Anliegen Ulrich Haltern, *Europarecht und das Politische*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 199 ff.

144 Ausf. hierzu Oeter (Fn. 134) und Philipp Dann, Die politischen Organe, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 134), 335–388. Politikwissenschaftlich Simona Piattoni/Luca Verzichelli, *Revisiting Transnational European Consociationalism: The European Union a Decade After Lisbon*, *Swiss Political Science Review* 25 (2019), 498–518; Matthijs Bogaards/Markus M.L. Crepaz, *Consociational Interpretations of the EU: A Critical Appraisal*, *European Union Politics* 3 (2002), 357–381. Zu den einzelnen Ansätzen, ihren Übereinstimmungen und Differenzen übersichtlich Manfred G. Schmidt, *Demokratietheorien: Eine Einführung*, Wiesbaden 2019, 319–328.

Abs. 4 EUV, Art. 16 Abs. 4 EUV und 17 Abs. 7 EUV zwingt dazu, dass der europäische politische Prozess stets die Interessen vieler politischer Lager berücksichtigt. Die europäische Demokratie versteht ihr Substrat und nutzt die legitimierende Kraft von Konsensen.¹⁴⁵ Kompromisshaftigkeit ist das demokratische Herz der europäischen Gesellschaft. Unter den großen juristischen Demokratietheoretikern identifiziert besonders prägnant *Hans Kelsen* den Kompromiss als Herz der Demokratie.¹⁴⁶ Selbstverständlich können Kompromisse auch kompromittieren.¹⁴⁷ Das Brüsseler Geschacher ist nur legitim, wenn es Vermittlungen generiert, die den Maßstäben des Art. 2 EUV genügen. Das verlangt, alle Rechtsakte der Union im Lichte der Verfassungsprinzipien zu prüfen und damit die Grundordnung in alle Verästelungen des Unionsrechts zu tragen.

4. Prinzipien in der Rahmenordnung: Gegen mitgliedstaatliche Rechtsstaatsdefizite

Ganz anders, viel zurückhaltender, ist die Wirkweise des Art. 2 EUV gegenüber den Mitgliedstaaten in der Rahmenordnung. Die Interpretation der Verfassungsprinzipien in der Rahmenordnung hat von der Verfassungsautonomie und dem Verfassungspluralismus der Mitgliedstaaten auszugehen. Was das konkret bedeutet, zeigt die Operationalisierung des Werts der Rechtsstaatlichkeit in der Rechtsstaatlichkeitskrise. Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verwirklichen Rechtsstaatlichkeit in sehr unterschiedlichen institutionellen und prozeduralen Gestalten, wie die Vielfalt mitgliedstaatlicher Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit eindrücklich belegt.¹⁴⁸ Demzufolge gilt es als notorisch schwer, aus dem Prinzip

145 *Christine Reh*, *European Integration as Compromise: Recognition, Concession and the Limits of Cooperation*, *Government and Opposition* 47 (2012), 414–440.

146 *Hans Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: Mohr 2. Aufl. 1929, 57.

147 So zur Politik des Europäischen Rates gegenüber Polen und Ungarn Editorial Comments: *Compromising (on) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law*, *CML Rev.* 58 (2021), 267–284.

148 Ausführlich dazu die Beiträge in Armin von Bogandy u.a. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. IX, Heidelberg: C.F. Müller 2021, und Armin von Bogandy u.a. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VII, Heidelberg: C.F. Müller 2021.

konkrete rechtsordnungsübergreifende Vorgaben zu entnehmen.¹⁴⁹ Darauf weisen gern mitgliedstaatliche Regierungen hin, denen Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit vorgeworfen werden.

Der europäische Pluralismus ist aber nicht beliebig, die Rechtsstaatlichkeit des Art. 2 EUV ist keine Kontingenzformel. Aufgrund konzertierter institutioneller Interpretationsarbeit verfügt sie inzwischen über ein klares Anforderungsprofil. Allerdings können in der Rahmenordnung die Prinzipien nicht so anspruchsvoll wie in der Grundordnung interpretiert und angewendet werden. Eine Lösung kann darin liegen, nur systemische Defizite als Verstoß zu identifizieren (a). Systemische Defizite an Rechtsstaatlichkeit finden sich heute in mehreren Mitgliedstaaten. Am Beispiel des polnischen Justizkonflikts sei gezeigt, wie die Unionsinstitutionen das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit mit dem Erfordernis richterlicher Unabhängigkeit pluralismuswährend verdichtet haben (b).

a) Rechtsstaatliche Defizite

Die Anforderungen an Rechtsstaatlichkeit in der Rahmenordnung lassen sich aus der vielleicht elementarsten Funktion des Rechts erklären: der Stiftung gesellschaftlichen Vertrauens.¹⁵⁰ Zu diesem Zweck schaffen und stabilisieren Rechtsnormen etwas, das Niklas Luhmann als normative Erwartungen bezeichnet.¹⁵¹ Normative Erwartungen unterscheiden sich von kognitiven Erwartungen dadurch, dass sie im Falle ihrer Enttäuschung beibehalten werden. Einzelne Rechtsverletzungen sind vor diesem Hintergrund kein Problem für Rechtsstaatlichkeit. Im Gegenteil: Recht ist ohne Rechtsbruch nicht zu denken. Rechtswidriges Handeln löst in funktionierenden Rechtssystemen soziale und institutionelle Antworten aus. Solche Reaktionen bestätigen normative Erwartungen. Bei einer einfachen Rechtsverletzung erhalten Personen also die enttäuschte normative Erwartung

149 Venedig-Kommission, Report on the rule of law (4. April 2011), CDL-AD(2011)003rev, Rn. 4 f. Siehe aber *Laurent Pech*, The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law, HJRL 14 (2022), 107–138.

150 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 150 ff. Ähnlich *Jospeh Raz*, The Authority of Law, Oxford: OUP 2009, 222. Früh *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), in: Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel (Hrsg.), Werke in zwanzig Bänden mit Registerband, Bd. 7, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1970, § 268.

151 *Luhmann* (Fn. 150), 80.

aufrecht. Hingegen modifizieren sie ihre Erwartungen, wenn Rechtsverletzungen zur Normalität werden. Irgendwann hört ein Rechtssystem auf, normatives Erwarten zu unterstützen und Vertrauen zu stiften. Es liegt dann ein *systemisches Defizit* an Rechtsstaatlichkeit vor.¹⁵²

Ein solches systemisches Defizit kann einerseits dadurch entstehen, dass öffentliche Institutionen Rechtsverletzungen aufgrund von institutioneller Schwäche kaum verfolgen.¹⁵³ Andererseits kann ein systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit dann entstehen, wenn eine Regierung das Recht bricht, wenn es ihr zweckmäßig erscheint, und die mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit so auf Linie gebracht ist, dass eine unabhängige Kontrolle nicht gewährleistet ist.

Die Entwicklungen in Polen und Ungarn verdeutlichen zwei Facetten dieses Phänomens. In Polen scheute die PiS-geführte Regierung nicht vor offensichtlichen Rechtsbrüchen zurück. Der Umbau der Justiz vollzog sich unter Verletzung des Unionsrechts und der polnischen Verfassung.¹⁵⁴ Hinzu kam die unverhohlene Missachtung von Urteilen aus Luxemburg und Straßburg. Rechtsgehorsam wurde zur Verhandlungsmasse im Ringen mit Brüssel. Wesentlich subtiler geht die Fidesz-geführte Regierung in Ungarn vor. Sie kleidet ihre Agenda in eine Reihe formal rechtmäßiger Maßnahmen, was eine Fassade der Legalität aufrecht hält, aber die Unabhängigkeit der Gerichte gleichwohl aushöhlt.¹⁵⁵ Kaum jemand erwartet heute, dass ungarische Gerichte gegen die Regierung entscheiden, wenn diese nicht verlieren will. In beiden Fällen verliert das Unionsrecht massiv an Wirksamkeit.¹⁵⁶ Normative Erwartungen werden prekär und das gegenseitige Vertrauen schwindet.¹⁵⁷

152 Dazu bereits Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis, Das systemische Defizit: Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, ZaöRV 74 (2014), 283–328.

153 Dazu Michael Ioannidis, Weak Members and the Enforcement of EU Law, in: András Jakab/Dimitry Kochenov (Hrsg.), The Enforcement of EU Law and Values, Oxford: OUP 2017, 476–492 (480 ff.).

154 Siehe Wojciech Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford: OUP 2019.

155 Zu dieser Strategie Günter Frankenberg, Autoritarismus: Verfassungstheoretische Perspektiven, Berlin: Suhrkamp 2020, 237 ff.; Kim L. Scheppelle, Autocratic Legalism, University of Chicago Law Review 85 (2018), 545–583.

156 Zur Zentralität der Wirksamkeit Bast/von Bogdandy, in diesem Band, III.1.

157 Zum gegenseitigen Vertrauen als Verfassungsgrundsatz siehe EuGH, EMRK-Beitritt II (Fn. 33), Rn. 168, 198; Minister for Justice and Equality (Mängel des Justizsystems) (Fn. 128), Rn. 35 f.; Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-483/20, EU:C:2022:103, Rn. 27 f. – Commissaire général aux réfugiés and aux apatrides (Unité familiale – Protection

b) Pluralismuswahrende Verdichtung

Unter dem Druck dieser Entwicklungen einigten sich die EU-Institutionen 2020 auf eine Definition der Rechtsstaatlichkeit in Art. 2 EUV. Dieser Wert umfasst: „die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, die transparente, rechenschaftspflichtige, demokratische und pluralistische Gesetzgebungsverfahren voraussetzen, der Rechtssicherheit, des Verbots der willkürlichen Ausübung von Hoheitsgewalt, des wirksamen Rechtsschutzes – einschließlich des Zugangs zur Justiz – durch unabhängige und unparteiische Gerichte, auch in Bezug auf Grundrechte, der Gewaltenteilung und der Nichtdiskriminierung und der Gleichheit vor dem Gesetz.“¹⁵⁸ Insoweit folgen die Institutionen einem Ansatz, Verfassungsprinzipien durch Teilprinzipien zu verdichten. Auch der Gerichtshof geht diesen Weg, wenn er festhält, dass sich die Werte des Art. 2 EUV „in Grundsätzen niederschlagen, die rechtlich verbindliche Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten beinhalten.“¹⁵⁹

Die oben aufgeführten Teilprinzipien bleiben abstrakt. Das Willkürverbot, wirksamer Rechtsschutz oder Gewaltenteilung können auf verschiedenste Art ausgestaltet werden. Zudem handelt es sich um Prinzipien, die keine binäre („entweder-oder“), sondern eine graduelle („mehr oder weniger“) Stoßrichtung aufweisen. Dieser Grad der Abstraktion entspricht der Logik des Art. 2 EUV als Rahmenordnung, in der die Teilprinzipien für die Vielfalt mitgliedstaatlicher Ausgestaltungen offenstehen müssen. Mögliche Strategien zur Bewahrung dieser Vielfalt wurden bereits erörtert (IV.2.b). Ihre Umsetzung lässt sich am Beispiel der EuGH-Rechtsprechung zur Unabhängigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte aufzeigen.

Vor dem Hintergrund des polnischen Justizumbaus hat sich diese Rechtsprechung rasch entwickelt. Obwohl Kriterien zur richterlichen Unabhängigkeit bereits zuvor in der Rechtsprechung des Gerichtshofes angelegt waren,¹⁶⁰ stellt das Urteil in *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* einen Quantensprung dar. Denn der Gerichtshof verankert die mitgliedstaatliche

déjà accordée). Im Detail siehe Cecilia Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law*, Brüssel: Bruylant 2022, 200 ff.

158 Art. 2 lit. a der Verordnung 2020/2092.

159 Ungarn/Parlament u. Rat (Fn. 2), Rn. 232.

160 Dazu Thomas Jaeger, *Gerichtsorganisation und EU-Recht: Eine Standortbestimmung*, EuR 53 (2018), 611–652.

Pflicht zur Garantie richterlicher Unabhängigkeit in Art. 2 und 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, was nachfolgende Entscheidungen konkretisieren.¹⁶¹

Auf den ersten Blick scheint der EuGH damit eine Fülle an harmonisierenden Detailanforderungen zu schaffen, welche die mitgliedstaatliche Vielfalt massiv zu beschneiden drohen. Dieser Eindruck ist dem Umstand geschuldet, dass viele Vorabentscheidungsersuchen den Gerichtshof mit ebenso unterschiedlichen wie kleinteiligen Regelungen des polnischen Justizumbaus befasst haben.

Gesamthaft betrachtet gelingt dem Gerichtshof jedoch der Spagat zwischen Rechtsstaatsschutz und Wahrung des mitgliedstaatlichen Pluralismus. So betont der EuGH wiederholt, dass weder Art. 2 noch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV den Mitgliedstaaten ein „konkretes verfassungsrechtliches Modell“ vorgeben, welches die Beziehungen zwischen den Staatsgewalten regeln würde.¹⁶² Dies ist kein bloßes Lippenbekenntnis, wie anhand der zwei Aspekte gezeigt sei, die nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung das Erfordernis richterlicher Unabhängigkeit konkretisieren.¹⁶³

Im Außenverhältnis muss ein Gericht seine Entscheidungen in völliger Autonomie treffen, frei von Einflussnahmen der Exekutive oder Legislative. Im Innenverhältnis, gegenüber den Parteien, geht es um Neutralität bzw. Unparteilichkeit.¹⁶⁴ Der EuGH verlangt daran ausgerichtete mitgliedstaatliche Regeln für die Ernennung, Amtsausübung und Abberufung von Richterinnen und Richtern. Wie diese Regeln aber konkret auszusehen haben, spezifiziert der Gerichtshof nicht. Der offene Maßstab lautet vielmehr, dass die mitgliedstaatlichen Regeln „jeden berechtigten Zweifel“ der Rechtsunterworfenen an der Unabhängigkeit der Gerichte ausräumen müssen.¹⁶⁵

161 Zur Rechtsprechung übersichtlich *Dimitry Kochenov/Laurent Pech*, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, Stockholm: SIEPS 2021.

162 *Euro Box Promotion u.a.* (Fn. 85), Rn. 228 f.; *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)* (Fn. 85), Rn. 43; *A.K. u.a.* (Fn. 122), Rn. 130.

163 So bereits EuGH, Urteil v. 19.9.2006, Rs. C-506/04, EU:C:2006:587, Rn. 50 ff. – *Wilson*.

164 *Euro Box Promotion u.a.* (Fn. 85), Rn. 224; *A.K. u.a.* (Fn. 122), Rn. 121 f.; *Minister for Justice and Equality (Mängel des Justizsystems)* (Fn. 128), Rn. 63; *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts)* (Fn. 83), Rn. 72.

165 *Kommission/Polen (Indépendance et vie privée des juges)* (Fn. 83), Rn. 94, *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)* (Fn. 83), Rn. 56; *W.Ż. (Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs of the Supreme Court – Appointment)* (Fn. 95), Rn. 109.

Die betreffenden Regelungen müssen ausschließen, dass Richterinnen und Richter „den Eindruck vermitteln, nicht unabhängig und unparteiisch zu sein, wodurch das Vertrauen beeinträchtigt werden könnte, das die Justiz in einer demokratischen Gesellschaft und in einem Rechtsstaat bei den Rechtsunterworfenen schaffen muss“.¹⁶⁶

Maßgeblich ist die Perspektive der Rechtsunterworfenen.¹⁶⁷ Im Kern geht es um die Frage, ob sie wegen der streitgegenständlichen Maßnahmen „begründete Zweifel“ an der Unabhängigkeit der Justiz haben können. Solche Zweifel können einerseits aus der Regelung selbst, andererseits aus dem „allgemeineren Kontext“¹⁶⁸ der betreffenden Regelung folgen. Damit kann der Gerichtshof fallbezogen und stark kontextualisierend vorgehen und eine abstrakte Maßstabsgestaltung minimieren. Eine kontextualisierende Gesamtbetrachtung kann ergeben, dass dieselbe Regelung in einem Mitgliedstaat Zweifel auslöst, in einem anderen jedoch nicht, weil sie hier mit anderen politischen oder rechtlichen Faktoren zusammenwirkt.

Dies lässt sich am Beispiel richterlicher Ernennungsverfahren verdeutlichen. In einer Reihe von Urteilen stellte der Gerichtshof fest, dass eine Besetzung von Richterposten durch die Exekutive für sich genommen keine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit begründet.¹⁶⁹ Gleiches gilt, wenn die vorschlagende Institution überwiegend aus Mitgliedern besteht, die von der Legislative bestimmt werden.¹⁷⁰ Die Voraussetzungen und Verfahrensmodalitäten für solche Ernennungsentscheidungen sind jedoch so auszugestalten, „dass sie bei den Rechtsunterworfenen ... keine berechtigten Zweifel“ an der Unabhängigkeit der ernannten Richter aufkommen lassen.¹⁷¹ Ob das der Fall ist beurteilt der Gerichtshof konkret anhand des Zusammenspiels einzelner Regelungen und ihres jeweiligen Kontextes.¹⁷²

166 *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)* (Fn. 83), Rn. 60; *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“ u.a.* (Fn. 94), Rn. 197.

167 Dazu Spieker (Fn. 125), 788 ff.; *Michał Krajewski/Michał Ziolkowski*, EU Judicial Independence Decentralized: A.K., CML Rev. 57 (2020), 1107–1138 (1123). Zur ähnlichen Rechtsprechung des EGMR siehe *Frédéric Sudre*, Le mystère des „appearances“ dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme, *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 20 (2009), 633–650.

168 *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)* (Fn. 83), Rn. 88.

169 *A.K. u.a.* (Fn. 122), Rn. 133; *A.B. u.a.* (Fn. 93), Rn. 122; *Repubblica* (Fn. 94), Rn. 56.

170 EuGH, Urteil v. 9.7.2020, Rs. C-272/19, EU:C:2020:535, Rn. 55 f. – *Land Hessen*.

171 *A.K. u.a.* (Fn. 122), Rn. 134 f.; *A.B. u.a.* (Fn. 93), Rn. 123; *Repubblica* (Fn. 94), Rn. 57.

172 *A.K. u.a.* (Fn. 122), Rn. 142.

V. Perspektiven

Die Verträge beauftragen die Unionsinstitutionen den „Werten Geltung zu verschaffen“ (Art. 13 Abs. 1 EUV). Doch mehr noch: Sie müssen die Werte als Ziel der Union fördern (Art. 3 Abs. 1 EUV). Fördern bedeutet, dass die Werte über ihre rechtliche Geltung hinaus stetig an sozialer Wirksamkeit gewinnen. Die Verfassungsprinzipien sind damit im Hinblick auf *immer größere* Wirksamkeit im Rahmen der *immer engeren* Union des Art. 1 Abs. 2 EUV weiterzuentwickeln. Dieser Förderauftrag ist nicht nur bei der Rechtsetzung, sondern auch bei der Interpretation relevant.¹⁷³ Wir zeigen dies in der Grundordnung anhand der weiteren Demokratisierung der Unionsinstitutionen (V.1.) und in der Rahmenordnung anhand mitgliedstaatlicher systemischer Defizite (V.2.).

1. Weiterentwicklung der Grundordnung

a) Weitere Demokratisierung der Unionsinstitutionen

Niemand behauptet, die demokratische Legitimation der Union sei perfekt, und im öffentlichen Raum zirkulieren zahlreiche Ideen, wie sie verbessert werden kann.¹⁷⁴ Art. 2 und 10 Abs. 1 EUV geben dabei Orientierung. Sie helfen zu identifizieren, wo etwas nicht stimmt. Über Mittelaufnahme und Mittelvergabe zur Überwindung der Folgen der Pandemie etwa hat allein der Rat entschieden. Das kollidiert mit der Idee hinter Art. 2 EUV i.V.m. 10 Abs. 2 EUV, wonach wichtige Rechtsetzung eine parlamentarische Beteiligung verlangt.¹⁷⁵

173 Näher *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.3.

174 Zu Ideen siehe Konferenz zur Zukunft Europas, Bericht über das endgültige Ergebnis (Mai 2022), 38. Vorschlag (S. 81); *Stéphanie Hennette-Vaucher* u.a., *How to Democratize Europe*, Cambridge Mass.: Harvard Univ. Press 2019; *Antoine Vaucher*, *Démocratiser l'Europe*, Paris: Seuil 2014; *Sylvie Goulard/Mario Monti*, *La democrazia in Europa: Guardare lontano*, Milan: Rizzoli 2012.

175 BVerfG, Urteil v. 6.12.2022, 2 BvR 547/21, Rn. 124 ff. – *Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz*. Siehe auch *Päivi Leino-Sandberg/Matthias Ruffert*, *Next Generation EU and its Constitutional Ramifications: A Critical Assessment*, CML Rev. 59 (2022), 433–472 (438); *Martin Nettesheim*, „Next Generation EU“: Die Transformation der EU-Finanzverfassung, AöR 145 (2020), 381–437 (434); *Matthias Goldmann*, *Human Rights and Democracy in Economic Policy Reform: The European COVID-19 Response under Scrutiny*, The International Journal of Human Rights 24 (2020), 1290–1310 (1300).

Viele Verbesserungsvorschläge, etwa eine durchgehende parlamentarische Beteiligung in der Rechtsetzung, transnationale Listen oder die Überwindung des Einstimmigkeitserfordernisses im Rat, bedürfen einer Rechtsetzung. Aber auch interpretatorisch ist einiges möglich. Bereits vor Lissabon hatte der EuGH im Lichte des „grundlegenden demokratischen Prinzips“ eine Auslegung etabliert, bei mehreren möglichen Rechtsgrundlagen derjenigen den Vorzug zu geben, die eine parlamentarische Beteiligung vorsieht.¹⁷⁶ Das Auslegungspotenzial des Demokratieprinzips lässt sich an zwei weiteren Beispielen verdeutlichen.¹⁷⁷

Das erste Beispiel ist das Spitzenkandidatenprinzip.¹⁷⁸ Nach Art. 17 Abs. 7 EUV „berücksichtigt“ der Europäische Rat das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament, wenn er dem Europäischen Parlament eine Kandidatin oder einen Kandidaten für das Amt des Präsidenten der Kommission vorschlägt. Ausgelegt im Lichte des Demokratieprinzips, könnte der Begriff des „berücksichtigen“ in verbindlicher Weise verstanden werden. Auf dieser Grundlage könnte eine verfassungsrechtliche Praxis entstehen, nach welcher der Spitzenkandidat der Partei mit den meisten Stimmen für das Amt des Kommissionspräsidenten oder der Kommissionspräsidentin benannt wird. Wohlgemerkt: das ist eine juristische Möglichkeit, über deren politische Klugheit wir an dieser Stelle nichts sagen.

Ein zweites Beispiel ist das Initiativrecht des Europäischen Parlaments und des Rates. Beide gesetzgebende Organe können nach Art. 225 und 241 AEUV die Kommission auffordern, einen Legislativvorschlag vorzulegen. Zwar hat die Präsidentin der Kommission sich politisch verpflichtet, bei entsprechenden Aufforderungen durch das Parlament einen Vorschlag vorzulegen.¹⁷⁹ Dies ändert jedoch nichts an dem grundsätzlichen Initiativmo-

176 So bereits EuGH, Urteil v. 11.6.1990, Rs. C-300/89, EU:C:1991:244, Rn. 20 – *Kommission/Rat (Titandioxid)*. Zu den Grenzen Urteil 19.7.2012, Rs. C-130/10, EU:C:2012:472, Rn. 79 – *Rat/Parlament*.

177 Zu diesen beiden Vorschlägen siehe Daniel Calleja/Clemens Ladenburger, *The Future of European Union Law*, in: Europäische Kommission (Hrsg.), *70 Years of EU Law*, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union 2023, 377–388 (387).

178 Für eine Formalisierung dieses Prinzips siehe Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Mai 2022. Skeptisch Jean-Paul Jacqué, *The European Parliament’s Institutional Proposals Following the Conference on the Future of Europe: Much ado about nothing?*, CML Rev. 59 (2022), 129–142 (138 ff.). Dazu auch von Achenbach und Krämer/Wendel, in diesem Band.

179 Ursula von der Leyen, *Eine Union, die mehr erreichen will: Meine Agenda für Europa – Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019–2024*, 23.

nopol der Kommission.¹⁸⁰ Auch hier könnte eine Auslegung der betreffenden Vorschriften zu einer konstitutionellen Verfestigung der derzeitigen Praxis und mithin zu einem echten, wenngleich mittelbaren Initiativrecht des Europäischen Parlamentes führen.

b) Neuausrichtung von Unionspolitiken

Die Positionierung des Art. 2 EUV im europäischen Verfassungskern legt nahe, sein Leitbild einer gegliederten, repräsentativen, menschenrechtsschützenden, rechtsstaatlichen, solidarischen und gerechten Demokratie mit systematischen und teleologischen Argumenten über alle weiteren Regelungen der Verträge auszudehnen (oben, III.2.; III.3.). Viele Regelungskomplexe der Verträge reflektieren dieses Leitbild nur ungenügend. Es sind nicht nur spezielle Bestimmungen über die Arbeitsweise der Unionsorgane, die in einem Spannungsverhältnis zu den Grundprinzipien des EU-Vertrags stehen, sondern auch die Teilverfassungen diverser Unionspolitiken.¹⁸¹

Diese Spannungslage lässt sich zwischen den Prinzipien des Art. 2 EUV und den wirtschafts- und währungsverfassungsrechtlichen Bestimmungen gut beobachten. Die Deutlichkeit ergibt sich aus der inzwischen weit verbreiteten Einsicht, dass sich viele Annahmen der 1980er- und 1990er-Jahren überlebt haben, auf denen die wirtschafts- und währungsverfassungsrechtlichen Bestimmungen aufbauen.¹⁸² Ein entsprechender Strukturwandel ist inzwischen ins Werk gesetzt.¹⁸³ Er bedarf begleitender dogmatischer Rekonstruktionen, welche die unionale Wirtschafts- und Währungsverfassung

180 Dazu *Krämer/Wendel*, in diesem Band.

181 Zu diesen „Teilverfassungen“ siehe *Kaarlo Tuori*, *The Many Constitutions of Europe*, in: ders./Suvi Sankari (Hrsg.), *The Many Constitutions of Europe*, London: Routledge 2016, 3–30.

182 So etwa *Dariusz Adamski*, *The Faustian Bargain: How Evolving Economic and Political Beliefs Have Redefined the European Economic Constitution*, in: Herwig C.H. Hofmann u.a. (Hrsg.), *The Metamorphosis of the European Economic Constitution*, Cheltenham: Edward Elgar 2019, 25–57; *Matthias Goldmann*, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, GLJ 21 (2021), 1058–1077 (1062 ff.); *Vivien A. Schmidt*, *Reconsidering the EU's Economic Ideas on Markets and Law*, in: ECB (Hrsg.), *Continuity and Change: How the Challenges of Today Prepare the Ground for Tomorrow*, ECB Legal Conference 2022, Frankfurt a.M.: EZB 2022, 262–281. Kritisch dazu *Matthias Ruffert*, AöR 147 (2022), 179–183.

183 Hierzu der Beitrag von *Ioannidis*, in diesem Band. So auch *Vestert Borger*, *The Currency of Solidarity. Constitutional Transformation during the Euro Crisis*, Cam-

unter die Maßstäbe des Art. 2 EUV stellt. Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 119 AEUV und die sie konkretisierenden Bestimmungen sind im Lichte der Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV zu interpretieren. Die Wirtschafts- und Währungsverfassung kann sich so zu einem Instrument europäischer demokratischer Verfasstheit entwickeln.

Diese Ausrichtung kann auf zwei Arten erfolgen. Zunächst kann Art. 2 EUV als *Maßstab* dienen. Eine prinzipienorientierte Lesart der Wirtschafts- und Währungsverfassung kann zu einer stärkeren Berücksichtigung von Solidarität, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Grundrechten führen, so etwa im Rahmen fiskalpolitischer Maßnahmen.¹⁸⁴ Eine solche Auslegung trifft allerdings auf hohe Hürden. Zunächst sind zahlreiche Reaktionen auf die Finanzkrise außerhalb des Institutionengefüges erfolgt, was die Anwendung des Art. 2 EUV erschwert. Aber auch die Komplexität der getroffenen Maßnahmen macht eine Anwendung und damit gerichtliche Kontrolle schwierig. Der Umfang gerichtlicher Überprüfung ist ein zentraler Konfliktpunkt zwischen Luxemburg und Karlsruhe.¹⁸⁵

Ein besonderes Potenzial hat der Grundsatz der Solidarität. Wenn eine demokratische Union solidarisch sein muss, dann führt das zu einer Auslegung der Wirtschafts- und Währungsverfassung im Lichte der in Art. 2 EUV gebotenen Solidarität. Dieser Grundsatz weist eine zwischenstaatliche und eine zwischenmenschliche Stoßrichtungen auf.¹⁸⁶ Für die zwischenstaatliche Solidarität gelten die Reaktionen auf die Pandemie vielen als Durchbruch, wegen der hohen Summen und der Schleifung des Konditio-

bridge: CUP 2020; Herwig C.H. Hofmann/Katerina Pantazatou, The Transformation of the European Economic Constitution, in: Hofmann u.a. (Fn. 182), 2–24.

184 Zu den Defiziten siehe Claire Kilpatrick, On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts, OJLS 35 (2015), 325–353; Andreas Fischer-Lescano, Human Rights in Times of Austerity Policy, Baden-Baden: Nomos 2015; Anastasia Poulou, Human Rights Obligations of European Financial Assistance Mechanisms, in: dies./Ulrich Becker (Hrsg.), European Welfare State Constitutions after the Financial Crisis, Oxford: OUP 2020, 24–48.

185 Zum „weiten Ermessen“ etwa des Europäischen Systems der Zentralbanken (ESZB) siehe EuGH, Urteil v. 11.12.2018, Rs. C-493/17, EU:C:2018:1000, Rn. 73 – Weiss u.a.; Urteil v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, EU:C:2015:400, Rn. 68 – Gauweiler u.a. Dazu Michael Ioannidis, The Judicial Review of Discretion in the Banking Union: From „Soft“ to „Hard(er)“ Look?, in: Chiara Zilioli/Karl-Philipp Wojcik (Hrsg.), Judicial Review in the European Banking Union, Cheltenham: Edward Elgar 2021, 130–145.

186 Marcus Klamert, Loyalty and Solidarity as General Principles, in: Ziegler u.a. (Fn. 35), 118–135.

nalitätserfordernisses.¹⁸⁷ Der Gesetzgeber nutzt explizit Art. 122 AEUV, die Solidaritätsklausel, als Rechtsgrundlage für das SURE- und „Next Generation EU“-Programm.¹⁸⁸

Anders steht es um die zwischenmenschliche Solidarität. Hier sind sogar Rückschritte zu beobachten. Die Unionsbürgerschaft gebietet eine Gleichbehandlung von Unionsbürgern in den national organisierten Solidarsystemen. Zunächst verlangte der Gerichtshof „finanzielle Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten“.¹⁸⁹ Urteile wie *Dano* markieren eine viel kritisierte Abkehr von diesem Gedanken.¹⁹⁰ Eine Auslegung der betreffenden Bestimmungen, wie etwa Art. 20 und 21 AEUV sowie der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38, am Maßstab der Solidarität kann eine Rückkehr zu einer gehaltvolleren Unionsbürgerschaft bewirken.¹⁹¹

Zweitens kann die Wirtschaftsverfassung als *Vehikel* zur Durchsetzung von Unionswerten dienen. Das Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht zielt auf individuelle Selbstbestimmung und dient damit einer freiheitlich demokratischer Ordnung.¹⁹² Entsprechend bietet das Prinzip der Freiheit in Art. 2 EUV den kernverfassungsrechtlichen Fluchtpunkt der europäischen

187 Michael Ioannidis, Between Responsibility and Solidarity: COVID-19 and the Future of the European Economic Order, ZaöRV 4 (2020), 773–783.

188 Verordnung (EU) 2020/672 des Rates vom 19. Mai 2020 zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE) im Anschluss an den COVID-19-Ausbruch; Verordnung (EU) 2020/2094 des Rates vom 14. Dezember 2020 zur Schaffung eines Aufbauinstruments der Europäischen Union zur Unterstützung der Erholung nach der COVID-19-Krise. Kritisch Leino-Sandberg/Ruffert (Fn. 175), 444–448.

189 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12, EU:C:2013:565, Rs. 72 – *Brey*; Urteil v. 20.9.2001, Rs. C-184/99, EU:C:2001:458, Rn. 44 – *Grzelczyk*.

190 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, Rs. C-333/13, EU:C:2014:2358 – *Dano*; Urteil v. 15.9.2015, Rs. C-67/14, EU:C:2015:597 – *Alimanovic*; Urteil v. 14.6.2016, Rs. C-308/14, EU:C:2016:436 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*. Dazu Eleanor Spaventa, Earned Citizenship, in: Dimitry Kochenov (Hrsg.), EU Citizenship and Federalism, Cambridge: CUP 2017, 204–225 (208–221); Anuscheh Farahat, Solidarität und Inklusion: Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, DÖV 2016, 45–55.

191 Näher Mangold und Kadelbach, beide in diesem Band.

192 Armin Hatje, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 134), 801–854 (804). Zur freiheitsschützenden Funktion der Bestimmungen des Binnenmarktes siehe Carsten König, Zum Verfassungsrang der Grundfreiheiten und des europäischen Wettbewerbsrechts, EuR 57 (2022), 48–73 (52 ff.); Elias Deutscher, The Competition-Democracy Nexus Unpacked: Competition Law, Republican Liberty, and Democracy, YBEL 41 (2022), 197–251.

Wirtschaftsverfassung. Besonders anschaulich wird diese Dimension in der neueren EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, die ihnen eine Rolle beim Schutz mitgliedstaatlicher Demokratie zuweist.¹⁹³

Die Freiheit des Art. 2 EUV erschöpft sich nicht in privatautonomer Gestaltungsfreiheit, sondern verlangt *gleiche* Freiheit. Das bestätigt die Gleichheit und die ergänzenden Grundprinzipien des Art. 2 S. 2 EUV. Die Diskriminierungsrechtsprechung des EuGH entfaltet das Prinzip der gleichen Freiheit über das allgemeine Diskriminierungsverbot, die Unionsbürgerschaft oder die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Art. 2 EUV schützt also Privatautonomie und Marktwirtschaft, rechtfertigt aber Interventionen, soweit das Privatrecht soziale Abhängigkeitsverhältnisse verfestigt. Eine demokratische Gesellschaft muss extreme Machtdifferenzen unter Privaten vermeiden.¹⁹⁴

Das europäische Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht kann damit zur Verwirklichung der in Art. 2 EUV enthaltenen Prinzipien beitragen. Eine entsprechende Ausrichtung erscheint unter dem kernverfassungsrechtlichen Ansatz dieses Buches sogar geboten. Zugleich sei aber betont, dass die verfassungskernorientierte Interpretation nicht die Schranken wegspült, welche die Verträge den Unionspolitiken setzen. Wie in den Ausführungen zu Art. 1 Abs. 3 EUV gezeigt ist das Unionsverfassungsrecht aus gutem Grund an vielen Stellen detailliert: Es gibt den vertragsermöglichenden Kompromissen, den vielen demokratischen Vermittlungen, eine bestandssichernde rechtliche Form. Jede Interpretation muss das berücksichtigen.

2. Weiterentwicklung der Rahmenordnung

Dieser Beitrag hat an verschiedenen Stellen bereits gezeigt, dass sich die wohl größten Herausforderungen für die europäische Gesellschaft, und damit für Interpretation und Anwendung des Art. 2 EUV, aus systemischen Defiziten in einigen Mitgliedstaaten ergibt.¹⁹⁵ Denn einerseits erscheint eine Operationalisierung des Art. 2 EUV notwendig, um das in dieser Be-

193 EuGH, Urteil v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, EU:C:2020:476 – *Kommission/Ungarn (Transparenz von Vereinigungen)*; kritisch Luke Dimitrios Spieker, Werteverteidigung im Binnenmarkt?, EuZW 31 (2020), 854–858.

194 David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe*, Oxford: Clarendon 2001, 232 ff.

195 Zum Schutz der Integrität mitgliedstaatlicher Verfassungen durch die politischen Institutionen siehe den Beitrag von Franzius, in diesem Band.

stimmung zum Ausdruck kommende Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft zu bewahren. Andererseits gibt es großen Widerstand, keine Erfolgsgarantie und dogmatische Herausforderungen. Als Rechtswissenschaftler konnten wir immerhin zeigen, wie diese dogmatischen Herausforderungen überwunden und Art. 2 EUV im Kontext systemischer Defizite aktiviert werden kann. Während wir bislang vor allem die Rechtsprechung rekonstruiert haben, machen wir nun Vorschläge zu ihrer Weiterentwicklung.¹⁹⁶ Dabei sei vorausgeschickt, dass EuGH-Entscheidungen allein systemische Defizite nicht überwinden können. Sie können aber dabei helfen, indem sie für demokratische Prozesse eintreten (a) und eine neue Regierungsmehrheit unterstützen, eine allgemeine Art. 2 EUV-Konformität wieder herzustellen (b).

a) Schutz des demokratischen Prozesses

Eine wesentliche Aufgabe verfassungsrechtlicher Rechtsprechung ist es, demokratische Prozesse zu schützen.¹⁹⁷ Der EuGH sieht sich mit der Aufgabe besonders in Ungarn konfrontiert. Die Regierung hat die parlamentarische Opposition beschränkt, die Justiz ausgehöhlt, die regierungskritische Medienlandschaft, Zivilgesellschaft und Wissenschaft systematisch geschwächt sowie das Wahlrecht, Wahlkreiseinteilungen und Parteienfinanzierung zugunsten der Regierungspartei ausgestaltet.¹⁹⁸

Bislang hat der EuGH darauf verzichtet, die Unionswerte in diesem Zusammenhang zu mobilisieren. Dies lässt sich am Urteil zur „Lex NGO“ veranschaulichen. Dieses Gesetz legt Organisationen der Zivilgesellschaft, die aus dem Ausland Unterstützung erhalten, sanktionsbewehrte Registrie-

196 Wir zeigen dies näher in *Armin von Bogdandy/Luke Dimitrios Spieker*, Transformative Constitutionalism in Luxembourg? How the Court can Support Democratic Transitions, CJEL 29 (2023), 65–92; *dies.*, Reverse Solange 2.0, EuR 55 (2020), 301–332.

197 *John H. Ely*, Democracy and Distrust, Cambridge Mass.: Harvard Univ. Press, 1980, 73 ff., 105; *Michel Troper*, The Logic of Justification of Judicial Review, I-CON 1 (2003), 99–121 (109); *Christoph Möllers*, The Three Branches, Oxford: OUP 2013, 127 ff.

198 Zu diesen Maßnahmen *Kim L. Scheppele*, How Viktor Orbán Wins, Journal of Democracy 33 (2022), 45–61; *Beáta Bakó*, Challenges to EU Values in Hungary, London: Routledge 2023.

rungs-, Melde- und Offenlegungspflichten auf.¹⁹⁹ Solche Gesetze sind probate Mittel, zivilgesellschaftliche Kräfte und damit den demokratischen Prozess zu schwächen. Gleichwohl taucht Art. 2 EUV in der Entscheidung nicht auf und auch die Grundrechtecharta nur nachgeordnet.²⁰⁰ Der EuGH entscheidet auf dem sicheren Boden des Binnenmarktes, genauer der Kapitalverkehrsfreiheit.²⁰¹ Dieser Fokus marginalisiert die Erosionen europäischer Werte und verschenkt die Möglichkeit, die Rahmenordnung zu substantiieren. Wir haben oben zwar für einen minimalistischen Ansatz, nicht aber für Subsidiarität plädiert. Systemische Defizite unter Art. 2 EUV sollten vielmehr ausgewiesen und der europäische Verfassungskern sichtbar gemacht werden.

Ähnlich unbefriedigend erfolgt der Schutz der Presse- und Medienfreiheit. Als der regierungskritische ungarische Sender Klubrádió mit dem Antrag auf Verlängerung seiner Sendelizenz vor dem regierungsnahen Medienrat scheitert, rügte die Kommission ausschließlich eine Missachtung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Richtlinie (EU) 2018/1972).²⁰² Zur Sichtbarmachung des Verfassungskerns sollte das Verfahren auf den Wert der „Menschenrechte“ in Art. 2 EUV in Verbindung mit dem Wesensgehalt der Medienfreiheit gestützt werden (Art. 11 Abs. 2 GRC).²⁰³ Die Grundrechtecharta konkretisiert Art. 2 EUV, denn ihre einzelnen Rechte sind den Werten der Menschenwürde (Titel I), Freiheit (Titel II), Gleichheit (Titel III), Demokratie (Art. 10 bis 12 und Titel V) und Rechtsstaatlichkeit (Titel VI) zugeordnet.²⁰⁴ So kann der Gerichtshof

199 EuGH, Urteil v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, EU:C:2020:476 – *Kommission/Ungarn (Transparenz von Vereinigungen)*.

200 Zu letzterem *Matteo Bonelli*, The ‚NGOs Case‘: On How to Use the EU Charter of Fundamental Rights in Infringement Actions, E.L.Rev. 46 (2021), 258–271 (268); *John Morijn*, Separate Charter Invocation as a New Enforcement Method: The Lex NGO Case, CML Rev. 59 (2022), 1137–1168.

201 Ähnlich ging der Gerichtshof auch in EuGH, Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-66/18, EU:C:2020:792 – *Kommission/Ungarn (Enseignement supérieur)* vor. Dazu *Vasiliki Kosta/Darinka Piqani*, Where Trade and Academic Freedom Meet: Commission v. Hungary (LEX CEU), CML Rev. 59 (2022), 813–852.

202 Siehe die anhängige Rs. C-92/23.

203 Ansätze hierfür in *Ungarn/Parlament u. Rat* (Fn. 2), Rn. 157 ff. Zur Verbindung des Wertes der Demokratie und der Meinungsfreiheit siehe auch EuGH, Urteil v. 6.9.2011, Rs. C-163/10, EU:C:2011:543, Rn. 31 – *Patriciello*; Urteil v. 21.9.2016, verb. Rs. C-203 u. 698/15, EU:C:2016:970, Rn. 93 – *Tele2 Sverige*; Urteil v. 5.4.2022, Rs. C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 43 – *Commissioner of An Garda Síochána*.

204 Den Verfassern der Grundrechtecharta war dies durchaus bewusst, siehe *Amato/Verola* (Fn. 19), 71; *Jürgen Meyer*, in: ders./Sven Hölscheidt (Hrsg.), Charta der

mitgliedstaatliches Handeln am Wesensgehalt der Unionsgrundrechte messen.²⁰⁵

Manche Bedrohungen mitgliedstaatlicher Demokratie lassen sich jedoch nur schlecht grundrechtlich adressieren, so die Einschränkungen von Oppositionsrechten oder unfaire Regelungen zu Wahlkampf, Wahlkreiseinteilungen und Parteienfinanzierung. Hier kann direkt der Wert der Demokratie in Verbindung mit spezifischen Vertragsbestimmungen operationalisiert werden. In Bezug auf die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass der Grundsatz der repräsentativen Demokratie in Art. 10 Abs. 1 EUV „den in Art. 2 EUV genannten Wert der Demokratie konkretisiert“.²⁰⁶

Art. 10 EUV betrifft den demokratischen Prozess in den Mitgliedstaaten, weil die europäische Demokratie von ihm abhängt (oben, IV.3.a). Hier kommt dieselbe Logik zum Tragen, mit welcher der Gerichtshof Art. 2 EUV über Art. 19 Abs. 1 EUV gegen die polnische Justizreform operationalisiert hat (oben, IV 1.). Die europäische und die mitgliedstaatliche Demokratie sind wie der europäische und der nationale Rechtsschutz miteinander verflochten. Eine Regierung kann auf europäischer Ebene keine demokratische Legitimation spenden, wenn sie nicht aus einem demokratischen Prozess hervorgegangen ist. Ebenso verliert eine Wahl zum Europäischen Parlament ihren demokratischen Charakter, wenn effektive Oppositionsarbeit, kritische Berichterstattung und zivilgesellschaftliches Engagement im betreffenden Mitgliedstaat zunehmend eingeschränkt werden. Art. 10 EUV konkretisiert den Wert der Demokratie damit nicht nur für die europäische, sondern auch für die mitgliedstaatliche Ebene. Folglich lassen sich

Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2019, Präambel, Rn. 6.

205 Zu alternativen Begründungswegen einer Anwendbarkeit der Charta in solchen Fällen siehe *András Jakab/Lando Kirchmair*, Two Ways of Completing the European Fundamental Rights Union: Amendment to vs. Reinterpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights, CYELS 24 (2022), 239–261; *Aida Torres Pérez*, Rights and Powers in the European Union: Towards a Charter That Is Fully Applicable to the Member States?, CYELS 22 (2020), 279–300.

206 EuGH, *Junqueras Vies* (Fn. 138), Rn. 63. So auch EuGH, Urteil v. 14.7.2022, Rs. C-207/21 P, EU:C:2022:560, Rn. 81 – *Kommission/Polen* (Protocole n° 36); Beschluss v. 24.5.2022, Rs. C-629/21 P(R), EU:C:2022:413, Rn. 250 – *Puigdemont i Casamajó u.a./Parlament und Spanien*; Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-418/18 P, EU:C:2019:1113, Rn. 64 – *Puppinck u.a./Kommission*.

Art. 2 und 10 EUV demokratische Minimalgarantien auch für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen entnehmen.²⁰⁷

Diesem Ansatz folgt nun auch die Europäische Kommission. Als die PiS-geführte Regierung einen Ausschuss zur Untersuchung des russischen Einflusses auf die innere Sicherheit Polens einsetzt, der jedoch wohl eher dazu dient, den damaligen Oppositionskandidaten Donald Tusk zu diskreditieren, leitet die Kommission unmittelbar ein Vertragsverletzungsverfahren ein. In diesem Verfahren stützt sich die Kommission vor allem auf den „Grundsatz der Demokratie (Artikel 2 und 10 EUV)“, denn der Ausschuss greife in unzulässiger Weise in den demokratischen Prozess ein.²⁰⁸

b) Unterstützung demokratischer Transitionen

Eine vollständige Behebung systemischer Defizite ist erst zu erwarten, wenn die Regierungen, die sie zu verantworten haben, aus dem Amt sind. Wie das polnische Beispiel zeigt, erfordert eine solche Umkehr einen tiefgreifenden demokratischen Transitionsprozess. Auch in diesem Prozess kann eine europäische Unterstützung nach Maßgabe von Art. 2 EUV von Bedeutung sein.²⁰⁹ In Ungarn und Polen hat die aktuelle bzw. vorherige Regierungsmehrheit ihre Interessen in der Besetzung staatlicher Schlüsselpositionen und, insbesondere in Ungarn, in verfassungsrechtlichen Bestimmungen derart zementiert, dass jede nachfolgende Regierung nur wenig Handlungsspielraum haben wird und starke Obstruktion erwarten muss. Eine Berufung auf die Prinzipien des Art. 2 EUV kann dazu beitragen, diese Fesseln zu lösen.

Ein Aspekt betrifft die Entlassung von Amtsträgern, die an Wertverstößen mitgewirkt haben, mittels einer straf- oder disziplinarrechtlichen Ahndung. Eine strafrechtliche Bewehrung des europäischen Verfassungskerns gibt es bislang nicht. Sie lässt sich jedoch aus dem Zusammenwirken

207 Im Detail von *Bogdandy/Spieker*, Transformative Constitutionalism in Luxembourg? (Fn. 196). Ähnlich *John Cotter*, To Everything There is a Season: Instrumentalising Article 10 TEU to Exclude Undemocratic Member State Representatives from the European Council and the Council, *E.L.Rev.* 46 (2021), 69–84 (77 ff.).

208 Europäische Kommission (Fn. 91). Ähnlich ging die Kommission beim ungarischen „Souveränitätsverteidigungsgesetzes“ vor, siehe Vertragsverletzungsverfahren im Februar: Wichtigste Beschlüsse (7.2.2024), INF/24/301.

209 Im Detail die Beiträge in Michal Bobek/Armin von Bogdandy/Adam Bodnar/Pál Sonnevend (Hrsg.), *Transition 2.0*, Baden-Baden: Nomos 2024.

verschiedener Komponenten des nationalen und europäischen Rechts ableiten, wie am Beispiel des polnischen Justizsystems verdeutlicht sei. Trotz zahlreicher Urteile des EuGH²¹⁰ ernannte die PIS-geführte Regierung Richterinnen und Richter in Verfahren, die gegen Art. 2 und 19 EUV verstoßen. Mit Parteigängern besetzte Gerichte können die demokratische Transition einer neuen Regierung torpedieren, was die Frage stellt, ob diese Personen aus der Richterschaft entfernt werden können. Dies könnten vor allem Richterinnen und Richter sein, die als Werkzeuge staatlicher Repression vorsätzlich Urteile entlassen haben, welche die Werte des Art. 2 EUV missachten und dadurch Individuen unionsrechtswidrig sanktionieren. Solche Entscheidungen erfüllen den Tatbestand der Rechtsbeugung, was eine Entfernung aus dem Amt rechtfertigt.²¹¹

Ein zweiter Aspekt betrifft die Beseitigung von Rechtsnormen, die im Widerspruch zu Unionswerten stehen. Dies ist insbesondere für Ungarn relevant. Die Fidesz-Regierung hat ihre Macht durch Verfassungsänderungen und sogenannte Kardinalgesetze gefestigt, deren Änderung eine Zweidrittelmehrheit erfordern.²¹² Damit ist jede neue Regierung gleichsam in einen verfassungsrechtlichen Käfig gesperrt.²¹³ Manche fordern daher eine neue Verfassung außerhalb des Verfahrens der geltenden Verfassung.²¹⁴ Ein solcher Weg wäre allerdings mit dem Grundsatz der Legalität, der als Teilprinzip der Rechtsstaatlichkeit ebenfalls von Art. 2 EUV geschützt wird, nur schwer zu vereinbaren.

Art. 2 EUV bietet einen besseren Weg, wie eine neue Regierung diese Gesetze überwinden und die Vereinbarkeit der ungarischen Rechtsordnung

210 So etwa EuGH, *W.Ż.* (Fn. 95), Rn.138–152; *A.K. u.a.* (Fn. 122), Rn.123 ff.; *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)* (Fn. 83), Rn.95 ff.; *A.B. u.a.* (Fn. 93), Rn.121 ff. Zur Feststellung einer Verletzung von Art. 6 EMRK siehe EGMR, *Reczkowicz/Polen*, Nr.43447/19; *Dolińska-Ficek u. Ozimek/Poland*, Nr.49868/19 und 57511/19; *Advance Pharma/Polen*, Nr.1469/20.

211 Im Detail siehe von Bogdandy/Spieker, Reverse Solange 2.0 (Fn.196).

212 Pál Sonnevend/András Jakab/Lóránt Csink, The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary, in: Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford: Hart 2016, 33–109.

213 Zu diesem Bild Kim L. Scheppele, Escaping Orbán's Constitutional Prison, *VerfBlog* (21.12.2021).

214 So etwa Andrew Arato/Gábor Halmai, So that the Name Hungarian Regain its Dignity: Strategy for the Making of a New Constitution, *VerfBlog* (2.7.2021). Zu den einzelnen Reformoptionen Beáta Bakó, Governing Without Being in Power? Controversial Promises for a New Transition to the Rule of Law in Hungary, *ZaöRV* 82 (2022), 223–254 (236 ff.).

mit den Unionswerten wiederherstellen kann. Vorrang und unmittelbare Wirkung des Unionsrechts bedeuten, dass Verfassungsbestimmungen und Kardinalgesetze, die gegen die Unionswerte verstoßen, nicht angewendet werden dürfen. Ein Beispiel bietet die Änderung des ungarischen Wahlrechts durch das Kardinalgesetz CLXVII, das die Regierungsmehrheit im Schnellverfahren ohne öffentliche Konsultation während eines Ausnahmezustands verabschiedet hat. Darin liegt ein Wertverstoß, denn Art. 2 EUV verlangt „transparente, rechenschaftspflichtige, demokratische und pluralistische Gesetzgebungsverfahren“.²¹⁵ Die Venedig-Kommission und die OSZE haben festgestellt, dass die Änderungen diese Vorgaben nicht erfüllen und das Gesetz faire Wahlen behindert.²¹⁶

Mitgliedstaatliche Regierungen müssen nationales Recht, das gegen Unionsrecht verstößt, ändern oder unangewendet lassen. Dies erfasst selbst Bestimmungen von Verfassungsrang.²¹⁷ Der unionsrechtliche Vorrang verlangt von *allen* mitgliedstaatlichen Hoheitsträgern, dass sie dem Unionsrecht volle Geltung verschaffen.²¹⁸ Damit kann schon heute eine gründliche dogmatische Analyse der ungarischen Rechtsordnung im Lichte der rahmenrechtlichen Dimensionen (IV.2.) des Art. 2 EUV die demokratische Transition des Landes vorbereiten.

Eine neue ungarische Regierung kann dann erklären, solche Normen nicht mehr anzuwenden. Zur Absicherung könnte sie europäische Institutionen einbeziehen, etwa ein Gutachten der Venedig-Kommission einholen. Zwar kann die Venedig-Kommission keinen Verstoß gegen Art. 2 EUV feststellen, wohl aber einen Verstoß gegen die Werte der Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte und Demokratie (Art. 1 ihrer Satzung).²¹⁹ Derartige Ermittlungen sind bei der Auslegung des Art. 2 EUV von Bedeutung,²²⁰ da die Werte der Union sich unter Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten (siehe oben IV.1.) bestimmen. Gutachten

215 So Art. 2 lit. a der Verordnung 2020/2092.

216 Venedig-Kommission und OSZE/ODIHR, Hungary – Joint Opinion on amendments to electoral legislation, No. 1040/2021.

217 EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, EU:C:1970:114 – *Internationale Handelsgesellschaft*.

218 EuGH, Urteil v. 4.12.2018, Rs. C-378/17, EU:C:2018:979 – *Garda Síochána*; Urteil v. 29.4.1999, Rs. C-224/97, EU:C:1999:212, Rn. 30 – *Ciola*; Urteil v. 22.6.1989, Rs. 103/88, EU:C:1989:256, Rn. 32 – *Fratelli Costanzo*.

219 Christoph Grabenwarter, Die Herausbildung europäischer Verfassungsstandards in der Venedig-Kommission, JöR 66 (2018), 21–41.

220 Schlussanträge GA Bobek v. 23.9.2020, verb. Rs. C-83/19 u.a., EU:C:2020:746, Rn. 170 – *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“* u.a.

der Venedig-Kommission spielen eine wichtige Rolle, wenn es darum geht, diese Traditionen zu identifizieren. Damit können sie eine entsprechende Operationalisierung von Art. 2 EUV in einem demokratischen Transitionsprozess rechtlich wie politisch stützen.

Das alles sind weitgehende Vorschläge. Ob man Art. 2 EUV in diesem Sinne in einer Transition nutzen möchte, müssen die dafür legitimierten Stellen entscheiden. Uns geht es darum, das volle Potenzial des Art. 2 EUV zu zeigen, wenn man ihn mit konsolidierten Dogmatiken auf diese Konstellationen zur Anwendung bringt. Diese Potenziale auszuloten ist eine rechtswissenschaftliche Kernaufgabe, in allem Bewusstsein ihrer epistemischen und legitimatorischen Grenzen.

Die Daseinsberechtigung der Union

*Ferdinand Weber**

I. Politische Sinnstiftung durch Ziele	179
II. Ziele im Unionsverfassungsrecht	182
1. Vorgeschichte: Begrenzte Ziele im offenen Vertragsdesign	182
2. Distinktion. Von völkerrechtlicher Zielbestückung zu unionsverfassungsrechtlicher Zielsetzung	186
3. Entstehung. Absatz 1 im politischen Rechtserzeugungsprozess	190
4. Stellung im geltenden Unionsverfassungsrecht	193
III. Verfassungstheoretische Perspektiven	194
1. Ressourcen und Elemente einer unionalen Ziel- und Aufgabenlehre	195
2. Gesellschaft ohne Institutionen: Ziele in der société Européenne	201
3. Verfassungstheoretische Deutung von Artikel 3 Absatz 1	208
IV. Dogmatischer Gehalt und Normfunktionen	210
1. Förderung als Ziel: Frieden, Werte, Wohlergehen	210
2. Bedeutungsverschiebungen in Organpraxis und Unionsverfassungsrecht	220
3. Zielkonflikte	230
V. Ziele und Werte: Proprium des Verfassungskerns	231

„Obwohl die Geschichte kein Ziel hat, können wir ihr dennoch unsere Ziele auferlegen. Und obwohl die Geschichte keinen Sinn hat, können doch wir ihr einen Sinn geben.“

– *Karl Popper*¹

I. Politische Sinnstiftung durch Ziele

Die europäische Integration brachte nach 1945 unerwartet dauerhaften Frieden und Wohlstand. Artikel 3 Absatz 1 EUV ist mehr als nur Ausdruck dieses Erfolges. Staaten kommen hier gar nicht mehr vor. Nur die Union ist Adressatin und Subjekt politischer Sinnstiftung. Ihr Ziel „ist es, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern.“ Die globale Verbreitung des Normtyps, bis in stalinistische Diktaturen und islamische

* Alle Vorschriften ohne Bezeichnung sind im Folgenden solche des EUV.

1 Die offene Gesellschaft und ihre Feinde [1945], Bd. II, 8. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2003, 326.

Theokratien, rät aber zu Skepsis.² Wo „alles Gute, Wahre und Schöne angestrebt wird, wird nichts wirklich angestrebt.“³ Frieden kann mit Gewalt erzwungen, Werte durch Oktroyierung „gefördert“, das eigene Wohlergehen zu Lasten Dritter gemehrt werden. Die universelle Notation unterliegt den partikularen Klaviaturen politischer Bedingungen und Motive.

Absatz 1 kommt mit anderen Worten nicht ohne Kontextualisierung aus. Der EuGH entnimmt Artikel 3 die Verwirklichungsdirektiven des Integrationsprozesses, der die Daseinsberechtigung (*raison d'être*) der Union selbst ist.⁴ Das Unionsverfassungsrecht programmiert hier handlungsbezogenen Sinn, während Artikel 2 Subjekte prägt.⁵ Mit diesem, *ihrem* Verfassungskern, der Mitgliedstaaten (Artikel 1), eine europäische Gesellschaft (Artikel 2), Völker im Plural und Bürgerinnen und Bürger gleichermaßen kennt (Artikel 3), stellt sich die Union dem Wettbewerb konkurrierender Gesellschaftsmodelle und Ordnungsideen in der internationalen Gemeinschaft wie illiberalen Schwundformen von Mitgliedstaatlichkeit. Der Verfassungskern könnte als Fundament dieser supranationalen politischen Gemeinschaft sogar Akte der Selbstbehauptung einfordern.⁶

Im Folgenden wird die Norm zunächst entwicklungs- und entstehungsgeschichtlich als Ausdruck eines sich verdichtenden Prozesses erschlossen

-
- 2 Art. 2 f. Verfassung Nordkorea (1972); Art. 3 Nr. 7–9, 12, 14 Verfassung Iran (1979); Art. 1 lit. a) und b) Satzung Europarat; Art. 2 NATO-Vertrag; Art. 4 lit. a) und e) sowie Art. 5 lit. g)–j) OAS-Vertrag; Art. 1, 4, 6 f. ASEAN-Vertrag (1976); Art. 3 lit. c) und f)–i) Constitutive Act of the African Union (2000); Art. 1 Nr. 1–3 UN-Charta; weiterer vergleichender Blick bei *Joris Larik*, *Foreign Policy Objectives in European Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2016, 91 ff.
 - 3 *Ulrich Haltern*, *Europarecht* Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Rn. 1500.
 - 4 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 172 aE – *EMRK-Beitritt II*; für eine solche Bezeichnung der *purposes* in Art. 1 UN-Charta und die Ausrichtung der *principles* aus Art. 2 an ihnen *Andreas Paulus*, in: Bruno Simma u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Vol. 1, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press 2024, Art. 2 Rn. 12 f.
 - 5 *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band; die Existenz identitätsbezogener Normen verneint *Hermann Lübke*, *Identität und Kontingenz*, in: Odo Marquard/Karlheinz Stierle (Hrsg.), *Identität (Poetik und Hermeneutik, Bd. VIII)*, München: Fink 1979, 655 (657); dagegen *Christoph Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin: Suhrkamp 2015, 34 f., 228 f., 401 f.
 - 6 Zur Erklärung Chinas und Russlands „On Certain Aspects of Global Governance in Modern Conditions“ vom März 2021 *Anne Peters*, *Constitutional Theories of International Organisations: Beyond the West*, *Chinese Journal of International Law* 20 (2021), 649 (650–652, 697 f.); zum Innenaspekt *Ferdinand Weber*, *The Pluralism of Values in an Identity-framed Verbund: Federal Belonging in the European Union after the Rule of Law Conditionality Judgments*, *E.L.Rev.* 47 (2022), 514 ff.

(II.). Eine verfassungs- und herrschaftstheoretische Perspektive soll ihre Bedeutung aus einem anderen Blickwinkel unterstreichen (III.). Im Anschluss werden dogmatische Gehalte und die wechselnde Bedeutung von Zielen als Konsequenz dieser zunehmenden konstitutionellen Dichte der Verträge identifiziert (IV.). Das Vorgehen soll zugleich drei verfassungsrechtliche Gehalte von Absatz 1 entfalten: erstens einen Transfer politischer Motive in operatives Unionsverfassungsrecht, der einen bewussten Akt der Verbandsaufwertung markiert, zweitens eine Verantwortungskonzentration auf die Union als komplementäre Gemeinwohlträgerin neben ihren Mitgliedstaaten, drittens eine dogmatische Scharnierfunktion zwischen den gesollten Eigenschaften (Art. 1 und 2) und den vielfältigen Verfassungsaufgaben (Art. 3 Abs. 2–5) der Union.

Diese Normstruktur erzeugt zugleich Probleme. Sie stützt einen Erwartungsüberschuss, obwohl die Handlungsfähigkeit der Union maßgeblich weiter vom Willen ihrer Mitgliedstaaten abhängt. Sie drängt weder zu weiteren Verantwortungstransfers noch kann sie den loyalen Vollzug von Unionspolitiken garantieren. Eine föderale Ordnung, die verschiedene Ebenen demokratischer Legitimation und Normproduktion beheimatet und sich den Wert der Rechtsstaatlichkeit zuschreibt, kann sich nicht auf den Satz *ius ad finem dat ius ad media* berufen.⁷ Das Gefälle zwischen Zieluniversalität und Kompetenzbestand verstärkt die Wahrnehmung politischer Dysfunktionalitäten als Krisen der Union.⁸ Die Zuweisung eines Einheitsbildungsauftrags an eine Ebene oder ein Organ ist aus unionsverfassungsrechtlichen Gründen unplausibel geworden. Das föderale Potenzial braucht politische Aktivierung. Die Normstruktur spiegelt damit eine klassische Verfassungsfunktion: die Ermöglichung politischer Prozesse (V.).

7 Karl-Peter Sommermann, in: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli (Hrsg.), *The Treaty on European Union (TEU), A Commentary*, Berlin: Springer 2013, Art. 3 Rn. 12; Matthias Ruffert, in: Christian Calliess/ders. (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 3 Rn. 12.

8 Etwa Marianne Riddervold u.a. (Hrsg.), *The Palgrave Handbook of EU Crises*, Cham: Palgrave Macmillan 2021.

II. Ziele im Unionsverfassungsrecht

1. Vorgeschichte: Begrenzte Ziele im offenen Vertragsdesign

Die Römischen Verträge markierten 1957 einen Integrationsfortschritt. Sie verließen das Konzept einer eng begrenzten Sektorintegration mit autonom verwaltender Haute Autorité der Montanunion.⁹ Der Wechsel des Vertragsdesigns von einem weitgehend vorgezeichneten *traité de règles* (EGKSV) zu einem zukunftsgerichtet politisch ausfüllbarem *traité cadre* (EWGV)¹⁰ war der Schritt in einen Bewegungsrahmen, der Verfassungscharakter und politische Offenheit verband.¹¹

Zugleich waren die Römischen Verträge, wie der Vertrag von Lissabon, das Überführungsgut eines gescheiterten verfassungspolitischen Einigungsversuchs, der Europäischen Politischen Gemeinschaft (EPG).¹² Sie sollte eine übergreifende Zielnorm erhalten (Art. 2 EPGV),¹³ gegenüber der Artikel 2 EWGV eine klare Begrenzung auf die Wirtschaft bedeutete:

„Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte He-

-
- 9 Zur Streichung des „caractère supranational“ (dt. „überstaatlichen Charakter“, Art. 9 Abs. 6 EGKSV) mit dem Fusionsvertrag *Ferdinand Weber*, Überstaatlichkeit als Kontinuität und Identitätszumutung, JÖR N.F. 66 (2018), 237 (240 Fn. 9 f.).
 - 10 Zur Unterscheidung *Frank Schorkopf*, Robert Krawielickis (1905–1966) Arbeit am Schmelztiegel eines allgemeinen europäischen Rechts, JÖR N.F. 67 (2019), 553 (562); *Anne Boerger/Bill Davies*, Imagining the Course of European Law?, in: *Fernanda Nicola/Bill Davies* (Hrsg.), *EU Law Stories*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, 83 (92–95).
 - 11 Deutlich die Schlussanträge von *Maurice Lagrange*, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:51, 1279 (1289) – *Costa/E.N.E.L.*
 - 12 *Kiran Klaus Patel*, Projekt Europa: Eine kritische Geschichte, München: C.H. Beck 2018, 37; zu den Verhandlungen über die wirtschaftliche Komponente (Gemeinsamer Markt, Art. 82 ff. EPGV) *Richard T. Griffiths*, *Europe's First Constitution*, London: Federal Trust 2000, 131 ff., Entwurf 189 ff., abrufbar unter <https://bit.ly/3VikLCn>.
 - 13 Darin u.a. Menschenrechtsschutz, Schutz gegen Aggression, gemeinsame außenpolitische Koordinierung, wirtschaftliche Entwicklung durch fortschreitenden Ausbau eines gemeinsamen Marktes und eine Anbindung an die Ziele des Europarates und der NATO; die EMRK sollte gesondert inkorporiert werden (Art. 3 und 45 EPGV).

bung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten zu fördern, die in dieser Gemeinschaft zusammengeschlossen sind.“¹⁴

Übergreifende Ziele fanden sich hier nur noch in der Präambel. Sie beherbergten die weiteren Motive des operativ engeren Integrationsprozesses. Der heutige Absatz 1 findet dort, abzüglich der Werte, seine Wurzeln. Aus dieser Perspektive war die EWG ein Mittel zur Erreichung ihr selbst nicht obliegender Ziele. Ihre Gründer beabsichtigten, „durch diesen Zusammenschluß ihrer Wirtschaftskräfte Frieden und Freiheit zu wahren und zu festigen“.¹⁵ Sie war keine „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ (Art. A Abs. 2 EUV-Maastricht), sondern ein Schritt, der erst „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker“ schaffen sollte (erste Präambelerwägung EWGV). Die Begrenzung des Rechts auf die greifbare *solidarité de fait* vermied eine erneute Überfrachtung des Integrationsprogramms.¹⁶

Die EWG stand zudem in einem Umfeld, in dem andere Organisationen für die Trias Frieden–Werte–Wohlstand bedeutender waren.¹⁷ Überlegungen zur Inkorporation der EGKS in den Europarat (Eden-Plan)¹⁸ und

14 Zur Konkretisierung in Art. 3 EWGV *Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel*, EU Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press 2021, Rn. 1.014 und die Systematisierung bei *Hans Peter Ipsen*, Fusionsverfassung Europäische Gemeinschaften, Bad Homburg: Gehlen 1969, 69; Zielnorm (Art. 2 EWGV), Aufgabenspezifikation (Art. 3 EWGV), Wiederholung in den jeweiligen Politikbereichen und Normierung konkreter Befugnisse dort.

15 Achte Präambelerwägung des EWGV.

16 *Hans Peter Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 1972, 1/11: „Die drei Gemeinschaften sind Wirtschaftsgemeinschaften. Ihre Organisation und ihr Recht sind auf die *Wirtschaft* bezogen. Diese Feststellung gilt unabhängig davon, ob das Endziel der Integration die *politische* Vergemeinschaftung ist und ob diese sich im Verlauf wirtschaftlicher Integration mit der Automatik eines zwangsläufigen spill-over-Effekts einstellt, ob sie eines quantitativen Sprungs oder eines politischen Neu-Ansatzes bedarf“, der ein reduziertes Pathos gegenüber der EGKS-Präambel vermerkt und feststellt, dass „Wohlstands-Förderung und -Fortschritt, Freiheit und Friedenssicherung, wie die Vertragspräambeln sie umschreiben, *keine* geeigneten und adäquaten Zielbestimmungen *gerade der Vergemeinschaftung* zum Ausdruck bringen.“ ebd., 54/14–16, Hervorhebungen im Original.

17 Europarat und EMRK für Menschenrechte und Werte als materiell erstes „Stück einer gemeinsamen Verfassung“, *Karl Josef Partsch*, Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention, ZaöRV 15 (1953/54), 631 (633, Zitat), die Westeuropäische Union und die NATO für Krieg und Frieden, *Patel* (Fn. 12), 71–74 und 44–50 m. w. Beispielen; unten, Fn. 154.

18 *Christopher Lord*, „With but not of“: Britain and the Schuman Plan, a Reinterpretation, JEIH 4 (1998), 23 (40): „The Eden Plan was, however, successfully blocked by

die Gegenründung der Europäischen Freihandelsassoziation, treffend als „Verband der Integrationsgeschädigten“¹⁹ betitelt, zeigen, dass es eine Präponderanz zugunsten supranationaler Organisationen nicht gab.²⁰ Stabilität erreichte die EWG erst nach politischem Ringen um ihre Ausrichtung (Fouchet-Pläne), dem Luxemburger Kompromiss, dem Inkrafttreten des Fusionsvertrags, dem Ende der Übergangszeit und dem Gipfeltreffen der Staats- und Regierungschefs in Den Haag 1969.²¹ Der Druck des Kalten Krieges und die westliche Hegemonie der USA wirkten als externer Antrieb engerer Zusammenarbeit.²²

Eine Nachzeichnung des Wegs vom wirtschaftlichen Teil parzellierter Integrationsprozesse zum dichteren Verfassungsprojekt ist hier nicht erforderlich.²³ Die besondere Bedeutung der Vertragsziele war den Beteiligten bewusst. *Pierre Pescatore*, Mitglied der die Römischen Verträge verfassenden *Groupe de rédaction* und von 1967–1985 Richter am EuGH, brachte ihre Rolle mit der Beschreibung auf den Punkt, „whilst not totally lacking in precision, [they] have nonetheless required ever since a continuous effort of creation. This was in large measure a leap into the unknown.“²⁴ Die

Monnet (now installed as President of the High Authority of the ECSC), with the support of the Italian and West German Governments.“

- 19 Ulrich Meyer-Cording, Die europäische Integration als geistiger Entwicklungsprozeß, AVR 10 (1962), 42 (65), Zitat.
- 20 Andrew Moravcsik, The Choice for Europe, London: Routledge 1999, 86 f., 130 f.; Bruno de Witte, The EU as an International Legal Experiment, in: Gráinne de Búrca/ Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), The Worlds of European Constitutionalism, Cambridge: Cambridge University Press 2011, 19 (22 f.).
- 21 Zu den Etappen Frank Schorkopf, Der Europäische Weg, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 18 ff.; Ausbau setzt Aufbau voraus, dazu Hartwig Bülck, Raum und Zeit im Europarecht, AVR 12 (1965), 399 (419 f.).
- 22 Hans Joas, Friedensprojekt Europa?, München: Kösel 2020, 66 f.; Patel (Fn. 12), 89 f.; die Sowjetunion erkannte die EWG nicht als Völkerrechtssubjekt an, vgl. Ipsen (Fn. 16), 54/19: Ausdruck „systemarer Diskrepanz“.
- 23 Dazu Frank Schorkopf, Die Unentschiedene Macht. Verfassungsgeschichte der Europäischen Union 1948–2007, Göttingen: Wallstein 2023; zur Politik ggü. ehemaligen Kolonien exemplarisch Megan Brown, The Seventh Member State, Algeria, France and the European Community, Cambridge: Harvard University Press 2022, 6 ff. und unten, Fn. 181.
- 24 Pierre Pescatore, The Law of Integration, Leiden: Sijthoff 1974, 20; zu Person und Werk Vera Fritz, Activism on and off the Bench: Pierre Pescatore and the Law of Integration, CML Rev. 57 (2020), 475 ff.; Joseph H.H. Weiler, Nemo propheta in patria sua, in: Ulrich Haltern/Andreas Bergmann (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, Tübingen: Mohr Siebeck 2012, 187 (187 f.); für ähnliche Aussagen Walter Hallsteins s. <https://bit.ly/3P4YtG4> (zuletzt aufgerufen am 9.9.2024).

Verwirklichung begrenzter Ziele durch gemeinsames Recht rechtfertigte für *André Donner*, Richter am EuGH von 1958–1979, den funktionalen Vorrang dieses Rechts; Verfassungssemantik unterstreiche das nur.²⁵ Die Vertragsziele waren „leitender Maßstab der Auslegung des Gemeinschaftsrechts“.²⁶ Die Einheitliche Europäische Akte zog dann Schlussfolgerungen aus den „vereinbarten Verfahren und [...] Praktiken, die sich nach und nach zwischen den Mitgliedstaaten herausgebildet haben“.²⁷ Den Vertrag von Maastricht schlossen sie schließlich, um „den mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften eingeleiteten Prozeß der europäischen Integration auf eine neue Stufe zu heben“.²⁸

Die Aufwertung des Integrationsverbandes ist also auf den politischen Willen der Mitgliedstaaten zurückzuführen. Sie waren es, die Zielvorstellungen aus Präambeln in operatives Recht transferierten. Die keineswegs unmittelbar konsentierten Rechtsprechung des EuGH und die Rolle der Rechtswissenschaft entziehen sich einfachen Kausalitätszuordnungen.²⁹ Absatz 1 bildet die Entwicklung auch aufgrund des Scheiterns des Verfassungsvertrags recht spät ab.³⁰ Nachziehende Normierung ist indes ein Charakteristikum des Integrationsprozesses. Das zeigt die Einrichtung des Europäischen Rates,³¹ die Vertragsänderungen präformierende Erschließung neuer Politikfelder im Sekundärrecht (unten, IV.2.b), die Schaffung

25 *André M. Donner*, *The Role of the Lawyer in the European Communities*, Evanston: Northwestern University Press 1966, 20 f.; *ders.*, *The Constitutional Powers of the Court of Justice of the European Communities*, CML Rev. 11 (1974), 127 (129 f.); *Donner* war von 1958–1964 Präsident des EuGH.

26 *Ipsen* (Fn. 16), 5/72.

27 Art. 1 Abs. 3 EEA, ABl. 1987 L 169/1.

28 Erste Präambelerwägung des Vertrags über die Europäische Union, ABl. 1992 C 224/2.

29 *Jürgen Bast/Arun Thiruvengadam*, *Origins and Pathways of Constitutionalism*, in: *Philipp Dann/Arun Thiruvengadam* (Hrsg.), *Democratic Constitutionalism in India and the European Union: Comparing the Law of Democracy in Continental Politics*, Celenham: Edward Elgar 2021, 75 (93); *Renaud Dehousse*, *The European Court of Justice, The Politics of Judicial Integration*, New York: St. Martin's Press 1998, 70–96.

30 Zur Entstehungsgeschichte der identischen Vorläufernorm unten, II.3.

31 *Monnet* hoffte auf eine provisorische europäische Regierung, *Gerhard Brunn*, *Die Europäische Einigung von 1945 bis heute*, 4. Aufl., Ditzingen: Reclam 2017, 199; einordnend *Emmanuel Mourlon-Druol/Frederico Romero*, *Analysing the Rise of Regular Summits*, in: *dies.* (Hrsg.), *International Summits and Global Governance. The Rise of the G7 and the European Council, 1974–1991*, London: Routledge 2014, 1.

der Grundrechtecharta und das Vorhaben des Verfassungsvertrags selbst.³² Auch in der Entwicklung der Vertragszielnormen spiegelt sich die Verdichtung des Integrationsprozesses.

2. Distinktion. Von völkerrechtlicher Zielbestückung zu unionsverfassungsrechtlicher Zielsetzung

Normen, die Elemente des heutigen Absatz 1 enthielten, verteilten sich nach Gründung der Union auf Präambeln und Artikel des EGV und EUV.³³ Die Vielfalt entzog sich Systematisierungen.³⁴ Die Verbandsaufwertung war mit dem Bekenntnis zu demokratischen Grundsätzen und Menschenrechten (Art. F Abs. 1 und 2 EUV-Maastricht) zwar offensichtlich.³⁵ Der Status der intergouvernementalen Union blieb aber uneindeutig, der Gesamtverband in seinen Handlungsformen bis zu ihrer Justiziabilität gespalten.³⁶ Das regte Interpretationen an, ohne Klarheit zu schaffen.³⁷

32 Zu letzterem *Christian Calliess*, Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 187 (206).

33 Art. B EUV-, Art. 2 EGV-Maastricht, ABL 1992 C 224/2; Art. 2 EUV-, Art. 2 EGV-Amsterdam, ABL 1997 C 152/149, und Art. 2 EUV-, Art. 2 EGV-Nizza, ABL 2002 C 325/7.

34 Zur Fragmentierung *Markus Kotzur*, Die Ziele der Union: Verfassungsidentität und Gemeinschaftsidee, DÖV 2005, 313 (314); *Werner Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, Tübingen: Mohr Siebeck 2002, 155; *Joachim Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente im deutschen und europäischen Staats- und Verfassungsrecht, Berlin: Duncker & Humblot 2008, 568; *Jörg Philipp Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 Rn. 1 f. (82. EL Mai 2024): „Kaskadenprinzip“ über Präambeln, allgemeine Ziele bzw. Aufgaben hin zu speziellen Zielen.

35 *Armin von Bogdandy*, Die Europäische Union als supranationale Föderation, integration 1999, 95 (108): Die EU zielt nicht mehr auf funktionale Teilintegration, sondern weist „Elemente einer kollektiven Ordnung auf, auf die der EWG-Vertrag vor dem Hintergrund des Scheiterns der EPG verzichtete.“

36 *Dominic McGoldrick*, The International Legal Personality of the European Community and the European Union, in: Michael Dougan/Samantha Currie (Hrsg.), 50 Years of the European Treaties, Oregon: Hart 2009, 181 (197); für einen grundrechts-sensiblen Bereich *Ferdinand Weber*, Anwendungsgrenzen, Behördenkooperation und Ermessensausübung des Rates im Rahmen der europäischen Terrorismusbekämpfung, EuR 2015, 206 (208).

37 Für die Völkerrechtssubjektivität der damaligen EU *Armin von Bogdandy*/*Martin Nettesheim*, Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union, NJW 1995, 2324 (2327 f.); zur Bürgerschaft *Ferdinand Weber*, Die Unionsbürgerschaft als Status, in: Ferdinand Wollenschläger (Hrsg.), *Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht*, EnzEuR Bd. 10, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2021, § 3 Rn. 14 ff., Rn. 22 Fn. 86.

In den wachsenden Zielen und zunehmenden Aufgaben schimmert die klassische Bestückung internationaler Organisationen durch, die zunehmen kann, aber nicht muss.³⁸ Im Völkerrecht wird das mit dem *principle of specialty* auf eine Formel gebracht, die den Ableitungszusammenhang gleich mittransportiert.³⁹ Auch der EuGH verband Vertragsziele eng mit Existenz und Sinn der Gemeinschaft, ungeachtet der Emanzipation vom Völkerrecht.⁴⁰ Eine *supranational specialty* ist aber etwas anderes als ein komplementärer überstaatlicher Gemeinwohlverband.

Ein Blick auf staatliches Recht unterstreicht den Kontrast. Allzuständigkeit macht Zielnormierungen konzeptionell entbehrlich.⁴¹ Ziele sind direkt „in Kompetenzgewährungen eingekleidet“, die sich Staaten geben, der Union (wie ihre Ziele) dagegen nehmen können, Art. 48 Abs. 2 S. 2.⁴² Das bedeutet nicht, dass staatliches Verfassungsrecht auf Normen mit programmatischen Anteilen verzichtet.⁴³ Gerade aus föderalen Verbindungen her-

38 Franz Reimer, Ziele und Zuständigkeiten. Die Funktionen der Unionszielbestimmung, EuR 2003, 992 (997): überquellender Bauchladen von Zielen; zur völkerrechtlichen Perspektive Joris Larik, From Specialty to a Constitutional Sense of Purpose: On the Changing Role of the Objectives of the European Union, ICLQ 63 (2014), 935 (939 f., 942–944).

39 IGH, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 16 Rn. 25: „The Court need hardly point out that international organizations are subjects of international law which do not, unlike States, possess a general competence. International organizations are governed by the ‚principle of specialty‘, that is to say, they are invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those States entrust to them.“

40 Zu Art. 2 EWGV EuGH, Urt. v. 29.9.1987, Rs. 126/86, ECLI:EU:C:1987:395, Rn. 10 – *Zaera*: „The aims laid down in that provision are concerned with the existence and functioning of the Community; they are to be achieved through the establishment of the common market and the progressive approximation of the economic policies of Member States, which are also aims whose implementation is the essential object of the Treaty.“

41 Manfred Zuleeg, Die Vorzüge der Europäischen Verfassung, Der Staat 41 (2002), 359 (364): Seltenheit.

42 Ulrich Scheuner, Staatszielbestimmungen, in: Roman Schnur (Hrsg.), FS Forsthoff, München: C.H. Beck 1972, 325 (337), Zitat; Josef Isensee, Staatsaufgaben, in: ders./Paul Kirchhof, HStR Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2006, § 73 Rn. 42; *Federico Sorrentino*, The Purpose of the European Union According to the Constitutional Treaty, in: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli (Hrsg.), *Governing Europe Under a Constitution*, Berlin: Springer 2006, 123 (123).

43 Für das Grundgesetz in explizite und implizite Zielbestimmungen unterteilend Isensee (Fn. 42), Rn. 37–41.

vorgegangene Staaten tun dies.⁴⁴ Eine Artikel 3 vergleichbare Norm ist aber ungewöhnlich.

Die Seitenblicke ermöglichen eine differenzierte Einordnung von Absatz 1. Mit dem Vertrag von Lissabon erhielt die Union eine einheitliche Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Abs. 3 S. 3) und löste die überladenen Ziel- und Aufgabenkataloge auf, um sie in Artikel 3 zu konzentrieren. Dieser strukturelle Zug vom Additiven zum Prinzipiellen entfernt das Zielverfassungsrecht erstmals deutlicher von tradierten völkerrechtlichen Strukturen.⁴⁵ Die juristische Debatte ließ sich schon zuvor nicht von der wirtschaftlichen Ausrichtung aufhalten. Der größere Subtext war stets präsent.⁴⁶ Man beschäftigte sich mit impliziten Vertragszielen, weil man im EWG-Vertrag nur „einseitig ökonomisch[e]“ vorfand.⁴⁷ Die Bedeutung erweiterter Zielauslegung unterstreicht eine Praxisbeobachtung. Seit 1979 sind ansteigende Verweise des Rates auf Art. 2 EWGV in Sekundärrechtsakten zur sozialen Sicherheit nachweisbar.⁴⁸ Die Debatte um implizite Vertragsziele wurde schließlich nicht zufällig mit Inkrafttreten von Absatz 1 für erledigt erklärt.⁴⁹ Übergreifende Ziele bringen interpretatorische Entlastung.

Dem Aufwertungsakt der Union zum „sophisticated political system“ steht jedoch ein ebenso gewichtiges konstitutionelles *caveat* gegenüber: die Betonung der vertikalen Kompetenzarchitektur.⁵⁰ Sie hat zugenommen. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2) wird mehrfach in den Grundlagennormen des Unionsverfassungsrechts

44 Artikel 2 der Schweizerischen Bundesverfassung umschreibt den „Zweck“ der Eidgenossenschaft mit Artikel 3 ähnlichen Formulierungen („schützt“, „wahrt“, „fördert“, „sorgt“, „setzt sich ein“); die Kommentarliteratur verweist bezeichnenderweise darauf, dass die Eidgenossenschaft einer Rechtfertigung „heute jedoch nicht mehr“ bedürfe und mehrere neuere Kantonsverfassungen auf Zwecknormen verzichten, *Bernhard Ehrenzeller*, in: ders. u.a., *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zürich: Schulthess 2002, Art. 2 BV Rn. 1 f.

45 Ähnliche Einordnung bei *Larik* (Fn. 38), 938, 949 f.

46 Deutlich etwa *Hans von der Groeben*, Vorwort, in: ders./Hans von Boeckh (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Vertrag* Bd. I, Baden-Baden: Nomos 1958, XXX.

47 *Armin von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 2 EGV Rn. 57 (15. EL Januar 2000), Zitat; *Rudolf Streinz* in: ders. (Hrsg.), *EUV/EGV*, München: C.H. Beck 2003, Art. 2 EGV Rn. 5.

48 *Peter Herzog*, in: Hans Smit/ders., *The Law of the European Economic Community, A Commentary*, Vol. 1, New York: Bender 1993, Art. 2 Rn. 2.02. mwN.

49 *Ruffert* (Fn. 7), Art. 3 Rn. 6 a.E.

50 Zitat von *Sommerrmann* (Fn. 7), Art. 3 Rn. 2: The „wide range of objectives set out in Art. 3 TEU shows that the EU has meanwhile been transformed, in sociological terms, into a sophisticated political system, although still with limited competences.“

wiederholt. Artikel 3 Absatz 6 unterstreicht diesen Aspekt systematisch gesondert.⁵¹ Das ist für einen verfassungsrechtlichen Ansatz als Textbefund von Bedeutung. Es handelt sich um eine Abkehr vom ursprünglich offeneren Vertragsdesign. Der Integrationsschritt von Maastricht fiel neben an den EuGH gerichteten Grenzziehungen nicht zufällig mit der erstmaligen Einfügung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung zusammen (Art. 3b EGV-Maastricht). Der Vertrag von Lissabon verband weitere Hoheitsrechtsübertragungen mit unionsverfassungsrechtlichen Einhegungen der transformativen Anlage (Art. 1 Abs. 2 EUV), etwa durch die Auflösung der normativen Selbständigkeit der Ziele in Artikel 5 Absatz 2 EUV.⁵² Die Betonung wird auch im Kohärenzgebot (Art. 7 AEUV) sichtbar⁵³ und wiederholt sich an einer weiteren zentralen Schaltstelle des föderalen Verfassungsverhältnisses (unten, IV.2.b).

Das spannungsreiche Gefälle zwischen Zielweite und Kompetenzgrenzen spiegelt sich im Widerstreit der Maßstabsfunktion des Unionsverfassungsrechts für Handlungen seiner Organe und ihrem politischem Handlungswillen in Krisenzeiten. Das zeigen exemplarisch die Krisenbewältigungsmechanismen zur COVID-19-Pandemie und die sogenannte Rechtsstaatskonditionalität. Der politisch mit den Mechanismen verbundene Eigenmittelbeschluss richtet sich nach Art. 311 AEUV. Absatz 1 lautet: „Die Union stattet sich mit den erforderlichen Mitteln aus, um ihre Ziele erreichen und ihre Politik durchführen zu können.“⁵⁴ Hier liegt keine dynamische Kompetenzverschaffungsklausel, die mit sich ändernden Zielen wächst. Die wissenschaftliche Debatte zeigt aber, wie weit ein formier-

51 *Larik* (Fn. 38), 955; *Marcus Klamert*, in: Manuel Kellerbauer u.a. (Hrsg.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford: Oxford University Press 2019, Art. 3 TEU para. 17; s. auch Art. 4 Abs. 1, 13 Abs. 2 EUV, Art. 7 AEUV.

52 Dazu mwN *Ferdinand Weber*, *Europäisierung von Innen?*, AöR 147 (2022), 361 (396–405); siehe auch *Martin Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/ders., *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 1 EUV Rn. 10 (79. EL Mai 2023); zum Weg von Präambelteilen ins operative Recht *Sigrid Boysen*, *Das geeinte Europa der „ever closer union“ und ein neues Narrativ differenzierter Integration?*, in: Claudio Franzius u.a. (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas*, Baden-Baden: Nomos 2019, 147 (153–156).

53 Zum Zusammenhang mit Artikel 3 Absatz 6 *Frank Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 7 AEUV Rn. 4, 7, 17 f. (68. EL Oktober 2019).

54 Auf die Norm Bezug nimmt Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates vom 14. Dezember 2020 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, Euratom, ABl. 2020 L 424/1.

ter politischer Handlungswille in den Grenzbereich zwischen Zielen und Handlungsbefugnis vorstoßen kann.⁵⁵ Die Rechtsstaatskonditionalität ist damit verbunden und als Werteförderungsmaßnahme unter Absatz 1 subsumierbar. Ihre Kompetenzgrundlage ist aufgrund der Organverantwortlichkeiten jedoch diskussionswürdig.⁵⁶

3. Entstehung. Absatz 1 im politischen Rechtserzeugungsprozess

Absatz 1 ist ein Produkt des Europäischen Konvents. Seine Entstehungsgeschichte spiegelt das Schwanken der Union zwischen besonderem Integrationsverband und potenziell-operativer Bundesstaatlichkeit.⁵⁷ Zu der als Artikel I-3 VVE verhandelten Norm gingen mehr Änderungsvorschläge ein als zu Artikel 1 und 2 zusammen, was die tradierte Bedeutung der Ziele unterstreicht.⁵⁸

In der Debatte um eine Neugliederung der Kompetenzstruktur wurde die Fassung der Ziele früh als klärungsbedürftig bezeichnet.⁵⁹ Der Vorentwurf des Verfassungsvertrags aus dem Konventspräsidium vom Oktober 2002 ließ die Norm noch nicht erkennen. Im Entwurf der Artikel 1 bis 16 vom Februar 2003 erschien sie dann bereits in ihrer fast endgültigen Form.⁶⁰ Die entstehungsgeschichtlichen Spuren führen hinter verschlossene Türen. Eine Äußerung aus der Zwischenzeit deutet darauf hin, dass

55 Zu einer kompetenzbegründenden Lesart BVerfGE 123, 267 (393) – *Lissabon*; E 164, 193 (297 Rn. 160) – *ERatG* – *NGEU*; zur Debatte *Martin Nettesheim*, „Next Generation EU“: Die Transformation der EU-Finanzverfassung, AöR 145 (2020), 381 (426 ff.); *Hanno Kube/Frank Schorkopf*, Strukturveränderung der Wirtschafts- und Währungsunion, NJW 2021, 1650 (1654 Rn. 25 ff.); *Päivi Leino-Sandberg/Matthias Ruffert*, Next Generation EU and its Constitutional Ramifications: A Critical Assessment, CML Rev. 59 (2022), 433 ff.; *Matthias Goldmann*, Langfristige Bindungen, NVwZ 2023, 791 ff.

56 *Marco Fisicaro*, Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values, European Papers 4 (2019), 695 (712 aE); *Weber* (Fn. 6), 521 f.

57 Lesenswert *Stefan Oeter*, Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme, ZaöRV 75 (2015), 733 (747–752).

58 *Schwind* (Fn. 34), 318 zählt über 140 Änderungsanträge zum gesamten Artikel 3.

59 Plenartagung vom 23./24.5.2002, CONV 60/02, 4.

60 CONV 369/02, 8 einerseits, CONV 528/03, 2 andererseits; zuvor CONV 250/02, 14 und zur Entwicklung dieser Texte *Peter Norman*, The Accidental Constitution, The Making of Europe's Constitutional Treaty, Second Edition, Brussels: EuroComment, 2005, 54 f., 157.

Absatz 1 direkt aus dem Präsidium stammt.⁶¹ Zwischen Artikel 2 und 3 bestand ein enger Beratungszusammenhang – mit Schwierigkeiten, diskutierte Ideen klar als Ziele oder Werte einzustufen.⁶² Zu Absatz 1 fällt auf, dass mehrfach eine Streichung wegen Überflüssigkeit aufgrund der Werteklausel angeregt wurde, andererseits mit Blick auf den EuGH der Vorschlag aufkam, Deckungsgleichheit zwischen Ziel- und Kompetenzausstattung herzustellen.⁶³ Beides setzte sich nicht durch. Die eigenständige Bedeutung der Norm erläuterte das Präsidium im Rahmen der Entwurfsvorstellung.⁶⁴

Inhaltlich wurde mehrfach die Ersetzung von „ihrer Völker“ durch Bürgerinnen und Bürger vorgeschlagen.⁶⁵ Es ist bezeichnend, dass Gedanken-

-
- 61 Bericht über die Mitteilung des Vorsitzenden *Giscard d'Estaing*, Synthesebericht über die Plenartagung von 7./8.11.2002, CONV 400/02, 4: „das Präsidium werde auf der Plenartagung im Januar oder Februar seine Überlegungen zum Inhalt der Artikel über die Werte und Ziele der Union vorstellen, die in den ersten Titeln des Verfassungsvertrages ihren Platz finden sollen.“; bestätigend Mitglied des Plenums *Joachim Wuermeling*, Ein Werkstattbericht aus dem Verfassungskonvent – Impulse für die Konferenz zur Zukunft Europas, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 125, 2020, 17, und Mitglied des Präsidiums *Klaus Hänsch*, Der Konvent – unkonventionell, integration 2003, 331 (332): „Die Formulierung des Verfassungstextes sollte nicht, wie hier und da gefordert, einem aus dem Konvent gewählten ‚Redaktionskomitee‘ übertragen, sondern allein vom Präsidium auf der Grundlage von Entwürfen aus dem Generalsekretariat vorgenommen werden.“
- 62 Aussprache über den Bericht der Gruppe XI „Soziales Europa“ vom 6./7.2.2003, CONV 548/03, 2; der stellvertretende Vorsitzende des Präsidiums *Jean-Luc Dehaene* äußerte in einer Aussprache im Plenum zu einem Entwurf von Artikel 2 Satz 2, er beschreibe mehr Ziele als Werte und müsse inhaltlich entweder in die Präambel oder Artikel 3 überführt werden (CONV 674/03, 5), was zu einer Änderung führte (CONV 724/03, Anlage 2, 50); zum Sammelsurium ironisch *Franz Reimer*, Wertegemeinschaft durch Wertenormierung? Die Grundwerteklausel im europäischen Verfassungsvertrag, ZG 2003, 208 (213): „Aus der Schatztruhe abendländischer Preziosen fehlen – soweit ersichtlich – noch Arbeit, Tierschutz und Sport.“
- 63 Zusammenfassend Kurzbericht über die zusätzliche Plenartagung vom 26.3.2003, CONV 674/03, 7.
- 64 Vermerk des Präsidiums für den Konvent, CONV 528/03 v. 6.2.2003, 12: „Freilich ist auf den fundamentalen Unterschied zwischen diesem Artikel und Artikel 2 hinzuweisen. Während in Artikel 2 die grundlegenden Werte verankert sind, die ausschlaggebend dafür sind, dass sich die europäischen Völker ein und derselben „Union“ zugehörig fühlen, werden in Artikel 3 die Hauptziele genannt, die es rechtfertigen, dass die Union gegründet wird, um bestimmte Zuständigkeiten gemeinsam auf europäischer Ebene wahrzunehmen.“; vgl. auch *Alain Pilette/Etienne de Poncins*, Valeurs, Objectifs et Nature de l'Union, in: Amato/Bribosia/de Witte (Hrsg.), *Genèse et Destinée de la Constitution Européenne*, Bruxelles: Bruylant 2007, 287 (302 f.).
- 65 CONV 601/03, 3; CONV 574/1/03 REV 1, 24–26; CONV 674/03, 2; CONV 779/03, 4; exemplarisch der Änderungsantrag von *Peter Altmaier* und *Joachim Wuermeling*, mit

gänge des Präsidiums auch hierzu nicht ermittelbar sind. Für identische Vorschläge zu Artikel 1 Absatz 2 existiert die Notiz, Präsident *Giscard d'Estaing* habe „auf den Bedeutungsunterschied dieser beiden Begriffe“ hingewiesen.⁶⁶ Hier wird die faktische Gestaltungsmacht des Präsidiums sichtbar. Sie bestand aus einer umfassenden Geschäftsordnungsautonomie, der Erstellung von Vorentwürfen und ihrem Schutz, indem die Feststellung eines Konsenses in Plenardebatten durch das Präsidium recht frei gehandhabt wurde, was mit Recht nicht ohne Kritik blieb.⁶⁷ Die Selbstdarstellung ist natürlich eine andere.⁶⁸ Das Gremium wollte mehr leisten als eine Regierungskonferenz. Angesichts der noch breiteren Zusammensetzung des Konvents agierte es deshalb nicht nur als zentrale Steuereinheit des Rechtserzeugungsprozesses,⁶⁹ sondern schirmte sich als konstitutionsproduzierender Nukleus ab. Die Formel „quietness and wisdom“⁷⁰ bringt das

der Eingabe zur Zeile ‚Explanation (if any)‘: „Erklärt sich von selbst.“; für ähnliche Fragen zu Art. 10 Abs. 2 EUV, wonach das Europäische Parlament sich aus „Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“ zusammensetzt, nicht mehr aus „Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ (Art. 189 EGV-Nizza) Weber (Fn. 37), Rn. 71 f.

66 Kurzbericht über die Plenartagung v. 27./28.3.2003, CONV 601/03, 3.

67 Franz C. Mayer, Macht und Gegenmacht in der Europäischen Verfassung: Zur Arbeit des europäischen Verfassungskonvents, ZaöRV 63 (2003), 59 (65); George Tsebelis/Sven-Oliver Proksch, The Art of Political Manipulation in the European Convention, JCMS 45 (2007), 157 (159 f.); Haltern (Fn. 3), Bd. I, Rn. 194; Florian Meinel, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 80.

68 Valéry Giscard d'Estaing, Foreword, in: Blanke/Mangiameli (Fn. 42), VIII: „No-one could hide behind the closed doors of an intergovernmental conference, as had previously been the case.“

69 Plastisch aus Teilnehmersicht Wuermeling (Fn. 61), 8 f., 12–22, 31 ff.; ders., Auf ein Neues? Erfolgsfaktoren für die Konferenz zur Zukunft Europas, integration 2021, 150 (154 f.).

70 Valéry Giscard d'Estaing, The Convention and the Future of Europe: Issues and Goals, I-CON 1 (2003), 346 (347, 350 f.): „There were reasons for choosing to proceed through a convention. There was a general belief among heads of state and government that a new intergovernmental conference would produce few results because of the frustrating nature of the last meeting in Nice. In Nice, the discussion became once again a national rather than a European debate. [...] When we created the European Council in 1974, with the help of Helmut Schmidt and others, it was a sort of Confucian institution. I have some inclination for that approach, which is to look for some quietness and wisdom so as not to take decisions in turmoil. The European Council was supposed to have an intimate atmosphere for debate. There were only nine in the room at the first meeting of the European Council. We simply sat together when some experts or so-called experts wanted to intrude. ... It is impossible for fifteen people working together to agree on twenty pages of a decision in half a

Vorgehen auf den Punkt. Politische Deliberationssemantik und Normformulierung fallen, wie so oft bei Verfassungsgebungsprozessen, auch hier auseinander.⁷¹

Während Artikel 3 in den Folgeabsätzen Bürgerinnen und Bürger (Abs. 2 und 5) und die Mitgliedstaaten (Abs. 3 UAbs. 3) nennt, werden offenbar bewusst nur in Absatz 1 die Völker der Mitgliedstaaten als „ihre Völker“ (der Union) angesprochen. Einer Gleichsetzung mit den Mitgliedstaaten widerspricht die norminterne Differenzierung ebenso wie die Gleichsetzung von Mitgliedstaat und Regierung an anderer Stelle.⁷² Die Völker sind hier als klassische Ansprechpartner von Verfassungstexten⁷³ Adressaten verrechtlichter Herrschaftszwecke (unten, III.3.). Die Regierungskonferenz von Rom übernahm Art. I-3 Abs. 1 VVE im Jahr 2003/04 ohne inhaltliche Änderungen. Der unter deutscher Ratspräsidentschaft tagende Europäische Rat in Brüssel, der im Juni 2007 die Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon einberief, tat dasselbe.⁷⁴

4. Stellung im geltenden Unionsverfassungsrecht

Absatz 1 spricht die Union im Verfassungskern erstmals als handelndes Subjekt an. In Artikel 1 Absatz 1 ist zuvor von gemeinsamen Zielen der Mitgliedstaaten die Rede (engl.: objectives they have in common), deren Verwirklichung Gründungsanlass der Union ist.⁷⁵ Wortlaut und Systematik von Artikel 3 Absatz 1 stützen den Eindruck, dass hier eine besondere Zuschreibung erfolgt. Im deutschen Text verloren gegangen, verdeutlichen die englische und französische Fassung das durch die nur hier erfolgende, singulär bleibende Wortwahl *aim/but* („The Union’s aim is .../„L’Union

day. This is nonsense and means that the old system has degenerated.“; anhand des Arbeitsbeginns des Präsidiums bestätigend *Hänsch* (Fn. 61), 331.

71 Vgl. *Andras Jakab*, *European Constitutional Language*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, 157–159; zur „constitutional moment“-Rhetorik *Georg Nolte*, *Verfassungsvertrag für Europa*, in: Okko Behrends/Christian Starck (Hrsg.), *Gesetz und Vertrag I*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2004, 151 (153).

72 So aber bezgl. Art. 1 Abs. 2 EUV-Nizza *Calliess* (Fn. 32), 205; dagegen sprach schon die Normstruktur des Art. 1 EUV-Nizza, Abs. 1: Hohe Vertragsparteien, Abs. 2: Völker Europas; Abs. 3: Beziehungen „zwischen den Mitgliedstaaten sowie [!] zwischen ihren Völkern“; zur Differenz von Mitgliedstaat und Regierung unten, Fn. 231.

73 Dazu *Möllers*, in diesem Band, III.1.

74 Europäischer Rat (Brüssel) vom 21/22.6.2007, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Mandat für die Regierungskonferenz, Doc. 11177/1/07 REV 1, 24 Ziff. 3.

75 Einordnend *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, II. und III.1.

a pour but ...“). In den übrigen Teilen der Verträge ist nur von *objectives/objectifs* die Rede.⁷⁶ Die in Absatz 1 erfolgte Differenzsetzung begründet so einen semantischen Selbststand gegenüber den spezifischen Aufgaben der Absätze 2–5 und den sie konkretisierenden Unionspolitiken in den übrigen Teilen der Verträge.

Das macht in systematischer Hinsicht die Identifikation *eines* Verfassungsziels in Absatz 1 als übergreifenden Handlungsappell gegenüber konkreten Verfassungsaufgaben plausibel.⁷⁷ Absatz 1 kommt ohne konkretes Gegenüber im Sinne ausdifferenzierter Politikbereiche im Primärrecht aus. Die Norm steht für sich. Sie programmiert die Grundausrichtung des ganzen Verbandes. Damit vermittelt sie zwischen den Grundlegungen in Artikel 1 und 2 und den konkreten Aufgaben in Absatz 2–5. Letztere tragen *jeweils* zur übergreifenden Zielförderung bei. Aus diesem Grund ist Absatz 1 im übrigen Unionsverfassungsrecht und den Politikbereichen auch kein eigenständiger Bezugspunkt.

III. Verfassungstheoretische Perspektiven

Über einen verfassungstheoretischen Zugang lässt sich die Bedeutung von Absatz 1 jenseits seiner Entstehungs- und Anwendungskontexte ergründen.⁷⁸ Hierfür an staatsrechtliche Bestände anzuknüpfen liegt aufgrund

76 Ich danke *Jürgen Bast* für diesen wichtigen Hinweis; vgl. die engl. und frz. Fassungen von Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 6, 4 Abs. 3 UAbs. 3, 5 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 UAbs. 1 und Abs. 4 UAbs. 1, 13 Abs. 1 und 2, 20 Abs. 1 UAbs. 2, 22 Abs. 1 EUV und Art. 7, 120, 216 Abs. 1, 329 Abs. 1 und 352 Abs. 1 AEUV gegenüber Art. 3 Abs. 1 EUV – in der dt. Fassung ist dagegen in Absatz 1 von „Ziel“, in den übrigen Normen von Ziele(n) die Rede; zu aim Longman, Dictionary of Contemporary English, Berlin/München: Langenscheidt 1987, 20 f.: „the desired result of one’s efforts, intention or purpose“, für objective ebd., 713: „an aim, esp. one that must be worked towards over a long period“.

77 Die Differenzierung in Anlehnung an *Reimer* (Fn. 38), 995; Achtungsgebote im Rahmen von Verfassungsaufgaben werden in Art. 8–17 AEUV formuliert, mit teilweisen Überschneidungen und (dadurch) systemischen Inkonsistenzen.

78 Für versch. Zugänge s. *Lucas Hartmann*, Kodifikation des Europäischen Verwaltungsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 27 f. mwN; *Martin Morlok*, Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Verfassungstheorie, in: Roland Lhotta (Hrsg.), Deutsche und europäische Verfassungsgeschichte: Sozial- und rechtswissenschaftliche Zugänge, Baden-Baden: Nomos 1997, 113; *Matthias Jestaedt*, Verfassungstheorie als Disziplin, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, § 1 Rn. 48 ff., 76 ff.; *Jens Kersten*, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 22 ff., 33–35; zum Einfluss

der föderalen Verzahnung von Union und Mitgliedstaaten nahe. Der Integrationsprozess bestand stets aus Rechtstransfers zwischen den Ebenen (1.).⁷⁹ Ein herrschaftstheoretischer Blick auf ältere Ordnungsversuche unterstreicht die Bedeutung der überstaatlichen Zielverankerung (2.). Eine verfassungstheoretische Deutung schließt den Blickwinkel (3.).

1. Ressourcen und Elemente einer unionalen Ziel- und Aufgabenlehre

Eingangs wurde festgestellt, dass die Union ein autonomes politisches Subjekt ist.⁸⁰ Reflexionen über Strukturprobleme als politischer Ordnung sind Bestandteil der Europarechtswissenschaft.⁸¹ Eine grundsätzliche Übertragbarkeit staatsbezogener Überlegungen ist daher gegeben, ohne sich weiter in ordnungstheoretische Vorüberlegungen zu vertiefen.⁸²

theoretischer Konzepte *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 53 (82 f.); *Uwe Volkmann*, Rechts-Produktion, oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, Der Staat 54 (2015), 35 (37 ff., 61 f.).

79 *Armin von Bogdandy*, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union, in: Peter M. Huber u.a. (Hrsg.), FS Peter Badura, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 1033 (1034); *Renaud Dehousse*, Comparing National Law and EC Law: The Problem of the Level of Analysis, AJCL 42 (1994), 761 (762 f., 767 f.); *Ernst-Ulrich Petersmann*, Constitutionalism, Constitutional Law and European Integration, Aussenwirtschaft 46 (1991), 247 (252); *Guy Schrans*, The Instrumentality and the Morality of European Economic Law, in: Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch, Tome Deuxième, Bruylant: Brüssel 1972, 383 (426, 429); *Albert Bleckmann*, Die Rolle der Rechtsvergleichung in den Europäischen Gemeinschaften, ZVglRWiss 75 (1976), 106 ff.; *Frank Schorkopf*, Die Europäisierung der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), HVvR Bd. 2, Heidelberg: C.F. Müller 2021, § 31 Rn. II ff., 36 ff.

80 *Oben, I.*; *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.1.; *von Bogdandy* (Fn. 79), 1035: Aufbau auf „entwickelten und identitätsbewußten Nationalstaaten“, die „zwar ein europäisches Gemeinwesen wollen, jedoch nicht die Absicht haben, zu nachgeordneten Regionen eines europäischen Bundesstaates abzusinken.“

81 Exemplarisch *Ronan McCrea*, Forward or Back: The Future of European Integration and the Impossibility of the Status Quo, ELJ 23 (2017), 66 (90).

82 Zu ihnen *Andreas Anter*, Die Idee der Ordnung, Zur Paradoxie einer Leitfigur des politischen Denkens, in: Andrea Gawrich/Hans J. Lietzmann (Hrsg.), Wilhelm Bleek zum 65. Geburtstag, Münster: Westfälisches Dampfboot 2005, 14 (23) mwN; *Hans Vorländer*, Gründung und Geltung: Die Konstitution der Ordnung und die Legitimität der Konstitution, in: Gert Melville/ders. (Hrsg.) Geltungsgeschichten, Köln: Böhlau 2002, 243 (250–263); *Georg W. F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1821], hrsg. v. Georg Lasson, Leipzig: Meiner 1911, 353 (Zusatz zu § 268):

a) Staatszwecke, Verfassungsziele, Herrschaftszwecke

Die Rechts- und Staatsphilosophie entwickelte Staatszwecke in einem Umfeld vorkonstitutioneller Herrschaft.⁸³ Sie lagen einer in Naturrechtskonzeptionen eingebetteten Herrschaftspraxis zugrunde und wirkten je nach Ausrichtung als ihre Grundlage und Grenze.⁸⁴ Das bedeutete (theoretisch): Die Herrschaftsausübung folgte der Zweckbestimmung. Eine limitierende Zuordnungsfunktion des Rechts fehlte.⁸⁵ Es gab noch kein Verfassungsdocument, das Elemente vorpositiver Staatszwecke aufgriff und in Form von Staatszielen und Kompetenzbestimmungen „verkonstitutionalisierte“.⁸⁶

Das Verhältnis der Staatszwecklehre zu Verfassungszielen ist erläuterungsbedürftig.⁸⁷ Positivierte Ziele werden über demokratische Verfahren in die Verfassung aufgenommen, um materielle Gemeinwohlvorstellungen

„Durch die Gewalt, meint die Vorstellung oft, hänge der Staat zusammen; aber das Haltende ist allein das Grundgefühl der Ordnung, das alle haben“.

83 Zum mittelalterlichen Variantenreichtum und Wandel *Ulrich Scheuner*, Die Staatszwecke und die Entwicklung der Verwaltung im deutschen Staat des 18. Jahrhunderts, in: Gerd Kleinheyer/Paul Mikat (Hrsg.), *Gedächtnisschrift Conrad, Paderborn: Schöning* 1979, 467 (472–486); *Karl-Peter Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen: Mohr Siebeck 1997, 14–23; zum Nachwirken *Hans Maier*, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl., München: C.H. Beck 1980, 59 ff.; *ders.*, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, Tübingen: Mohr 1966, 17 f.

84 *Klaus Hespe*, Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Köln: Grote 1964, 33, 35 f.

85 Exemplarisch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt [1958], 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1981, 62; *Niklas Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, Tübingen: Mohr 1968, 60 a.E. f. m. Fn. 7.

86 Zur grds. Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Staatszwecken, die zugleich die Rechtfertigung des Staates als Subjekt betreffen, und Staatszielen, die ihn zum Subjekt des Handelns machen, *Isensee* (Fn. 42), § 73 Rn. 6–10; *Sommermann* (Fn. 83), 3; *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 193; *Thomas Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, 193–195; *Schwind* (Fn. 34), 251: „Durch Festlegung auf Verfassungsesebene können also bestimmte Staatszwecke verkonstitutionalisiert werden“.

87 *Peter Häberle*, Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR III (1986), 595 (600 f.), mit dem Hinweis, dass die klassischen Staatsaufgaben das Ergebnis einer historischen Entwicklung sind und ihre Hervorhebung tendenziell ein Rechtfertigungsbedürfnis für neue mittransportiert, was demokratische Zuweisungsoptionen gegenüber vordeokratischen Traditionsbeständen tendenziell in eine Rechtfertigungslage bringt; ähnl. *Oliver Lepsius*, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, EuGRZ 2004, 370 (373); zu überpositiven Zwecksetzungen *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre [1925], hrsg. v. Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, III: „Naturrecht ist ja nur in juristischer Terminologie auftretende Politik.“

für künftige Mehrheiten verbindlich zu machen.⁸⁸ Das erledigt den Bedarf nach vorverfassungsrechtlichen Konstruktionen, aber nicht jegliches Reflexionsbedürfnis.⁸⁹ Dementsprechend sank seit dem Konstitutionalismus die Beschäftigung mit Staatszwecklehren und flachte unter dem Grundgesetz weiter ab.⁹⁰ Eine allgemeingültige Staatsaufgabenlehre wurde „oft versucht, aber nie erreicht.“⁹¹ Verfassungsrecht gibt Auskunft über die Lage eines konkreten Staates. Damit leistet es bereits kategorial keinen Beitrag zur „fundamentale[n] Frage nach dem Sein und der Sinnbestimmung des Staates“.⁹²

Der Konjunkturrückgang ist zudem mit einem Gegenstandswechsel verbunden: Der Verlagerung juristischer und gesellschaftlicher Sinnzuschreibungen vom Staat auf die Verfassung.⁹³ Mit der Teilauslagerung ihres Bezugspunktes – politischer Herrschaft – lassen sich Gehalte der Staatszwecklehre als „Herrschaftszwecke“ der Union reformulieren und eine von Ziel- und Aufgabennormen programmierte öffentliche Gewalt der Union zum Reflexionsobjekt historischer, vergleichender und theoretischer Perspekti-

88 *Udo Di Fabio*, Herrschaft und Gesellschaft, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 225.

89 *Sommerrmann* (Fn. 83), 1: Stillung von „Wertehunger“ als „Folge einer durch Rechtspositivismus und philosophischem Relativismus hinterlassenen Anomie“; *Luhmann* (Fn. 85), 63: „als Rechtfertigungsvorstellung unentbehrlich“ (Hervorhebung hinzugefügt); *Lepsius* (Fn. 87), 375.

90 *Hespe* (Fn. 84), 9–14, 26 aE, die Bedeutungsverschiebung fällt mit der Durchsetzung der juristischen Methode zusammen, d.h. auch der positivrechtlichen Kompetenznormierung, ebd., 46–55, 58; insofern handelt es sich um Ausgleichbewegungen, *Christian Starck*, Frieden als Staatsziel, in: Bodo Börner/Hermann Jahrreiß/Klaus Stern (Hrsg.), FS Karl Carstens, Bd. 2, Köln: Heymanns 1984, 867 (870): „Der juristische Positivismus war die Antwort auf den Pluralismus der politischen Theorien über den Staat und auf manchen Exzeß bei der Suche vernünftiger Regeln des Rechts“; *Wischmeyer* (Fn. 86), 28–31.

91 *Roman Herzog*, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 42), § 72 Rn. 1; *Sommerrmann* (Fn. 83), 3; kritisch zu Neuansätzen *Wischmeyer* (Fn. 86), 189 Fn. 38.

92 *Scheuner* (Fn. 42), 340–342, Zitat 341.

93 *Möllers* (Fn. 86), 143 f.; *Joe Eric Kushal Murkens*, From Empire to Union, Oxford: Oxford University Press 2013, 90–98; *Verena Frick*, Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 10 ff., 21 mit der These, der Bedarf nach staats- und verfassungstheoretischen Entwürfen sei gesunken, weil Verfassungsfragen durch Verfassungsgerichtsbarkeit autoritativ entscheidbar wurden, die Gesetzesfunktion der Verfassung in den Vordergrund trat und nicht-justiziable, für die Verfassungspraxis nun weniger erforderliche Theorien in den Hintergrund drängte; ähnl. *Lepsius* (Fn. 87), 373 f.

ven machen.⁹⁴ Prinzipiengeleitete Zugänge zeigen bei näherem Hinsehen schon länger einen Gleichlauf im konzeptionellen Fundus.⁹⁵

b) Frieden, Werte und Wohlergehen als unionale Herrschaftszwecke

Die Herstellung und Bewahrung des Friedens als *absentia belli* liegt jeder anspruchsvollen Gestaltung eines Gemeinwesens voraus.⁹⁶ So wie der Staat über die Gewährleistung eines Friedensraums „Selbstorganisationskräfte der bürgerlichen Gesellschaft“ freisetzt, subjektive Rechte mobilisiert und hierdurch ausgelöste Komplexitätssteigerungen eine Ausdehnung der Staatsaufgaben anregen, lässt sich der Vorgang supranational abbilden: Von innerer Friedenswahrung durch eine zunächst marktbezogene Horizontalliberalisierung über verflechtungsbedingte Komplexitätssteigerungen zu sozialen und politischen Folgefragen.⁹⁷ Das Friedensmotiv bedarf nicht

94 In diese Richtung schon *Schwind* (Fn. 34), 447, 529; *Morlok* (Fn. 78), 115; *von Bogdandy* (Fn. 79), 1043: „Jede Analogiebildung und Übertragung muss eben reflektieren, dass die Union nach ganz herrschender und zutreffender Auffassung kein Staat, sondern eine neue Form politischer und rechtlicher Herrschaft ist. Doch ist das Herrschaftsmoment unbestritten, und eben dies begründet die grundsätzliche Vergleichbarkeit.“

95 *Armin von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: ders./Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 13 ff. nennt im Rahmen seiner unionalen Prinzipienbildung Rechtsstaatlichkeit, gleiche Freiheit, Grundrechtsschutz, Demokratie, Solidarität; für die staatliche Ebene meint *Josef Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Fn. 42), § 71 Rn. 63, Gemeinwohl „liegt der geschriebenen Verfassung voraus. Sein Ort ist die ungeschriebene Meta-Verfassung, das Reich der regulativen Prinzipien, die sich in den geschriebenen Normen der Verfassung verkörpern und ihre Auslegung leiten.“, dann aufzählend: Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Freiheit, Übermaßverbot, Subsidiarität, Solidarität.

96 *Thomas Vesting*, *Staatstheorie*, München: C.H. Beck 2018, Rn. 52: „Wo es keinen Frieden in den sozialen Beziehungen gibt, wo dauernder Krieg oder Bürgerkrieg herrscht, kann es auch keine florierende Wirtschaft, keinen Handel und keine stabile Sozialordnung geben.“; *Neil Walker*, *The Place of European Law*, in: de Búrca/Weiler (Fn. 20), 57 (91): „precondition of the social stability and economic confidence“; zu Art. I UN-Charta IGH, *Certain Expenses of the United Nations*, Advisory Opinion v. 20.7.1962, ICJ Reports 1962, 151 (168): „The primary place ascribed to international peace and security is natural, since the fulfilment of the other purposes will be dependent upon the attainment of that basic condition.“

97 *Vesting* (Fn. 96), Rn. 246 f., zwischen Sozial- und Wohlfahrtsstaat unterscheidend; *Ulrich Haltern*, Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 95), 279 (313); für die Unterscheidung zwischen negativem (Abwesenheit von Gewalt) und positivem Frieden (aktive Gestaltung sozialer Integration) mit Verweis auf „a joint project like a Euro-

einmal des Transfers in den überstaatlichen Raum. Es ist über die Außendimension stets mit ihm verbunden gewesen.

Die Förderung des Wohlergehens steht der staatstheoretischen Kategorie der Gemeinwohlverantwortung nahe. Sie kann aufgrund der vertikalen Kompetenzverteilung nur als komplementäres Verwirklichungsprogramm gedacht werden.⁹⁸ Wohlergehen reicht weiter als wirtschaftlicher Wohlstand, weshalb der Anschluss an den Gemeinwohlbegriff als „umfassender Integrationsformel“ gerechtfertigt ist.⁹⁹ Er ist jedoch vor allem vieldeutig,¹⁰⁰ damit in demokratischen Ordnungen in erster Linie ein Hinweis auf die Notwendigkeit, jede Sachfrage politisch kleinzuarbeiten.¹⁰¹ Damit ist der Begriff mehr Anlaufpunkt für übergreifende politische Überlegungen, dem bei rechtlicher Verankerung nur eine dünne Schicht „materieller Maßstäblichkeit“ zukommt.¹⁰²

Das Ziel der Werteförderung richtet die Ausübung unionaler öffentlicher Gewalt am deutlichsten auf aufklärerische Gehalte aus (Demokratie, Menschenwürde, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit, die Wahrung der Menschen-

pean community“ *Johan Galtung*, Peace, Positive and Negative, in: Daniel J. Christie (Hrsg.), *The Encyclopedia of Peace Psychology*, Vol. 2, Malden: Wiley-Blackwell 2012, 1 (4).

- 98 *Isensee* (Fn. 95), § 71 Rn. 86: „Klassische Staatsaufgaben sind auf die Union übergegangen. Nationale Selbstbestimmung wird abgelöst durch supranationale Mitbestimmung, zwischenstaatlicher Wettbewerb durch überstaatliche Gemeinschaft. Die *salus publica* des einzelnen Mitgliedstaats fügt sich in die *salus publica* des Staatenverbundes. Selbstbehauptung wird eingebunden in Solidarität.“
- 99 *Sommermann* (Fn. 83), 199, Zitat; *Larik* (Fn. 2), 136; zur Begriffsentwicklung *Schwind* (Fn. 34), 448 ff.; *Scheuner* (Fn. 83), 474 ff.; dogmatisch unten, IV.1.d.
- 100 *Christian Calliess*, Gemeinwohl in der Europäischen Union: Über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund, in: Winfried Brugger u.a. (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden: Nomos 2002, 173 (177): Gemeinwohl sei „also durch einige fundamentale Grundwerte, die sich in der Verfassung widerspiegeln müssen, geprägt“, was auf weitere offene Konzepte verweist; *Möllers* (Fn. 86), 210 Fn. 127 klammert Gemeinwohl wegen seiner verweisabhängigen Leere konsequent aus seiner Aufzählung der Staatszwecke aus.
- 101 *Wischmeyer* (Fn. 86), 188: „Für welches Problem ist der Verweis auf das ‚Gemeinwohl‘ keine Lösung – und welches Problem ließe sich damit wirklich lösen? Erst in den Institutionen und Verfahren der Verfassungsordnung gelingt die Konkretisierung derartiger abstrakter gesellschaftlicher Ziele“, die Verfassungsgerichtsbarkeit schließt das ein, *Peter Häberle*, „Gemeinwohlludikatur“ und Bundesverfassungsgericht, AöR 95 (1970), 86 (87 f.).
- 102 *Hans Peter Bull*, Staatszwecke im Verfassungsstaat, NVwZ 1989, 801 (805): Altmodisch, aber unentbehrlich; *Udo Di Fabio*, Das Gemeinwohl der Weltgesellschaft, in: Corinne Michaela Flick (Hrsg.), *Das Gemeinwohl im 21. Jahrhundert*, Göttingen: Wallstein 2018, 25 (26), Zitat.

rechte und weitere). Das trägt ein spannungsreiches Geflecht von Fördergeboten an die Union heran. Werteförderung erstreckt sich zugleich auf die Förderung der anderen Ziele, weil sie nicht isoliert neben Frieden und Wohlergehen stattfinden kann. Eine am Maßstab von Artikel 2 wertewidrige Förderung des Friedens oder Wohlergehens ist außerhalb der Union denkbar (oben, I.), für sie selbst nach ihrem bis in die internationale Gemeinschaft reichendem Anspruch aber ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 5).¹⁰³

c) Verantwortungszurechnung und Erwartungsüberschuss

Für den Staat warnte *Rudolf Smend* davor, ihn primär an seiner Zweckverwirklichung zu messen, um desintegrative Effekte zu vermeiden.¹⁰⁴ Für die Union gilt das in besonderem Maße. Sie trägt die Unvollkommenheiten ihrer Mitgliedstaaten mit und produziert durch eigene Politikprozesse weitere, die sie als Erwartungs- und Zurechnungssubjekt treffen. Ihre Fähigkeit zur Zielförderung hängt zudem vom Umfang ihrer Zuständigkeiten ab und ist im Vollzug in wesentlichen Teilen dezentral, auf die loyale Rechtsbefolgung der Mitgliedstaaten angewiesen. Das verstärkt die Bedeutung der Ressource Recht und erhöht zugleich die Wahrscheinlichkeit ihrer Überforderung durch überkomplexe Verantwortungszurechnungen.¹⁰⁵ Sie gehen oft genug zu Lasten der Union aus, obwohl Defekte auf mitgliedstaatliche Abweichungen zurückzuführen sind, die aus internen Zielkonflikten zwi-

103 Näher *Payandeh*, in diesem Band, II.2.

104 *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin: Duncker&Humblot 1968, 119 (165 f.): „Wenn man den Staat als eine Veranstaltung im Dienste seiner angeblichen Zwecke betrachtet, so kann das Urteil über ihn nur ungünstig ausfallen: er erfüllt sie auf äußerst mangelhafte Weise, wie eine schlecht konstruierte Maschine, „es geht immer mit Ach und Krach“. Aber es liegt hier nicht anders als beim Einzelmenschen: auch dessen Ziele, Ideale, Berufsaufgaben, Wünsche sind nicht voll erfüllbar, aber die ihm aufgegebenen Lebenserfüllung ist darum doch möglich.“

105 Exemplarisch *Christoph Möllers*, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), 339 (356 ff.); *Udo Di Fabio*, Die Möglichkeit von Verantwortungszurechnung in offenen politischen Systemen, in: ders., Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 100 (109, 117 f.); Ansätze vor dem Konvent zsf. *Carol Harlow*, Accountability in the European Union, Oxford: Oxford University Press 2002, 172 ff.

schen kompromisshafter Europäisierung und der Vermeidung politischer Folgekosten resultieren.¹⁰⁶

Absatz 1 transportiert so das Potenzial für eine selbstorganisierte Legitimationskrise mit.¹⁰⁷ Eine unionale Verfassungsziel- und aufgabenlehre hat hier auch der Versuchung zu widerstehen, die Lage zugunsten einer Ebene aufzulösen. Die kodifizierte Ambivalenz zwischen supranationalen Gestaltungsversprechen und dem Angewiesensein auf die Mitgliedstaaten lässt sich methodisch nicht glaubwürdig überwinden.

2. Gesellschaft ohne Institutionen: Ziele in der société Européenne

Wie unwahrscheinlich die Verantwortung eines überstaatlichen Verbandes für die Förderung des Friedens, *seiner* Werte und das Wohlergehen *seiner* Völker ist, zeigt ein herrschaftstheoretischer¹⁰⁸ Rückblick. In der Präambel des EGKS-Vertrages blickten die Staaten noch direkt auf die Ergebnisse älterer Ordnungsvorstellungen zurück,

„entschlossen, an die Stelle der jahrhundertealten Rivalitäten einen Zusammenschluss ihrer wesentlichen Interessen zu setzen, durch die Er-

106 Peter Hilpold, Europa am Scheideweg: Brexit, Internationale Handelsbeziehungen, Wirtschafts- und Währungsunion, Flüchtlingskrise: Eine riskante Neupositionierung Europas nach innen und außen, in: ders. (Hrsg.), Europa im Umbruch, EuR Beiheft 1/2017, 7; Weber (Fn. 9), 288 f.; Rolf Grawert, Europa: in varietate concordia. Zur Union von Integration, Identität und Kohärenz, in: Andrzej Dziadzio Grodziski et al. (Hrsg.), Regnare, Gubernare, Administrare, t.l.b, Krakau: Oficyna Wydawnicza AFM 2012, 397 (399).

107 Karl-Peter Sommermann, Herkunft und Funktionen von Verfassungsprinzipien in der Europäischen Union, in: Hartmut Bauer/Christian Calliess (Hrsg.), Verfassungsprinzipien in Europa, Societas Iuris Publici Europaei 4 (2008), 15 (27) spricht von „Glaubwürdigkeitsrisiken [...] die daraus resultieren, dass die im selben Vertrag vorgesehenen Zuständigkeiten und institutionellen Strukturen Maßnahmen zur Verwirklichung der gemeinsamen Werte und übergreifenden Gemeinschaftsziele nur partiell erlauben und dass die öffentliche Wahrnehmung des komplizierten Zusammenspiels nationalen und europäischen Verfassungsrechts defizitär ist.“; die Aufgabenkonzentration auf einen Verband verstärkt das weiter: Patel (Fn. 12), 42 f.

108 Das meint hier nur, politischer Herrschaft jenseits ihrer Formierung als Staatsgewalt zu folgen, s. schon oben, Fn. 94; zu versch. Definitionen Max Weber, WuG: Herrschaft, MWS I/22–4, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 1–6; Otto Brunner, Bemerkungen zu den Begriffen von „Herrschaft“ und „Legitimität“, in: ders., Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte, 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1968, 64 (67); Di Fabio (Fn. 88), 34; Christoph Möllers, Freiheitsgrade, Berlin: Suhrkamp 2020, Rn. 222–225.

richtung einer wirtschaftlichen Gemeinschaft den ersten Grundstein für eine weitere und vertiefte Gemeinschaft unter Völkern zu legen, die lange Zeit durch blutige Auseinandersetzungen entzweit waren, und die institutionellen Grundlagen zu schaffen, die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können“.¹⁰⁹

Den dogmengeschichtlichen Hintergrund bildete das Völkerrecht einer ohne gemeinsame Institutionen operierenden, strukturell antagonistischen *société Européenne*. Das Verbindende war bei allen Unterschieden der politischen Systeme, Verfassungsstrukturen und gesellschaftlichen Entwicklungen die Vermeidung von Krieg. Friedensplänen¹¹⁰ lagen vom europäischen Völkerrecht konzipierte Ordnungsvorstellungen zugrunde, deren Zentrum die europäische Staatengesellschaft war.¹¹¹ Der europäische Integrationsprozess nach 1945 steht für eine grundlegende Änderung dieses Regelungsrahmens, bis in die politische Sprache.¹¹²

-
- 109 Fünfte Präambelerwägung, BGBl 1952 II, 447, Herv. im Orig.; Aussagen *Jean Monnets*, *Walter Hallsteins* und *Hans von der Groebens* zum Friedensmotiv bei *Gert Nicolaysen*, Das Integrationskonzept der Gründungsverträge, in: Wolf Schäfer/Andreas Wass von Czege (Hrsg.), *Das Gemeinsame Europa – viele Wege, kein Ziel?*, Baden-Baden: Nomos 2007, 33 (36 f.); achte Präambelerwägung EWGV: „ENTSCHLOSSEN, durch diesen Zusammenschluß [...] Frieden und Freiheit zu wahren und zu festigen [...].“, BGBl 1957 II, 753; aus der Zeit *Jean Monnet*, *A Ferment of Change*, JCMS 1 (1962), 203 (204 f.).
- 110 *Dietmut Majer/Wolfgang Höhne*, Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957, Karlsruhe: KIT Scientific Publishing 2014, 16 ff.; *Jacob ter Meulen*, *Der Gedanke der Internationalen Organisation in seiner Entwicklung*, Bd. 1 1300–1800, 1917; Bd. 2 Erstes Stück 1789–1870, 1929; Bd. 2 Zweites Stück 1867–1889, Haag: Nijhoff 1940.
- 111 Zur Bedeutung des „European Law of Nations“ *Miloš Vec*, *Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition*, in: Samantha Besson/Jean D’Aspremont (Hrsg.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2017, 121 (122, 128 f., 141 f.); zum Attributwechsel zu ‚zivilisierten‘ Staaten *ders.*, *From the Congress of Vienna to the Paris Peace Treaties of 1919*, in: Bardo Fassbender/Anne Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, 654 (658); *Heinhard Steiger*, *Universality and Continuity in International Public Law?*, in: *ders.*, *Universalität und Partikularität des Völkerrechts in geschichtlicher Perspektive*, Baden-Baden: Nomos 2015, 1 (4 f.); zur Weltsicht *Signe Rehling Larsen*, *European Public Law after Empires*, *European Law Open* 1 (2022), 6 (11 ff.).
- 112 *Hugo Canihac*, *The Making of an Imagined ‚Community of Law‘: Law, Market and Democracy in the Early Constitutional Imaginaries of European Integration*, *EuConst* 18 (2022), 2 (9): „They no longer attempted to create a global constitutional law. Rather, advocates of a global constitutional law increasingly reconverted into European activists.“; *Kiran Klaus Patel/Wolfram Kaiser*, *Continuity and Change*

Elemente des heutigen Absatz 1 waren rhetorische Begleitgrößen jeder Ordnungsvorstellung. Kurz vor dem Ballhausschwur, der Französischen Revolution und dem Untergang des Ancien Régime meinte *Friedrich Schiller* in seiner Antrittsvorlesung im Mai 1789, eine stabile Friedensordnung zu erkennen. Die „europäische Staatengesellschaft scheint in eine große Familie verwandelt. Die Hausgenossen können einander anfeinden, aber hoffentlich nicht mehr zerfleischen.“ Das im Westfälischen Frieden völkerrechtlich bestätigte und europäisch verflochtene Alte Reich¹¹³ halte ein „nützliches Staatssystem durch Eintracht zusammen.“ Den „Frieden hütet jetzt ein ewig geharnischter Krieg, und die Selbstliebe eines Staats setzt ihn zum Wächter über den Wohlstand des andern.“¹¹⁴ *Immanuel Kant* baute seinen ewigen Frieden auf die feste Grundlage staatlich radizierter Gesellschaften.¹¹⁵ *Johann Gottlieb Fichte* setzte den anhaltenden Kriegen schließlich seinen geschlossenen Handelsstaat entgegen, der Streit um Ressourcen und Vorherrschaft durch eine lückenlose Regulierung zum Frieden zu wenden suchte.¹¹⁶ Die Völkerrechtswissenschaft ging von einem europäischen Staatensystem *als Gesellschaft* aus, das aufgrund gemeinsamer Gewohnheiten, geteilten religiösen Grundlagen und vertraglichen Beziehungen recht-

in European Cooperation during the Twentieth Century, *Contemporary European History* 27 (2018), 165 (167): „Experts [...] also pretended to speak in the name of Europe. They thus tried to detach themselves from established international negotiation processes driven by national interest and the pursuit of power, instead foregrounding the vision of a utopian unity engineered by rational cooperation – sometimes for idealistic reasons, sometimes to hide national or other agendas. Hence, we also need to consider the power of rhetoric and of the notion of ‘Europe’ as a seemingly unpolitical reference point drawing in an alleged shared past and plans for a better future.“

- 113 Zur Friedensrolle *Brendan Simms*, *Europe, Struggle for Supremacy*, London: Allen Lane 2013, 40–44, 104 f.
- 114 *Friedrich Schiller*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte?, Jena: Akademische Buchhandlung 1789, 16 f., alle Zitate; dazu *Reinhart Koselleck*, *Kritik und Krise*, [1973] 13. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2017, 83 f. und Endnoten 116 f. zum Ersten Kapitel (173 f.).
- 115 *Immanuel Kant*, Zum ewigen Frieden, Königsberg: Nicolovius 1795, Zweiter Definitivartikel und 35; zum Einfluss universaler Friedensgedanken des *Abbé Saint Pierre* und *Jean-Jacques Rousseau* vgl. *Ulrike Müßig*, *Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, 46–48; *Stefan Auer*, *European Disunion, Democracy, Sovereignty and the Politics of Emergency*, London: Hurst & Company 2022, 9–11.
- 116 *Johann Gottlieb Fichte*, *Der geschloßne Handelsstaat*, Tübingen: Cotta 1800, 218 f., 289 f.

lich fassbar, wenn auch nicht durch ein institutionelles Dach verbunden war.¹¹⁷

Die auf dem Wiener Kongress 1814/15 errichtete Ordnung stand dann für einen Kompromiss, „mit dem einer der tiefsten Umbrüche in der Staatenordnung Europas völkerrechtlich geregelt wurde“.¹¹⁸ Das wesentlich von deutschen Monarchen beherrschte Mitteleuropa wurde auf eine völkerrechtlich-bündische Form festgelegt.¹¹⁹ Die Einbettung diente 1848/49 und 1867 als Argument gegen eine deutsche Bundesstaatsgründung.¹²⁰ Frieden in Europa und die Verfassung ‚Deutschlands‘ waren verbundene Ordnungsprobleme der europäischen Staatengesellschaft.¹²¹ Der Ausschnitt ist verallgemeinerungsfähig. Alle Verfassungen, „die den gesamten deutschen Raum angehen“ waren nicht nur binnenföderal strukturiert, sondern auf ihre je eigene Weise europäisch-föderal veranlasst, garantiert oder ander-

-
- 117 *Martti Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations*, New York: Cambridge University Press 2004, 51: „Even in the absence of a common sovereign, Europe was a political society and international law an inextricable part of its organization.“; *ders.*, *To the Uttermost Parts of the Earth*, Cambridge: University Press 2021, 926 f., 934, dort zu *Georg Friedrich von Martens*, *Précis du droit des gens Moderne De L'Europe, fondé sur les Traités et l'Usage*, 3. Aufl., Göttingen: Dieterich 1821, § 7.
- 118 *Dieter Langewiesche*, *Vom vielstaatlichen Reich zum föderativen Bundesstaat*, Stuttgart: Alfred Kröner 2020, 37, Zitat; *Dieter Grimm*, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866*, 4. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2015, 63 f.; *Biancamaria Fontana*, *The Napoleonic Empire and the Europe of Nations*, in: Anthony Pagden (Hrsg.), *The Idea of Europe*, Washington DC: Woodrow Wilson Center Press 2002, 116 (127 f.).
- 119 Art. VI Abs. 2 Erster Pariser Frieden v. 30.5.1814: „Les états de l'Allemagne seront indépendans et unis par un Lien Fédératif.“; Wilhelm Grewe (Hrsg.), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, Bd. 2 1493–1815, Berlin: De Gruyter 1988, 278 (285).
- 120 *Weber* (Fn. 9), 256 Fn. 86; zu noch 1886 erfolgenden Berufungen auf Rechte aus den Wiener Verträgen im Reichstag *ders.*, *Staatsangehörigkeit und Status*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 139 Fn. 431.
- 121 *Simms* (Fn. 113), 363 f., 400 ff.; laut der Präambel der Deutschen Bundesakte (in Art. 53–64 Wiener Kongressakte teilkorporiert) sollte aus der Struktur die „Sicherheit und Unabhängigkeit Deutschlands“ und „die Ruhe und das Gleichgewicht Europas“ gleichermaßen „hervorgehen“, abgedr. bei *Grewe* (Fn. 119), Vol. 3/1, 1815–1945, 1992, 174.

weitig verflochten.¹²² Unterbrechungen wurden hervorgehoben.¹²³ Der europäische Bezug deutscher Verfassungsgeschichte lässt die Überbetonung des Nationalstaats aus dieser Perspektive wie einen Kompensationsakt gegen fortgesetzte tatsächliche und rechtliche Verflechtungen erscheinen.¹²⁴

Die normative Absicherung blieb jedoch fragil. Krieg war eine legitime Möglichkeit, eigene Präferenzen von Frieden, Ordnung und Prosperität durchzusetzen. Wirtschaftliche Kooperation und konkurrierende Alliansysteme waren volatil.¹²⁵ Staatenkonferenzen fanden unregelmäßig statt und beschränkten sich auf punktuellen Interessenausgleich.¹²⁶ Sie wurden als ordnende Akte gelesen, mit denen das „erschütterte europäische Staatensystem“ sich „eine neue Verfassung“ gab.¹²⁷ Die Formel vom „europäischen Gleichgewicht“ stand bis in das 20. Jahrhundert für diese prekären Balanceakte in diplomatisch-völkerrechtlichen Formen.¹²⁸ Mit anderen

122 Mit Blick auf den Westfälischen Frieden, den Reichsdeputationshauptschluss, die Deutsche Bundesakte, die Gründungsumstände des Deutschen Kaiserreichs, die Weimarer Reichsverfassung und das Grundgesetz *Ulrich Scheuner*, Verfassung [1963], in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften, hrsg. von Joseph Listl und Wolfgang Rüfner, Berlin: Duncker & Humblot 1978, 171 (174).

123 *Carl Bilfinger*, Völkerrecht und Staatsrecht in der deutschen Verfassungsgeschichte, Hamburg: Hanseatische Verlags-Anstalt 1941, 11: „Eine klare Absage an das völkerrechtlich-pluralistische System von 1648 und ein klares Bekenntnis zum deutschen Nationalstaat: das ist das unvergängliche Verdienst der Verfassung von 1849.“

124 In diesem Sinn *Weber* (Fn. 9), 269; zur ökonomischen und regulatorischen Verflechtung *Gerold Ambrosius*, Politisch-administratives System, Föderalismus und Marktenkung in den 1870er und 1880er Jahren, in: *Ulrich Pfister u.a.* (Hrsg.), Deutschland 1871, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 71 (84); *Wolf-Fabian Hungerland/Markus Lampe*, Globalisierung und Außenhandel, ebd., 335 ff.

125 *Ulrich Scheuner*, Die grossen Friedensschlüsse als Grundlage der europäischen Staatenordnung zwischen 1648 und 1815, in: *Konrad Repgen/Stephan Skalweit* (Hrsg.), FG Max Braubach, Münster: Aschendorff 1964, 220 (239–241).

126 Mit optimistischem Einschlag *Simon E. Baldwin*, The International Congresses and Conferences of the Last Century as Forces Working Toward the Solidarity of the World, *AJIL* 1 (1907), 565 (568–572); supranationale und zwischenstaatliche Organisationen stabilisieren so gesehen das Zusammenwirken der Exekutivspitzen, s. zu den G7 und dem Europäischen Rat oben, Fn. 31, und *Jeffrey Lewis*, The Council, in *Riddervold u.a.* (Fn. 8), 238 (239): „meta-network‘ of negotiation and bargaining at the heart of the EU legislative process“.

127 *Lorenz von Stein*, Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 6 (1882), 1 (35), Zitate; ausf. für eine solche Perspektive *Philip Bobbitt*, The Shield of Achilles, War, Peace and the Course of History, New York: Knopf 2002, 483–608.

128 Zum Beginn *Heinz Duchhardt*, ‚Europa‘ als Begründungs- und Legitimationsformel in völkerrechtlichen Verträgen der Frühen Neuzeit, in: *Wolfgang Weber/Régina Dauser* (Hrsg.), FS Burkhardt, Berlin: Akademie-Verlag 2008, 51 (54 ff.); anschau-

Worten: Der in Artikel 3 Absatz 1 liegende Gehalt war kein normativer Bezugspunkt gemeinsamer europäischer Politikorganisation, sondern eine strategisch folgerichtige Mantelsemantik konfrontativer und im Zweifel belizistischer Partikularinteressen.

Es war unter anderen *Walther Schücking*, der das institutionelle Gerüst politischer Koordination am Vorabend des Ersten Weltkriegs als unzureichend empfand und dies als Generationenproblem unter dem Eindruck einer erfolgreichen, parlamentarisch nicht verantwortlichen Exekutivherrschaft auswies. Sein Hinweis, international verstetigte Kooperation sei nicht staatsgefährdend, sondern staatsfördernd, war seiner Zeit voraus.¹²⁹ Der Völkerbund erscheint aus dieser Perspektive zugleich als erste und letzte nominell universelle Organisation mit europäischem Schwerpunkt,¹³⁰ inklusive regionalen Krisenbewältigungsideen in einer „Europäischen Uni-

lich *Rainer F. Schmidt*, *Kaiserdämmerung*, Stuttgart: Klett-Cotta 2021, 39–42, 497–505; *Jochen von Bernstorff*, From Versailles to the Kellogg-Briand Pact: Prohibiting and Justifying Aggression in the Interbellum, *GYIL* 62 (2019), 211 (214–219); *Carl Bilfinger*, Friede durch Gleichgewicht der Macht?, *ZaöRV* 13 (1950/51), 27 (30–34); zur zeitweisen Stabilisierung *Paul W. Schroeder*, The 19th-Century International System: Changes in the Structure, *World Politics* 39 (1986/87), 1 (12 ff.); zu Überlegungen nach 1945: *Alexander Reichwein*, Classical Realism, in: Riddervold u.a. (Fn. 8), 79 (85–87).

- 129 *Walther Schücking*, *Die Organisation der Welt*, Leipzig: Kröner 1909, 60: „Die jetzt heranwachsende Generation, nicht mehr wie die in der Gegenwart noch herrschende zeitlebens geblendet durch die äußeren Erfolge der Monarchie in den großen Kriegsjahren, wird auch dem demokratischen Gedanken größere Konzessionen machen müssen, und endlich wird man auch den Gedanken der internationalen Organisation in das Programm der bürgerlichen Parteien aufnehmen müssen, wenn man wirklich der Sozialdemokratie den Wind aus den Segeln nehmen will. Heute bedeutet allerdings für den deutschen Spießbürger das „Internationale“ noch die Revolution und die Vaterlandslosigkeit. Wer aber Augen hat zu sehen, der kann schon heute feststellen, wie der internationale Gedanke in Wahrheit auch in eminentem Sinne staatsfördernd wirken kann.“; *Herfried Münkler*, Fürstenbund und Bundesstaat. Der Erste Weltkrieg als (letzter) Reichseinigungskrieg, in: Eva Marlene Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen*, Baden-Baden: Nomos 2016, 181 (190–198) deutet die Kriegsbegeisterung 1914 als Element des politischen Kampfes zwischen monarchischem Administrativstaat und partizipationswilligem Bürgertum.

- 130 *Malcolm N. Shaw*, *International Law*, 9. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2021, 25; zum StIGH *Christian J. Tams*, Peace through International Adjudication: The Permanent Court of International Justice and the Post-War Order, in: Michel Erpelding u.a. (Hrsg.), *Peace Through Law*, Nomos: Baden-Baden 2019, 217 (227): „Its *clientèle* remained decidedly European. In only four cases did non-European States appear at all, and in only one single case did a non-European state (Brazil) play a decisive role.“

on“.¹³¹ Die weiteren Ereignisse können hier auf sich beruhen.¹³² Zeitgenossen notierten den Rahmenwandel.¹³³ Die im Gefolge des Schuman-Plans geschaffenen Einrichtungen waren erstmals mit dem politischen Willen unterfüttert, echte Orte politischer Vergemeinschaftung *außerhalb* der europäischen Staaten zu sein.¹³⁴ Die Integration nationaler Interessen widerlegt das nicht, sondern ist Ausdruck dieser Entwicklung.¹³⁵ Die Union erweist sich insofern als post-Hobbessche Ordnung, die den Naturzustand machtpolitischer Konkurrenz aufhebt und eine nichthegemoniale Friedenswahrung gewährleistet.¹³⁶ Die Staats- und Regierungschefs haben die Möglichkeit des Gewalteinsatzes gegen das Ringen bis zum Morgengrauen „in fensterlosen Konferenzräumen bei Kunstlicht“ in Brüssel eingetauscht.¹³⁷

131 Zum Briand-Plan *Koskenniemi*, Gentle Civilizer (Fn. 117), 342–348; *Florian Greiner*, Europa als Raumvorstellung in der Weimarer Zeit, in: Andreas Braune/Michael Dreyer (Hrsg.), Weimar und die Neuordnung der Welt, Stuttgart: Franz Steiner 2020, 101 (106–109).

132 Dazu *Patel* (Fn. 12), 22–32; *Haltern* (Fn. 3), Rn. 61 ff.; *Schorkopf* (Fn. 23), 23 ff.

133 *Alfred Verdross* (1890–1980), Völkerrecht, 3. Aufl., Wien: Springer 1955, 39 f.; *Herbert Kraus* (1884–1965), Probleme des europäischen Zusammenschlusses, Würzburg: Holzner 1956, 33.

134 Plastisch *Joseph H.H. Weiler*, The Transformation of Europe Revisited: The Things that Do Not Transform, in: Miguel Poiarés Maduro/Marlene Wind (Hrsg.), The Transformation of Europe. Twenty-Five Years On, Cambridge: Cambridge University Press 2017, 333 (346); *Gráinne de Búrca*, Europe's *raison d'être*, in: Dimitry Kochenov/Fabian Amtenbrink (Hrsg.), The European Union's Shaping of the International Legal Order, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 21 (22 f.); abgrenzend *Ellinor von Puttkamer*, Der Briand-Plan, Vorbote der europäischen Integration?, in: Walter Hallstein/Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), FS Ophüls, Karlsruhe: C.F. Müller 1965, 143 (148).

135 Am Beispiel der Montanunion *Udo Di Fabio*, Die Selbstbehauptung Europas als Idee, in: ders. (Hrsg.), Die Selbstbehauptung Europas, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 1 (2 f.).

136 *Philippe C. Schmitter*, The European Community as an Emergent and Novel Form of Political Domination, Working Papers Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales 26 (1991), 12–20; *Marlene Wind*, Sovereignty and European Integration, Towards a Post-Hobbesian Order, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2001, 74 f.; *Robert Cooper*, The Post-modern State and the World Order, 2. Aufl., London: Demos 2000, 20.

137 Treffend *Franz C. Mayer*, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, NJW 2017, 3631 (Zitat 3635).

3. Verfassungstheoretische Deutung von Artikel 3 Absatz 1

Vor dem erarbeiteten Hintergrund legt Absatz 1 die Union auf bestimmte, im Verfassungskern verrechtlichte Herrschaftszwecke fest. Historisch ist die Norm Folge der substanziellen Neuverortung und Konzentration politischer Herrschaft auf einen überstaatlichen Verband, der über eine volatile Addition von Staateninteressen hinausgeht. Die Mitverantwortung der Union für die Förderung des Friedens, ihrer Werte und das Wohlergehen ihrer Völker macht sie zu einem komplementären Gemeinwohlverband, an den nationales Verfassungsrecht seinerseits anschließt.¹³⁸ Die Nachordnung der älteren, integrationsgeschichtlich gewachsenen Aufgaben in den Absätzen 2–5 reflektiert diese Entwicklung. Sie leisten nun systematisch jeweils Beiträge zur übergreifenden Zielförderung.¹³⁹ Das Verfassungsrecht der Union ist dabei umso wichtiger, weil sie ohne anstaltliche (Staat) oder extralegale Auffangimagination (Nation) auskommen muss.¹⁴⁰ Die europäische Gesellschaft ist soziale Referenz und Fluchtpunkt des Unionsverfassungsrechts, aber keine Anlaufsemantik, die unabhängig von ihm gedacht wird.¹⁴¹

-
- 138 *Monica Claes*, Constitutionalizing Europe at its Source: The ‚European Clauses‘ in the National Constitutions: Evolution and Typology, YBEL 24 (2005), 81 (107); *Matthias Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 105 ff., Texte 613; zu Mitwirkungsmodi *Johannes Masing*, Verfassung im internationalen Mehrebenensystem, in: Matthias Herdegen u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München: C.H. Beck 2021, § 2 Rn. 97–108; *Wolfgang Kahl*, Das Verhältnis des Unionsrechts zum deutschen Recht, in: ders./Ludwigs (Fn. 79), § 37 Rn. 42–46.
- 139 Oben, II.4.; für ein entspr. Verständnis von Ziel- und Aufgabennormen unter der alten Säulenstruktur *Christian Calliess*, Kollektive Ziele und Prinzipien im Verfassungsrecht der EU: Bestandsaufnahme, Wirkungen und Perspektiven, in: Christian Hiebaum/Peter Koller (Hrsg.), Politische Ziele und juristische Argumentation, ARSP Beiheft 92 (2003), 85 (88 f.); auf staatlicher Ebene *Franz Reimer*, Verfassungsprinzipien, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 265.
- 140 *Manfred Zuleeg*, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 60 (2001), 363 (363): „Der Mitgliedstaat hat die Nation als eine zusätzliche Möglichkeit, Zusammenhalt zu erzielen. Umso wichtiger ist dann der rechtliche Zusammenhalt in der Europäischen Union.“ Zu einem auch durch europäische Integration modernisiertem Nationsverständnis *Ferdinand Weber*, „Wir-Gefühl“ in einer diversen Gesellschaft, in: Daniel Thym (Hrsg.), Deutschland als Einwanderungsland, Tübingen: Mohr Siebeck 2024, 71 (87–90).
- 141 Vgl. auch *de Búrca* (Fn. 134), 25 f.; zum Begriff der europäischen Gesellschaft von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.3.

Absatz 1 reflektiert so auch theoretisch die Neuverfassung der Union als Herrschaftsträgerin.¹⁴² Während der EuGH kurz vor der Unterzeichnung des Vertrags von Maastricht noch den Konnex zwischen wirtschaftlicher Aufgabenerledigung und Zielerreichung unterstrich, ist der Binnenmarkt heute eine Verfassungsaufgabe unter anderen. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts oder die Wirtschafts- und Währungsunion stehen selbständig neben ihm.¹⁴³ In der Gleichzeitigkeit von Verfassungsziel, Verfassungsaufgaben, gewachsener Kompetenzordnung und begrenzter Einzelermächtigung zeigt sich das Changieren der Union zwischen ihren völkerrechtlichen Wurzeln und einer politischen Föderation jenseits tradierter Kategorien. Die in Artikel 3 Absatz 1 und 6 gespeicherte Innovation liegt darin, dass die Union und ihre Mitgliedstaaten zur Zielförderung dauerhaft zusammenwirken müssen. Diese Festlegung trägt mit dem Gründungsanlass der Union, *durch* sie gemeinsame Ziele zu verwirklichen (Art. 1 Abs. 1), die Möglichkeit einer stärkeren politischen Identifikation mit ihr in sich.¹⁴⁴

142 Zur alten Säulenstruktur noch *Reimer* (Fn. 38), 996: „Dass sich die Ziel- und Aufgabenbestimmungen des Primärrechts insoweit nicht eindeutig haben zuordnen lassen, ist nur zu verständlich: Tragen die Gemeinschaften doch in viel stärkerem Maße als die Nationalstaaten den Charakter von Zweckschöpfungen.“

143 EuGH, Urt. v.18.6.1991, Rs. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, Rn. 39 – *ERT*; ähnliche Deutung *Anna Kocharov*, *Republican Europe*, Oxford: Hart 2017, 88 f.; kritisch *Martin Nettesheim*, Selbstbehauptung der EU durch Schutz des impliziten sozialen Kontrakts, in: Udo Di Fabio (Fn. 135), 23 (45); *Haltern* (Fn. 3), Rn. 1497: hochpolitische Ziele, aber praktisch weiter Output-orientierter Legitimationsmodus, der mit seinem Erfolg steht und fällt.

144 Oben, Fn. 75 m. Begleittext; für den Staat als Selbstverständlichkeit *Quentin Skinner*, *Thomas Hobbes und die Person des Staates*, Berlin: Duncker & Humblot 2017, 60: „Der Staat ist, zu guter letzt, nichts anderes als wir selbst. Wenn wir Staaten gründen, fügen wir der Welt nichts hinzu; wir reorganisieren und individualisieren uns nur auf eine neue Weise.“; für die Union als Ziel *Türküler Isiksel*, *How Transformative Is the European Project?*, in: *Maduro/Wind* (Fn. 134), 262 (266): „Like an Aristotelian virtue, supranationalism would initially be practised by member states out of self-regarding motives. Through sustained engagement in collective decision making, however, member states would acquire a universalist orientation in their exercise of public power. The core of the transformative ambition of supranationalism is therefore to rework the idea of self-interest – and indeed the very idea of self – by expanding member state’s scope of moral concern to include a community of peers.“

IV. Dogmatischer Gehalt und Normfunktionen

Die Erarbeitung dogmatischer Gehalte ist über Abgrenzungen vorzunehmen, um eine Überdeterminierung des offenen Wortlauts zu vermeiden (1.). Im Anschluss wird die Bedeutung von Zielen in der Praxis der Unionsorgane betrachtet. Ihre zunächst starke Bedeutung ist insgesamt zurückgegangen (2.). Denkbare Zielkonflikte sind in erster Linie politisch aufzulösen (3.).

1. Förderung als Ziel: Frieden, Werte, Wohlergehen

Fördern kennt keinen Verwirklichungsendpunkt.¹⁴⁵ Absatz 1 normiert ein Ewigkeitsziel, das jenseits eines Austritts den Anspruch der Union zum Ausdruck bringt, die Entwicklung der Mitgliedstaaten, ihrer Völker und Bürgerinnen und Bürger dauerhaft zu begleiten. Dass die Norm Allgemeinplätze benennt, ist irrelevant. Universelle Normgehalte werden von lokalen Ideen über Lebensweisen ausgefüllt.¹⁴⁶ Ein normatives Rückschrittsverbot hinter bislang Erreichtes lässt sich Absatz 1 nicht entnehmen.¹⁴⁷ Es würde der Dynamik des Integrationsprozesses zuwiderlaufen und politische Gestaltung hemmen.

a) Nur die Union

Der Wortlaut des Absatz 1 adressiert nur die Union. Die Mitgliedstaaten wirken über ihre Vertreter zwar mittelbar auf die Zielförderung der Union ein, über die Festlegung der „allgemeinen politischen Zielvorstellungen

145 Vgl. schon *Kotzur* (Fn. 34), 314 und dagegen aus den Verfassungsaufgaben Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 und Abs. 4 („errichtet“); *Schwind* (Fn. 34), 343: drückt zugleich realistisches Abstandnehmen von Utopien aus; vergleichend, mit Hinweis auf den Unterschied zwischen *pursuit* und *actual attainment* sowie Robert Alexys Konzept der Optimierunggebote *Larik* (Fn. 2), 33.

146 Oben, I.; zu staatlicher Gemeinschaftsbildung *Weber*, Staatsangehörigkeit (Fn. 120), 410 mwN.; Typologie von Vermittlungselementen bei *Janne Mende*, Der Universalismus der Menschenrechte, München: UKV 2021, 181–183.

147 Mit Recht ablehnend *Sommermann* (Fn. 7), Art. 3 Rn. 15 f.; *Ulrich Becker*, in: Jürgen Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2019, Art. 3 Rn. 10; vgl. zu Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.1.

und Prioritäten“ im Europäischen Rat (Art. 15 Abs. 1),¹⁴⁸ ihre legislative Übersetzung im Rat (Art. 16 Abs. 1) und die maßgebliche Vorprägung der Verhandlungen und den Abschluss internationaler Übereinkünfte (Art. 218 Abs. 2 AEUV). Unmittelbar verpflichtet, die Union im Rahmen *ihrer* Zielverwirklichung zu unterstützen und zuwiderlaufende Maßnahmen zu unterlassen, sind sie jedoch über Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV.¹⁴⁹ Die effektive Durchführung des Unionsrechts wird zudem als gemeinsames Interesse angesehen, Art. 197 Abs. 1 AEUV. Unionsinteressen sind von den Mitgliedstaaten zu schützen.¹⁵⁰ Angesichts dieser Bindungen besteht für eine Auslegung von „Union“ in Absatz 1, die auch die Mitgliedstaaten einschließt, kein Bedürfnis.¹⁵¹ Sie widerspricht der Differenzierung zwischen Union und Mitgliedstaaten, die sich durch das Unionsverfassungsrecht zieht.

b) Den Frieden

Jenseits von Präambelbestimmungen¹⁵² gelangte das Friedensziel zuerst in externer Ausrichtung mit dem Vertrag von Amsterdam die Verträge.¹⁵³ Zuvor war die EWG mittelbares Gewährleistungsinstrument des innereuropäischen Friedens mit wirtschaftlichen Mitteln.¹⁵⁴ Das Friedensziel in Absatz 1 ist seinem Wortlaut nach („den Frieden“) nicht auf eine interne Perspektive beschränkt, unabhängig von der in Absatz 5 Satz 2 explizit

148 An Abstimmungen nehmen nur die mitgliedstaatlichen Vertreter teil, Art. 235 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV.

149 Dazu *Schütze*, in diesem Band, IV.3.

150 Für die finanziellen Interessen der Union im Steuerstrafrecht (Art. 325 Abs. 2 und 3 AEUV) *Ferdinand Weber*, Effektive Steuerbetrugsbekämpfung im Unionsrecht und nationalen Recht, DÖV 2020, 62 (64 f.) mwN.

151 Anders *Ruffert* (Fn. 7), Art. 3 Rn. 4, der Union für den gesamten Artikel 3 nicht institutionell, sondern tätigkeitsbezogen interpretiert, um die Mitgliedstaaten einzuschließen.

152 Elfte Präambelerwägung des EUV: „... Frieden, Sicherheit und Fortschritt in Europa und in der Welt zu fördern [...]“, ABl. 2012 C 326/16 (konsolidierte Fassung), seit EUV-Maastricht.

153 Art. 11 Abs. 1 dritter Spiegelstrich EUV-Amsterdam, ABl. 1997 C 340/155; *Peter-Christian Müller-Graff*, Einheit und Kohärenz der Vertragsziele von EG und EU, in: Armin von Bogdandy/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam, EuR Beiheft 2/1998, 67 (69).

154 Oben, II.1.; *Ipsen* (Fn. 16), 54/14: „Ob die europäische Integration zur Weltfriedenssicherung beizutragen vermag, liegt außerhalb ihres Konzeptionsbereichs jedenfalls, soweit es um gemeinschaftszuständige Zielsetzung geht.“

gemachten Außendimension. Ein Seitenblick auf andere regionale Organisationen, die den Wirkradius ihres Friedensauftrags auf sich beschränken, stützt diese Lesart.¹⁵⁵ Bereits deshalb stellt das Friedensziel keine „Anpassung an den *mainstream*“¹⁵⁶ dar, sondern weist auf ein spezifisches Selbstverständnis der Union hin.

Der historische Normkern liegt im Unmöglichmachen innereuropäischer Gewalt durch Verflechtung. Absatz 1 macht die Union zu einem regionalen System kollektiver Sicherheit, da Friedenssicherung nicht mehr allein Sache der Mitgliedstaaten ist.¹⁵⁷ Das bis zum russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine im Februar 2022 sichtbare Verblässen des Friedensziels ist als Zeichen des Erfolgs der Union zu sehen, schmälerte seine Relevanz aber auch zuvor nicht.¹⁵⁸ Liest man partikuläre Grenzsetzungen gegen die Reichweite des europäischen Integrationsprozesses als Produkt und Reaktion auf tiefe Integrationsschritte, die europäische Staatlichkeit ihrerseits erst nachhaltig stabilisierten, sind auch sie dialektische Elemente einer gelingenden überstaatlichen Friedensgemeinschaft.¹⁵⁹

Das klassische Friedensziel für verbraucht zu erklären, war lange verbreitet.¹⁶⁰ Die Auszeichnung der Europäischen Union mit dem Friedensnobelpreis im Jahr 2012 – in einer dankbaren Selbstbezeichnung: the „biggest

155 Art. 1 ASEAN-Vertrag: „promote perpetual peace [...] among their peoples”; Art. 2 lit. a) OAS-Vertrag: „strengthen the peace and security of the continent”; Art. 3 lit. f) Constitutive Act of the African Union: „promote peace, security and stability on the continent”, Hervorhebungen jew. hinzugefügt.

156 Klemens H. Fischer, Der Europäische Verfassungsvertrag, Baden-Baden: Nomos 2005, 126, Herv. im Orig.

157 Wolff Heintschel v. Heinegg, in: Christoph Vedder/ders., Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2018, Art. 3 Rn. 5.

158 Zutreffend Ruffert (Fn. 7), Art. 3 Rn. 15; Peter-Christian Müller-Graff, in: Matthias Pechstein u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2023, Art. 3 Rn. 5: „Das Ziel der Friedensförderung ist angesichts der Ambivalenzen der menschlichen Natur niemals veraltet.“

159 BVerfGE 123, 267 (343) – Lissabon: „Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch.“; dazu Josef Isensee, Integrationswille und Integrationsresistenz des Grundgesetzes, ZRP 2010, 33 (37): „Die Stadt Aachen sollte erwägen, dem Zweiten Senat den Karlspreis zu verleihen.“, Hervorhebung im Original; nicht nur auf die Friedensfunktion bezogen Nettesheim (Fn. 143), 43 f.: Die „EU ließ sich über die längste Zeit ihres Bestehens als Förderin und Garantin der in den Mitgliedstaaten bestehenden impliziten sozialen Kontrakte begreifen.“

160 Haltern (Fn. 97), 310; ders. (Fn. 132), Rn. 1497; Walker (Fn. 96), 92 f.; Kocharov (Fn. 143), 106; de Búrca (Fn. 134), 25.

peacemaking institution ever created in world history“¹⁶¹ – ging spurlos an der Literatur vorüber. Gesucht wurde sinnstiftender Ersatz, etwa der Markt als Individualität beschäftigendes Konsumentenparadies.¹⁶² All das ruht indes auf einer nachhaltig gelingenden Friedensordnung. Das Friedensziel, mit Recht wachgehalten,¹⁶³ bleibt Hintergrundstruktur und Voraussetzung jeder Suche nach weiterreichenden Sinnangeboten. Ohne Frieden gibt es keinen Konsum jenseits existenzieller Bedürfnisse.

Unterstellt man dennoch eine schwache Sinnvermittlungskraft, ist die Ausweitung des Begriffsverständnisses ein Ausweg. Bedrohungen des Friedens können nicht mehr auf Gewaltausübung und -androhung beschränkt,¹⁶⁴ sondern auf handelspolitische, finanzielle oder technologische Abhängigkeit erstreckt werden. Dahinter steht die Vorstellung, das Friedensziel nicht an neue Bedrohungslagen anzupassen, gefährde den Bestand einer Verfassungsordnung selbst.¹⁶⁵ Das setzt indes die Vorstellung einer relativ ungefährdeten gesellschaftlichen Versorgung und Stabilität mit dem Friedensbegriff in eins. Nimmt der globale Wettbewerb um Ressourcen, Innovationen und den Erfolg konkurrierender Gesellschafts- und Herrschaftssysteme zu, führt der Weg zu friedlicher Versorgungsharmonie über eine harte Außenpolitik. Der Erweiterungsgedanke gerät in einen Widerspruch zur sonst befürworteten und kaum abstreifbaren Interdependenz in

161 So der damalige Präsident des Europäischen Rates *Herman van Rompuy* in einer Reaktion, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/PRES_12_426.

162 Das wurde früh debattiert, *Ipsen* (Fn. 16), 54/17 Fn. 46 mwN, später theoretisiert („Übergang vom Existenzialismus zum Konsumismus“) und in Vorteilen und Grenzen erfasst: *Haltern* (Fn. 97), 315, 329–331.

163 Im Rahmen der Staatsschulden-/Eurokrise *Grawert* (Fn. 106), 397 f.: „Ist die Lage so dramatisch, dass an die Nachkriegsvisionen erinnert werden muss? Ich erinnere mich noch deutlich an die nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges allseits gehegten Hoffnungen, aber auch an die Schwierigkeiten, Trümmer zu beseitigen, Vorbehalte auszuräumen und Hände über Grenzen auszustrecken; ich erinnere mich aber auch an die pragmatischen Überlegungen der europäischen Technokraten, die Vereinigung Europas step by step durch spezielle, begrenzte Zweckgemeinschaften, durch die Entwicklung eines freien Marktes zum Binnenmarkt und durch dessen Verdichtung zur Währungsunion so zu fördern, dass die politische Union sich schließlich automatisch einstellt.“

164 Schon die Debatte um den Gewaltbegriff aus Art. 2 Nr. 4 UN-Charta ist komplex, etwa mit Blick auf computergestützte Attacken auf staatliche Infrastruktur, s. *Wolff Heintschel v. Heinegg*, in: Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 8. Aufl., München: C.H. Beck 2024, § 55 Rn. 19 ff.; zur Passverteilung als Intervention *Ferdinand Weber*, *Passportisation: From a Neglectable Phenomenon under International Law to an Elusive Imperialist Strategy?*, *GYIL* 66 (2023).

165 Für diese Lesart *Kocharov* (Fn. 143), 1, 168.

der internationalen Gemeinschaft, die nie konfliktfrei ist. Er führt zudem gerade im Rahmen von Absatz 1 zu einer Unabgrenzbarkeit gegenüber der externen Dimension der Förderung des Wohlergehens.¹⁶⁶ Teilweise verschwimmen die Analyseebenen.¹⁶⁷ Ein weiter Friedensbegriff kann *politische* Gefährdungslagen scharfstellen; dogmatisch ist er abzulehnen.

Friedensförderung im Sinne von Absatz 1 als innere Bewahrung und äußere Mitwirkung auf eine *absentia belli*, d.h. den Ausschluss von Gewaltanwendung oder -androhung zu verstehen, verschafft der Norm einen greifbaren Gehalt und eine feste Gewährleistungserwartung. Die Wertbindung der Union strahlt auf diese dogmatische Substanz aus, weil eine wertewidrige Friedensförderung unionsverfassungsrechtlich perplex wäre (oben, III.1.b). Die Werte aus Artikel 2 sind *auch* Maßstab des Ziels, den Frieden zu fördern. Friedensförderung im Sinne von Absatz 1 schließt mit anderen Worten nicht an einen formellen (bloße Abwesenheit von Gewalt), sondern einen materiellen Friedensbegriff an, den die Werte ausfüllen.¹⁶⁸ Wie die Union kompetenziell auszustatten ist, um dieses Ziel effektiv zu fördern, ist dagegen keine Frage, deren Antwort im Friedensbegriff von Absatz 1 liegt.

Der intellektuellen Verabschiedung und dogmatischen Verschiebung des klassischen Friedensziels fehlen im Ergebnis gute Gründe. „Faktisch bedarf jeder organisierte politische Herrschaftsraum der Selbstbehauptung

166 Zum Friedensbegriff der UN-Charta vgl. *Thomas Kleinlein*, in: Bruno Simma u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Vol. 1, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press 2024, Art. 1 Rn. 18 ff., 21 („should also deal with the root causes of [...] poverty and underdevelopment [...]").

167 Deutlich bei *Markus Kotzur*, Die Präambel, die Artikel zu den Werten und Zielen der Europäischen Union, in: Matthias Niedobitek/Jiri Zemánek (Hrsg.), *Continuing the European Constitutional Debate*, Berlin: Duncker & Humblot 2008, 187 (197 f.), der zur Auslegung von Art. I-3 VVE auf den „kaum verbindlich definierbare[n]“ positiven/materialen Friedensbegriff abstellt und u.a. anführt: Das Staatsziel „Friedensstaatlichkeit“, Art. 1 Nr. 1 UN-Charta, den Schuman-Plan, Zielbestimmungen des E(W)GV und EGKS, die Werte der Union und letztlich einen „gesamtgesellschaftlichen Zustand, in dem all diejenigen Gründe von vornherein abgebaut werden sollen, die potentiell zu kriegerischen Auseinandersetzungen und sonstigen Formen von Gewaltanwendung führen könnten“, was von einer Regierung zurückhaltend, von der nächsten als orwell'sche Dassonville-Formel zu Interventionen in Gesellschaft und Freiheitsrechte gehandhabt werden kann.

168 Ideengeschichtlich und verfassungsrechtlich, auch zur Unterscheidung von formellem und materiellem Friedensbegriff, *Stephanie Schiedermair*, *Der internationale Frieden und das Grundgesetz*, Baden-Baden: Nomos 2004, 24–57, 102 ff., 120 f.; allg. *Gertrud Brücher*, *Frieden als Form*, Opladen: Lese + Budrich 2002, 51–64; zu negativem/positivem Friedensbegriff nach *Johan Galtung* oben, Fn. 97.

als Friedensordnung.¹⁶⁹ Das Bedürfnis nach vitalen, ‚neuen‘ Narrativen ist verständlich,¹⁷⁰ das Friedensziel aber keineswegs überholt. Für seine Revitalisierung genügt die Aufkündigung des Friedens durch Dritte, den etwa die Ukraine als EU-Beitrittskandidatin erleidet.¹⁷¹ Die Unterbetonung des Friedensziels wäre ein veritabler unionsverfassungsrechtlicher Kommunikationsfehler, der einen zentralen Legitimationsvermittler unionaler Politikgestaltung außer Acht ließe.

c) Ihre Werte

Im Frühjahr 2022 hat der EuGH das konzeptionelle Feld der Verfassungsidentität betreten und die Werte des Artikel 2 als (einen) materiellen¹⁷² Bestandteil derselben ausgewiesen.¹⁷³ Absatz 1 schlägt demnach eine Brücke zur identitätsbildenden Grundlage der Union. Werteförderung ist, wie überall, ein konservatives Projekt in progressiver Absicht, setzt Förderung doch den Erhalt der eigenen Grundlagen voraus.¹⁷⁴ Im Vergleich zum Friedensziel geht es um mehr, nämlich die Gestaltung der (in Frieden) gelebten Wirklichkeit in der Union.¹⁷⁵

169 *Di Fabio* (Fn. 135), 17.

170 *Albrecht Koschorke/Thomas Frank/Ethel Matala de Mazza/Susanne Lüdemann*, Der fiktive Staat, Frankfurt a.M.: Fischer 2007, 56–58, 353, 383; zum Friedensnarrativ der EU auch *Gertrude Lübke-Wolff*, Narrativkur für die EU? Forget it, in: Franzius u.a. (Fn. 52), 195 (195 f.).

171 Ähnl. Gedanken bereits bei *Starck* (Fn. 90), 867; weitere Aspekte zusammenfassend *Joas* (Fn. 22), 11–15; *Halter* (Fn. 3), Rn. 396; zu den Implikationen des russischen Angriffskriegs *Peter Graf Kielmannsegg*, Putins Krieg, FAZ Nr. 90 v. 19.4.2022, 7; NATO 2022 Strategic Concept, Ziff. 8 f.

172 Der Anwendungsvorrang als (laut EuGH) unbedingte Kollisionsnorm gehört der Konzeption nach ebenfalls zur unionalen Verfassungsidentität; hierzu krit. *Ferdinand Weber*, Die Identität des Unionsrechts im Vorrang, JZ 77 (2022), 292 (300 f.); unten, Fn. 269.

173 EuGH, Urte. v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rn. 127 – *Ungarn/Parlament und Rat*, und Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 145 – *Polen/Parlament und Rat*; für eine Analyse *Weber* (Fn. 6), 524–533; *ders.*, Horizontale Unionsaufsicht und vertikale Werteentwicklung zum Schutz der unionalen Verfassungsidentität, EuR 2022, 783 (791 ff.).

174 Vgl. *Kotzur* (Fn. 167), 200.

175 *Kotzur* (Fn. 167), 195: „Die Ziele setzen die Werte in Handlungsdirektiven und Verantwortungsperspektiven um.“; *Armin von Bogdandy*, Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch, ELJ 16 (2010), 95 (107): „Objectives, on the other hand, stipulate the intended effects in social reality.“; *Kocharov* (Fn. 143),

Ob innerhalb der Werte Hierarchien bestehen oder einzelne Werte in anderen enthalten sind, ist hier nicht von Interesse.¹⁷⁶ Die politische Praxis rückt einzelne Werte automatisch in den Vordergrund. Über Absatz 1 kann die Union dabei nur so weit Werteförderung in den Mitgliedstaaten betreiben wie ihre Zuständigkeiten reichen. Das ergibt sich aus Art. 3 Abs. 6.¹⁷⁷ Der EuGH hat im Zusammenhang mit Artikel 2 (Rechte der Minderheiten) und Artikel 3 Abs. 3 UAbs. 4 (Wahrung des Reichtums der kulturellen und sprachlichen Vielfalt) die im Verfassungskern angelegte Unterscheidung zwischen Werten und Zielen bestätigt. Danach können aus dem Werteförderungsziel keine Rechtsetzungsbefugnisse abgeleitet werden. Die Unionsorgane bedürfen umgekehrt letzterer, um auf die Achtung der Werte abzielen und sie im Sinne von Absatz 1 fördern zu können.¹⁷⁸ In der Praxis sind Kommission und EuGH stark in vertikalen Wertekonflikten mit den Mitgliedstaaten engagiert, wobei Rechtsstaatlichkeit im Zentrum steht. Eine deformierte Rechtsstaatlichkeit kann sich praktisch auf weitere Werte, etwa Menschenrechte im europäischen Haftbefehls- oder Asylsystem auswirken.¹⁷⁹

Werteförderung hat zudem eine Außendimension. Absatz 5 Satz 1 konkretisiert sie in einen Schutz- und Förderauftrag, der nicht nur die Werte, sondern auch die „Interessen“ der Union umfasst. Zugleich soll die Union „einen Beitrag [...] zur strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts“ leisten (Absatz 5 Satz 2). Das erscheint ambivalent, eröffnet

84 f.: „Values thus define the identity of the polity (the principles that shape its political process) while functional objectives define policy choice (a specific balance of interests).“; Karl-Peter Sommermann, Die gemeinsamen Werte der Union und der Mitgliedstaaten, in: Matthias Niedobitek (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl., Berlin: De Gruyter 2020, § 3 Rn. 9–11.

176 Sommermann (Fn. 7), Art. 3 Rn. 23, sieht im Wert der Rechtsstaatlichkeit zugleich den Schutz der Menschenwürde, individuelle Freiheit und das Gleichheitsprinzip mitenthalten.

177 Nach Müller-Graff (Fn. 158), Art. 3 Rn. 20 sind die Mitgliedstaaten über Art. 2 S. 2 zur Werteverwirklichung verpflichtet, in Art. 3 Absatz 1 liege eine komplementäre Hinwirkungsmöglichkeit der Union; der EuGH erwähnt den Kompetenzvorbehalt aus Art. 3 Abs. 6 EUV in der Sache, ohne die Norm zu nennen, jew. identisch in EuGH (oben Fn. 173), Rn. 127 (Ungarn-Verfahren) und Rn. 145 (Polen-Verfahren): „Thus, the European Union must be able to defend those values, within the limits of its powers as laid down by the Treaties.“

178 Im Kontext einer Klage betr. die Registrierung einer Europäischen Bürgerinitiative unter Bestätigung eines Urteils des Gerichts EuGH, Urt. v. 20.1.2022, Rs. C-899/19 P, ECLI:EU:C:2022:41, Rn. 50 ff., insbes. 55 – Rumänien/Kommission.

179 Dazu Farahat, in diesem Band, IV.3.

aber deutlicher als Absatz 1 ein politisches Abwägungsprogramm, das hier nur angedeutet werden kann.¹⁸⁰ Inwiefern auswärtiges Handeln der Union einer starken Wertbindung unterliegt oder Interessen – etwa im Rahmen von Handels- und Präferenzabkommen – den Einsatz von Verhandlungsmacht und Abstriche bei der Werteförderung zulassen, ist unklar. Letzteres entspräche den historischen Erfahrungen der Dekolonisationsprozesse,¹⁸¹ Fragmenten in der EMRK¹⁸² und würde sich mit der klassischen Auffassung einer reduzierten Bindung auswärtiger Politik decken („Zwänge internationaler Rücksichtnahme“).¹⁸³ Der EuGH geht von erweiterten politischen Spielräumen im Auswärtigen aus.¹⁸⁴ Widersprüche müssen politisch und von der Rechtsprechung ausgeglichen und aufgelöst werden.¹⁸⁵

180 Näher *Payandeh* und *Ley*, in diesem Band; zur Entwicklung speziell der außenpolitischen Ziele *Larik* (Fn. 2), 72 ff.

181 Zur handelspolitischen Übervorteilung der afrikanischen Staaten im Zuge der Dekolonisation *Joas* (Fn. 22), 76; *Patel* (Fn. 12), 311–329, insbes. 321 ff.; *Rafael Lima Sakr*, From Colonialism to Regionalism: The Yaoundé Conventions (1963–1974), ICLQ 70 (2021), 449 (452–457, 466 f.); zur Arbeitnehmerfreizügigkeit *Hanna Eklund*, Peoples, Inhabitants and Workers. Colonialism in the Treaty of Rome, EJIL 34 (2023), 831 (850–853).

182 In Algerien und Kenia war der Einsatz von Folter nach dem Zweiten Weltkrieg weiter verbreitet, weshalb Frankreich und Großbritannien die Einfügung einer ‚Kolonialklausel‘ in die EMRK durchsetzten, Art. 56 Abs. 1 und 3 EMRK, um ihre Anwendung auf koloniale Besitzungen auszuschließen, *Joas* (Fn. 22), 68 f.; *Christian Hillgruber*, Kommentar zu Hans Joas, Die Sakralität der Person, in: Michael Kühnlein/Jean-Pierre Wils (Hrsg.), Der Westen und die Menschenrechte, Baden-Baden: Nomos 2019, 45 (53 Fn. 17); Großbritannien machte deutlich, die EMRK sonst nicht unterzeichnen zu können, *Ed Bates*, The Evolution of the European Convention on Human Rights, Oxford: Oxford University Press 2010, 93, unterzeichnete sodann am 4.11.1950 und gab die Unterwerfungserklärung zum Individualbeschwerdeverfahren 1966 ab; in Frankreich trat die EMRK 1974 in Kraft, die Unterwerfungserklärung folgte 1981; die Bundesrepublik ratifizierte am 5.12.1952, noch unter dem Besatzungsstatut; zu Besonderheiten *Andreas L. Paulus*, The Jurisprudence of the European Court of Human Rights as a Mirror of German History, HRLJ 39 (2019), 11 (11 f.).

183 Diese Formel als Rechtfertigungsmöglichkeit für Maßnahmen, die dem Kerngehalt eines Werts oder Ziels zuwiderlaufen, sieht *Sommermann* (Fn. 175), § 3 Rn. 16.

184 Exemplarisch EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-272/15, ECLI:EU:C:2016:993, Rn. 24 ff. – *Swiss International Airlines*.

185 Zur Rspr. *Rupert Dunbar*, Article 3(5) TEU a Decade on: Revisiting ‚strict observance of international law‘ in the Text and Context of Other EU Values, MJ 2021, 479 (492–496); zu Transferbemühungen (u.a. Art. 9 Cotonou-Abkommen) *Till Patrik Holterhus*, The Legal Dimensions of Rule of Law Promotion in EU Foreign Policy, GoJIL 9 (2018), 71 (89–91, 94 ff.), mit dem Fazit: „[...] the EU’s hegemonial aspirations of exporting its values are, in principle not open to political debate.

d) Das Wohlergehen ihrer Völker

Absatz 1 weist der Union die Völker der Mitgliedstaaten zur Förderung ihres Wohlergehens als *ihre* Völker zu.¹⁸⁶ Diese begrenzte Zweitzuordnung der Legitimationssubjekte der Mitgliedstaaten bringt die Aufwertung und komplementäre Gemeinwohlverantwortung der Union am klarsten zum Ausdruck. Das Ziel ist ebenso wenig ‚regionalistisch‘ wie staatliche Gemeinwohlverfolgung nach außen ‚nationalistisch‘ ist, sondern ein grundlegendes Verfassungsziel, das die Daseinsberechtigung einer politischen Gemeinschaft ausmacht.¹⁸⁷ Da nicht das Wohlergehen der Union, sondern ausdrücklich jenes der Völker Bezugspunkt ist, verweist die Norm auch auf Abwägungsaufgaben in Verteilungsentscheidungen.

Ein Rückblick unterstreicht die Abhebung vom zuvor rein ökonomischen Bezug („Lebenshaltung“), ohne diesen hinter sich zu lassen.¹⁸⁸ Die Verschiebung des Ziels eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt aus dem Kopfteil der Verträge in ein Protokoll ist eine weitere Akzentsetzung. Es ist unabhängig von seinem Rang (Art. 51) nicht mehr an systematisch prominenter Stelle „Gradmesser für den Stand der Integration“.¹⁸⁹ Die Präambel des EUV fügt der Absicht, den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu verfolgen, seit dem Vertrag von Lissabon hinzu, dies „unter Berücksichtigung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung“ zu

Instead, these aspirations derive from and are decided by the constitutional legal imperative of the EU treaties.“ (Herv. im Original); s. auch *Angelika Nußberger*, *Die Menschenrechte*, München: C.H. Beck 2021, 109 f.

186 *Grawert* (Fn. 106), 399: „zu Adressaten zielorientierter Förderungspolitiken der Union vergemeinschaftet“; *Stelio Mangiameli*, in: Blanke/ders. (Fn. 7), Art. 2 Rn. 39 aE: „but, take note, they are no longer the peoples of the MS (as in the Preamble), but ‚its‘ peoples (namely of the Union).“

187 Vgl. *Di Fabio* (Fn. 102), 38 f.

188 Mit fortschreitenden Qualifizierungen, Art. 2 Abs. 1 a.E. EGKSV: „zur Hebung der Lebenshaltung in den Mitgliedstaaten beizutragen“; Art. 2 EWGV: „eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung [...] zu fördern“; Art. 2 EGV-Maastricht: „Hebung der Lebenshaltung und Lebensqualität“, in den Fassungen von Amsterdam und Nizza unverändert; im Primärrecht weiter in Art. 37 Abs. 3, 39 Abs. 1 lit. b) AEUV.

189 Zuletzt Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV-Nizza, jetzt Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2010 C 83/309; *Terhechte* (Fn. 34), Art. 3 Rn. 6 f., Zitat; das Mandat für die Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon verknüpfte die Neupositionierung von (nun) Artikel 3 EUV mit der Schaffung des Protokolls, s. Europäischer Rat v. 21/22.6.2007 (Fn. 74), 24 Ziff. 3 m. Fn. 16. Für die Rspr. ändert sich durch das Zusammenlesen von Art. 3 Abs. 3 EUV und dem Protokoll nichts: EuGH, Urt. 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 20 – *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*.

tun „und Politiken zu verfolgen, die gewährleisten, dass Fortschritte bei der wirtschaftlichen Integration mit parallelen Fortschritten auf anderen Gebieten einhergehen“ (Abs. 9). All das spricht für einen Anschluss an die Tradition des weiten Gemeinwohlbegriffs, aus dem dogmatisch indes wenig mehr folgt als ein Konkretisierungsauftrag (oben, III.1.b). Artikel 3 Absatz 3 UAbs. 1 und Absatz 4 tun dies in Form des Binnenmarkts mit sozialer Marktwirtschaft und der Wirtschafts- und Währungsunion.¹⁹⁰ Im Gemeinwohlziel liegt das große unionsverfassungsrechtliche Versprechen, in einem weiten Sinn Grundlagen für die individuelle Gestaltung eines „guten Lebens“ zu schaffen und zu erhalten.¹⁹¹

Das Element teilt so im Ergebnis mit, dass das Unionsverfassungsrecht die Gewährleistung wirtschaftlicher Freiheiten nicht mehr als Prius des Verbandes versteht, sondern instrumentell.¹⁹² Das führt zur alten Frage nach der Rolle des Wohlstandsniveaus für die Stabilität demokratischer Ordnungen und ihr Verhältnis zu Märkten.¹⁹³ Das Zusammenlesen mit der Kompetenzordnung verdeutlicht, dass jederzeit weitere Gemeinwohlverantwortung im föderalen Gefüge verschoben werden kann. Die Bedeutung sozialpolitischer Gestaltungsbefugnisse für politische Legitimation scheint substanziellen Übertragungen aber entgegenzustehen (zurückhaltend etwa Art. 153 Abs. 2, 4 und 5 AEUV).

190 Dazu *Goldmann und Ioannidis*, in diesem Band.

191 Für die Ausrichtung politischer Kraft auf den dafür maßgeblichen Binnenmarkt *Nettesheim* (Fn. 143), 37–43.

192 *Müller-Graff* (Fn. 158), Art. 3 Rn. 23; *Kotzur* (Fn. 167), 201: „Das Wohlergehen der Völker [...] setzt leistungsfähige Volkswirtschaften voraus und versteht Wirtschaftsleistung zugleich *instrumental*, fordert Gemeinwohlverträglichkeit des Wirtschaftens.“ Herv. im. Original; einen weiter wirtschaftlichen Schwerpunkt sieht *Ruffert* (Fn. 7), Art. 3 Rn. 13; *Heintschel v. Heinegg* (Fn. 157), Art. 3 Rn. 7: Weiterentwicklung der im globalen Vergleich hohen sozialen, wirtschaftlichen und politischen Standards.

193 Für einen tatsächlichen Vorrang *Peter-Christian Müller-Graff*, Die Kopfartikel des Verfassungsentwurfs für Europa: Ein europarechtlicher Vergleichsblick, integration 2003, III (117): „Die Reihung der Werte vor dem Wohlergehen mag als ideelle Orientierung angehen, solange bewusst bleibt, dass es bei realitätsnaher Betrachtung gerade die Verwirklichung des Ziels des „Wohlergehens“ ist, die dem dauerhaften Frieden und der Verwirklichung der „Werte“ ihre irdischen Erfolgchancen maßgeblich vorspart und erleichtert.“; abl. *Otto Depenheuer*, Setzt Demokratie Wohlstand voraus?, Der Staat 33 (1994), 329 (347 ff.); zum Verhältnis demokratischer Marktgestaltung und Integrationsprozessen *Torben Iversen/David W. Soskice*, Democracy and Prosperity, Princeton: Princeton University Press 2019, 46–51, 122 f.; zu Überforderungszeichen *Niklas Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat [1981], München: Olzog 2011, 137–139; *Di Fabio* (Fn. 88), 192–201.

2. Bedeutungsverschiebungen in Organpraxis und Unionsverfassungsrecht

Die Hochkonjunktur der Abstützung auf Ziele durch die Rechtsprechung liegt dem Inkrafttreten von Absatz 1 voraus (a). Inkrafttreten von Absatz 1 voraus Anwendungspraxis und rechtliche Einbettung der Vertragsabrundungsklausel unterstreicht die Funktionsänderung der Ziele beispielhaft (b). Ihre abnehmende Bedeutung erklärt sich aus der Stabilisierung der Rechtsordnung *aufgrund* ihrer erfolgreichen Nutzung zur Fortentwicklung des Integrationsprozesses (c).

a) Ziele und Aufgaben als Bausteine von effet utile und Supranationalität

In der Anlaufphase der Rechtsprechung¹⁹⁴ kam den Vertragszielen zentrale Bedeutung zu. Die Auslegung von Gemeinschaftsrechtsnormen im Lichte der Vertragsziele führte zum Gebot der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*).¹⁹⁵ Sie begann bereits in der Montanunion.¹⁹⁶ Die Etablierung von unmittelbarer Anwendbarkeit und Vorrang des Gemeinschaftsrechts stützte sich auf das Ziel des EWG-Vertrags (Markterrichtung), die Präambel und Art. 5 Abs. 2 EWGV (heute Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV).¹⁹⁷ Mehr als diese abstrakten Haltepunkte gab die Rechtsordnung nicht her. Die Postulate

194 Gesamtüberblick in EuGH, Jahresbericht 2019, 2020, 121.

195 Explizit aus institutioneller Perspektive *Hans Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, in: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Begegnung von Justiz und Hochschule am 27. und 28. September 1976, Berichte, 1976, I-44; *Pierre Pescatore* zitierend *Koen Lenaerts/José. A. Gutiérrez-Fons*, Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, Brüssel: Bruylant 2020, S. 54 Ziff. 55 a.E.: „les traités instituant les Communautés [devenues l'Union] sont entièrement fondés sur la notion d'objectifs à atteindre“.

196 EuGH, Urt. v. 29.11.1956, Rs. 8/55, ECLI:EU:C:1956:11, 311 f. – *Fédération Charbonnière de Belgique*; *Werner Feld*, The Court of The European Communities: New Dimension in International Adjudication, The Hague: Martinus Nijhoff 1964, 39, 53; *Donner*, The Constitutional Powers (Fn. 25), 133; *Hans Kutscher*, Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, 392 (395 f.).

197 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, 24 – *van Gend & Loos*; Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, 1269 f. – *Costa/E.N.E.L.*; *José Luís da Cruz Vilaça*, Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour, in: Court of Justice of the European Union (Hrsg.), The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, The Hague: Springer 2013, 279 (281).

des Gerichtshofs¹⁹⁸ wurden von den Mitgliedstaaten, wenn auch nicht vorbehaltlos, akzeptiert.¹⁹⁹

Auch für Fragen zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Primärrechtsnormen waren „Geist, Aufbau und Wortlaut“ einer Norm sowie „System und Ziele des Vertrages“ flexible Argumentationsbausteine, auf die der EuGH zurückgriff.²⁰⁰ Blieb vertraglich angekündigtes Sekundärrecht aus, hatten die Mitgliedstaaten Grundfreiheiten vertragszielkonform zu gewährleisten.²⁰¹ Dasselbe gilt für die Auslegung des Sekundärrechts am Maßstab der Grundfreiheiten. Sie bleibt über letztere an die Vertragsziele rückgebunden, damit die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigt wird.²⁰² Derselbe Rückgriff auf System und Vertragsziele erfolgte zur Etablierung der impliziten Außenkompetenzen unter Rückgriff auf die implied-powers-Lehre,²⁰³ im prätorischen Grundrechtsschutz zur Rechtfertigungsprüfung von Eingriffen²⁰⁴ und weiteren Einwirkungen

198 Dazu *Ferdinand Weber*, Innere Souveränität: Die Union und ihre Mitgliedstaaten, in: Holterhus/ders. (Hrsg.), Europäische Souveränität, Tübingen: Mohr Siebeck 2024, 47 (59–61).

199 Näher zu zeitgenössischen Reaktionen *Morten Rasmussen/Dorte Sindbergh Martinsen*, EU Constitutionalisation Revisited: Redressing a Central Assumption in European Studies, ELJ 25 (2019), 215 (262–267); *Weber* (Fn. 9), 249 Fn. 54.

200 EuGH, Urt. v. 13.7.1966, verb. Rs. 56/64 und 58/64, ECLI:EU:C:1966:41, 388 – *Consten und Grundig/Kommission*; Urt. v. 13.7.1966, Rs. 32/65, ECLI:EU:C:1966:42, 483 – *Italien/Rat und Kommission*; Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 22 – *Europemballage Corporation und Continental Can Company/Kommission*, Zitate; Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56, Rn. 8/11 – *Defrenne II*.

201 EuGH, Urt. v. 28.4.1977, Rs. 71/76, ECLI:EU:C:1977:65, Rn. 15/18 – *Thieffry* (Niederlassungsfreiheit); zur Rechtsprechung *Lars Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 382 ff.

202 EuGH, Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81, ECLI:EU:C:1982:105, Rn. 15 – *Levin* (Arbeitsnehmerfreizügigkeit).

203 EuGH, Urt. v. 31.3.1971, Rs. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32, 275 f. – *AETR*; *Joseph H.H. Weiler*, The Transformation of Europe, Yale Law Journal 100 (1991), 2403 (2416 f.): „With this decision, subsequently replicated in different contexts, the European Court added another rung in its constitutional ladder: powers would be implied in favor of the Community where they were necessary to serve legitimate ends pursued by it.“

204 EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367, Rn. 87 – *Deutschland/Rat* (Bananenmarkt): „[...] mit der Verordnung vorgenommene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der traditionellen Vermarkter von Drittlandsbananen dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entspricht und dieses Recht nicht in seinem Wesensgehalt antastet.“

auf das nationale Recht.²⁰⁵ Ein direkter Schluss von Zielen auf Kompetenzen erfolgte nie, wohl aber von Organen zugewiesenen Aufgaben auf die zu ihrer Erfüllung erforderlichen Befugnisse.²⁰⁶ Das lässt sich als mittelbare Transformationswirkung der Ziele bezeichnen. Sie entfalteten aber keine unmittelbar „zuständigkeitseröffnende Funktion“.²⁰⁷

Auch der Autonomieschutz ist eng mit Vertragszielen verknüpft, weil das vom EuGH geformte Konzept dazu dient, die Ziele der Union unbeeinträchtigt verfolgen zu können.²⁰⁸ Das setzt die Erhaltung des etablierten Systems voraus. Im ersten EWR-Gutachten grenzte der EuGH die EWG gerade unter Rückgriff auf die Ziele des Vertrags gegen den Europäischen Wirtschaftsraum ab. Letzterer verfolge „nur“ das Ziel der Anwendung von Freihandels- und Wettbewerbsregeln auf völkerrechtlicher Grundlage, während entsprechende Politikbereiche der Gemeinschaft in einer Rechtsordnung existieren,

„deren Ziele über das mit dem Abkommen verfolgte Ziel hinausgehen. [...] Aus dem Vorstehenden folgt, daß die Bestimmungen des EWG-Vertrags, die den freien Verkehr und den Wettbewerb regeln, keineswegs ein Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Verwirklichung dieser Ziele sind.“²⁰⁹

Die Vertragsziele stellten im Ergebnis den zentralen dogmatischen Rücklaufpunkt zur Entwicklung konkreter Politikbereiche dar und waren strukturell transformativ angelegt.²¹⁰ In den Worten des EuGH „ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im

205 Exemplarisch *Thomas von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, Tübingen: Mohr Siebeck 1996, 379 f.: „Abwägungsimmunität“ des Europarechts gegenüber den Strukturen nationaler Verwaltungsrechtssysteme; zum Kontext *Schorkopf* (Fn. 79), Rn. 44 ff.

206 EuGH, Urt. v. 9.7.1987, verb. Rs. 281, 283–285, 287/85, ECLI:EU:C:1987:351, Rn. 28 – *Deutschland u.a./Kommission u. Parlament*.

207 In diesem Sinne *Reimer* (Fn. 38), 1001 Fn. 71 (Zitat), der hierfür auf Literatur Bezug nimmt; ebenso *Larik* (Fn. 38), 953 f. – unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH lässt sich diese These nicht aufrechterhalten, soweit eine Zuständigkeitsverschaffung gemeint ist.

208 EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 30 – *EWR I*; Gutachten 1/00 v. 18.4.2002, ECLI:EU:C:2002:231, Rn. 12 f. – *Gemeinsamer Eur. Luftverkehrsraum*; Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 66 f., 76, 89 – *Patentgericht*.

209 EuGH, *EWR I* (Fn. 208), Rn. 16 aE, 18; zu den angesprochenen Zielen unten, Fn. 214.

210 Vgl. EuGH, Urt. v. 4.4.1974, Rs. 167/73, ECLI:EU:C:1974:35, Rn. 22/24 – *Kommission/Frankreich*; Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 125 – *Hoffmann-*

Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.“²¹¹ Damit war ein Selbstverständnis verbunden, das sogar die *Pflicht* formulierte, den vertraglich verankerten, transformatorischen Zielwillen der Mitgliedstaaten gegen Widerstände wechselnder Regierungen durchzusetzen.²¹² Auch hier erweist sich die Unterscheidung von Mitgliedstaaten und Regierungen als zentral.²¹³ Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts kann so letztlich selbst zu weiteren Integrationsschritten beitragen.²¹⁴

Die institutionelle Stabilisierungsfunktion der Ziele zeigt sich auch negativ. Das zugunsten der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in den und gegen die Mitgliedstaaten mit subjektiven Rechten ausgestattete Individuum kann aus den Zielnormen selbst keine Rechte, etwa auf eine (bestimmte) Zielverwirklichung, gegenüber der Gemeinschaft herleiten. Ziele gehen über Programmsätze hinaus, setzen aber politische Entscheidungen voraus.²¹⁵ Die Vertragsziele sind damit maximal unionsfreundliche Auslegungsinstrumente.²¹⁶

La Roche; Urt.v. 5.5.1982, Rs.15/81, ECLI:EU:C:1982:135, Rn.33 – *Schul*; Urt. v. 25.2.1988, Rs. 299/86, ECLI:EU:C:1988:103, Rn. 24 – *Drex*l.

211 EuGH, Urt. v. 6.10.1982, Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, Rn.20 – *CILFIT*; Urt. v. 6.10.2021, Rs. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, Rn. 46 – *Consorzio Italian Management*; Urt. v. 26.4.2022, verb. Rs. C-368/20 und C-369/20, ECLI:EU:C:2022:298, Rn. 56 – NW.

212 In diesem Sinne *Kutscher* (Fn. 195), I-41 f.

213 Vgl. unten, Fn. 231.

214 EuGH, *EWR I* (Fn. 208) meint im Jahr 1991 mit zu verwirklichenden Zielen den Binnenmarkt, die Wirtschafts- und Währungsunion und, unter Hinweis auf Art.1 EEA, „das Ziel, zu konkreten Fortschritten auf dem Wege zur Europäischen Union beizutragen.“ (Rn.17); *Kutscher* (Fn. 196), 400 f.; vgl. auch *Koen Lenaerts*, *Some Thoughts about the Interaction between Judges and Politicians*, University of Chicago Legal Forum 1 (1992), 93 (95).

215 EuGH, *Zaera* (Fn. 40) Rn.11; Urt. v. 17.3.1993, verb. Rs.C-72/91 und C-73/91, ECLI:EU:C:1993:97, Rn. 26–28 – *Sloman*; Urt. v. 12.5.1998, Rs. C-336/96, ECLI:EU:C:1998:221, Rn. 15 f. – *Gilly*; Urt. v. 23.11.1999, Rs. C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574, Rn. 86 – *Portugal/Rat*; *Lenaerts/Van Nuffel* (Fn. 14), Rn. 5.008.

216 Vgl. etwa *Halter*n (Fn. 3), Rn.1503; für den konfliktreichen Ansatz, gemeinsame Verfassungstraditionen im Rahmen von Art. 52 Abs. 4 GRCh über eine an Vertragszielen orientierte teleologische Auslegung zu ermitteln, *Weber* (Fn. 52), 391.

b) Entdynamisierung als Konstitutionalisierung. Ziele und „Vertragsabrundung“

Die Einhegung des Dynamisierungspotenzials der Vertragsziele lässt sich an der Vertragsabrundungsklausel, heute Art. 352 AEUV, ablesen. Ihre Vorläufernormen (Art. 235 EWGV, Art. 308 EGV) waren von großer Bedeutung für die Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts und zentrale Elemente verfassungsgerichtlicher Stellungnahmen.²¹⁷ Aufgrund des offenen Vertragsdesigns (oben, II.1.) erschienen sie zur Zielerreichung unverzichtbar.²¹⁸ Heute setzt ihre Aktivierung voraus, dass ein Tätigwerden der Union „im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich“ erscheint, „um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen“, eine ausdrückliche Befugnis aber fehlt. Notwendig ist Einstimmigkeit im Rat und die Zustimmung des Europäischen Parlaments. Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Bezugnahme auf Ziele der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Absatz 4).²¹⁹ Darüber hinaus hat die Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon der Schlussakte gleich zwei Erklärungen beigelegt.²²⁰ Während Erklärung Nr. 42 die Abgrenzung zur Vertragsänderung betont,²²¹ soll Erklärung Nr. 41 einen Rückgriff auf Absatz 1 unmissverständlich ausschließen:

„Die Konferenz erklärt, dass die in Artikel 352 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union enthaltene Bezugnahme auf die Ziele der Union die in Artikel 3 Absätze 2 und 3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegten Ziele sowie die Ziele des Artikels 3

217 BVerfGE 89, 155 (210) – *Maastricht*, dazu *Dehousse* (Fn. 29), 158; Neubewertung der veränderten Norm unter Kopplung der Zustimmung des dt. Vertreters im Rat an ein Gesetz gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG in BVerfGE 123, 267 (393–395) – *Lissabon*; kodifiziert in § 8 IntVG, BGBl. 2009 I, 3022.

218 *Hanspeter von Meibom*, Lückenfüllung bei den Europäischen Gemeinschaftsverträgen, NJW 1968, 2165 f.

219 Zur normrelativierenden Bedeutung der implied powers-Lehre in den Außenbeziehungen *Jan Klabbers*, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2015, 64.

220 Sie sind zur Auslegung heranzuziehen, Art. 5 und 31 Abs. 2 lit. a) WVRK; Frankreich ist dem Übereinkommen ferngeblieben, der EuGH zieht es aber unterstützend heran, zumal weite Teile Völkergewohnheitsrecht wiedergeben, siehe EuGH, Urt. v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 70 f. – *Wightman u.a.*

221 Für den Wortlaut ABl. 2012 C 326/352; inhaltlich handelt es sich um eine fast wörtliche Übernahme von EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 30 – *EMRK-Beitritt I*.

Absatz 5 des genannten Vertrags hinsichtlich des auswärtigen Handelns nach dem Fünften Teil des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betrifft. Es ist daher ausgeschlossen, dass auf Artikel 352 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union gestützte Maßnahmen ausschließlich Ziele nach Artikel 3 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union verfolgen.“²²²

Hier stellen sich Fragen. Die Unterstreichung der Anwendbarkeit der Absätze 2, 3 und 5 ist regelungstechnisch überflüssig. Zum Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion (Artikel 3 Absatz 4) fehlt jede Äußerung. Warum die Direktiven nicht unmittelbar in Artikel 352 Absatz 4 oder – ranggleich (Artikel 51) – in ein Protokoll eingefügt wurden, ist unklar. So stellt das Binnenmarkt- und Wettbewerbsprotokoll eine Verbindung zu Artikel 352 AEUV her, obwohl das Ziel des Wettbewerbsschutzes aus dem Kopfteil des Vertrages entfernt wurde. Die Methode ist also bekannt.²²³ Die Unstimmigkeiten müssen mit politischen Differenzen unter den Vertragsgebern erklärt werden. Der explizite Ausschluss des Übergangs zum Mehrheitsprinzip in Artikel 353 AEUV unterstreicht, hier keine Flexibilisierung der Kompetenzordnung zulassen wollen.²²⁴

Die ältere Anwendungspraxis erhellt, dass sich hier ein Zeichen konstitutioneller Verdichtung zeigt. Auf der Pariser Gipfelkonferenz 1972 vereinbarten die Staats- und Regierungschefs, Artikel 235 EWGV – in dem kein mitgestaltender Anteil des Europäischen Parlaments am Normerlass vorge-

222 ABl. 2012 C 326/352 (Auszug); die engl. Fassung spricht bezüglich Absatz 1 von „objectives“ und übergeht so den Wortlaut des Abs. 1 („aim“), soweit nicht Frieden, Werte und Wohlergehen als Elemente der Zieltrias gemeint sind.

223 In Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (oben, Fn. 189) sind die Mitgliedstaaten ausdrücklich übereingekommen, „dass für diese Zwecke die Union erforderlichenfalls nach den Bestimmungen der Verträge, einschließlich des Artikels 352 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, tätig wird.“; Protokoll Nr. 27 ist insoweit unionsverfassungsrechtlich (Art. 51) Ziel iSv Art. 352 Abs. 1 AEUV.

224 Vgl. auch *Jürgen Bast*, *The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution*, GLJ 6 (2005), 1433 (1450): „counterbalancing the wide scope of empowerment with procedural safeguards“, und den Ausschluss in Art. 179 Abs. 3 AEUV.

sehen war – extensiv zu nutzen.²²⁵ Die zuvor als *dead letter*²²⁶ geltende Klausel diene seither der exekutivlastigen Erschließung neuer Politikbereiche, die erst später im Primärrecht verankert wurden, etwa Tourismus, Energie, Verwaltungszusammenarbeit, Katastrophenschutz und geistiges Eigentum.²²⁷ Bis Ende 2012 wird von 956 Aktivierungen der nun nicht mehr als *dead letter*, sondern als „competence reservoir“ geltenden Norm berichtet.²²⁸ Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon kam es lediglich zu 24 weiteren Aktivierungen der Norm.²²⁹

Die Anwendungsgeschichte und der Ausschluss(versuch) der Tatbestandsfunktion von Absatz 1 verweisen auf eine Strukturänderung der unionsverfassungsrechtlichen Architektur.²³⁰ Das stärkere Abstellen auf die

225 Erklärung der Pariser Gipfelkonferenz (19.–21.10.1972), auf der die Gründung einer Europäischen Union ins Auge gefasst wurde, Bull. EG 10–1972, 15 (24): „Sie waren sich in der Auffassung einig, daß es insbesondere zur Verwirklichung der in den einzelnen Aktionsprogrammen festgelegten Aufgaben angezeigt ist, alle Bestimmungen der Verträge, einschließlich des Artikels 235 des EWG-Vertrages, weitestgehend auszuschöpfen.“

226 Formulierung von *Graham Butler*, *The EU Flexibility Clause is Dead, Long Live the EU Flexibility Clause*, in: Antonia Engelbrekt/Xavier Groussot (Hrsg.), *The Future of Europe*, Oxford: Hart 2019, 63 (66).

227 Zum Beginn *Richard H. Lauwaars*, Art. 235 als Grundlage für die flankierenden Politiken im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion, EuR 1976, 100 (101 f.); ausf. *Paul J.G. Kapteyn* in: Smit/Herzog (Fn. 48), Vol. 6, 1991, Art. 235 EEC Rn. 235.04; vgl. auch *Jürgen Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 5 EUV Rn. 22 und Rn. 26 (80. EL August 2023): „Die Entstehungsgeschichte verschiedener Unionspolitiken zeigt, dass die ‚Eroberung‘ eines Terrains für europäische Rechtsetzung mit unverbindlichen Maßnahmen beginnen und so den Anwendungsbereich des Unionsrechts schleichend erweitern kann.“

228 *Verena Schäfer*, *Die Flexibilitätsklausel im europäischen Integrationsprozess*, 2013, 188–191, 259, 303, 329, 347, 375 und 415 zählt von 1958 bis 1972 Aktivierungen für 37 Rechtsakte, von 1973 bis zum Inkrafttreten der EEA (1.7.1987) weitere 427, bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht (1.11.1993) weitere 203, bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon (1.12.2009) weitere 288, danach bis zum 31.12.2012 für nur einen weiteren Rechtsakt, insges. 956; Zitat von *Robert Schütze*, *From Dual to Cooperative Federalism*, Oxford: Oxford University Press 2009, 155, der „some characteristics of a competence-competence“ sieht; a.A. *Bast* (Fn. 227), Rn. 22: keineswegs partielle Kompetenz-Kompetenz.

229 Für den Zeitraum vom 1.12.2009 bis zum 31.12.2012 *Schäfer* (Fn. 228), 410: ein Rechtsakt; die übrigen 23 Aktivierungen ergingen im Zeitraum vom 1.1.2013 bis zum 13.8.2022 (eigene Abfrage in eur-lex).

230 Vgl. auch *Alan Dashwood/Michael Dougan/Barry Rodger/Eleanor Spaventa/Derrick Wyatt*, *Wyatt and Dashwood’s European Union Law*, 6. Aufl., Oxford: Hart 2011, 110: „was substantially amended precisely with a view to minimizing the risk of its abuse in contravention of the spirit of the principle of conferral“; weiter skeptisch

Achtung der Kompetenzordnung ist als Zunahme verfassungsrechtlicher Dichte zu werten. Die ältere Praxis erinnert an Vorgehensweisen im Völkerrecht, in dem der Handlungsrahmen im exekutiven Konsens erweitert wird (Art. 40 Abs. 2 WVRK). Das gemeinschaftsrechtliche Vorgehen auf Sekundärrechtsebene war sogar vorteilhaft, weil es das Sammeln von Erfahrungen erlaubte und Ratifikationserfordernisse in die Zukunft verschob. Unter Art. 235 EWGV wurde nicht zufällig die Auffassung vertreten, die Grenzen der Verträge seien *wegen* der Norm gar nicht bestimmbar. Wird sie durch einstimmigen Ratsbeschluss aktiviert, entspreche es „kaum der Rolle des Richters, hier auf eine Kompetenzüberschreitung zu erkennen.“²³¹ Der EuGH hob bis heute (2024) nicht einen auf die Abrundungsklausel gestützten Rechtsakt wegen Kompetenzüberschreitung auf – allerdings, weil er hierzu nie angerufen wurde.²³² Das Vorgehen erfolgte im stillen institutionellen Konsens. Der Gerichtshof erachtete die alleinige Anwendung von Artikel 235 EWGV zeitweise selbst dann für zulässig, wenn sich die Rechtsgrundlage auf andere Primärrechtsnormen stützen ließ, „im Interesse der Rechtssicherheit“²³³ Normgrenzen betonte er nach Kritik im ersten EMRK-Gutachten, wobei konkret die Statik der Gemeinschaft samt der Stellung des EuGH selbst im Vordergrund stand.²³⁴

Damian Chalmers/Gareth Davies/Giorgio Monti, European Union Law, Second Edition, Cambridge: Cambridge University Press 2010, 216 f.

- 231 *Meinhard Hilf*, Maßnahmen zur Erweiterung des Wirkungsbereichs der Verträge, in: Roland Bieber/Georg Ress (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden: Nomos 1987, 251 (252), Zitat, mit dem Gedanken ebd.: „Es ist der politische Wille der Mitgliedstaaten, der in den Beschlußfassungen des Rates zum Ausdruck kommt.“; dazu nur *Weiler* (Fn. 203), 2452: „The general assumption that unanimity sufficiently guarantees the Member States against abusive expansion is patently erroneous. First, it is built on the false assumption that conflates the government of a state with the state.“
- 232 Siehe bereits *Ulrich Everling*, On the Judge-Made Law of the European Community's Courts, in: David O'Keefe (Hrsg.), *Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, The Hague: Kluwer 2000, 27 (34 f.); *Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Le pouvoir judiciaire de la Communauté européenne au stade actuel de l'évolution de l'Union, Jean Monnet Chair Papers 41 (1996), 15.
- 233 EuGH, Urt. v. 12.7.1973, Rs. 8/73, ECLI:EU:C:1973:90, Rn. 4 – *Hauptzollamt Bremerhaven*; eine Änderung erfolgte mit Urt. v. 26.3.1987, Rs. 45/86, ECLI:EU:C:1987:163, Rn. 13, 21 – *Kommission/Rat*; die am 1.7.1987 in Kraft tretende EEA enthielt schließlich Normen, die das Mehrheitsprinzip im Rat und die Mitwirkung des EP ausweiteten (Art. 7 EEA, Art. 149 Abs. 2 EWGV-neu).
- 234 Gutachten 2/94 (Fn. 221), Rn. 29 f., 34 f.; zur Verbindung mit dem Maastricht-Urteil des BVerfG *Dehousse* (Fn. 29), 158–160.

Für Absatz 1 ist zu bedenken, dass Erklärungen nicht verbindlich sind.²³⁵ Der Gerichtshof zieht sie aber zur Auslegung heran.²³⁶ Einer Abstützung der Vertragsabrundungsklausel auf das Verfassungsziel stünde unabhängig von Erklärung Nr. 41 die Systematik des Artikel 3 entgegen (oben, II.4.). Sekundärrecht auf die Förderung des Friedens, der Werte oder des Wohlergehens der Völker zu stützen, würde das ausdifferenzierte Kompetenzgefüge der Verträge entgrenzen und unterminieren. Den Unterschied zwischen Vertragsergänzung und -änderung gegen einen einhelligen politischen Gestaltungswillen in Kommission, Rat und Parlament deutlich zu machen, wäre eine Aufgabe des EuGH als föderales Verfassungsgericht.

c) Einfügung in Verfassungssemantik, Autonomiekonzept und Grundrechtsdogmatik

Mit der Etablierung des Anwendungsvorrangs, der unmittelbaren Anwendbarkeit und der impliziten Außenkompetenzen ist ein unmittelbarer Rückgriff auf Vertragsziele als „Bausteine der Rechtsfortbildung“²³⁷ obsolet geworden. Der Gerichtshof hat sie als Teilelemente in seine Verfassungssemantik und sein Autonomiekonzept integriert. Sie sind Bestandteile des „verfassungsrechtlichen Rahmen[s]“, der „Verfassungsstruktur“ der Union geworden.²³⁸ Die Autonomie „gebietet“ dabei auch die Beachtung der Ziele, die der Verwirklichung des Integrationsprozesses die Richtung weisen (oben, I.).²³⁹

235 Vgl. Oliver Dörr, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 51 Rn. 5 (70. EL Mai 2020).

236 Für gemeinsame: EuGH, Urt. v. 5.9.2023, Rs. C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626, Rn. 26 f. – *X/Udlændinge- og Integrationsministeriet*; Urt. v. 21.12.2021, Rs. C-357/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 248 – *Euro Box Promotion u.a.*, dazu Weber (Fn. 172), 296–298; für einseitige Urt. v. 20.2.2001, Rs. C-192/99, ECLI:EU:C:2001:106, Rn. 22–24 – *Kaur*.

237 Diese Funktionsbestimmung für Art. 2 EGV-Nizza bei Manfred Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2003, Art. 2 Rn. 3, Zitat, Hervorh. weggelassen.

238 EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 4), Rn. 157 f., 165–167; Urt. v. 2.9.2021, Rs. C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, Rn. 43 f. – *Komstroy*.

239 Zu ersterem EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 4), Rn. 170 iRd Grundrechtsschutzes, zu letzterem Rn. 172.

Daneben besteht ihre tradierte Funktion als dogmatischer Rücklaufpunkt fort.²⁴⁰ Sie zeigt sich insbesondere in der Auslegung des Sekundärrechts.²⁴¹ Mit dem Rückbezug auf Ziele schließt der Gerichtshof die Kluft zwischen abstraktem Primärrecht und der *haute technicité* des Sekundärrechts.²⁴² Entscheidungen zu Absatz 1 sucht man aber weitgehend vergebens. Es fehlt ein konkreter Politikbereich als „Ausstrahlungsfläche“ dogmatischer Rückkopplung (oben, II.4.). Die Auslegung konkreter Normen lässt sich besser an die Verfassungsaufgaben der Absätze 2 bis 5 rückbinden.²⁴³

Zudem können ältere Probleme anders behoben werden. Das zeigt der Verlauf der Kadi-Saga. Das EuG lehnte im ersten Verfahren eine Abstützung des *smart sanctions* erlaubenden Sekundärrechts auf Art. 308 EGV in Verbindung mit Art. 2 und 3 EGV-Nizza ab, weil das Ziel der Friedenswahrung nicht zum Normbestand gehörte.²⁴⁴ Das Argument der Kommission, über die Präambel auf ein Vertragsziel der Verteidigung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zu schließen, um so die Aktivierung der Vertragsabrundungsklausel zu legitimieren, wies es ausdrücklich zurück.²⁴⁵ Der EuGH stellte im Rechtsmittelverfahren einen Bezug zum Gemeinsamen Markt (Art. 308 EGV) her.²⁴⁶ Der Argumentationsgang wäre heute mit Blick auf Artikel 3 nicht einmal überflüssig, weil der Rückgriff auf Absatz 1 für eine Aktivierung des Artikel 352 AEUV ausgeschlossen sein soll, ebenso die Verwirklichung von Zielen der Gemeinsamen Außen- und

240 Etwa EuGH, *Wightman u.a.* (Fn. 220), Rn. 67; Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 200, 213 – *CETA*; exemplarisch für die Art. 119 ff. AEUV *Ioannidis*, in diesem Band.

241 Exemplarisch EuGH, Urt. v. 1.8.2022, Rs. C-411/20, ECLI:EU:C:2022:602, Rn. 51, 54 – *Familienkasse Niedersachsen-Bremen*; für einen Fall, der Auslegungsgrenzen aufgrund abweichender gesetzgeberischer Motive aufzeigt, *Ferdinand Weber*, Zeitlichkeit und Normgrenzen am Beispiel des Familiennachzugs zu während des Verwaltungsverfahrens volljährig gewordenen minderjährigen Flüchtlingen, ZfL 31 (2022), 467 (472–475, 478–480).

242 *Lenaerts/Gutiérrez-Fons* (Fn. 195), S. 54 Ziff. 57: „nécessairement“.

243 Zu Art. 3 Abs. 2 etwa EuGH, Urt. v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 40 – *LM*; EuGH, *NW* (Fn. 211), Rn. 65 f.

244 Näher zum damaligen Kontext *Weber* (Fn. 36), 206–209.

245 EuG, Urt. v. 21.9.2005, Rs. T-315/01, Rn. 116–121 – *Kadi I*; die Lösung suchte es über das Kohärenzerfordernis des Art. 3 EUV-Nizza iVm Art. 60, 301 und 308 EGV-Nizza.

246 EuGH, Urt. v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 PPU und C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:30, Rn. 204, 224 ff. – *Kadi I*.

Sicherheitspolitik (GASP), Art. 352 Abs. 4 AEUV.²⁴⁷ Mit der Einfügung von Artikel 215 Absatz 2 AEUV hat sich das Problem jedoch durch Kompetenztransfer erledigt.²⁴⁸ Im zweiten Kadi-Verfahren spielte der inzwischen in Kraft getretene Artikel 3 Absatz 1 dann nicht isoliert, sondern zusammen mit Normen eine Rolle, die die Union auf eine Mitwirkung an der internationalen Friedenswahrung verpflichten.²⁴⁹ Die Beispiele belegen die Abnahme ‚zielverfassungsrechtlicher Funktionen‘ post-Lissabon einerseits und die Bedeutung der Kompetenzordnung andererseits.

Die Abschaltung des russischen Propagandasenders RT France im Frühjahr 2022 auf der Grundlage eines Ratsbeschlusses, mit dem die Union Desinformationsabwehr gegen russisch kontrollierte Medien und ihre Propaganda betreibt, hat Absatz 1 nicht nur eine Rolle in der Grundrechtsdogmatik verschafft, sondern die europäische Gesellschaft als soziale Referenz und unionsverfassungsrechtliches Schutzgut eingeführt. Werteförderung ist ein legitimes Ziel in der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRCh. Die Große Kammer des EuG stellte fest, dass die Wahrung der Werte der Union, hier „die Integrität der demokratischen Debatte in der europäischen Gesellschaft“, ein solches Ziel darstellt.²⁵⁰ Die in Absatz 1 enthaltene Zieltrias kann mit anderen Worten Grundrechtseinschränkungen zum Schutz der in Artikel 2 verankerten Merkmale der europäischen Gesellschaft legitimieren.

3. Zielkonflikte

Eine Kollision verschiedener Elemente aus Absatz 1 ist im Normtyp angelegt. Der EuGH hat Konflikte in Ziel- und Aufgabennormen stets als politisch aufzulösenden Ausgleichsauftrag betrachtet.²⁵¹ Ist eine Verhältnis-

247 Oben, IV.2.b; zur Problematik der Reichweite dieses Ausschlusses *Rudolf Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 352 AEUV Rn. 19–23.

248 Zu alter und post Lissabon-Rechtslage EuG, Urt. v. 27.2.2014, Rs. T-256/11, ECLI:EU:T:2014:93, Rn. 49–53 – *Ezz u.a./Rat*.

249 EuGH, Urt. v. 18.7.2013, verb. Rs. C-584/10 P u.a., ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 103 – *Kadi II*, neben Art. 3 Abs. 5, Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und c.

250 EuG, Urt. v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483, Rn. 56, 85, 162 – *RT France/Rat*, Zitat Rn. 88 und 193, vgl. auch Rn. 55 („Schutz der europäischen Gesellschaft“), neben Art. 21 Abs. 1 und 2 lit. a und c.

251 Bereits zum EGKSV EuGH, Urt. v. 21.6.1958, Rs. 8/57, ECLI:EU:C:1958:9, 252 – *Groupement des Hauts Fourneaux et Aciéries Belges*: „Ziele des Artikels 3“ enthalten „allgemeine Grundsätze, „die es im weitestmöglichen Umfang zu verwirklichen und miteinander in Einklang zu bringen gilt.“

bestimmung nicht bereits im Primärrecht selbst angelegt,²⁵² können die Unionsorgane einem Ziel, das sie aus politischen Gründen präferieren, zeitweise den Vorrang einräumen.²⁵³ Angesichts der Ausdifferenzierung der Unionsrechtsordnung und dem stetig anwachsenden Sekundärrechtsbestand könnte sich der Bedarf erhöhen, übergreifende Zielen zukünftig als Ordnungsklammer im Sinne von Art. 7 AEUV (Kohärenzgebot) zu nutzen.²⁵⁴ Das deutet sich in der Rechtsprechung bisher jedoch nicht an. Es bleibt das Erfordernis der Herstellung praktischer ‚Zielkonkordanz‘ auf hohem Abstraktionsniveau.²⁵⁵ Für die *purposes* in Art. 1 der UN-Charta wird in der Literatur strukturgleich verfahren.²⁵⁶

V. Ziele und Werte: Proprium des Verfassungskerns

Die verfassungsrechtliche Dichte der Verträge hat zugenommen, zugleich mit der Pluralisierung ihrer Aufgaben die Politizität der Union. Das kommt in der mehrfachen Betonung der Kompetenzarchitektur (oben, II.2.), dem Hinzutreten des Europäischen Parlaments in Rechtssetzungsprozessen und der wachsenden Kompetenzausstattung zum Ausdruck.²⁵⁷ Sie soll nach ihrer Struktur keine gerichtlich gestützte, flexibel ausbaubare Rechtssetzungsgemeinschaft mit Exekutivschwerpunkt mehr sein, sondern ein verfasster politischer Gemeinwohlverband. Das ist die Botschaft hinter Artikel 3 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 6 (oben, III.3.).

252 Etwa EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Rs. 139/79, ECLI:EU:C:1980:250, Rn. 23: Anordnung des Vorrangs der Agrarpolitik vor dem Ziel der Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen (beide in Art. 3 EWGV) durch Art. 42 Abs. 1 EWGV (heute Art. 42 Abs. 1 AEUV); s. auch *Ruffert* (Fn. 7), Art. 3 Rn. 11.

253 EuGH, Urt. v. 13.6.1958, Rs. 9/56, ECLI:EU:C:1958:7, 43 – *Meroni*; Urt. v. 20.10.1977, Rs. 29/77, ECLI:EU:C:1977:164, Rn. 29/31 – *Roquette Frères*; Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-44/94, ECLI:EU:C:1995:325, Rn. 37 – *Fishermen's Organisations u.a.*; *Müller-Graff* (Fn. 158), Art. 3 Rn. 3: „Zielvielecke ohne Hierarchisierung“.

254 Zu dieser Funktion der Norm *Schorkopf* (Fn. 53), Art. 7 Rn. 17 (68. EL Oktober 2019).

255 Verfolgt eine Unionsrechtsnorm mehrere, untereinander unvereinbare Ziele, kann der Gerichtshof in eine Abwägung eintreten und einem Ziel den Vorrang einräumen, so *Lenaerts/Gutiérrez-Fons* (Fn. 195), 58 Ziff. 60.

256 Mit Präferenz *Kleinlein* (Fn. 166), Art. 1 Rn. 5: „While it is difficult to deduce a hierarchy from the order in which the purposes are listed alone, it is undisputed that Art. 1(1) formulates the main purpose of peace and security as „But des buts““.

257 Mit Blick auf Artikel 5 *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.2.

Die geringe Bedeutung von Absatz 1 in der Rechtsprechung reflektiert dieses Ergebnis. Das Umschwenken des EuGH von Zielen auf Werte fügt sich in diesen Befund. Auch wenn beide Normkategorien entstehungsgeschichtlich nicht immer klar trennbar waren (oben, II.3.), unterstreicht der EuGH ihre Differenz. Verbandliche Identitätsbestimmung erfolgt heute über Artikel 2. Früher galten Ziele als *vertragsprägende allgemeine Grundsätze*. Heute sind es die Werte, die „der Union als Rechtsgemeinschaft schlechthin ihr Gepräge“ geben.²⁵⁸ Die Zielnorm lebt auf, wenn es über ihre Brücke zu den Werten um die europäische Gesellschaft geht.²⁵⁹

Der Erfolg dieses Vorgehens ist offen. Die Union ist keine selbsttragende Einrichtung. Artikel 2 gegen Verfallserscheinungen in Anschlag zu bringen, ist ein verständlicher Versuch, föderale Verfassungsvoraussetzungen zu erhalten, die die Union selbst weder garantieren noch substituieren kann.²⁶⁰ Hier besteht die Gefahr, dass die Errungenschaften der Unionsrechtsordnung, ihre gegenüber dem Völkerrecht „deutlich robustere Struktur und dichtere Normativität“ an diesen Versuchen nicht zerbricht, aber zerbröselt.²⁶¹ Die Überzeugung von der Existenz eines umfassenden gesellschaftlichen Bandes ist eine notwendige Basis stabiler konstitutioneller Suprematieansprüche. Das Unionsverfassungsrecht ist darauf nicht angelegt.²⁶² Es erhebt nicht als Bundesnucelus, sondern Teilverfassung rechtsordnungsinterne Vorrangansprüche, deren transformative Anlage einem

258 Zu Art. 2 EWGV EuGH, *Kommission/Frankreich* (Fn. 210), 369 Rn. 18: „placed at the head of the general principles which govern it“; zum Zitat EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 173), Rn. 127; Urt. v. 5.6.2023, Rs. C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, Rn. 67 – *Kommission/Polen*.

259 Oben, Fn. 250 mit Begleittext.

260 Vgl. *Bast/Thiruvengadam* (Fn. 29), 102; *Christoph Möllers*, Die Europäische Union als demokratische Föderation, Köln: Klaus Bittner 2019, 37–42.

261 Zitat von *Ulrich Haltern*, Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen, AöR 146 (2021), 195 (198); letztere Formulierung von *Klaus Ferdinand Gärditz*, Grenzrechtspolitik als europäischer Selbstfindungsprozess, in: Udo Di Fabio (Hrsg.), Die Selbstbehauptung Europas, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 77 (94); ebd., 95: „Die Rechtsstaatlichkeit der einen ist dann der Staatsstreich der anderen [...]“; vgl. auch *Miguel Poires Maduro*, Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action, in: Neil Walker (Hrsg.), Sovereignty in Transition, Oxford: Oxford University Press 2003, 501 (522).

262 Für die Bedeutung dieses Gedankens im amerikanischen Verfassungsprozess *Jonathan Gienapp*, In Search of Nationhood at the Founding, Fordham Law Review 89 (2021), 1783 (1785 f.): „This was no modest quibble over names or forms, either. The difference between the Constitution, as they imagined it, and a treaty was vast and significant. [...] the existence of a national social contract entitled the national government to expansive power.“; für die Union der EuGH selbst, oben Fn. 177.

klaren Eingrenzungswillen unterliegt.²⁶³ Einer Dissoziation von „Herrschaft und Legitimation“ wollen Grundlagennormen des Unionsverfassungsrechts vorbeugen.²⁶⁴

Wenn eine weitere Dynamisierung unter Rückgriff auf Ziele dem ersichtlich restrukturierten Verfassungsrahmen zuwiderläuft, stellt sich die Frage, wie weit Artikel 2 tragen kann. Die Sichtbarmachung von Werten kann einen Beitrag zu ihrer tatsächlichen Ausbildung leisten.²⁶⁵ Werterechtsprechung kann politische Deliberations- und Entwicklungsprozesse jedoch nicht ersetzen, sondern mit offenem Ausgang höchstens anregen.²⁶⁶ Die tradierte Verlagerung politischer Probleme auf eine offene Normen auslegende Gerichtsbarkeit ist dabei nicht einmal dem EuGH anzulasten, sondern die Folge einer mitgeschleppten Gubernativpraxis, die langfristige

263 Für die Grundrechtsordnungen *Weber* (Fn. 52), 392, 396 ff.; für Suprematieansprüche klassisch *Eberhard Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, Hamburg: Appel 1966; *Vassilios Skouris*, Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht, EuR 2021, 3 ff.; *Joseph H.H. Weiler*, Federalism Without Constitutionalism: Europe's *Sonderweg*, in: Kalypso Nicolaidis/Robert Howse, *The Federal Vision*, Oxford: Oxford University Press 2001, 54 (57): „top-to-bottom hierarchy of norms, but with a bottom-to-top hierarchy of authority and real power“.

264 Zu diesem Gedanken *Maurizio Bach*, Europa ohne Gesellschaft, Wiesbaden: VS 2008, 11–18, Zitat; für einen nach Einschätzung des Verf. problematischen Bereich *Ferdinand Weber*, Kompetenzfusion durch Bürgerschaft, Die föderale Logik in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, Der Staat 61 (2022), 299 (307–312, 317–322).

265 *Alon Harel*, *Why Law Matters*, Oxford: Oxford University Press 2014, 37–39: „Political and legal rights, as well as the litigation and political discourse triggered by these rights, are components of a variety of societal practices which must be sustained to facilitate the realization of (certain) values. [...] More particularly it argues that the entrenchment of legal or political rights is in itself a value-sustaining practice; in particular it is a practice that facilitates access to values.“; anders *Reimer* (Fn. 62), 217 „Über Grundwerte spricht man nicht – man hat sie.“

266 *Armin von Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht: Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses?, Der Staat 39 (2000), 163 (183): „Es lässt sich aber kein europäischer Grundkonsens auffinden, der es einer Gerichtsbarkeit erlaubte, in ähnlich detaillierter Weise wie das BVerfG das gesellschaftliche Miteinander zu prägen.“, in der EU der 15; *Dieter Grimm*, Wachsende Heterogenität – Schwierige Integration, Merkur 67 (773/774) 2014, 863 (864): „Werte werden beschworen, wenn die Einheit zu schwinden droht. Werte werden aufgeboten, wenn sie erst hergestellt werden soll: die Europäische Union, nicht bloß als Zweckgemeinschaft zur Lösung einiger grenzüberschreitender Probleme, sondern als Wertegemeinschaft.“

Wirkungen ihres Handelns nicht im Blick hat.²⁶⁷ Zur Verarbeitung dieser Lage haben sich deshalb Ausgleichsmechanismen gebildet.²⁶⁸ Divergenzen zwischen dem EuGH und politisch nicht gekaperten Höchstgerichten sind keine Störungen, sondern ein eingebauter Gewaltenausgleich, ein fortlaufendes Austarieren der Reichweite des Unionsverfassungsrechts im komplexen Interaktionszusammenhang der europäischen Gesellschaft.²⁶⁹

Krieg in Europa, Rechtsstaatskrisen in der Union und soziale Transformationsprozesse fordern alle Elemente des Verfassungsziels heraus. Die Daseinsberechtigung der Union ist evident.²⁷⁰ Artikel 3 Absatz 1 entlastet die europäische Gesellschaft nicht von politischen Entscheidungen über ihren Status und ihren Weg, sondern *erwartet* sie. Historische Erfahrungswerte verweisen auf externe Ereignisse, die faktische Ziele und Aufgaben

267 Haltern (Fn. 261), 211–213; ders. (Fn. 3), Rn. 66–69; für einen „vigorous transfer of powers back to the Member States“ Michael Stolleis, European Legal Culture – a Building Block for the Future, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), Carl Schmitt’s European Jurisprudence, Baden-Baden: Nomos 2022, 173 (183 f.).

268 Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber/Rajko Knez/Ineta Ziemele, The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network, EPL 27 (2021), 43 (51–61); Ana Bobić, Constructive Versus Destructive Conflict: Taking Stock of the Recent Constitutional Jurisprudence in the EU, CYELS 22 (2020), 60 (65); Beispiele disruptiver Eindimensionalität bei Ulrich Haltern, Europarecht und ich, JöR N.F. 68 (2020), 439 (467 f.); ferner ders., Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NVwZ 2020, 817 (820–823).

269 Im Kontext von Art. 4 Abs. 2 S.1 EUV Armin von Bogdandy/Stephan Schill, Overcoming absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty, CML Rev. 48 (2011), 1417 (1447): „In this sense, the ECJ and the constitutional courts of the Member States can be viewed as complimentary parts of European composite constitutional adjudication.“; ein starkes transformatives Mandat des EuGH unter der geltenden Vertragsstruktur abl. Weber (Fn. 52), 396 ff.; skeptischer zur Rolle der Verfassungsgerichte Bast/von Bogdandy, in diesem Band, III.3., unter Verweis auf Art. 2 EUV und die Widerspruchsfreiheit des Rechts als Prinzip rechtsstaatlicher Ordnung. Jedoch liegt diesem – s. auch Christoph Krenn, Warum Unionsrecht Vorrang hat: Zur aktualisierten Begründung des Vorrangprinzips in den Urteilen Euro Box Promotion und R.S., in: Folz u.a. (Hrsg.), Was die Union in ihrem innersten zusammenhält, EuR Beiheft 1/2024, 59 (66–69) – eine wirksame Ermächtigung öffentlicher Gewalt notwendig voraus; in diesem Sinn unter Rekurs auf Kernverfassungsrecht der Union BVerfGE 164, 193 (283 Rn. 127) – ERatG – NGEU; Weber (Fn. 198), 54–59, 67–73.

270 Der Kontrast einer Dekade ist groß und zeigt die Bedeutung tatsächlicher Umstände, vgl. de Búrca (Fn. 134), 24: „If it was clear in the post-war period that the goals of economic revival and peaceful cooperation underpinned the project, it seems much less evident, sixty years on, how the *raison d’être* of the EU today should be articulated.“

produzieren und so die föderale Entwicklung prägen.²⁷¹ Die Erzählung, ob der Union mit ihrem übergreifenden Ziel und ihren grundlegenden Werten eine dichtere politische Einheitsbildung als bislang gelingt, liegt also auch in der Umwelt der Union – und im Rückblick der Zukunft.²⁷² Alles weitere ist Spekulation.

271 Zu diesem Gedanken *Gráinne de Búrca*, *The Transformation of Europe Revisited: Civilising Interstatal Relations*, in: *Maduro/Wind* (Fn. 134), 110 (117).

272 Parameter bei *Albrecht Koschorke*, *Zur Logik kultureller Gründungserzählungen*, *ZIG I/2* (2007), 5 (7–12).

Verfassungsaufgaben

Ein unionsweiter Mobilitäts- und Grundrechtsraum

Anuscheh Farahat

I. Problemstellung	239
II. Normgeflecht und Systematik: Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als eigenständiger Gemeinwohlbelang	242
1. Normkaskade und konstitutive Elemente des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums	243
2. Kernverfassungsrechtliche Perspektive: Der RFSR als unvollendeter Mobilitäts- und Grundrechtsraum	248
III. Verfassungstheoretische Verortung: Die Integration der europäischen Gesellschaft durch das Unionsverfassungsrecht	252
1. Von der intergouvernementalen Konfliktvermeidung zur offenen Konfliktbearbeitung	253
2. Integration durch verfassungsrechtliche Konflikte im RFSR	257
3. Wer wird integriert? Ein- und Ausschlüsse in der europäischen Gesellschaft	262
IV. Dogmatische Gehalte und Konfliktlinien	263
1. Die Realisierung des europäischen Mobilitätsraums nach innen	264
2. Die Schließung des Mobilitätsraums durch Externalisierung und Zugangsverweigerung	271
3. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und die pluralistische Grundrechtsarchitektur der EU	279
4. Solidarität im europäischen Mobilitätsraum	290
V. Der europäische Mobilitäts- und Grundrechtsraum als Ort der Verfassungsintegration? – Bestandsaufnahme und Perspektiven	295

I. Problemstellung

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) galt lange als Sonderfall europäischer Integration. Die primär intergouvernementalen Entscheidungsstrukturen und eine für das Unionsrecht untypisch schwache Position des:der Einzelnen unterschieden ihn von anderen Politikbereichen.¹ Mit den Themenkomplexen „Migration und Grenzen“ und „Polizei und Justiz“ umfasst der RFSR heute drei Aufgaben: ein unionales Migrations- und Grenzregime einschließlich Personenfreizügigkeit im In-

1 Kaarlo Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 217 f.; Peter-Christian Müller-Graff, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in: ders. (Hrsg.), *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, Baden-Baden: Nomos 2005, 11–28 (21); ders., *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lissabonner Reform*, EuR Beiheft 1 (2009), 105–126 (112 f.); Jörg Monar, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 786–797.

neren, gemeinsame Verbrechensbekämpfung und justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen. Die Entwicklung von intergouvernementaler Kooperation zur stärkeren Vergemeinschaftung dieser Politikbereiche erfolgte lange nur zögerlich, weil alle drei Aufgaben als Kernbereich nationaler Souveränität wahrgenommen wurden. Heute aber bildet dieser Politikbereich einen Schlüssel im Ausbau des europäischen Verfassungsraums, in dem sich wichtige Verfassungsfragen mit besonderer Deutlichkeit zeigen. Im Zentrum steht dabei die Ausgestaltung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit sowie zwischen Einzelnen und unionaler wie mitgliedstaatlicher Hoheitsgewalt.

Spätestens seit dem Vertrag von Lissabon 2009 ist der RFSR in der unionsrechtlichen Normalität angekommen. Nur wenige Vorschriften spiegeln noch das intergouvernementale Erbe. Der RFSR ist vielmehr heute ein zentrales Feld geworden, auf dem die EU genuin Gemeinwohlbelange verfolgen und realisieren soll.² Art. 3 Abs. 2 EUV projiziert einen nach innen offenen und nach außen geschlossenen europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum, dessen konkrete Ausgestaltung die Verträge allerdings weitgehend den politischen Entscheidungsprozessen überlassen. Gerade weil dabei Aufgaben angesprochen sind, die zumindest seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts als zentrale Staatsaufgaben galten, verwundert es wenig, dass der RFSR nunmehr zu einem Ort zentraler Auseinandersetzung der europäischen Gesellschaft³ um ihr Selbstverständnis geworden ist. Aus dem gleichen Grund ist hier das Transformationspotential mit Blick auf die Realisierung einer gemeinsamen politischen Ordnung und die Entwicklung transnationalisierter Formen der Souveränitätsausübung besonders groß. Der RFSR ist der Ort, an dem die Union ihren eigenen Verfassungsraum wesentlich schafft sowie territorial absichert und damit auch eigene Souveränität kreiert.⁴

Neben klassischen Konflikten entlang einer föderalen Spannungslage bringt der RFSR neue Konfliktlinien hervor. Eine erste betrifft das Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit. Dies zeigt sich nicht nur in den Bereichen der grenzüberschreitenden Strafverfolgung und der Terro-

2 Zum grundlegenden Ziel der Union, eigenständig Gemeinwohlbelange zu fördern (Art. 3 Abs. 1 EUV), siehe *Weber*, in diesem Band.

3 Zum Begriff der europäischen Gesellschaft *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2021, 16 ff.

4 Zur Diskussion des aktuellen Stands der europäischen Souveränität *Lisa-Marie Lührs*, Europäische Souveränität als mehrdimensionaler Begriff, EuR 2022, 673–687.

rismusbekämpfung, sondern auch in Bezug auf das unionale Migrations- und Grenzregime. Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit an den Binnengrenzen verlagert sich durch die Binnenmobilität im europäischen Mobilitätsraum zunehmend nach außen, in das Migrationsregime der EU. Gleichzeitig steht im RFSR zunehmend der:die Einzelne im Zentrum, der:die unmittelbar mit der Hoheitsgewalt konfrontiert ist. In der Literatur wird der:die Einzelne aber bis heute vielfach nur als „Empfänger von Freiheit, Sicherheit und Recht“ thematisiert.⁵ Im europäischen Mobilitätsraum wird die Rolle der Einzelnen jedoch nicht nur relevanter, sondern auch vielfältiger, weil das Verhältnis zwischen EU-Bürger:innen und Nicht-EU-Bürger:innen zunehmend klärungsbedürftig wird. Konflikte zwischen Einzelnen und Hoheitsträgern stellen eine zweite Konfliktlinie dar. Eine dritte Konfliktlinie betrifft die Bedeutung der Solidarität im RFSR. Im Fokus stehen dabei insbesondere Konflikte über die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die gemeinsame Verbrechensbekämpfung und die Teilung der Verantwortung für international Schutzsuchende in der EU. Dieser Fokus sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es hier auch um Fragen der Solidarität mit Nicht-EU-Bürger:innen geht.

Aus diesen zentralen politischen Konfliktlinien folgen zahlreiche verfassungsrechtliche Auseinandersetzungen. Umstritten ist zunächst die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Mehrebenensystem. Darüber hinaus ist aber auch die Reichweite und der Umfang der Grund- und Menschenrechtsbindung der EU strittig. Dies zeigt sich deutlich an den EU-Außengrenzen, wo die rechtliche Verantwortung für sogenannte push-backs, also Zurückweisungen von potentiell Schutzsuchenden in einen Drittstaat ohne vorherige Prüfung der Schutzbedürftigkeit, notorisch unklar ist. Ein dritter Typus verfassungsrechtlicher Konflikte kreist um den Grundsatz des wechselseitigen Vertrauens als ein zentrales Instrument der Realisierung des RFSR. Im Bereich „Polizei und Justiz“ geht es um die Frage, ob und wann verfassungsrechtliche Prinzipien und Garantien auf mitgliedstaatlicher Ebene Systeme gegenseitiger Anerkennung zwischen den Mitgliedstaaten aushebeln können.⁶ Im Bereich „Migration und Grenzen“ dagegen steht die Frage im Vordergrund, wann Grund- und Menschenrechte es gebieten,

5 Tuori (Fn. 1), 317; Monar (Fn. 1), 786 ff.

6 Exemplarisch: EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 – *Melloni*.

den Verteilungsmechanismus der Dublin III-Verordnung⁷ auszusetzen.⁸ Die Relevanz von Konflikten über Geltung und Interpretation von Grund- und Menschenrechten im RFSR spiegelt die zentrale Position, die der:die Einzelne als Rechtsunterworfen:e:r im RFSR inzwischen einnimmt.

Dieser Beitrag rekonstruiert das Normgeflecht und die zentralen dogmatischen Konfliktlinien des RFSR aus der Perspektive einer konflikttheoretisch-integrationsorientierten Verfassungstheorie. Fluchtpunkt dieser Untersuchung ist eine menschenrechtsorientierte Perspektive, die zum besseren Verständnis der Rolle des:der Einzelnen im RFSR beitragen soll. Der nächste Abschnitt arbeitet zunächst das Normgeflecht und die spezifische Systematik des RFSR mit ihren unionsverfassungsrechtlichen Bezügen heraus (II.). Sodann entfaltet der Beitrag das konflikttheoretisch-integrationsorientierte Verfassungsverständnis, das die Analyse der dogmatischen Konflikte im RFSR anleiten soll (III.). Die Kernidee dieses Verständnisses lässt sich für die Zwecke dieses Beitrags wie folgt formulieren: Die europäische Gesellschaft kann sich durch die Austragung von Konflikten um die Ausgestaltung von Gemeinwohlbelangen als politische Ordnung konstituieren und konsolidieren, wenn sie diese Konflikte in einer Weise bearbeitet, die den gemeinsamen normativen Bezugsrahmen kontinuierlich reflektiert und re-aktualisiert. Die Untersuchung der dogmatischen Kernprobleme des RFSR (IV.) fragt, ob und inwieweit das Kernverfassungsrecht der Union und insbesondere eine auf Art. 2 EUV gegründete grund- und menschenrechtliche Perspektive auf den RFSR eine solche reflexiv-integrative Rolle einnehmen bzw. einnehmen kann. Abschließend resümiert der Beitrag den gegenwärtigen Stand einer verfassungsrechtlichen Integration im RFSR, benennt Entwicklungspotentiale und identifiziert offene Flanken (V.).

II. Normgeflecht und Systematik: Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als eigenständiger Gemeinwohlbelang

Die Verträge beschreiben den RFSR als Versprechen eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums, der inzwischen einen eigenständigen

7 Verordnung (EU) Nr. 13/604 vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. 2013 L 180/31.

8 Exemplarisch: EuGH, Urteil v. 21.12.2011, Rs. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865 – *N.S.*; EGMR (Große Kammer), *M.S.S. v. Belgium and Greece*, App. No. 30696/09, Urteil v. 21.1.2011.

gen Gemeinwohlbelang der Union darstellt. Seine konstitutiven Elemente zeigen sich durch eine systematische Verortung der Zentralnorm des Art. 3 Abs. 2 EUV im Normgefüge der Verträge (1.). Im Lichte der kernverfassungsrechtlichen Normen, insbesondere der Art. 1 und 2 EUV zeigt sich, dass der europäische Mobilitäts- und Grundrechtsraum bislang unvollendet geblieben ist (2.a). Art. 2 EUV liefert zudem Argumente für eine konsequent menschenrechtlich informierte Rekonstruktion des RFSR (2.b).

1. Normkaskade und konstitutive Elemente des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums

Nach einer kurzen Skizze der Normkaskade (a) werden die konstitutiven Elemente des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums (b) vorgestellt, bevor sodann die Konkretisierungsleistung der Verträge untersucht wird (c).

a) Normkaskade des RFSR

Nach Art. 3 Abs. 2 EUV „bietet“ die Union „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem [...] der freie Personenverkehr gewährleistet ist“. Art. 67 AEUV konkretisiert die einzelnen Elemente, die zur Realisierung dieses Raums für erforderlich gehalten werden: Achtung der Grundrechte, unionale Migrations- und Grenzkontrolle einschließlich Personenfreizügigkeit im Inneren, gemeinsame Verbrechensbekämpfung und mobilitätsbezogene Kooperation im Privatrecht. Die nachfolgenden Vorschriften formulieren dann die Kompetenzen der Union zur Umsetzung dieser Elemente. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV handelt es sich dabei um einen Standardfall der geteilten Kompetenz, sodass den Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV nur in dem Umfang Spielraum bleibt als die EU von ihren Kompetenzen keinen Gebrauch gemacht hat. Art. 77 bis 80 AEUV enthalten Kompetenzvorschriften in Bezug auf die Personenfreizügigkeit und das unionale Migrations- und Grenzregime. Art. 81 AEUV enthält Kompetenzen der Union im Hinblick auf mobilitätsbezogene Aspekte des Privatrechts. Art. 82 und 83 AEUV betreffen die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie die Mindestharmonisierung bestimmter Vorschriften des Strafverfahrensrechts und materieller Bestimmungen zu besonders schweren Straftaten. Aus kernverfassungsrechtlicher Perspektive liefert schließlich insbesondere

Art. 2 EUV wertvolle Hinweise für das Verständnis und die Interpretation von Art. 3 Abs. 2 EUV und seinen Konkretisierungen in Art. 67 AEUV sowie den nachfolgenden Kompetenzvorschriften. Mit Freiheit und Rechtsstaatlichkeit sind dort zentrale Werte angesprochen, die der RFSR zu realisieren verspricht. Die Verpflichtung zur Wahrung der Menschenrechte in Art. 2 EUV legt zudem ein konsequent grund- und menschenrechtlich-informiertes Verständnis des RFSR nahe. Bevor diese kernverfassungsrechtliche Perspektive näher untersucht wird, sollen zunächst die zentralen Aufgaben und konkretisierenden Elemente des RFSR vorgestellt werden.

b) Konstitutive Elemente des RFSR

Art. 3 Abs. 2 EUV formuliert das Versprechen der Herstellung eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums, der auch Drittstaatsangehörige prinzipiell miteinschließt.⁹ Damit unterscheidet sich der heutige Art. 3 Abs. 2 EUV ganz wesentlich von früheren Vertragsfassungen. Zwar hatte bereits der Amsterdamer Vertrag (1997/99) den RFSR erstmals als eigenständiges Ziel formuliert, der ein „gemeinsames Vorgehen“ im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit sowie die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit erfordere (Art. 29 Abs. 1 EUV Amsterdam). Anders als noch zuvor im Vertrag von Maastricht, war also schon im Amsterdamer Vertrag nicht mehr nur von „Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse“ (Art. K.1 EUV Maastricht) die Rede. Zudem löste bereits der Amsterdamer Vertrag den RFSR aus seiner funktionalen Beziehung zur Realisierung des Binnenmarktes, die in Art. K.1 EUV Maastricht noch in der Formulierung „[z]ur Verwirklichung der Ziele der EU, insbesondere der Freizügigkeit“ präsent war.¹⁰ Volle Eigenständigkeit als Ziel der Union insgesamt erlangte der RFSR jedoch erst mit dem Vertrag von Lissabon. Danach soll der RFSR „in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität“ gewährleistet werden (Art. 3 Abs. 2 EUV). Durch diese Eigenständigkeit ist der RFSR

9 Jürgen Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 142.

10 Hierzu Adina Maricut, The Institutional Development of the EU's Area of Freedom, Security and Justice: Roles, Behavior, and the Logic of Justification, Budapest: CEU 2016 (Ms.), verfügbar unter https://www.etd.ceu.edu/2016/maricut_adina.pdf, 93–123.

erstmal nicht mehr auf seine funktionalistische und dienende Funktion gegenüber dem Binnenmarktziel zurückgeworfen.

Art. 67 AEUV konkretisiert die einzelnen Elemente, die zur Realisierung des Gemeinwohlbelangs des RFSR für erforderlich gehalten werden. Dieser Gemeinwohlbelang enthält zwei zentrale, miteinander verbundene Versprechen: einen unionsweiten Mobilitätsraum und einen unionsweiten Grundrechtsraum. Hierzu gehören im Einzelnen neben der Wahrung der Grundrechte, eine gemeinsame Asyl- und Einwanderungspolitik mit einem unional definierten Grenzregime einschließlich Freizügigkeit im Inneren, die gemeinsame Kriminalitätsbekämpfung und mobilitätsbezogene Aspekte des Privatrechts. Diese Elemente erscheinen weder als eigenständige Leistungsversprechen noch als funktional für die Realisierung anderer Ziele der Union, sondern als Voraussetzungen eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums. Das unional definierte Grenzregime ermöglicht den freien Personenverkehr innerhalb des Mobilitätsraums. Die gemeinsame Asyl- und Einwanderungspolitik sorgt dafür, dass auch der Zugang zu diesem Mobilitätsraum von außen gemeinsam gestaltet werden kann, was sowohl Ein- als auch Ausschlüsse produziert. Die Justizkooperation in Zivilsachen erleichtert die Mobilität durch Koordination und punktuelle Annäherung der Rechtssysteme und akzentuiert zugleich die grundrechtliche Säule des Mobilitäts- und Grundrechtsraums. Die gemeinsame Verbrechensbekämpfung soll sicherstellen, dass Straftäter:innen im europäischen Mobilitätsraum nicht aufgrund der begrenzten Reichweite nationaler Exekutivorgane der Strafverfolgung entgehen. Die Mindestharmonisierung schwerer Straftaten dient der Sicherstellung grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Standards im europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum. Insgesamt konzipiert der Vertrag von Lissabon den europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum als eigenständigen Gemeinwohlbelang, dessen Realisierung die verschiedenen Elemente dienen.

c) Primärrechtliche Konkretisierung des RFSR

Art. 67 AEUV enthält weitere Hinweise für die Konkretisierung des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums. Er stellt zunächst klar, dass der RFSR als unionsweiter Mobilitäts- und Grundrechtsraum auch die „Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten“ achtet (Abs.1). Abs.2 konkretisiert dann, dass der gemeinsame Mobilitätsraum den Wegfall von Binnengrenzkontrollen beinhaltet, aber auch die Entwicklung einer ge-

meinsamen Politik „in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen“ projiziert. Diese soll sich explizit auf die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten gründen, was Art. 80 AEUV noch einmal konkretisiert. Ausdrücklich und im Unterschied zur weiteren Formulierung einer Solidarität der europäischen Gesellschaft in Art. 2 S. 2 EUV geht es hier nur um die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten. Allerdings sollen die entsprechenden Politiken auch gegenüber Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen „angemessen“ sein. Die englische Sprachfassung spricht von „fair towards third-country nationals“ und bringt damit deutlicher zum Ausdruck, dass hier Gerechtigkeitsaspekte eine Rolle spielen. Einen ähnlichen Hinweis hatte bereits Art. 73i lit. b EG-Vertrag Amsterdam enthalten, wonach der Rat auch Maßnahmen zum „Schutz der Rechte von Staatsangehörigen dritter Länder“ erließ. Das Versprechen eines gemeinsamen Mobilitäts- und Grundrechtsraums verbindet sich also mit dem Projekt einer gemeinsamen Asyl-, Einwanderungs- und Grenzpolitik, die auch die Belange der Drittstaatsangehörigen als betroffene Einzelne in den Blick nimmt.

Für den Bereich der gemeinsamen Kriminalitätsbekämpfung ist die Lektüre des Art. 67 AEUV ebenfalls aufschlussreich. Traditionell im Zentrum der Auseinandersetzung mit dem RFSR stehen die „Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege“, die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und „erforderlichenfalls“ die Angleichung strafrechtlicher Vorschriften. Art. 67 Abs. 2 AEUV hält jedoch ausdrücklich nicht nur „Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität“, sondern – fast wortgleich mit der Formulierung in Art. 29 EUV Amsterdam – auch die Bekämpfung von „Rassismus und Fremdenfeindlichkeit“ für notwendig, um „ein hohes Maß an Sicherheit“ im RFSR zu gewährleisten. Wenngleich die Formulierung der Kriminalitätsbekämpfung und Kooperation im Bereich der Strafrechtspflege eher technisch anmutet, zeigt jedenfalls der Verweis auf die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, dass auch hier die Einzelnen in den Blick genommen werden und zwar auch jene, die nicht notwendigerweise Unionsbürger:innen sind.

Zu den Leistungsversprechen der Union im RFSR gehört es schließlich, den „Zugang zum Recht, insbesondere durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivilsachen“ zu erleichtern (Art. 67 Abs. 3). Ähnlich wie in Art. 67 Abs. 2 AEUV nennt Abs. 3 vor allem Techniken, mit denen das spezifische Versprechen, hier Zugang zum Recht in grenzüberschreitenden

Konstellationen, gewährleistet werden soll, nämlich gegenseitige Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen. Diese erneut recht technische Formulierung im deutschen Wortlaut täuscht über die semantische Bedeutungsvielfalt hinweg, die die englische Formulierung „access to justice“, das französische „l'accès à la justice“ und das spanische „la tutela judicial“ transportieren. Neben der Gewährleistung des Zugangs zu effektivem Rechtsschutz schwingt in diesen Formulierungen ein Gerechtigkeitsversprechen mit, das im europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum einzulösen ist und einmal mehr die Position des:der Einzelnen im RFSR akzentuiert.

Gemessen an der ambitionierten Zielsetzung des Art. 3 Abs. 2 EUV bleiben die einzelnen Kompetenznormen im AEUV eher abstrakt und vage. Umfassende Harmonisierungskompetenzen finden sich vor allem in Art. 77 AEUV im Hinblick auf die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen, die gemeinsame Visapolitik und den gemeinsamen Grenzschutz nach außen, in Art. 78 AEUV im Hinblick auf die Harmonisierung der Schutz- und Verfahrensstandards beim internationalen Schutz und in Art. 79 AEUV im Hinblick auf eine gemeinsame Einwanderungspolitik, eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen und die „Verhütung und verstärkte Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel“. Zwar bleibt den Mitgliedstaaten nach Art. 79 Abs. 5 AEUV das Recht, über die Anzahl jener Migrant:innen zu entscheiden, die zum Zwecke der Erwerbstätigkeit oder Selbständigkeit (also nicht als humanitär Schutzsuchende) in den jeweiligen Mitgliedstaat einreisen dürfen, also erstmalig einen Aufenthaltstitel erhalten. In der Sache hat diese Vorschrift aber nur wenig begrenzende Wirkung, da sie insbesondere den Zugang zum Arbeitsmarkt von bereits aufhältigen Personen und die Kriterien der Einwanderung nicht umfasst. Inhaltlich bleiben die genannten Vorschriften allerdings weitgehend unbestimmt. So verpflichtet Art. 78 Abs. 1 AEUV die Union zwar zur Einhaltung des Grundsatzes des *non-refoulement* von Schutzsuchenden. Im Übrigen bleibt die Beschreibung der konkreten Politiken in Art. 78 Abs. 2 AEUV aber generisch. So werden etwa „Normen über die Aufnahmebedingungen“ genannt, aber keinerlei Konkretisierungen hinsichtlich der damit verbundenen Rechte getroffen. Ebenso wird „ein in der ganzen Union gültige[r] einheitliche[r] Schutzstandard“ genannt, dessen konkrete Voraussetzungen und Schutzzumfang aber in keiner Weise konkretisiert wird. Auch im Bereich der Einwanderungspolitik finden sich eher Blankettnormen als tatsächliche Konkretisierungen des in Art. 67 AEUV umrissenen Programms. So können nach Art. 78 Abs. 2 AEUV unter an-

derem „Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen“ und die „Rechte Drittstaatsangehöriger“ festgelegt werden. Eine nennenswerte Konkretisierung der in Art. 67 AEUV genannten gemeinsamen Einwanderungspolitik wird man hierin kaum erblicken können.

Hinsichtlich der gemeinsamen Verbrechensbekämpfung (Art. 82 AEUV) und der justiziellen Kooperation in mobilitätsbezogenen Fragen des Privatrechts (Art. 81 AEUV) sehen die Verträge primär den Aufbau von Systemen gegenseitiger Anerkennung von Urteilen und Entscheidungen vor. Allerdings finden sich auch hier zunehmend Harmonisierungskompetenzen, die allerdings vergleichsweise eng umrissen sind. Im Privatrecht betrifft dies in erster Linie verfahrensbezogene und kollisionsrechtliche Vorschriften, die in grenzüberschreitenden Konstellationen relevant werden. Im Bereich der Verbrechensbekämpfung tritt neben die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit die Kompetenz zur Harmonisierung verfahrensbezogener Regelungen (Art. 82 Abs. 2 AEUV) und zur Mindestharmonisierung von Straftaten und Strafen im Bereich schwerer Kriminalität (Art. 83 AEUV). Insgesamt sind die Kompetenzvorschriften ebenfalls generisch gehalten. So sollen etwa nach Art. 82 Abs. 2 AEUV „Regeln und Verfahren“ festgelegt werden, „mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird“. Genauere Hinweise zur Ausgestaltung dieser Regeln sehen die Verträge nicht vor. Art. 83 Abs. 2 S. 2 AEUV konkretisiert immerhin die konkreten materiellen Bereiche, in denen die EU eine Kompetenz zur Mindestharmonisierung von Strafvorschriften hat. Im Übrigen bleiben die einschlägigen Vorschriften aber offen für unterschiedliche politische Richtungsentscheidungen.

Art. 3 Abs. 2 EUV entwickelt den RFSR als unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraum damit zu einem eigenständigen Gemeinwohlbelang der Union weiter, dessen politische Ausgestaltung weitestgehend offengehalten wird. Das Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit sowie Einzelnen und Gesellschaft im europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum auszugestalten, ist als Frage politischer Präferenzen konzipiert, die die Verträge erst einmal nicht präeterminieren.

2. Kernverfassungsrechtliche Perspektive: Der RFSR als unvollendeter Mobilitäts- und Grundrechtsraum

Aus kernverfassungsrechtlicher Perspektive zeigt sich, dass das Projekt des europäischen Mobilitätsraums (a) und des europäischen Grundrechtsraums (b) unvollendet ist. Zugleich ist die europäische Gesellschaft ein

unabgeschlossenes Projekt, dessen Realisierung durch Art. 2 Abs. 2 EUV angeleitet wird (c).

a) Der unvollendete europäische Mobilitätsraum

Betrachtet man Art. 3 Abs. 2 EUV aus der Perspektive der verfassungsrechtlichen Kernnormen des EUV, insbesondere der Art. 1 und 2 EUV, so fällt zunächst auf, dass die Schaffung eines gemeinsamen Mobilitätsraums mit Infrastrukturen gemeinsamer Territorialität¹¹ der Idee einer „immer engeren Union“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) folgt. Die Eigenständigkeit des RFSR stellt einen wichtigen Schritt in Richtung einer eigenen Territorialität und Souveränität der Union dar.¹² Damit verbunden sind Kompetenzen in Bereichen, die die Mitgliedstaaten vormals als exklusive Bereiche nationalstaatlicher Souveränität betrachtet haben. Dass Art. 4 Abs. 2 EUV gleichwohl von der „alleinigen Verantwortung“ der Mitgliedstaaten für die nationale Sicherheit spricht, entspricht daher nicht mehr den Kompetenzverhältnissen in den Verträgen.

Mit der Formulierung des Ziels eines unionsweiten Mobilitätsraums operationalisiert Art. 3 Abs. 2 EUV das Verhältnis zwischen der in Art. 2 EUV explizit genannten Freiheit und der dort nicht direkt angesprochenen Sicherheit. Dieser Raum soll nach außen geschlossen, aber nach innen geöffnet und weiter integriert werden. Dieser Modus wird in der politikwissenschaftlichen Literatur als „effective integration“ bezeichnet.¹³ Die Kombination aus Mobilität im Inneren und Schließung nach außen ist allerdings nicht so selbstverständlich wie sie bisweilen scheint. Dies zeigt ein Blick auf die Afrikanische Union, die zwar auf eine stärkere Binnenmobilität ausgerichtet ist, damit aber gerade keine gemeinsame Grenz- und Migrationspolitik verbindet. Inwieweit die „effective integration“ im europäischen Mobilitätsraum erfolgreich, geschweige denn abgeschlossen ist, ist allerdings weiterhin eine offene Frage. Viel spricht dafür, dass politische Dynamiken im Inneren der EU und das sich verändernde geopoliti-

11 Zur Territorialität der EU *Jürgen Bast*, Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts, VVDStRL 76 (2017), 278–309 (294–304).

12 Dazu *Lühns*, Europäische Souveränität (Fn. 4), 682.

13 *Frank Schimmelfennig*, Rebordering Europe: External Boundaries and Integration in the European Union, *Journal of European Public Policy* 28 (2021), 311–330 (316).

sche Umfeld der EU hier zu immer neuen Aushandlungsprozessen führen.¹⁴ Dass das Projekt des europäischen Mobilitätsraums jedenfalls bisher unvollendet ist, illustriert bereits der Umstand, dass die Binnengrenzen zwar insoweit keine Rolle mehr spielen als die Reisefreiheit für jedermann, d.h. EU-Bürger:innen und Nicht-EU-Bürger:innen, gewährleistet ist. Soweit es jedoch um die Freizügigkeit, d.h. das Recht auf Niederlassung geht, bleiben die Binnengrenzen für die meisten Nicht-EU-Bürger:innen weiterhin ein Mobilitätshindernis.¹⁵

b) Der unvollendete Grundrechtsraum und die menschenrechtliche Perspektive auf den RFSR

Art. 2 EUV liefert darüber hinaus wertvolle Hinweise für die Ausgestaltung des RFSR und bietet damit Orientierung für die Konkretisierung der Vorschriften des RFSR im verfassungsrechtlichen und politischen Diskurs. Mit Freiheit und Rechtsstaatlichkeit werden zwei Werte genannt, deren Realisierung der RFSR nach dem Wortlaut der Verträge dient. Der Wert der Freiheit orientiert nicht nur das Freizügigkeitsregime, sondern unterstreicht auch die zentrale Bedeutung individueller Freiheit gerade auch gegenüber den Herrschaftsansprüchen des Staats im Kontext der Verbrechensbekämpfung. Rechtsstaatlichkeit wiederum ist ein leitendes Motiv für die Koordination mobilitätsbezogener Aspekte des Privatrechts und spielt in den Bereichen Asyl- und Migrationsrecht und Verbrechensbekämpfung eine zentrale Rolle für das Verhältnis zwischen Staat und Einzelnen. Der Bezug auf „die Wahrung der Menschenrechte“ in Art. 2 EUV unterstreicht die Position des:der Einzelnen im Unionsverfassungsrecht insgesamt. Für die politische Ausgestaltung des RFSR bedeutet dies, dass den Menschenrechten eine zentrale Begrenzungs- und Orientierungsfunktion für die von der EU und ihren Mitgliedstaaten im RFSR ausgeübte Hoheitsgewalt zukommt. Dies verweist auf die in der EU-Grundrechtecharta (GRC) gewährleisteten Rechte, die jedoch die korrespondierenden Menschenrechte in der

14 Schimmelfennig (Fn. 13), 322 ff.

15 Hierauf weist Sara Iglesias Sánchez hin: Free Movement Law within the European Union: Workers, Citizens, and Third-Country Nationals, in: Marion Panizzon/Gotfried Zürcher/Elisa Fornalé (Hrsg.), The Palgrave Handbook of International Labour Migration, Hampshire: Palgrave Macmillan 2015, 361–381 (372 ff.).

EMRK und im universellen Menschenrechtsschutz widerspiegeln.¹⁶ Eine grund- und menschenrechtliche Perspektive auf den RFSR verlangt daher einen weiten Blick in den internationalen Menschenrechtsschutz. Gerade im RFSR, in dem der:die Einzelne als Adressat:in und Unterworfene:r hoheitlicher Gewalt besonders im Zentrum steht, ist der Bezug auf den Schutz der Menschenrechte von kaum zu überschätzender Bedeutung. Der Verweis auf die Menschenrechte lädt insgesamt zu einer grund- und menschenrechtlichen Rekonstruktion des RFSR sowie zu einer entsprechenden Evaluation der zu seiner Realisierung ergriffenen Maßnahmen ein. Diese grundrechtlichen Bezüge sind bislang in der Literatur noch nicht hinreichend herausgearbeitet. Ebenfalls offen ist, inwieweit der EuGH bisher die zentrale Position des:der Einzelnen im RFSR reflektiert und hinreichende Sensibilität für die Grundrechtsdimension der politischen Ausgestaltung des RFSR aufbringt. Jedenfalls an den Außengrenzen der EU zeigt sich, dass auch der europäische Grundrechtsraum bislang unvollendet ist.

c) Die europäische Gesellschaft als unabgeschlossenes Projekt

Art. 2 EUV formuliert nicht nur die Werte der EU, sondern charakterisiert in Satz 2 die europäische Gesellschaft näher als eine Gesellschaft, die sich durch „Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“ Das Ziel der Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit erfährt durch die Bezugnahme auf Pluralismus und Nichtdiskriminierung als aufgegebene Charakteristika der europäischen Gesellschaft weitere Aufwertung. Art. 2 S. 2 EUV unterstreicht zudem die Solidarität als ein Charakteristikum der europäischen Gesellschaft, auf der die gemeinsame Asyl-, Einwanderungs- und Grenzpolitik laut Art. 67 Abs. 2 AEUV beruht. Diese verfassungsrechtliche Charakterisierung stellt freilich keine empirische Beobachtung des Ist-Zustandes der europäischen Gesellschaft dar. Vielmehr formuliert sie das Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft so, wie sie sein möchte. Als Charakteristikum der europäischen Gesellschaft geht die in Art. 2 AEUV formulierte Solidarität deutlich über die in Art. 67 Abs. 2 und Art. 80 AEUV für den Bereich „Migration und Grenzen“ formulierte Solida-

16 Dazu: Jürgen Bast/Frederik von Harbou/Janna Wessels, *Human Rights Challenges to European Migration Policy: The REMAP Study*, 2. Aufl., Baden-Baden/Oxford: Nomos/Hart 2022, 21, 23 ff.

rität zwischen den Mitgliedstaaten hinaus. Art. 2 S. 2 EUV enthält das ambitionierte Ziel der Interaktion von Union, Mitgliedstaaten und Einzelnen. Dies passt zu einer pluralistischen Konzeption des Gemeinwohls. Zugleich mahnt die Selbstbeschreibung als solidarische Gesellschaft unter Einschluss von Nicht-EU-Bürger:innen die umfassende Realisierung des europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums an. Hierfür spricht nicht zuletzt der umfassende und strukturell unabgeschlossene Förderauftrag hinsichtlich der Werte der Union und der Realisierung der europäischen Gesellschaft in Art. 3 Abs. 1 EUV.¹⁷

Während Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 67 AEUV die inhaltliche Ausgestaltung des Gemeinwohlbelangs eines europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums weitgehend offenlassen, erhält er durch die in Art. 2 angesprochenen Werte und das dort formulierte ambitionierte Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft Konturen. Zwar bleibt die Ausgestaltung prinzipiell politisch offen. Die Realisierung des unionsweiten Mobilitätsraums ist allerdings durch den verfassungsrechtlichen Kern des Unionsrechts auf die Achtung grundlegender Werte und die Realisierung des angesprochenen Selbstverständnisses ausgerichtet. Der RFSR formuliert somit eine Gemeinwohlaufgabe der Union, die auch die Verwirklichung hoher grund- und menschenrechtlicher Standards für Unionsbürger:innen und Drittstaatsangehörige zum Ziel hat. Die Einzelnen sind im RFSR daher mehr noch als bisher als Rechtssubjekte und Bürger:innen zu verstehen. Der nächste Abschnitt arbeitet die verfassungstheoretischen Implikationen dieser Orientierungswirkung des Kernverfassungsrechts und der Offenheit des Gemeinwohlbelangs des RFSR heraus. Abschnitt IV. untersucht dann im Anschluss anhand konkreter dogmatischer Konfliktkonstellationen die praktischen Implikationen einer verfassungsrechtlichen Interpretation des RFSR im Lichte des Art. 2 EUV.

III. Verfassungstheoretische Verortung: Die Integration der europäischen Gesellschaft durch das Unionsverfassungsrecht

Die regelungstechnische Offenheit, die der Gemeinwohlbelang des RFSR seit dem Vertrag von Lissabon erlangt hat, korrespondiert mit einer zunehmend offenen Austragung von Konflikten über seine Konkretisierung, die den lange Zeit dominanten Modus der intergouvernementalen Konflikt-

17 Dazu ausführlich *Weber*, in diesem Band.

vermeidung langsam ablöst (1.). Aus der Perspektive einer integrations- und konfliktorientierten Verfassungstheorie wird deutlich, dass in dieser offenen Konfliktaustragung Potential für die Konstitution der europäischen Gesellschaft als politischer Ordnung steckt (2.). Dies setzt allerdings voraus, dass die europäische Gesellschaft als Gesellschaft von Bürger:innen *und* Mitgliedstaaten verstanden wird, wobei auch die Rolle von Nicht-Bürger:innen, also Drittstaatsangehörigen, zu klären ist (3.).

1. Von der intergouvernementalen Konfliktvermeidung zur offenen Konfliktbearbeitung

Die grundlegenden Veränderungen der Konfliktstruktur in diesem Bereich durch den Vertrag von Lissabon fördert die Offenheit des Gemeinwohlbelangs des RFSR für die politische Ausgestaltung (a) und führt zu einem neuen, dynamischen Rollenmuster der Unionsorgane (b).

a) Notwendigkeit offener politischer Richtungskonflikte im RFSR

Die Veränderungen der Konfliktstruktur hat *Ana Kocharov* aus einer konflikttheoretischen Perspektive pointiert herausgearbeitet.¹⁸ *Kocharov* beschreibt den dominanten Modus der Integration in der EU vor dem Vertrag von Lissabon als reziproke Deregulierung, die auf die Vermeidung von Konflikten über politische Gestaltung und Präferenzen gerichtet war.¹⁹ Konflikte, die sich aus dem durch die Grundfreiheiten ausgelösten Anpassungsdruck auf die mitgliedstaatlichen Sozialsysteme ergeben hätten,²⁰ seien in erster Linie im Wege individueller Klageverfahren durch den EuGH entschieden worden. Durch diese primär gerichtliche Konfliktbearbeitung seien externe Effekte (wie etwa Lohn- und Produktivitätsunterschiede) dadurch kompensiert worden, dass grenzüberschreitend aktive Unionsbürger:innen ihre Gleichbehandlung in anderen Mitgliedstaaten einklagen konnten.²¹ Etwaige Defizite in den Strukturen für eine offene Aushandlung politischer Richtungsentscheidungen auf europäischer Ebene seien auf die-

18 *Anna Kocharov*, *Republican Europe*, London: Bloomsbury 2019.

19 *Ibid.*, 43 ff.

20 Besonders prominent: EuGH, Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 – *Viking*; Urteil v. 18.12.2007, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 – *Laval*; Urteil v. 3.4.2008, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – *Rüffert*.

21 *Kocharov* (Fn. 18), 79.

se Weise ausgeglichen worden. *Kocharovs* Darstellung, wonach offene Konfliktaustragung über regulative Fragen etwas grundsätzlich Neues in der EU darstellt, ist sicher überpointiert. Die isolierte Fokussierung auf Konflikte, die aus unterschiedlichen Traditionen und Niveaus der Sozialstaatlichkeit hervorgehen, verdeckt insbesondere den Blick für Konfliktbearbeitung in anderen Politikbereichen, wie etwa der Agrarpolitik. Hier hat die EU seit jeher regulativ agiert und politische Konflikte hierüber offen ausgetragen.

Richtig ist allerdings die Beobachtung, dass der Modus der Vermeidung offener politischer Gestaltungskonflikte durch faktisch gestaltende Rechtsprechung, wie er für die Bearbeitung externer Effekte des Binnenmarktes charakteristisch war, im RFSR nicht mehr zur Verfügung steht, weil das Primärrecht den Unionsgesetzgeber zur Ausgestaltung zwingt. Zudem stoßen kooperative Formen der intergouvernementalen Konfliktvermeidung im Lichte des ambitionierten Gemeinwohlbelangs an ihre Grenzen. Der Gemeinwohlbelang eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums kann – anders als die Grundfreiheiten – nicht durch den Grundsatz der Gleichbehandlung realisiert werden, da die betroffenen Einzelnen nicht als Unionsbürger:innen grenzüberschreitend an der ökonomisch-sozialen Ordnung anderer Mitgliedstaaten partizipieren wollen, sondern der Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten und der EU etwa als Straftäter:innen oder Nicht-Bürger:innen gegenüberstehen.²² Es geht also um Einzelne, deren Partizipations- und Mobilitätsoptionen typischerweise eingeschränkt sind und um politische Bereiche, in denen das mitgliedstaatliche Interesse mitunter auf Verhinderung von Mobilität gerichtet ist. Wechselseitige Anerkennung als dezentrales Koordinierungsinstrument spielt zwar im RFSR weiterhin eine Rolle, insbesondere im Rahmen des Europäischen Haftbefehls. Externe Effekte staatlicher Regulierung in einem Mitgliedstaat (etwa eine großzügige Einwanderungspolitik oder unterschiedliche Definitionen schwerer Straftaten) können jedoch in den Politikbereichen des RFSR nicht dadurch kompensiert werden, dass Einzelne ihre Teilhabe an der ökonomisch-sozialen Ordnung anderer Mitgliedstaaten einklagen. Statt Konfliktvermeidung ist Konfliktbearbeitung im Sinne eines gemeinsamen Ringens um politische Richtungsentscheidungen auf unionaler Ebene unerlässlich. Dieser Modus der politisch-regulativen Konfliktbearbeitung wird durch die bereits angesprochene Offenheit und geringe Determinierungskraft der

22 Ibid., 79, 98.

operativen Vorschriften des RFSR begünstigt.²³ Der RFSR eignet sich insofern in besonderer Weise für eine offene Austragung von Konflikten über politische Präferenzen und Gestaltungsoptionen.

b) Variable Rollenmuster im interinstitutionellen Verhältnis

Wie stark sich der Umgang mit Konflikten im RFSR verändert hat, zeigt sich auch im Verhältnis der EU-Institutionen untereinander. In einer umfassenden Studie über das interinstitutionelle Verhältnis im RFSR hat *Adina Maricut-Akbik* gezeigt, dass die „representation claims“, mit denen EU-Institutionen ihr Handeln zu rechtfertigen versuchen, seit dem Vertrag von Lissabon immer vielfältiger und die Positionen innerhalb der jeweiligen Institutionen immer heterogener geworden sind.²⁴ Zwar beanspruchen die EU-Institutionen weiterhin dieselben „constituencies“ zu repräsentieren, die sie bisher repräsentierten. Die Kommission versteht sich etwa als Repräsentantin der Verträge, der Rat als Repräsentant der Mitgliedstaaten und das Parlament als Repräsentant der Bürger:innen der EU. Die inhaltlichen Positionen, die mit der Repräsentation der jeweiligen „constituency“ verbunden werden bzw. dieser zugeschrieben werden, verändern sich jedoch und variieren zunehmend.²⁵ Klassische Rollenzuschreibungen, wonach die Kommission im RFSR stets technokratisch-integrationsorientiert argumentiert, der Rat vor allem Sicherheitsinteressen repräsentiert und das Parlament demgegenüber vor allem grund- und menschenrechtliche Erwägungen einspeist, gehören seit dem Vertrag von Lissabon der Vergangenheit an.²⁶ Die Umstellung auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren verlangt allen Institutionen größere Kompromissbereitschaft ab und erlaubt es insbesondere dem Parlament nicht mehr, in Fundamentalopposition zum Rat oder zur Kommission zu gehen.²⁷ Indem die Institutionen ihre Repräsentationsrolle inhaltlich ausgestalten, gestalten sie auch ihre institutionelle Rolle aktiv.

23 *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 9), 165 (mit Bezug auf die Migrationspolitik).

24 *Maricut* (Fn. 10), 185 ff., 188 ff.

25 Siehe dazu die instruktive Analyse bei *Maricut* (Fn. 10), 188 ff.

26 Dies trifft jedenfalls für die Kommission und das Parlament zu, während der Rat vergleichsweise statischer in seiner Positionierung bleibt, *Maricut* (Fn. 10), 240.

27 *Ibid.*, 186, 206 ff.

Die Vielfalt der im RFSR nunmehr zusammengefassten Bereiche und ihre Aushandlung in einem durch Mehrheitsentscheidungen gekennzeichneten Gesetzgebungsverfahren führt zudem dazu, dass die inhaltlichen Positionen vielfältiger werden. Konflikte über politische Zielsetzungen und Präferenzen im RFSR werden in diesem Umfeld politisiert in dem Sinne, dass die öffentliche Aufmerksamkeit für die dort getroffenen Richtungsentscheidungen zunimmt und politische Mobilisierung aufgrund der jeweiligen Sachfragen erfolgt.²⁸ Dies trägt zu einer stärkeren inhaltlichen Polarisierung bei. Die unterschiedlichen Interessen, die die Institutionen ihren jeweiligen „constituencies“ zuschreiben und in ihrem Interesse zu vertreten beanspruchen, lassen sich als verschiedene Visionen des europäischen Gemeinwohls im RFSR verstehen. Konfligierende Visionen werden im RFSR im politischen Prozess aktiv verhandelt, um zu gemeinsamen politischen Maßnahmen zu gelangen. Diese Perspektive verdeutlicht, dass das unionale Gemeinwohl stets einen die verschiedenen Hoheitsebenen verschränkenden Charakter aufweisen muss, damit die unterschiedlichen „constituencies“ sich in ihm repräsentiert sehen können. Das europäische Gemeinwohl im RFSR sollte vor diesem Hintergrund pluralistisch und nicht monolithisch, konfliktoffen und nicht statisch, als bereits vertragsrechtlich prädeterniniert, konzipiert werden.

Institutionell spiegelt sich dieses Pluralismuserfordernis im Aufgabenprofil der Mitgliedstaaten im RFSR. Die Verträge versprechen an verschiedenen Stellen die Wahrung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 4 Abs. 2 EUV, Art. 67 Abs. 1 AEUV, Art. 69, Art. 72 AEUV). Im operativen Teil finden sich zudem, insbesondere im Bereich „Polizei und Justiz“, zahlreiche Vorschriften, die den Mitgliedstaaten besondere Mitsprache- und sogar Initiativrechte zusichern (Art. 73, Art. 81 Abs. 3, Art. 86, Art. 82 Abs. 3, Art. 83 Abs. 3 AEUV). Auch die Leitlinienkompetenz des Rates (Art. 68 AEUV) lässt sich in diesem Sinne verstehen. Diese intergouvernementalen Reminiszenzen spiegeln die schwierige Kompromissbildung in diesem Bereich, schmälern aber kaum die Bedeutung der allgemeinen Umstellung auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren. Sie unterstreichen, dass das europäische Gemeinwohl im RFSR immer nur pluralistisch verstanden werden kann und daher im Zusammenspiel zwischen den verschiedenen „consti-

28 Zum Begriff der Politisierung *Pieter de Wilde/Michael Zürn*, Can the Politicization of European Integration be Reversed?, JCMS 50 (2012), 137–153 (140).

tuencies“ auszuhandeln ist. An der inhaltlichen Gestaltungsoffenheit des Gemeinwohlbelangs des RFSR ändert dies jedoch nichts.

2. Integration durch verfassungsrechtliche Konflikte im RFSR

Um besser zu verstehen, welche Bedeutung diese neuen Konfliktstrukturen für den Prozess der europäischen Integration haben, bietet sich eine integrativ-konfliktaffine Verfassungstheorie an. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass eine Verfassung als akzeptierter Konfliktrahmen zur Integration einer Gesellschaft durch die Austragung von Konflikten beitragen kann.²⁹ Zunächst werden Konturen eines solchen verfassungstheoretischen Verständnisses umrissen (a), bevor die Voraussetzungen einer integrativen Wirkung des Verfassungsrechts im RFSR untersucht werden (b).

a) Verfassungsrecht als symbolische Repräsentation politischer Ordnung

Verfassungen lassen sich zunächst als „normatives Skript“³⁰ verstehen, das politisches Handeln und Willensbildungsprozesse orientiert, die Austragung von Konflikten strukturiert und die normativen Grenzen der politischen Ordnung markiert. Verfassungen erfüllen dabei nicht nur institutionelle und instrumentelle, sondern auch repräsentative Funktionen, insofern sie „die politischen Ordnungsvorstellungen des politischen Gemeinwesens symbolisch zum Ausdruck“ bringen.³¹ Die Geltung und Akzeptanz einer Verfassung entsteht kommunikativ durch die gemeinsame Bezugnahme auf die Verfassung im öffentlichen Diskurs. Sinn- und orientierungstiftend wirken Verfassungstexte also nicht allein schon wegen ihrer Normativität,

29 Die Ausführungen in diesem Abschnitt beruhen auf der ausführlichen Entwicklung dieses Verständnisses in *Anuscheh Farahat*, Transnationale Solidaritätskonflikte: Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung der Eurokrise, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 50–64.

30 *Mónica Brito Vieira/Filipe Carreira da Silva*, Getting Rights Right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal, I-CON II (2013), 898–922.

31 *Hans Vorländer*, Integration durch Verfassung?, in: ders. (Hrsg.), Integration durch Verfassung, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2002, 9–42 (18). Ähnlich auch *Uwe Volkmann*, Verfassungslehre, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 41 ff., der aber von der Verfassung als „politischer Gerechtigkeitsordnung“ spricht und damit ein substantielleres Verständnis nahelegt (so auch der Verweis auf die „gute, gerechte und vernünftige Ordnung des Gemeinwesens“ [297 ff.] und der Hinweis auf die Wirkung der Verfassung im Bereich „geistig-moralischer Sinnvermittlung“ [308]).

sondern weil mit ihr im Verfassungsdiskurs bestimmte, historisch-konkrete Ordnungsvorstellungen verbunden und identifiziert werden. Verfassungsdiskurse sind in dieser Lesart regelmäßig gesellschaftliche Selbstverständigungsdiskurse.³²

Diese Selbstverständigungsdiskurse sind in modernen Gesellschaften typischerweise konflikthaft. Aufbauend auf agonalen Demokratietheorien³³ bzw. hegemonietheoretischen Politiktheorien³⁴ hat die jüngere konfliktaffine, integrative Verfassungstheorie nun herausgearbeitet, dass Integration nicht trotz, sondern gerade wegen der offenen Austragung von Deutungskonflikten im Verfassungsdiskurs erfolgt. Die Verfassung ist danach eine mögliche Kandidatin, um die „leere“, d.h. nicht dauerhaft besetzte Stelle der Macht in demokratisch-republikanischen Ordnungen symbolisch zu besetzen und zur dominanten Einheitsvorstellung zu werden.³⁵ Der Begriff der „Leerstelle“ geht auf *Claude Lefort* zurück, der damit Offenheit und Pluralität demokratischer Gesellschaften betont, deren Einheit nicht mehr durch die transzendental begründete Macht des Monarchen repräsentiert wird.³⁶ Voraussetzung dafür, dass die Verfassung diese Leerstelle füllen kann, ist jedoch, dass diese Verfassung selbst bis zu einem gewissen Grade „leer“,

32 Vorländer (Fn. 31), 9, 23. Ähnlich *Peter Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 28 ff., 83 f.

33 Günter Frankenberg etwa bezieht sich insbesondere auf die Arbeiten von Marcel Gauchet und Claude Lefort. Dazu *Marcel Gauchet*, Tocqueville, Amerika und wir, in: Ulrich Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1990, 123–206, und *Claude Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: Ulrich Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1990, 281–297. Günter Frankenberg, Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration, in: Hans Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2002, 43–70 (53 f.).

34 André Brodocz bezieht sich auf das von Ernesto Laclau geprägte hegemonietheoretische Konzept des leeren Signifikanten (*Ernesto Laclau*, Emanzipation und Differenz, Wien, Berlin: Turia + Kant 2007, 65–78) und entwickelt seine Verfassungstheorie somit vor dem Hintergrund einer konfliktaffinen Politik- und Demokratietheorie, wie sie in unterschiedlichen Varianten insbesondere von Chantal Mouffe (*Chantal Mouffe*, Das demokratische Paradox, Wien, Berlin: Turia + Kant 2008), aber auch von Claude Lefort (Fn. 33, 281) oder William Connolly (*William E. Connolly*, Identity/Difference, Ithaca: Cornell University Press 1991, insb. 158 ff.) entworfen wurde. André Brodocz, Die symbolische Dimension der Verfassung, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2003.

35 Frankenberg (Fn. 33), 54. Ähnlich auch der Ansatz von *Pierre Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, Hamburg: Hamburger Edition 2010, 123.

36 Lefort (Fn. 33), 293; bereits zuvor *Claude Lefort*, La dissolution de repères et l'enjeu démocratique, in: ders. (Hrsg.), Le temps présent, Paris: Belin 2007, 551, insb. 560 f.

d.h. offen für unterschiedliche, mitunter konfligierende Deutungen wird. Einheitsbildung durch Verfassungsrecht funktioniert also nicht zwangsläufig über inhaltliche Übereinstimmung, sondern darüber, dass es sich bei jeder der mitunter konfligierenden Deutungen um eine Deutung derselben Verfassung(snorm) handelt.³⁷ Durch unterschiedliche Deutungen desselben Textes wird die Verfassung selbst unterschiedslos gegenüber konfligierenden Positionen, sie kann für die verschiedenen Akteur:innen Unterschiedliches bedeuten und symbolisieren.³⁸ Diese Unterschiedslosigkeit der Verfassung ermöglicht es den Mitgliedern einer politischen Gemeinschaft, sich wechselseitig als Gleiche anzuerkennen und sich gleiche Freiheit zuzuerkennen.³⁹ Durch die widerstreitenden Deutungen derselben Verfassung entsteht die gemeinsame Vorstellung, dass die Identität der politischen Ordnung in der Verfassung repräsentiert wird. Integration erfolgt gewissermaßen „hinter dem Rücken der Akteure“.⁴⁰ Die Auseinandersetzung über die Bedeutung der Verfassung ist danach konstitutiv für die politische Ordnung.⁴¹

b) Voraussetzungen integrativer Konfliktbearbeitung

Damit verfassungsrechtliche Deutungskonflikte eine integrative Wirkung entfalten können, müssen geeignete Verfahren der Konfliktbearbeitung zur Verfügung stehen. Diese müssen so gestaltet sein, dass sie einen kontinuierlichen und prinzipiell unabgeschlossenen Prozess der reflexiven gesellschaftlichen Selbstverständigung über die Bedeutung der Verfassung ermöglichen, in dem alle gesellschaftlichen Gruppen und Akteur:innen

37 *Frankenberg* (Fn. 33), 54.

38 *Ibid.*, 54.

39 *Ibid.*, 55, 60. Zu der hier in Bezug genommenen Anerkennungstheorie grundlegend *Axel Honneth*, *Kampf um Anerkennung*, 8. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2014, insb. 259 ff.

40 *André Brodacz*, *Chancen konstitutioneller Identitätsstiftung*, in: Hans Vorländer (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2002, 101–119 (107).

41 In diese Richtung lässt sich auch Armin von Bogdandys Verweis auf die identitätsbildende Wirkung der „starke[n] Verfassungsgeprägtheit des aktuellen öffentlichen Diskurses“ verstehen, *Armin von Bogdandy*, *Europäische und nationale Identität*, *VVDStRL* 62 (2002), 156–193 (170 f.); von Bogdandy steht fixierten Identitätsvorstellungen jedoch ebenfalls kritisch gegenüber (178 ff.). Die konstitutive Wirkung von sozialen Konflikten betont auch *Kocharov* (Fn. 18), 35.

Gehör finden können. Prozedural setzt dies voraus, dass Foren und Verfahren zur Verfügung stehen, in denen soziale Konflikte artikuliert und damit sichtbar gemacht werden können (*Sichtbarkeit*). Dies umfasst sowohl gerichtliche als auch politische Foren. Dass diese Voraussetzung in der europäischen Gesellschaft bereits gegeben ist, zeigt sich anschaulich an der öffentlichen Auseinandersetzung um den Umgang mit Flüchtlingen. Diese führte zu einer unionsweiten Debatte über Solidarität, Schutzverpflichtungen und Grundrechtsstandards, in deren Folge es nicht nur zu zahlreichen EuGH-Verfahren über die verfassungsrechtliche Dimension dieser Konflikte kam, sondern auch zu einer politischen Mobilisierung über das Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft.⁴² Verfassungsrechtliche Foren und Verfahren sollten für alle Bürger:innen und damit alle (potenziellen) Konfliktparteien effektiv zugänglich sein (*prozedurale Inklusivität*), damit die Verfassung „mit vielen Stimmen zur Sprache kommen kann“⁴³ und sich eine „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“⁴⁴ entwickeln kann. Diesbezüglich bestehen seit dem Vertrag von Lissabon ebenfalls günstige Voraussetzungen, da das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der Union seither mit einigen wenigen Modifikationen auch im RFSR zur Anwendung kommt. Obgleich gerade im Bereich „Migration und Grenzen“ die Entscheidungspraxis oft weiterhin konsensorientiert ist,⁴⁵ kann von einem Vorrang kooperativer Strukturen gegenüber legislativer Integration im RFSR⁴⁶ heute keine Rede mehr sein.⁴⁷ Die zunehmend variierenden Rollenmuster und inhaltlichen Positionen der Unionsorgane lassen erkennen, dass dadurch in der politischen Praxis Räume für genuinen politischen Richtungsstreit und inklusive Willensbildung entstehen, auch wenn die Leitlinienkompetenz nach Art. 68 AEUV beim Rat liegt. Wenn über den Umgang mit Flüchtlingen in der Union gestritten wird, geht es also nicht einfach um die Umsetzung eines vertraglich vorgegebenen Programms,

42 Ausführlich zu diesen und weiteren Konflikten unter IV.

43 Brodocz (Fn. 40), 101, III.

44 Zu diesem Leitbild prägend *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 34 (1979), 297–305 (302 ff.).

45 *Jean-Baptiste Farcy*, Labour Immigration Policy in the European Union: How to Overcome the Tension between Further Europeanisation and the Protection of National Interests?, European Journal of Migration and Law 22 (2020), 198–223 (202 ff., 206 ff., 217 f.).

46 So aber *Tuori* (Fn. 1), 316.

47 Ausnahmen bestehen in Bezug auf Aspekte des Familienrechts (Art. 81 Abs. 3 AEUV) des Straf- und Strafverfahrensrechts (Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV) und die Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 AEUV).

sondern um die Ausgestaltung eines Mobilitäts- und Grundrechtsraums, die zwar am Verfassungsrecht orientiert ist, aber Raum für politische Richtungsentscheidungen lässt. Schließlich verbessert der Umstand, dass der EuGH inzwischen für die Rechtskontrolle im gesamten RFSR zuständig ist, die prozedurale Inklusivität auch im Bereich des Rechtsschutzes. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Konflikte im RFSR überhaupt in der Sprache des Unionsverfassungsrechts thematisiert werden (können) und der EuGH im Sinne reflexiver Kontrolle als Repräsentant des europäischen Verfassungsrechts agieren kann.⁴⁸

Integrative Konfliktbearbeitung setzt darüber hinaus voraus, dass auch ihre Ergebnisse inklusiv sein sollten. Das bedeutet: Sie sollten die Interessen und Deutungsvarianten möglichst vieler Konfliktparteien als legitim anerkennen und argumentativ berücksichtigen (*materielle Inklusivität*).⁴⁹ Transparente Begründungen von Entscheidungen, die die Möglichkeit alternativer Deutungsoptionen sichtbar werden lassen, sind dabei hilfreich. In Ermangelung abweichender Sondervoten sind hier die Schlussanträge der Generalanwält:innen ein vielversprechendes Instrument, um die Inklusivität verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung zu erhöhen. Beispielhaft zeigt sich das in den unterschiedlichen Deutungen des Grundsatzes der Solidarität im Kontext des RFSR durch Generalanwält:innen und EuGH.⁵⁰ Schließlich muss Konfliktbearbeitung die Verfassung für alternative Deutungen und Verfassungswandel offenhalten, um Akzeptanzverlusten vorzubeugen und Raum für politische Willensbildung zu lassen (*Offenheit*).⁵¹ Zugleich muss sie aber im Konfliktfall hinreichende Konkretisierung leisten, um Grenzen für politisches Handeln zu ziehen und Orientierung zu stiften (*Konkretheit*). Diese beiden Anforderungen richten sich vor allem an gerichtliche Konfliktbearbeitung und bringen das kontinuierliche Spannungsverhältnis zwischen Wandel und Kontinuität zum Ausdruck. In der potenziell starken Rolle des EuGH und einer starken Grund- und Menschenrechtsprägung des RFSR kann allerdings auch ein Risiko für Entpolitisierung und Deutungsschließung liegen. Immerhin zielen Grundrechte gerade darauf ab, verbindliche Grenzen für politisches Handeln zu formu-

48 Eine solche Rolle des EuGH schlägt auch Adina Maricut-Akbik vor, *Maricut* (Fn. 10), 253 ff.

49 Ähnlich bei Häberle (Fn. 44), 303 f.

50 Dazu unter IV.4.

51 So auch Brun-Otto Bryde, *Integration durch Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Grenzen*, in: Hans Vorländer (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2002, 329–342 (338 f.).

lieren und prägen politisches Handeln auch durch positive Schutzpflichten. Konkrete politische Lösungen lassen sich jedoch regelmäßig nicht einfach aus den Grundrechten ableiten. In vielen Fällen gibt es mehr als eine einzige rechtlich plausibel begründbare Interpretation.⁵² Damit bleibt Raum für unterschiedliche Deutungen und Konkretisierungsvarianten. Ob eine Bezugnahme auf Menschenrechte tatsächlich entpolitisierend in dem Sinne wirkt, dass politische Entscheidungsträger:innen ihre Entscheidungen als quasi-automatische Folge des Verfassungstextes zu legitimieren versuchen, ist in erster Linie eine Frage der politischen Kultur. Gerade der Rekurs auf Grund- und Menschenrechte kann auch dazu dienen, Diskurse überhaupt erst wieder für politische Argumente zu öffnen, die bisher unter Verweis auf Sachzwänge verschlossen waren und in denen bestimmte Interessen strukturell marginalisiert sind. Dies zeigt sich beispielhaft in Bezug auf die Thematik sicherer legaler Zugangswege zum Unionsgebiet. Die Position von Drittstaatsangehörigen ist hier strukturell der Abschottungslogik unterlegen. Menschenrechtliche Argumente brechen diese strukturelle Benachteiligung auf und eröffnen Räume für alternative politische Gestaltung, die im Detail aber Sache der Gesetzgebung bleibt.⁵³

Verfassungsrechtliche Konflikte im RFSR können also zur Integration der europäischen Gesellschaft beitragen. Wie aber ist die europäische Gesellschaft zu konzipieren und wer wird integriert?

3. Wer wird integriert? Ein- und Ausschlüsse in der europäischen Gesellschaft

Der RFSR ist der Ort, an dem die EU mit dem europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraum wesentliche Elemente ihres eigenen Verfassungsraums schafft, nach außen absichert und abschließt. Dies produziert neben Einschlüssen in auch Ausschlüsse aus der europäischen Gesellschaft, etwa in Bezug auf sog. illegal aufhältige Personen oder Menschen, die sich noch nicht in der Union befinden und keines der Kriterien für Schutzstatus oder Aufenthaltsrecht erfüllen. Auch innerhalb des RFSR erfolgen Ausschlüsse gegenüber jenen, die die Sicherheit dieses Mobilitäts- und Grundrechtsraums und der mit ihm verbundenen Werte zu untergraben drohen. Diese

52 *Anuscheh Farahat*, Human Rights and the Political: Assessing the Allegation of Human Rights Overreach in Migration Matters, NQHR 40 (2022), 180–201 (190 ff.).

53 Dazu im Detail unter IV.2.b.

Aus- und Einschlüsse sind konstitutiv für die Herausbildung der europäischen Gesellschaft, wie sie Art. 2 S. 2 EUV postuliert. Hier wird sogar deutlich, dass die Union im europäischen Mobilitätsraum eigene Souveränität herausbildet. Die Modi und Kriterien dieser Ein- und Ausschlussprozesse sind ebenenübergreifend umstritten, d.h. nicht nur auf mitgliedstaatlicher Ebene, sondern auch auf europäischer Ebene und insbesondere auch zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten, zwischen den Bürger:innen und zwischen Mitgliedstaaten und EU. Die europäische Gesellschaft ist daher als verfassungsrechtlich konstituierte Gesellschaft zu verstehen, die Mitgliedstaaten, Bürgerinnen und Bürger sowie alle in der Union ansässigen Drittstaatsangehörigen umfasst.⁵⁴ Der Bürger:innen-Begriff der Verträge (Art. 67 Abs. 3 AEUV) bleibt gleichwohl enger auf die Unionsbürger:innen bezogen.

Ein zweites Charakteristikum der Konfliktstruktur in der EU und insbesondere im RFSR ist die Gleichzeitigkeit verschiedener Verfassungsordnungen auf verschiedenen Ebenen. Föderale Konflikte überschneiden sich daher vielfach mit anderen Konfliktlinien. Dies spricht für ein pluralistisches Verfassungsverständnis im Kontext der EU, das die Persistenz föderaler Konflikte anerkennt, aber zugleich im Sinne multipler Zugehörigkeit die Möglichkeit der Integration zu einer unionalen politischen Ordnung betont. Dies setzt die wechselseitige Anerkennung der Bürgerinnen und Bürger in den Mitgliedstaaten und der Mitgliedstaaten selbst als fortbestehende politische Ordnungen voraus.⁵⁵ Die Idee einer Integration der europäischen Gesellschaft zu einer politischen Ordnung durch Unionsverfassungsrecht ist daher nicht mit einem Aufgehen der nationalen politischen Ordnungen in einer europäischen politischen Ordnung zu verwechseln. Sie ist als entwicklungsöffener und unabgeschlossener Prozess zu verstehen. Die nachfolgende Untersuchung und Evaluierung der konkreten Konflikte im RFSR aus verfassungsrechtlicher Perspektive wird diese Vielgestaltigkeit im Blick behalten müssen.

IV. Dogmatische Gehalte und Konfliktlinien

Versteht man die Herstellung eines unionsweiten Mobilitäts- und Grundrechtsraums als zentralen Gemeinwohlbelang des RFSR, so ergeben sich

54 von Bogdandy (Fn. 3), 18 f.

55 Kocharov (Fn. 18), 32 ff.

auf dogmatischer Ebene vier zentrale Konfliktlinien, entlang derer sich verfassungsrechtliche Fragen stellen. Zunächst ist die Realisierung des europäischen Mobilitätsraums nach innen, d.h. die Ausgestaltung der Freizügigkeit, genauer in den Blick zu nehmen (1.). Sodann werden dogmatische Fragen und Konflikte untersucht, die sich bei der Abschließung des europäischen Mobilitätsraums nach außen stellen und insbesondere die Reichweite des Grund- und Menschenrechtsschutzes betreffen (2.). Eine dritte Konfliktlinie betrifft das wechselseitige Vertrauen im europäischen Mobilitätsraum und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum pluralistischen Grundrechtsschutz, insbesondere im Kontext des Europäischen Haftbefehls (3.). Abschließend sind die verfassungsrechtliche Bedeutung und dogmatische Konkretisierung des Grundsatzes der Solidarität zu vermessen (4.).

1. Die Realisierung des europäischen Mobilitätsraums nach innen

Nach Art. 3 Abs. 2 EUV bietet die EU „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum [...] ohne Binnengrenzen“. Für die Realisierung des unionsweiten Mobilitätsraums ist also zunächst einmal der Wegfall der Binnengrenzen zentral. Damit wird der Zielkonflikt zwischen Freiheit und Sicherheit nach innen aufgelöst. Dogmatische Konflikte entzündeten sich in der jüngeren Vergangenheit vor allem an der (temporären) Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen durch einige Mitgliedstaaten in Folge der Flüchtlingsschutzkrise von 2015/16, im Zuge der Terrorbekämpfung und in Folge der COVID-19-Pandemie.⁵⁶ Verfassungsrechtlich geht es dabei um etwaige mitgliedstaatliche Derogationskompetenzen (a) und um das Verhältnis zwischen Freizügigkeit und Reisefreiheit (b).

a) Legislative Mediatisierung und Vorrang kooperativer Reaktion

Zum besseren Verständnis ist es hilfreich, sich zunächst zu vergegenwärtigen, dass der Unionsgesetzgeber den in Art. 3 Abs. 2 EUV skizzierten uni-

⁵⁶ *Elsbeth Guild*, Schengen Borders and Multiple National States of Emergency: From Refugees to Terrorism to COVID-19, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 385–404 (388 f.). Sie weist aber auch darauf hin, dass die Wiedereinführung von Grenzkontrollen schon vor 2015/16 ein Thema im RFSR war. So auch *Sandra Mantu*, Schengen, Free Movement and Crisis: Links, Effects and Challenges, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 377–384.

onsweiten Mobilitätsraum und das damit verbundene Verhältnis von Freiheit und Sicherheit durch den Schengener Grenzkodex (SGK)⁵⁷ legislativ gestaltet hat. Art. 25 und 29 SGK erlauben unter eng umrissenen Voraussetzungen als ultima ratio die Wiedereinführung von Grenzkontrollen. Bereits nach der bis Juni 2024 geltenden Fassung des Grenzkodex war dies jedoch nur für jeweils 30 Tage und insgesamt für maximal sechs (Art. 25 SGK) bzw. 24 Monate (Art. 29 SGK) zulässig. Zudem konnte der Rat nach Art. 29 Abs. 2 SGK auf Vorschlag der Kommission „als letztes Mittel [...] zum Schutz der gemeinsamen Interessen“ im RFSR die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen beschließen. Die seit Juni 2024 geltende Neufassung des Grenzkodex hält an diesem grundlegenden Mechanismus fest. Im Zuge der Flüchtlingsschutzkrise 2015/16 haben zahlreiche Mitgliedstaaten, darunter Österreich, unter Berufung auf diese Vorschriften Kontrollen an bestimmten Binnengrenzen wiedereingeführt. Diese Grenzkontrollen überstiegen jedoch die in Art. 25 Abs. 4 SGK vorgesehene Höchstdauer, was zu einem Vorabentscheidungsersuchen führte.⁵⁸

Im Verfahren stellte sich zunächst die Frage, ob Art. 72 AEUV es den Mitgliedstaaten erlaubt, einseitig die Öffnung des europäischen Mobilitätsraums nach innen rückabzuwickeln.⁵⁹ Aus Sicht des EuGH rechtfertigt die Vorschrift keine Derogation, da der Unionsgesetzgeber in Ausübung seiner Zuständigkeiten einen „umfassenden Rahmen“ geschaffen habe,⁶⁰ dessen Ziel es sei „ein angemessenes Gleichgewicht, wie es in Art. 3 Abs. 2 EUV in Aussicht genommen wird“ im europäischen Mobilitätsraum zu gewährleisten und der den Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten hinreichend Rechnung trage.⁶¹ Mit anderen Worten: Art. 72 AEUV ist legislativ mediatisiert. Entsprechend der gesetzgeberischen Gestaltung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit ist es im Falle einer anhaltenden Bedrohung Sache der Mitgliedstaaten, kooperative Maßnahmen zu ergreifen, die dieser Bedrohung entgegenwirken.⁶² Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV, der im offenen Widerspruch

57 Verordnung (EU) 2016/399 vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2006 L 77/1, nunmehr geändert durch Verordnung (EU) 2024/1717 vom 13. Juni 2024, ABl. 2024 L 1717/1.

58 EuGH, Urteil v. 26.4.2022, verb. Rs. C-368/20 und C 369/20, ECLI:EU:C:2022:298 – NW.

59 Diesen Einwand hatte die deutsche Regierung vorgetragen: *ibid.*, Rn. 55.

60 *Ibid.*, Rn. 87; ähnlich Rn. 72.

61 *Ibid.*, Rn. 88 f.

62 *Ibid.*, Rn. 77.

zur geteilten Kompetenz für den RFSR⁶³ von einer „alleinigen Verantwortung“ der Mitgliedstaaten für die nationale Sicherheit spricht, findet nicht einmal Erwähnung. Diese Vorschrift stellt anscheinend für den EuGH keine operative Bestimmung dar, sondern wohl eher einen irrelevanten Atavismus. Die Ausgestaltung des europäischen Mobilitätsraums unterliegt danach einer Kooperationspflicht, die sich verfassungsrechtlich als Ausdruck des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV und des Grundsatzes der Solidarität aus Art. 2 EUV verstehen lässt. Sicherheitsbedrohungen von außen wie von innen sind daher, von kurzfristigen Ausnahmen abgesehen, kooperativ zu lösen.

b) Grund- und menschenrechtliche Argumente für umfassende Reisefreiheit und Freizügigkeit

Die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen wirft eine zweite Frage auf: Welche Rolle spielt das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger:innen im Kontext der durch das Schengen-Regime abgesicherten Reisefreiheit? Diese Frage hat das vorlegende Gericht im oben genannten Fall aufgeworfen.⁶⁴ Der EuGH ist auf Art. 21 AEUV und Art. 45 GRC und ihr Verhältnis zu Art. 3 Abs. 2 EUV sowie Art. 77 AEUV nicht eingegangen, sondern beschränkte sich auf die Auslegung des Sekundärrechts. Konkret bezog er sich auf den 27. Erwägungsgrund des SGK, um zu argumentieren, dass „Ausnahmen und Abweichungen von der Freizügigkeit eng auszulegen“ sind.⁶⁵ Dass der EuGH hier eine Verbindung zwischen Reisefreiheit und Freizügigkeit herstellt, wird erst bei einem Blick auf die in Bezug genommene Rechtsprechung deutlich: Diese bezieht sich nämlich auf die Arbeitnehmer- bzw. Unionsbürgerfreizügigkeit.⁶⁶ Der EuGH interpretiert nun – ohne dies explizit zu machen – Binnengrenzkontrollen als eine Beschränkung der Unionsbürgerfreizügigkeit, also eine Maßnahme, die die grenzüberschreitende Freizügigkeit für Unionsbürger:innen erschwert oder zumindest weniger attraktiv macht. Angesichts des Umstandes, dass die

63 Bruno de Witte, Exclusive Member State Competences: Is There Such a Thing?, in: Sacha Garben/Inge Govare (Hrsg.), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, London: Bloomsbury 2017, 59–73 (70 ff.).

64 EuGH, NW (Fn. 58), Rn. 31, 37, 48.

65 Ibid., Rn. 64.

66 EuGH, Urteil v. 3.6.1986, Rs. 139/85, ECLI:EU:C:1986:223, Rn. 13 – *Kempf*; Urteil v. 10.7.2008, Rs. C-33/07, ECLI:EU:C:2008:396, Rn. 23 – *Jipa*.

Reisefreiheit im Kontext des Schengen-Raums und die unionsbürgerrechtliche Freizügigkeit entstehungsgeschichtlich getrennte Konzeptionen sind, ist diese freizügigkeitsrechtliche Aufladung des Raums ohne Binnengrenzen begründungsbedürftig. Dies gilt umso mehr, als – entgegen einem verbreiteten Missverständnis – Einwanderung nicht primär an der Grenze reguliert wird. Reisefreiheit kann bestehen, ohne dass ein Recht auf Niederlassung besteht; umgekehrt kann eine Person dann einwandern, wenn sie an der Grenze ihren Pass und ggf. ein Visum vorlegen muss.

Aus verfassungstheoretischer Perspektive hat der EuGH mit dieser dürftigen, impliziten Begründung eine Chance verstreichen lassen, das Verhältnis zwischen Freizügigkeit für Unionsbürger:innen und Reisefreiheit für jedermann verfassungsrechtlich zu konkretisieren. Der EuGH macht die verfassungsrechtlichen Konflikte unsichtbar und schmälert damit die diskursive Relevanz des Unionsverfassungsrechts. Dabei bietet gerade die hier vertretene, weite menschenrechtliche Perspektive⁶⁷ auf den RFSR Potenzial, die Freizügigkeit und die Reisefreiheit aus der funktionalen Logik der Realisierung des Binnenmarkts zu lösen und ihnen eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung zuzumessen.⁶⁸ Nach Art. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK (ZP 4 EMRK) hat *jede* Person, die sich rechtmäßig im Gebiet eines Hoheitsstaates aufhält, das Recht, „sich dort frei zu bewegen und ihren Wohnsitz frei zu wählen“.⁶⁹ Nimmt man die Territorialität des Unionsrechts ernst,⁷⁰ verlangt diese Vorschrift damit nicht nur Freizügigkeit, sondern auch Reisefreiheit. Spiegelbildlich folgt daraus aber auch: Für Drittstaatsangehörige mit rechtmäßigem Aufenthalt muss neben der Reisefreiheit die Freizügigkeit im europäischen Mobilitätsraum gewährleistet werden. In verfassungs- und damit menschenrechtskonformer Interpretation verdichtet sich die nach dem Wortlaut gegebene Möglichkeit („kann“)

67 Dazu oben, Text bei Fn. 16.

68 Die Ausweitung der Freizügigkeit auf Drittstaatsangehörige wird in der Literatur schon länger und vor allem unter gleichheitsrechtlichen Aspekten diskutiert. Zuletzt *Petra Weingerl/Matjaž Tratnik*, Climbing the Wall around EU Citizenship: Has the Time Come to Align Third-Country Nationals with Intra-EU Migrants?, *EJIL* 33 (2022), 15–38. Siehe auch *Sara Iglesias Sánchez*, Free Movement of Third Country Nationals in the European Union? Main Features, Deficiencies and Challenges of the new Mobility Rights in the Area of Freedom, Security and Justice, *ELJ* 15 (2009), 791–805.

69 Ebenso Art. 12 Abs. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbÜg).

70 Dazu ausführlich *Bast*, Entterritorialisierung (Fn. 11), 278–309 (294–304).

zur Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen in Art. 45 Abs. 2 GRC⁷¹ zu einer Pflicht des Unionsgesetzgebers, Reisefreiheit *und* Freizügigkeit für Drittstaatsangehörige im Unionsgebiet zu gewährleisten. Dies entspricht dem in Art. 67 Abs. 2 AEUV formulierten Auftrag, Drittstaatsangehörige im europäischen Mobilitätsraum „angemessen“, d.h. fair, zu behandeln⁷² und greift auch den inklusiven Begriff der europäischen Gesellschaft als Gesellschaft aller Ansässigen in Art. 2 EUV auf. In einer verfassungsrechtlich begründeten grund- und menschenrechtskonformen Interpretation der operativen Vorschriften des RFSR liegt daher erhebliches transformatives Potenzial für die Vollendung des europäischen Mobilitätsraums.

Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Freizügigkeitsregime und Reisefreiheit ist allerdings in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bislang keineswegs abgeschlossen. Im Kontext des Auslieferungsrechts gegenüber Drittstaaten im Rahmen des Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) entschied der EuGH, dass ein serbischer Staatsangehöriger, der wegen einer Straftat in Slowenien bereits rechtskräftig verurteilt worden war, aufgrund des in Art. 50 GR-Ch und Art. 54 SDÜ niedergelegten Grundsatzes des *ne bis in idem* von Deutschland nicht an die US-Behörden ausgeliefert werden dürfe.⁷³ Der EuGH legt das Schengener Auslieferungsrecht hier verfassungs- und prinzipienorientiert aus, indem er das Verbot der Doppelbestrafung als einen tragenden Grundsatz (*fundamental principle*) des Unionsrechts ausweist,⁷⁴ der nicht nur Unionsbürger:innen, sondern jede Person im RFSR vor einer Auslieferung an Drittstaaten schützt.⁷⁵ Er schützt sogar unabhängig davon, ob die auszuliefernde Person sich rechtmäßig im Schengenraum aufhält oder nicht.⁷⁶ Für diesen umfassenden Grundrechtsschutz auch in den Beziehungen zu Drittstaaten führt der EuGH an, dass es sich beim Doppelbestrafungsverbot um einen „Ausfluss des Grundsatzes *res iudicata*“ handle, der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gewährleisten solle und allen Personen, die im RFSR rechtskräftig abgeurteilt wurden, ihren „Bürgerfrieden“ sichern solle.⁷⁷ Mit dieser Entscheidung unterstreicht

71 Zum ungenutzten Potenzial dieser Vorschrift *Sánchez* (Fn. 15), 372.

72 *Jürgen Bast*, Solidarität im europäischen Asyl- und Einwanderungsrecht, in: Michele Knodt/Anne Tews (Hrsg.), *Solidarität in der EU*, Baden-Baden: Nomos 2014, 143–162 (145).

73 EuGH, Urteil v. 28.10.2022, Rs. C-435/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:852 – *HF*.

74 *Ibid.*, Rn. 64.

75 *Ibid.*, Rn. 72, 74.

76 *Ibid.*, Rn. 79 ff.

77 *Ibid.*, Rn. 77.

der EuGH die Dimension des RFSR als Grundrechtsraum. Zudem stärkt der EuGH mit dieser Entscheidung das inklusive Verständnis einer europäischen Gesellschaft als Gesellschaft aller in der EU ansässigen Personen. In eine ähnliche Richtung weist eine Entscheidung des EuGH aus dem Kontext des europäischen Haftbefehlsregimes, in der es um die Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürger:innen ging. Die italienische *Corte Costituzionale* hatte die Frage vorgelegt, ob es mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar sei, die in Art. 4 Nr. 6 des Rahmenbeschlusses Nr. 2002/584 vorgesehene Ausnahme von der Überstellungspflicht zur Sicherstellung der erfolgreichen Resozialisierung ausschließlich auf eigene Staatsangehörige und Unionsbürger:innen zu beschränken. Der Gerichtshof entschied, dass der automatische Ausschluss Drittstaatsangehöriger von dieser begünstigenden Regelung gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 20 AEUV verstoße.⁷⁸ Drittstaatsangehörige, die im Vollstreckungsmitgliedstaat ihren Wohnsitz haben oder sich dort aufhalten, seien insoweit in einer vergleichbaren Situation mit Unionsbürger:innen.⁷⁹ Der Vollstreckungsmitgliedstaat könne die Aussetzung der Vollstreckung zum Zwecke der Resozialisierung zwar von einem gewissen Maß der Integration abhängig machen, müsse dabei aber die Intensität der sozialen, familiären, kulturellen und ökonomischen Bindungen des:der Drittstaatsangehörigen im Vollstreckungsmitgliedstaat berücksichtigen.⁸⁰ Insbesondere das Vorliegen eines Daueraufenthaltsstatus-EU sei dabei ein Indiz für eine starke Integration.⁸¹ Der EuGH stellt mit dieser Entscheidung klar, dass die „progressive Inklusion“⁸² Drittstaatsangehöriger primärrechtlich über Art. 20 AEUV geschützt ist. Erneut wird hier das inklusive Verständnis der europäischen Gesellschaft unterstrichen. Allerdings steht insbesondere die Entscheidung in der Rechtssache *HF* im Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des EuGH zur Binnenmobilität im RFSR. Während der EuGH dort das Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV mit der Reisefreiheit im Schengenraum verbunden hat, erscheinen das Freizügigkeitsregime des

78 EuGH, Urteil v. 6.6.2023, Rs. C-700/21, ECLI:EU:C:2023:444, Rn. 51 – O.G.

79 Ibid., Rn. 50. Ein „Aufhalten“ liegt vor, wenn die Person „infolge eines beständigen Verweilens von gewisser Dauer in diesem Mitgliedstaat Bindungen zu diesem Staat von ähnlicher Intensität aufgebaut hat, wie sie sich aus einem Wohnsitz ergeben“ (vgl. Rn. 47 m.w.N.).

80 Ibid., Rn. 52, 62 ff.

81 Ibid., Rn. 67.

82 *Anuscheh Farahat*, Progressive Inklusion: Zugehörigkeit und Teilhabe im Migrationsrecht, Berlin: Springer 2014, 98 ff.

Art. 21 AEUV und des Art. 3 Abs. 2 EUV im Hinblick auf das Schengener Auslieferungsrecht in der Rechtssache *HF* als getrennte Sphären. Vielmehr steht hier die Durchsetzung rechtsstaatlicher Standards, auch in den Außenbeziehungen der EU, im Zentrum. Die Kontrastierung dieser Entscheidungen illustriert anschaulich die doppelte Dimension, aber auch das innere Spannungsverhältnis des RFSR als Mobilitäts- und Grundrechtsraum.

Im Hinblick auf die Mobilitätsdimension bleibt die Frage offen, was unter „freiem Personenverkehr“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 EUV konkret zu verstehen ist. Lässt sich der freie Personenverkehr auf eine bloße Abwesenheit von Kontrollen an den Grenzen reduzieren oder ist im Lichte des Ziels eines europäischen Mobilitätsraums mehr gefordert? Die seit Juni 2024 geltende Neufassung des Schengener Grenzkodex⁸³ sieht vor, einerseits die Mitgliedstaaten stärker unter Rechtfertigungspflicht zu setzen.⁸⁴ Andererseits wollen die vorgeschlagenen Neuregelungen die Mitgliedstaaten dazu motivieren, indirekte Kontrollen, etwa durch den Einsatz von Kontroll- und Überwachungstechnologien,⁸⁵ als Alternative zu Grenzkontrollen anzuwenden.⁸⁶ Dadurch drohen neue Gefahren für die Grundrechte im europäischen Mobilitätsraum, insbesondere im Hinblick auf Art. 7 und 8 GRC.⁸⁷ Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit wird damit zu einem „innenpolitischen“ Konflikt im europäischen Mobilitätsraum transformiert, der Unionsbürger:innen und Drittstaatsangehörige gleichermaßen erfasst und Mobilität einem Sicherheitsparadigma unterstellt.⁸⁸ Mit Blick auf Drittstaatsangehörige verschärft die Aufforderung zur verstärkten Nutzung allgemeiner polizeilicher Befugnisse auch die Gefahr

83 Verordnung (EU) 2024/1717 vom 13. Juni 2024 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, ABL 2024 L 1717/I.

84 Art. 25a, 26, 27 und 27a Neufassung des Schengener Grenzkodex.

85 Art. 23 lit. a Neufassung des Schengener Grenzkodex.

86 Art. 26 Abs. 2 lit. a und Art. 23 lit. a Neufassung des Schengener Grenzkodex. Dazu auch *Guild* (Fn. 56), 396 f.

87 Dazu: *Julien Jeandesboz*, *Ceci n'est pas un contrôle: PNR Data Processing and the Reshaping of Borderless Travel in the Schengen Area*, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 431–456 sowie *Niovi Vavoula*, *Artificial Intelligence at Schengen Borders: Automated Processing, Algorithmic Profiling and Facial Recognition in the Era of Techno-Solutism*, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 457–484 (insb. 470 ff., 478 ff.).

88 *Mantu* (Fn. 56), 380 f.; *Jeandesboz* (Fn. 87), 434, 436 („regulation of mobility“).

des „racial profiling“ und damit einer Verletzung von Art. 21 GRC.⁸⁹ Liest man Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 67 Abs. 2 AEUV konsequent im Lichte des Art. 2 EUV und der dort formulierten Achtung der Menschenrechte und der Nichtdiskriminierung, so legt dies eine Interpretation von Art. 21 GRC nahe, die die Rechtsprechung des EGMR und die Vorgaben der UN-Rassendiskriminierungskonvention in Bezug nimmt.⁹⁰ Insbesondere sollte der EuGH in seiner Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Grenzkontrollen und alternativen Maßnahmen deren Grundrechtsrelevanz und potenziell diskriminierende Wirkungen miteinbeziehen.⁹¹ Eine stärker verfassungsrechtlich informierte Rechtsprechung könnte diese Orientierungsleistungen besser erbringen und das Unionsverfassungsrecht als normativen Referenzrahmen der europäischen Gesellschaft stärken.

2. Die Schließung des Mobilitätsraums durch Externalisierung und Zugangsverweigerung

Die Schaffung des europäischen Mobilitätsraums nach innen korrespondiert mit seiner Schließung nach außen. Während nach innen der zentrale Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit regelmäßig nicht mehr an den Grenzen ausgetragen wird, sind die gemeinsamen Außengrenzen in den vergangenen Jahren Schauplatz verschärfter Konflikte über den Zugang zum europäischen Mobilitätsraum geworden (a). Diese Konflikte werfen zahlreiche grund- und menschenrechtliche Fragen auf. Eine verfassungsrechtliche Rekonstruktion schärft den Blick für die Verpflichtungen der Union, die Kontrolle der Außengrenzen menschenrechtskonform auszugestalten (b).

a) Freiheit v. Sicherheit als Konflikt zwischen außen und innen

Dogmatische Konflikte entzündeten sich an zwei Strategien, mit denen die EU und die Mitgliedstaaten versuchen, die Schließung des Mobilitätsraums zu gewährleisten, ohne eine umfassend zentralisierte Grenzschutzstruk-

89 Diesen Hinweis verdanke ich Leon Züllig. Dazu auch *Vavoula* (Fn. 87), 470 ff. (in Bezug auf technisch unterstützte Sicherheitskontrollen), und *Guild* (Fn. 56), 395 (in Bezug auf die selektive Kontrollpraxis durch Polizeibeamte).

90 Dazu *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 149 ff.

91 So auch *Guild* (Fn. 56), 395.

tur einzurichten. Im Vergleich zur Regelungsdichte beim internationalen Schutz im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS) ist der gemeinsame Schutz der Außengrenzen legislativ bislang eher unterentwickelt. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die konkreten Pflichten der Union und der Mitgliedstaaten gegenüber Schutzsuchenden an der Grenze. Art. 3 lit. b SGK stellt klar, dass die Verordnung unbeschadet „der Rechte der Flüchtlinge und Personen, die um internationalen Schutz suchen, insbesondere hinsichtlich der Nichtzurückweisung“, angewendet wird. Mit dem Verweis auf den Grundsatz der Nichtzurückweisung (*non-refoulement*), der eine Rückschiebung Schutzsuchender im Falle drohender Verfolgung oder schwerer Menschenrechtsverletzungen verbietet, entspricht der SGK den primärrechtlichen Anforderungen aus Art. 78 Abs. 1 AEUV. Art. 4 SGK verpflichtet zur Einhaltung der Grundrechte und verlangt, Beschlüsse nach dem SGK nur „auf Einzelfallbasis“ zu fassen. Dies reflektiert das menschenrechtliche Verbot von Kollektivausweisungen nach Art. 4 ZP 4 EMRK. Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1 und Art. 43 der Asylverfahrensrichtlinie⁹² verpflichtet, Schutzsuchenden an der Grenze Zugang zu einem Asylverfahren zu ermöglichen und ihnen hierzu die notwendigen Informationen zukommen zu lassen (Art. 8 Abs. 1 der Asylverfahrensrichtlinie).

Innerhalb dieses legislativen Rahmens, der den verfassungsrechtlichen Rahmen nur wenig ausgestaltet, versuchen die Mitgliedstaaten und die EU ihre Spielräume beim Schutz der Außengrenzen zu maximieren. Zwei besonders konfliktträchtige Strategien sind zu beobachten: die Umgehung menschenrechtlicher Verpflichtungen und interner Kontrollmechanismen durch Externalisierung der Außengrenzkontrolle und sowie die Verhinderung des Zugangs zu Schutz im europäischen Mobilitätsraum durch Verweigerung der Einreise und Verhinderung des direkten Kontakts.⁹³

Prägnantes Beispiel für die erste Strategie ist der sog. EU-Türkei-Deal, mit dem die EU-Mitgliedstaaten versucht haben, die Türkei gegen finanzielle Unterstützung dazu zu bewegen, die Weiterreise von Schutzsuchenden in die EU zu verhindern. „Irreguläre Migranten“, die über die Türkei auf die

92 Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. 2013 L 180/60.

93 Jürgen Bast, Frederik von Harbou und Janna Wessels identifizieren neben diesen beiden Trends noch einen weiteren Trend der Auslagerung der Schutzverantwortung durch die Definition sicherer Drittstaaten: *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 29 ff. Für die Zwecke dieses Beitrags sollen jedoch die beiden Strategien im Zentrum stehen, die sich direkt auf die Situation an den Außengrenzen beziehen.

griechischen Inseln gelangen, sollen danach umgehend in die Türkei zurückgeschoben werden.⁹⁴ Die Kooperation realisiert damit das Modell der „protection elsewhere“, wonach die EU die Verantwortung für den Schutz von Flüchtlingen in Drittstaaten auslagert und den Zugang zum Territorium der EU möglichst verhindert. Eine ähnliche Zielsetzung verfolgen die verschiedenen Kooperationsmodelle zwischen der EU, Malta und Italien einerseits und Libyen andererseits,⁹⁵ die das Ziel verfolgen, eine Ausreise Schutzsuchender aus den Herkunfts- und Transitstaaten zu verhindern. Dies steht in Widerspruch zum Recht auf Ausreise nach Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK und Art. 12 Abs. 2 IPbürg.⁹⁶

Kooperationsformate dieser Art gelten der Kommission gleichwohl als Vorbild für die weitere Entwicklung des Schutzes der europäischen Außengrenzen.⁹⁷ Hinzu kommen erweiterte Kooperationskompetenzen der EU-Grenzschutzagentur FRONTEX, die auch Einsätze von FRONTEX auf dem Gebiet von Drittstaaten umfassen.⁹⁸ Der Schutz der europäischen Außengrenzen wird somit immer weiter nach außen verlagert, um den europäischen Mobilitätsraum gegen Fluchtmigration abzuschirmen.

Eng verbunden mit dieser Praxis ist der Versuch der Mitgliedstaaten, direkten Kontakt mit Schutzsuchenden im Mittelmeer und damit die daraus folgende Pflicht zur Durchführung eines Asylverfahrens⁹⁹ zu vermeiden. Stattdessen wird die Rettung von Schiffbrüchigen an private Schiffseigner:innen oder libysche Schiffe delegiert, die die Schutzsuchenden direkt

94 Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, Pressemitteilung v. 18.3.2016, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

95 Bast/von Harbou/Wessels (Fn. 16), 31. Für eine ausführliche Analyse der verschiedenen Kooperationspraktiken im Mittelmeer siehe Charles Heller/Lorenzo Pezzani, *Mare Clausum: Italy and the EU's undeclared operation to stem migration across the Mediterranean* (2018), <https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2019/05/2018-05-07-FO-Mare-Clausum-full-EN.pdf>, und Violeta Moreno-Lax/Daniel Ghezelbash/Nina Klein, *Between Life, Security and Rights: Framing the Interdiction of 'Boat Migrants' in the Central Mediterranean and Australia*, *Leiden Journal of International Law* 32 (2019), 715–740.

96 Nora Markard, *Das Recht auf Ausreise zur See: Rechtliche Grenzen der europäischen Migrationskontrolle durch Drittstaaten*, AVR 52 (2014), 449–494 (456 ff.).

97 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM(2016) 385 final.

98 Art. 73 Abs. 3 Verordnung (EU) 2019/1896 vom 13. November 2019 über die Europäische Grenz- und Küstenwache, ABl. 2019 L 295/1.

99 EGMR (Große Kammer), *Hirsi Jamaa et al. v. Italy*, Appl. No. 27765/09, Urteil v. 23.2.2012.

zurück nach Libyen bringen.¹⁰⁰ Die gerichtliche Entscheidung der Frage, ob die EMRK hier trotz der Jurisdiktionsklausel des Art. 1 EMRK anwendbar ist, steht noch aus.¹⁰¹ Gleichwohl lässt sich die Praxis unschwer als ein Versuch verstehen, menschenrechtliche Verpflichtungen, insbesondere den Grundsatz des *non-refoulement*,¹⁰² dadurch zu umgehen, dass Territorialkontakt und direkte physische Kontrolle gezielt umgangen werden, das Geschehen aber weiterhin aktiv gesteuert wird.¹⁰³

Hinzu kommen weitere Formen der Zurückweisung Schutzsuchender ohne individuelle Prüfung des Schutzgesuchs (*push-back*) an den Landaußengrenzen der EU, deren Rechtswidrigkeit der EuGH bereits festgestellt hat, so etwa die langjährige Praxis Ungarns, Schutzsuchende an der Grenze zu Serbien direkt wieder zurückzuweisen.¹⁰⁴ Problematisch sind in diesem Kontext die Vorschläge der Kommission, die rechtsstaatlichen Garantien an ein faires Asylverfahren in Ausnahmesituationen, mit Blick auf die zwischenzeitlich angespannte Lage an der Grenze zwischen Polen und Belarus, vorübergehend abzusenken.¹⁰⁵ Die Praxis der Sicherung der EU-Außengrenzen scheint sich schleichend immer weiter von einer Ausrichtung an den Menschenrechten zu entfernen und in erster Linie auf Abwehr von Schutzsuchenden ausgerichtet zu sein. Der Konflikt zwischen Freiheit und

100 Für einen Überblick über diese Praxis im Rahmen der Seenotrettung: *Violeta Moreno-Lax*, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy and the „Operational Model“*, GLJ 21 (2020), 385–416 (388 ff.). Zur Praxis der „privatisierten“ push-backs: *Charles Heller*, *The Nivin Case: Migrants’ Resistance to Italy’s Strategy of Privatized Push-back*, *Forensic Oceanography* (2019), 64, <https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2019/12/2019-12-18-FO-Nivin-Report.pdf>.

101 Dazu *Moreno-Lax* (Fn. 100), 398 ff.

102 Zu den diesbezüglichen Rechtsfragen ausführlich *Anusheh Farahat/Nora Markard*, *Places of Safety in the Mediterranean: The EU’s Policy of Outsourcing Responsibility* (2020), <https://eu.boell.org/en/2020/02/18/places-safety-mediterranean-eus-policy-outsourcing-responsibility>.

103 So auch das Argument von *Moreno-Lax* (Fn. 100), 403.

104 EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029 – *Kommission/Ungarn*.

105 Europäische Kommission, *Asyl und Rückkehr: Kommission schlägt befristete rechtliche und praktische Maßnahmen zur Bewältigung der Notlage an der EU-Außengrenze zu Belarus vor*, Pressemitteilung v. 1.12.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_6447.

Sicherheit im europäischen Mobilitätsraum wird so zunehmend in eine Auseinandersetzung zwischen innen und außen transformiert.¹⁰⁶

Diese Transformation hat einen weiteren, politisch erwünschten, Nebeneffekt. Sie vermeidet rechtliche und politische Konflikte im Inneren dadurch, dass sowohl das Europäische Parlament als auch der EuGH als Akteure außen vor bleiben.¹⁰⁷ Dies gilt jedenfalls für die Kooperationsformate mit Drittstaaten in Form von rechtlich nicht bindenden oder informellen Vereinbarungen (*soft law*), die gerichtlich nicht effektiv kontrolliert werden, wie nicht zuletzt das Urteil des EuG zum EU-Türkei-Deal¹⁰⁸ und die erfolglose Revision zum EuGH¹⁰⁹ zeigen. Das Gericht verneinte seine Zuständigkeit unter Verweis darauf, dass die Erklärung kein Akt des Europäischen Rates, d.h. eines Organs der EU, sei.¹¹⁰ Damit hat der EuGH nicht nur den Rechtsschutz für Migrant:innen an den europäischen Außengrenzen massiv beschnitten und die Umgehungsstrategien der Mitgliedstaaten abgesegnet. Er hat durch seine Weigerung, einen Akt eines Unionsorgans zu erkennen, zudem den Weg für jede gerichtliche Thematisierung dieser Praxis unter unionsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten abgeschnitten. Damit beschränkt der EuGH die prozedurale Inklusivität des Unionsverfassungsrechts spürbar.¹¹¹ Stattdessen bestätigt die Entscheidung eine Praxis,

106 Zur Wahrnehmung von Migrant:innen als Sicherheitsrisiko im Kontext des RFSR *Cathryn Costello*, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford: OUP 2016, 20–21.

107 *Sergio Carrera/Leonard den Hertog/Marco Stefan*, *The EU-Turkey Deal: Reversing ‚Lisbonisation‘ in EU Migration and Asylum Policies*, in: Sergio Carrera/Juan Santos Vara/Tineke Strik (Hrsg.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Cheltenham: Edward Elgar 2019, 155–174 (156 f.).

108 Elaine Fahey bezeichnet diese Kombination aus zunehmend informeller Kooperation als „hyper-legalisation“, der angesichts der fehlenden gerichtlichen Kontrolle eine „de-legalisation“ korrespondiert. *Elaine Fahey*, *Hyper-Legislation and De-Legislation in the AFSJ: On Contradictions in EU External Migration Law*, in: Sergio Carrera/Juan Santos Vara/Tineke Strik (Hrsg.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Cheltenham: Edward Elgar 2019, 116–134 (124 ff.).

109 EuGH, Beschluss v. 12.10.2018, verb. Rs. C-208/17 P bis C-210/17 P, ECLI:EU:C:2018:705 – *NF/Europäischer Rat*.

110 EuG, Beschlüsse v. 28.2.2017, Rs. T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128 – *NF/Europäischer Rat*; Rs. T-193/16, ECLI:EU:T:2017:129 – *NG/Europäischer Rat*; Rs. T-257/16, ECLI:EU:T:2017:128, Rn. 50 ff., 71 – *NM/Europäischer Rat*.

111 *Thomas Spijkerboer* weist zutreffend darauf hin, dass mit der vorliegenden Begründung auch ein Vorgehen gegen den EU-Türkei-Deal im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens ausscheidet: *Bifurcation of Mobility, Bifurcation of Law: Externa-*

die sich durchaus als „step backwards to intergouvernementalism“ im RFSR verstehen lässt.¹¹²

b) Verfassungs- und menschenrechtliche Handlungspflichten der Union an den Außengrenzen

Eine verfassungs- und menschenrechtliche Rekonstruktion dieser Konflikte bietet jedoch die Möglichkeit, die Pflichten der Union und ihrer Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der Außengrenzpolitik zu konkretisieren. Nach Art. 51 Abs. 1 GRC ist die Union nicht nur für das Handeln ihrer Organe und Agenturen, sondern auch dort verantwortlich, wo Unionsrecht mitgliedstaatliches Handeln wesentlich determiniert. Der Unionsgesetzgeber muss also zunächst selbst den Schutz vor Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 4 GRC, Art. 3 EMRK), den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 GRC), das Recht auf Leben (Art. 2 GRC), das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 3 GRC), das Recht auf Asyl (Art. 18 GRC), den Grundsatz der Nichtzurückweisung (Art. 19 Abs. 2 GRC) und den Schutz vor Kollektivausweisungen (Art. 19 Abs. 1 GRC, Art. 4 ZP 4 EMRK) sowie entsprechende Rechtsmittel gewährleisten (Art. 47 GRC). Vor diesem Hintergrund sind die Vorschläge der Kommission zur Absenkung des Schutzstandards besonders kritisch zu bewerten.¹¹³ Auch die Bekämpfung illegaler Einwanderung, wie sie Art. 79 Abs. 1 AEUV einfordert, vermag keine Absenkung des Schutzstandards zu rechtfertigen. Vielmehr können auch Regularisierungen des Aufenthalts ein probates Mittel zur Vermeidung illegaler Einwanderung darstellen, das in besonderen Einzelfällen sogar menschenrechtlich geboten ist.¹¹⁴

Neben der direkten rechtlichen Verantwortlichkeit der Union ist vorgeschlagen worden, Rechenschafts- und Handlungspflichten auch dort anzunehmen, wo der legislative Rahmen „underinclusive“ ist, d.h. durch mehrdeutige oder vage Begriffswahl oder unvollständige Gesetzgebung

lization of Migration Policy before the EU Court of Justice, *Journal of Refugee Studies* 31 (2018), 216–239 (225).

112 *Carrera/den Hertog/Stefan* (Fn. 107), 158.

113 Europäische Kommission, *Asyl und Rückkehr* (Fn. 105).

114 EGMR (Große Kammer), *Jeunesse v. the Netherlands*, App. No. 12738/10, Urteil v. 3.10.2014; EGMR (Große Kammer), *Kurić et al. v. Slovenia*, App. No. 26828/06, Urteil v. 26.6.2012, Rn. 358 f. Zu dieser Rechtsprechungslinie ausführlich *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 197–203.

Spielräume gewährt, die die Mitgliedstaaten systematisch zu menschenrechtswidrigen Maßnahmen nutzen.¹¹⁵ Dies schließt Fälle ein, in denen die EU ihre Kompetenz noch nicht ausgeübt hat, sofern es sich um einen Bereich handelt, in dem die Union – wie im Bereich „Migration und Grenzen“ – bereits gesetzgeberische Gesamtverantwortung übernommen hat. Verfassungsrechtlich lässt sich dies mit Blick auf die Pflicht zur Wahrung der Menschenrechte in Art. 2 EUV begründen, die die Interpretation von Art. 3 Abs. 2 EUV sowie der operativen Bestimmungen in Art. 67 Abs. 1 und Abs. 2, 78 Abs. 1 und 79 Abs. 1 AEUV informieren soll.¹¹⁶ Eine faire Behandlung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 AEUV verlangt daher zumindest die Einhaltung von Menschenrechten. Die EU steht damit selbst unter Zugzwang, wenn sie die menschenrechtswidrige Praxis einiger Mitgliedstaaten durch Untätigkeit billigend in Kauf nimmt.

Folgende konkrete Handlungspflichten ergeben sich hieraus. Zum einen muss die Union dafür Sorge tragen, dass Kooperationen mit Drittstaaten, gleich ob die EU oder die Mitgliedstaaten als Kooperationspartner auftreten, menschenrechtskonform ausgestaltet werden. Die derzeitige Praxis, die solche Kooperation zur bewussten Umgehung menschenrechtlicher Verpflichtungen an den Außengrenzen einsetzt, ist weder verfassungs- noch menschenrechtskonform. Die bislang bestehende Kontrolle der Mitgliedstaaten untereinander im Kontext des Schengen Evaluation Monitoring Mechanism (SEMM) berücksichtigt menschenrechtliche Aspekte nur unzureichend.¹¹⁷ Kooperationen sollten daher künftig stets mit einer Risikoabschätzung verbunden werden, die die Wahrung der Menschenrechte sicherstellt. Vorschläge, wie sich dies institutionell umsetzen ließ, liegen bereits vor.¹¹⁸ Eine verbesserte systematische Berücksichtigung der Menschenrechte würde auch eine aktivere Rolle der Kommission im Sinne ihrer Aufgabe als „Hüterin der Verträge“ einfordern¹¹⁹ sowie eine regelmäßige Einbindung der Europäischen Grundrechteagentur und eine aktive Beteiligung des Par-

115 *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 21.

116 *Ibid.*, 22.

117 *Tineke Strik*, Fundamental Rights as the Cornerstone of Schengen, *European Journal of Migration and Law* 23 (2021), 508–534, 515 ff.

118 *Bast/von Harbou/Wessels* (Fn. 16), 60; *Strik* (Fn. 117), 516 f. In diese Richtung gehen auch die Forderungen der Europäischen Bürgerbeauftragten: Decision of the European Ombudsman in the Joint inquiry into complaints 506–509–674–927–1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement (18.1.2017), Rn. 25.

119 *Carrera/den Hertog/Stefan* (Fn. 107), 161, 168 f.; *Strik* (Fn. 117), 521 ff.

laments, das bereits jetzt zahlreiche Untersuchungen zu Menschenrechtsfragen in Migrationsfragen vorantreibt.¹²⁰

Aus den Menschenrechten ergibt sich zudem eine Pflicht der Union, effektive und legale Zugangswege zum Asylverfahren in der EU sicherzustellen. Dies kann neben Resettlement-Verfahren und direkten Aufnahmeverfahren die legislative Einführung humanitärer Visa umfassen,¹²¹ wie sie das Europäische Parlament vorgeschlagen hat.¹²² Eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Ausstellung humanitärer Visa zum Schutz vor Verfolgung hatte Generalanwalt Paolo Mengozzi im Lichte der EU-Grundrechtecharta bereits auf der Basis des bestehenden Visakodex¹²³ angenommen, wenn den Antragsteller:innen anderenfalls Verfolgung oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht.¹²⁴ Der EuGH folgte der Auslegung des Generalanwaltes nicht, ohne in der Sache zu entscheiden, weil er aufgrund der spezifischen Konstellation im Ausgangsfall schon den Visakodex für nicht anwendbar hielt.¹²⁵ Er betonte dabei, dass der Unionsgesetzgeber von seiner Kompetenz zur Einführung humanitärer Visa (Art. 79 Abs. 2 lit. a AEUV) bislang keinen Gebrauch gemacht habe.¹²⁶ Man kann dies als Verweis auf demokratische Gestaltungsspielräume sehen. Diese können im Kontext des Unionsverfassungsrechts aber nur so weit reichen, als sie nicht zu einer systematischen Aushebelung des Grund- und Menschenrechtsschutzes führen. Hier zeigt sich, dass der verfassungs- und menschenrechtliche Referenzrahmen in spezifischen Konstellationen vorgibt, dass politisch zu handeln ist, auch wenn die Konkretisierung der menschenrechtlichen Anforderungen der Gesetzgebung überlassen bleibt. Der Versuch, einen menschenrechtlichen Anspruch auf humanitäres Visum zu begründen, blieb vor dem

120 Strik (Fn. 117) 517, 530 ff.

121 Bast/von Harbou/Wessels (Fn. 16), 63.

122 Europäisches Parlament, Entschließung 2018/2271 (INL) vom 11.12.2018 mit Empfehlungen an die Kommission bezüglich humanitärer Visa, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0494_EN.pdf. Europäisches Parlament, „Humanitarian visas“, European Added Value Assessment accompanying the European Parliament’s legislative own-initiative report (Berichterstatter: Juan Fernando López Aguilar), Oktober 2018, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a3b57ef6-d66d-11e8-9424-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

123 Verordnung (EG) Nr. 810/2009 vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex), ABL 2009 L 243/I.

124 Schlussanträge des GA Mengozzi v. 7.2.2017 in der Rs. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:93, Rn. 163 – *X & X/Belgien*.

125 EuGH, Urteil v. 7.3.2017, Rs. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173 – *X & X/Belgien*.

126 Ibid., Rn. 44.

EGMR allerdings bislang erfolglos, weil der Gerichtshof die Jurisdiktion der Konventionsstaaten bei Antragstellung in einer Botschaft verneinte.¹²⁷ Der EGMR hat jedoch die Notwendigkeit effektiver, legaler Zugangswege wiederholt betont.¹²⁸ Angesichts dessen und des Umstandes, dass der Schutz vor *refoulement* nur bei Zugang zu einem Verfahren effektiv realisiert werden kann,¹²⁹ spricht aus einer unionsverfassungs- und menschenrechtlich informierten Perspektive viel für eine Pflicht des Unionsgesetzgebers, legale Zugangswege zum Asylverfahren in der Union sicherzustellen und bestehende Regelungslücken zu schließen.

3. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und die pluralistische Grundrechtsarchitektur der EU

Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gilt nach dem EuGH zusammen mit dem Grundsatz der wechselseitigen Anerkennung als Grundlage des RFSR,¹³⁰ ja sogar als „raison d’être“ der EU.¹³¹ Er kann inzwischen als ein Verfassungsprinzip der Union verstanden werden¹³² und verlangt von den Mitgliedstaaten, dass sie „abgesehen von außergewöhnlichen Umständen, davon ausgeh[en], dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten“.¹³³ Obgleich der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in den vergangenen Jahren auch im Rahmen des Asylrechts zunehmend an Relevanz gewonnen hat, bleibt sein Hauptanwendungsfeld im RFSR weiterhin der Strafvollzug,

127 EGMR (Große Kammer), *M.N. et al. v. Belgium*, App. No. 3599/18, Urteil v. 21.1.2021, Rn. 118 ff.

128 EGMR (Große Kammer), *N.D. und N.T. v. Spain*, App. No. 8675/15 und 8697/15, Urteil v. 13.2.2020, Rn. 201; EGMR, *Shazad v. Hungary*, App. No. 12625/17, Urteil v. 8.7.2021, Rn. 62; *A.A. et al. v. North Macedonia*, App. No. 55798/16, Urteil v. 5.7.2022, Rn. 112 ff.

129 *Markard* (Fn. 96), 453 ff.

130 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 36 – *LM*; bekräftigt in *HF* (Fn. 73), Rn. 92.

131 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 und 493/10, ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 83 – *N.S.*

132 *Iris Canor*, Suspending Horizontal Solange: A Decentralized Instrument for Protecting Mutual Trust and the European Rule of Law, in: Armin von Bogdandy/Piotr Bogdanowicz/Iris Canor/Christoph Grabenwarter/Maciej Taborowski/Matthias Schmidt (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States: Taking Stock of Europe’s Actions*, Berlin: Springer 2021, 183–206, 188.

133 EuGH, *N.S.* (Fn. 131), Rn. 83, unter Verweis auf Urteil v. 10.11.2016, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, Rn. 26 – *Poltorak* (st. Rspr.).

konkret der Europäische Haftbefehl. Im Kontext des Asylrechts steht die Frage im Zentrum, wann supranationale Grund- und Menschenrechte den Mitgliedstaaten gebieten, von der sekundärrechtlichen Pflicht abzusehen, Asylsuchende in den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen.¹³⁴ Im Kontext des Strafvollzugs geht es dagegen um die Frage, wann nationale oder unionale Grundrechte es erlauben, mit Blick auf die Situation im Ziel-Mitgliedstaat, von der eigentlich vorgesehenen Auslieferung einer verdächtigen Person in diesen Mitgliedstaat abzusehen. In beiden Fällen geht es um die erzwungene Mobilität von Individuen im europäischen Mobilitätsraum auf der Basis einer quasi-automatischen Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat¹³⁵ und darum, wer in der quasi-föderalen Ordnung der EU für den Schutz der Grundrechte Einzelner verantwortlich ist.¹³⁶ Diese Fragen werden im Folgenden exemplarisch anhand der Konflikte um den Europäischen Haftbefehl illustriert, da hier die plurale Grundrechtsarchitektur der Union besonders sichtbar wird. Nach einer kurzen Rekonstruktion der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Prinzips des gegenseitigen Vertrauens (a) werden zwei Konfliktkonstellationen näher betrachtet: die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von Ausnahmen im Lichte eines abweichenden nationalen Grundrechtsschutzniveaus (b) und der Zusammenhang zwischen dem gegenseitigen Vertrauen und der Rechtsstaatskrise im Kontext des Strafvollzugs (c). Für beide dogmatischen Konfliktkonstellationen zeigt sich, dass der EuGH die verfassungsrechtlichen Konturen bislang nur wenig geschärft hat.

134 Dazu: *Lisa-Marie Lührs*, Überstellungsschutz und gegenseitiges Vertrauen: Europäischer Grund- und Menschenrechtsschutz im gemeinsamen Europäischen Asylsystem, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

135 *Valsamis Mitsilegas*, The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual, YBEL 31 (2012), 319–372 (322).

136 *Mattias Wendel*, Mutual Trust, Essence and Federalism: Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice, EuConst 15 (2019), 17–47 (22, 36).

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen des gegenseitigen Vertrauens

Grundlage des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten sind die gemeinsamen Werte, auf denen die Union gründet.¹³⁷ Art. 2 S. 2 EUV spricht explizit von Werten, die „allen Mitgliedstaaten [...] gemeinsam sind“ und bezieht sich damit auf das horizontale Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten.¹³⁸ Der Verweis auf Art. 2 EUV in Art. 7 EUV und Art. 49 EUV unterstreicht die zentrale Bedeutung der Achtung dieser Werte und des wechselseitigen Vertrauens in ihre Achtung.¹³⁹ Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens lässt sich als Konkretisierung des in Art. 2 EUV explizit genannten Wertes der Gleichheit verstehen.¹⁴⁰ In der wechselseitigen Anerkennung als Gleiche im Rahmen einer gemeinsamen politischen Ordnung mit geteilter Souveränität liegt zugleich ein Grund für das wechselseitige Vertrauen in die Achtung der gemeinsamen Werte.¹⁴¹ In der Literatur werden weitere Grundlagen für den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Unionsverfassungsrecht diskutiert, darunter besonders prominent der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV.¹⁴² Da Kooperation normativ aber nicht zwingend gegenseitiges Vertrauen voraussetzt,¹⁴³ erscheint die verfassungsrechtliche Anknüpfung an Art. 2 EUV plausibler.

Die grundlegende Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens wird dadurch unterstrichen, dass die Mitgliedstaaten „in allen unter das Unionsrecht

137 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 168 – *EMRK-Beitritt II*; ebenso Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – *Achmea*, Rn. 34; *LM* (Fn. 130), Rn. 35; Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, Rn. 48 – *ML* (st. Rspr.).

138 Lühns, Überstellungsschutz (Fn. 134), 79; ebenso *Wendel* (Fn. 136), 35 ff.

139 *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, Systemic Deficit in the Rule of Law: What is, What Has Been Done, What Can be Done, *CML Rev.* 51 (2014), 59–96 (59 f.).

140 Lühns, Überstellungsschutz (Fn. 134), 80 f.

141 *Ibid.*

142 *Armin von Bogdandy/Luke D. Spieker*, *Reverse Solange 2.0: Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter*, *EuR* 2020, 301–331 (330); *Darmien Gerard*, *Mutual Trust as Constitutionalism?*, in: *Evelien Brower/Damien Gerard* (Hrsg.), *Mapping Mutual Trust*, Florenz: EUI Working Paper 2016, 69–79 (76, 79) https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41486/MWP_2016_13.pdf; *Giandomenico Majone*, *Mutual Trust, Credible Commitments and the Evolution of Rules for a Single European Market*, Florenz: EUI Working Paper RSC 95/1, 1 f., <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/1376>; *Franz Mayer*, *Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens: Konzeptualisierung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verfassungsprinzips*, *EuR* 2017, 163–185 (179).

143 Lühns, Überstellungsschutz (Fn. 134), 85.

fallenden Bereichen“ dazu verpflichtet sind, diesen Grundsatz zu beachten.¹⁴⁴ Er ist zugleich Voraussetzung für die wechselseitige Anerkennung von Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten.¹⁴⁵ Dies ist insbesondere im Rahmen des RFSR von Bedeutung. Die Funktion der wechselseitigen Anerkennung unterscheidet sich jedoch in den zwei zentralen Bereichen des RFSR – Migrationsrecht und Strafvollzug. Während der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Gemeinsamen Europäischen Asyssystem eine weitreichende sekundärrechtliche Harmonisierung ergänzt, ersetzt er im Bereich der Strafverfolgung legislative Harmonisierungen weitgehend. Harmonisierungen erfolgten bislang nur punktuell im Bereich des Strafverfahrens und der schweren Verbrechen. Die Mitgliedstaaten erkennen jedoch die Urteile und Entscheidungen im Strafvollzug wechselseitig an (Art. 82 Abs. 1 AEUV).¹⁴⁶ Konflikte über gemeinsame politische Regulierungsziele werden so im klassischen Modus der Intergouvernementalität eher vermieden als offen ausgetragen. Normative Argumente hierfür lassen sich im Schutz nationaler Zuständigkeiten nach Art. 72 AEUV und der Achtung der unterschiedlichen Rechtsordnungen und -traditionen in Art. 67 Abs. 1 AEUV finden. Zugleich führt der Wegfall der Grenzkontrollen im europäischen Mobilitätsraum dazu, dass Kooperation notwendig ist, um effektive Strafverfolgung über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg zu gewährleisten. Der zu diesem Zweck eingeführte Europäische Haftbefehl setzt auf das wechselseitige Vertrauen in die Funktionsfähigkeit und Grundrechtskompatibilität der jeweiligen Strafverfolgungs- und Justizsysteme. Konflikte betreffen daher in erster Linie die Frage, unter welchen Bedingungen die unionsrechtlich vorgesehene Kooperation bei der Strafrechtspflege verweigert werden darf.

144 EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 128 – *CETA*.

145 *Agnieszka Frąckowiak-Adamska*, Case Note, CML Rev. 59 (2022), 113–150 (139 ff.).

146 Den Fokus auf Kooperation statt Harmonisierung betont auch *Mitsilegas*, Limits of Mutual Trust (Fn. 135), 321. Sara Iglesias Sánchez und Maribel González Pascual betonen jedoch, dass die Notwendigkeit, gegenseitiges Vertrauen zu stärken, inzwischen auch im Bereich des Strafvollzugs zu weiteren legislativen Harmonisierungsschritten führt: *Sara I. Sánchez/Maribel G. Pascual*, Introduction: Fundamental Rights at the Core of the EU AFSJ, in: dies. (Hrsg.), *Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, 1–18 (9).

b) Plurale Grundrechtsarchitektur und gegenseitiges Vertrauen

Konflikte ergeben sich zunächst aufgrund der pluralistischen Grundrechtsarchitektur der EU,¹⁴⁷ die gerade in Auslieferungsfällen zu schwierigen Fragen der Abgrenzung zwischen unionalem und mitgliedstaatlichem Grundrechtsschutz führt. Nach der für die Abgrenzung der verschiedenen Grundrechtsordnungen zentralen Vorschrift des Art. 51 Abs. 1 GRC gelten die Unionsgrundrechte für Unionsorgane sowie für Mitgliedstaaten, allerdings nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“, was für den EuGH mit der Anwendbarkeit des Unionsrechts zusammenfällt.¹⁴⁸ Die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls und die Übergabe der gesuchten Person nach Art. 1 Abs. 1 EU-Rahmenbeschluss 2002/584¹⁴⁹ fällt unproblematisch in den Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta.¹⁵⁰ Konflikte können allerdings entstehen, wenn sich aufgrund nationaler Grundrechte im ausliefernden Mitgliedstaat ein höheres Schutzniveau ergibt als unionsrechtlich geboten und im Ziel-Mitgliedstaat gewährleistet ist. Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit wird dann dogmatisch in einen vertikalen Konflikt zwischen Grundrechtsordnungen transformiert.

Art. 53 GRC sieht im Hinblick auf etwaige Unterschiede im Schutzniveau vor, dass „[k]eine Bestimmung dieser Charta als Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen [ist], die in dem jeweiligen Anwendungsbereich [...] durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.“ Auf den ersten Blick spricht dies für eine Ausnahme von der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls im Einzelfall, wenn sich aus nationalen Grundrechten ein höherer Schutz ergibt. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt eine Ausnahme aufgrund dieser Vorschrift allerdings nur in Betracht, wenn dadurch „weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wurde,

147 Grundlegend zum Grundrechtsföderalismus aus vergleichender Perspektive *Thomas Kleinlein*, Grundrechtsföderalismus, Tübingen: Mohr Siebeck 2020.

148 EuGH, Urteil v. 7.5.2013, Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 21 – *Åkerberg Fransson*. Zur dogmatischen Einordnung dieser Parallelisierung *Michael Dougan*, Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the „Scope of Union Law“, CML Rev. 52 (2015), 1201–1245 (1206).

149 Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI), ABl. 2002 L 190/1.

150 Zu weiteren Konstellationen und Voraussetzungen der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts i.S.v. Art. 51 Abs. 1 GRC nach *Åkerberg Fransson*: *Dougan* (Fn. 148), 1229 ff.

noch der Vorrang die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.“¹⁵¹ Anderenfalls werde die mit dem Rahmenbeschluss beabsichtigte Verbesserung der gegenseitigen Anerkennung und die Effektivität der grenzüberschreitenden Strafverfolgung im RFSR beeinträchtigt.¹⁵² Den EU-Rahmenbeschluss selbst hat der EuGH allerdings bislang nicht auf seine Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten geprüft. Dabei wäre dies eigentlich naheliegend, wenn man bedenkt, dass europäische Grundrechte, auf denen nach der Konzeption des EuGH das wechselseitige Vertrauen gründet, in der Praxis auch konkretisiert und mit Leben gefüllt werden müssen. Zieht der EuGH sie selbst nicht als Maßstab zur Prüfung des Sekundärrechts heran, droht ihre Funktion als normative Grenze für den Unionsgesetzgeber ins Leere zu laufen.¹⁵³ Dabei würde Art. 2 EUV mit seiner menschenrechtlichen Perspektive normative Orientierung für eine Konkretisierung der Unionsgrundrechte im Bereich der Strafverfolgung bieten. Diese Lücke hinsichtlich der kernverfassungsrechtlichen Interpretation des Europäischen Haftbefehlsregime steht in Kontrast zu der verfassungsprinzipiellen Interpretation des Schengener Auslieferungsrechts,¹⁵⁴ mit der der EuGH die Durchsetzung grundrechtlicher und rechtsstaatlicher Standards innerhalb des Grundrechtsraums stärkt und konkretisiert.

Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Grundrechtsschutz im Kontext des Europäischen Haftbefehlsregimes ist aus einem weiteren Grund unbefriedigend. Angesichts der spezifischen Struktur der Europäischen Gesellschaft als Gesellschaft aus Bürger:innen und der Mitgliedstaaten¹⁵⁵ muss auch das Verfassungsrecht pluralistisch konzipiert werden und setzt eine wechselseitige Anerkennung der bestehenden Grundrechtskulturen der Mitgliedstaaten voraus.¹⁵⁶ Die hierfür notwendige dialogische Selbstverständigung hat der EuGH jedoch bisher kaum vorangetrieben.¹⁵⁷ Zu den diesbezüglichen Lücken gehört, dass der EuGH es versäumt hat, zu konkretisieren, unter welchen Voraussetzungen der Schutz der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 EUV einen abweichenden Grundrechtsschutz rechtfertigen kann. Mitgliedstaatliche Gerichte haben diese Lücke

151 EuGH, *Melloni* (Fn. 6), Rn. 60; ebenso: *Åkerberg Fransson* (Fn. 148), Rn. 29.

152 EuGH, *Melloni* (Fn. 6), Rn. 62.

153 *Aida Torres Pérez*, Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue, *EuConst* 10 (2014), 308–331 (318).

154 Dazu oben, Text bei Fn. 73 ff.

155 Dazu oben, unter III.3.

156 *Kocharov* (Fn. 18), 32 ff.

157 *Torres Pérez* (Fn. 153), 330.

dankbar genutzt und ihrerseits versucht, nationale Grundrechtsstandards als Ausnahme von der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls über Art. 4 Abs. 2 EUV durchzusetzen.¹⁵⁸ Für die Herausbildung einer europäischen Verfassungsidentität müsste aber gerade die Auseinandersetzung über die Frage, wie der Schutz nationaler Verfassungsidentität in diesem Kontext zu definieren und mit dem Unionsverfassungsrecht zu vereinbaren ist, in einem ebenen-übergreifenden Dialog stattfinden.

Größeres Integrationspotenzial bietet dagegen eine jüngere Rechtsprechungslinie einiger nationaler Verfassungsgerichte, die Unionsgrundrechte künftig selbst anwenden und prüfen wollen, soweit Unionsrecht anwendbar ist.¹⁵⁹ Auf diese Weise bringen sich die nationalen Verfassungsgerichte aktiv in den Selbstverständigungsdiskurs über das Unionsverfassungsrecht ein und zwar sowohl was Fragen der Grundrechtskonkretisierung als auch was Abgrenzungsfragen betrifft.¹⁶⁰ Der EuGH ist dabei nicht nur Dialogpartner, sondern zugleich auch Moderator des Dialogs.¹⁶¹ Er bleibt bei Auslegungszweifeln weiterhin die letztentscheidende Instanz, kann aber aus einem breiteren und durch die jeweiligen nationalen Perspektiven gefilterten Deutungsangebot schöpfen und so zu einem pluralistisch geprägten europäischen Verfassungsdiskurs beitragen. Eine stärkere Multiperspektivität ließe sich auch erreichen, wenn die Verfahren vor dem EuGH selbst inklusiver gestaltet und eine breitere Verfahrensbeteiligung der nationalen Gerichte, Parlamente und zivilgesellschaftlicher Akteur:innen ermöglichen würden.¹⁶²

158 BVerfGE 140, 317 (insb. 337 ff.) – *Identitätskontrolle*; in der Sache ähnlich, aber außerhalb des Systems des Europäischen Haftbefehls und aufgrund des Vorlagebeschlusses dezidiert auf Dialog angelegt: Corte Costituzionale, Beschluss vom 23.11.2016, Nr. 24/2017, und Urteil vom 10.4.2018, Nr. 115/2018. Dazu und zur entsprechenden EuGH-Rechtsprechung Giovanni Piccirilli, *The „Taricco Saga“: The Italian Constitutional Court Continues Its European Journey*, EuConst 14 (2018), 814–833.

159 BVerfGE 152, 152 (179 ff.) – *Recht auf Vergessen I*; 152, 216 (233 ff.) – *Recht auf Vergessen II*; VfGH, Erkenntnis v. 14.3.2012, U466/11 u.a.; Conseil Constitutionnel, Urteil v. 26.7.2018, Nr. 2018–768 DC, Rn. 10, 12, 38; Corte Costituzionale, Entscheidung v. 7.11.2017, Nr. 267/2017, Rn. 5.2.

160 Für die Konsequenzen im deutschen Strafprozessrecht, das nunmehr in weiten Teilen unionsrechtlich überlagert ist, siehe Christoph Safferling/Christian Rückert, *Europäische Grund- und Menschenrechte im Strafverfahren: Ein Paradigmenwechsel*, NJW 2021, 287–292 (290 ff.).

161 Kleinlein (Fn. 147), 469 f. (zum Modell der „moderierten Redundanz“).

162 Dazu Christoph Krenn, *The Procedural and Organizational Law of the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 116 ff.

Zu einer Selbstverständigung unter Einschluss pluraler Interessen trägt schließlich die parlamentarisch-legislative Auseinandersetzung über die Ausgestaltung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit im europäischen Mobilitätsraum bei. Insofern ist es erfreulich, dass der Unionsgesetzgeber inzwischen im Bereich der Verfahrensrechte mit zahlreichen Akten der Mindestharmonisierung aktiv geworden ist,¹⁶³ auch wenn die vielfach getroffenen Kompromisse die verfassungsrechtliche Debatte über höhere nationale Schutzstandards nicht beenden werden.¹⁶⁴

c) Gegenseitiges Vertrauen und Rechtsstaatskrise

Da der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens sich auf die Achtung der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV bezieht, entstehen Probleme auch dort, wo diese Achtung in einzelnen Mitgliedstaaten in Frage steht. Diese Konstellation betrifft insbesondere die aktuellen Rechtsstaatlichkeitsprobleme in Polen und Ungarn. Konkret geht es darum, inwieweit der Umbau des Justizsystems in einem Mitgliedstaat dazu führt, dass dort die Unabhängigkeit der Justiz – und damit ein wesentlicher Baustein der Rechtsstaatlichkeit – nicht mehr gewährleistet ist. Der EuGH hat inzwischen verschiedene Maßnahmen zur Ernennung und Kontrolle der Richterschaft für unvereinbar mit Art. 2 und 19 EUV, Art. 47 GRC und Art. 6 EMRK erklärt,¹⁶⁵ ohne dass sich in der Praxis bislang Wesentliches geändert hätte.

Der EuGH hatte zuletzt mehrfach zu entscheiden, ob und inwieweit die grundrechtlich und rechtsstaatlich problematischen Umbaumaßnahmen eine Aussetzung der Auslieferungen nach Polen im Rahmen des Europä-

163 Die entsprechenden Richtlinien betreffen u.a. den Zugang zu anwaltlicher Vertretung (RL 2013/48/EU), Prozesskostenhilfe (RL 2016/1919/EU) und Kinderrechte (RL 2016/800/EU). Zu dieser Entwicklung insgesamt: *Valsamis Mitsilegas*, *Mutual Recognition and Fundamental Rights*, in: Sara Iglesias Sánchez/Maribel González Pascual (Hrsg.), *Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, 253–271.

164 So auch *Mitsilegas*, *Mutual Recognition* (Fn. 163), 268.

165 EuGH, Urteil v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 47, 96 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2020:277, Rn. 50 ff., 61, 110 ff., 157, 176, 213 – *Kommission/Polen*. Mit etwas zurückhaltenderer Schlussfolgerung Beschluss v. 6.2.2020, verb. Rs. C-585, 624 & 625/18, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 117 f., 120, 126 ff., 167 – A.K. et al.; dazu *Michał Krajewski/Michał Ziółkowski*, *EU Judicial Independence Decentralized*, CML Rev. 57 (2020), 1107–1138.

ischen Haftbefehls rechtfertigen.¹⁶⁶ Dabei hat er zunächst das Grundrecht auf faires Verfahren aus Art. 47 Abs. 2 GRC konkretisiert und festgestellt, dass zum Wesensgehalt dieses Rechts ein unabhängiges Gericht gehört.¹⁶⁷ Das Recht auf faires Verfahren konkretisiert aus Sicht des EuGH auch grundlegende Werte des Art. 2 EUV.¹⁶⁸ Damit unterstreicht der EuGH die verfassungsrechtliche Bedeutung und Justiziabilität von Art. 2 EUV,¹⁶⁹ die er zuvor bereits in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* entwickelt hatte.¹⁷⁰ Die Werte des Art. 2 EUV können nun, vermittelt über den Wesensgehalt der Unionsgrundrechte, eingeklagt werden.¹⁷¹ Dieser genuin verfassungsrechtliche Beitrag geht jedoch angesichts der hohen Anforderungen an eine Aussetzung des Europäischen Haftbefehls fast unter.

In einem zweistufigen Test muss das ausliefernde Gericht zunächst prüfen, ob eine echte Gefahr besteht, dass das Grundrecht auf faires Verfahren dadurch in seinem Wesensgehalt verletzt wird, dass „die Justiz dieses Mitgliedstaates systemische oder allgemeine Mängel aufweist“.¹⁷² Die Anforderung, dass eine Ausnahme vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nur bei „systemischen Mängeln“ zulässig ist, lässt sich als föderale Absicherung in einer pluralistischen Grundrechtsordnung verstehen.¹⁷³ Es geht also nicht um blindes Vertrauen,¹⁷⁴ sondern um „verdientes Vertrauen“.¹⁷⁵ Eine solche Feststellung allein rechtfertigt aus Sicht des EuGH allerdings kein allgemeines Aussetzen des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls. Vielmehr ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, „ob es unter den gegebene-

166 EuGH, *LM* (Fn. 130); Urteil v. 17.12.2020, verb. Rs. C-354/20 PPU und C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 – *L. und P.*

167 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 48, 59, 63; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 39.

168 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 48; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 39.

169 *Wendel* (Fn. 136), 27.

170 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 ff – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

171 *Wendel* (Fn. 136), 28. Für eine frühere wissenschaftliche Konzeption der Verknüpfung von Werten und Wesensgehalten, die dogmatisch allerdings an Art. 20 AEUV anknüpft, *Armin von Bogdandy/Carlino Antpöhler/Johanna Dickschen/Simon Hentrei/Maja Smrkolj/Matthias Kottmann*, *Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, CML Rev. 49 (2012), 489–519 (491, 508 ff.).

172 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 68; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 54.

173 *Wendel* (Fn. 136), 39.

174 Dazu *Koen Lenaerts*, *La vie après l’avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, CML Rev. 54 (2017), 805–840 (837).

175 *Mitsilegas*, *Mutual Recognition* (Fn. 163), 270. Zum Ende des Automatismus in Überstellungsentscheidungen *Mitsilegas*, *Limits of Mutual Trust* (Fn. 135), 355 ff.

nen Umständen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die gesuchte Person [...] einer solchen Gefahr ausgesetzt sein wird“.¹⁷⁶ Nur wenn beide Voraussetzungen gegeben sind, darf die Auslieferung im Einzelfall aufgrund „außergewöhnlicher Umstände“ verweigert werden.¹⁷⁷ Ein allgemeines Aussetzen des Mechanismus hält der Gerichtshof dagegen nur dann für zulässig, wenn der Europäische Rat nach Art. 7 Abs. 2 EUV „eine schwere und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV enthaltenen Grundsätze durch einen Mitgliedstaat“ festgestellt hat.¹⁷⁸

Durch den zweistufigen Test wird der Rechtsschutz der Einzelnen im RFSR verkürzt. Die Notwendigkeit einer individuellen Prüfung erscheint wenig angemessen, wenn systemische Mängel nicht den Schutz einzelner Grundrechte betreffen, sondern sich auf die Organisation des Rechtsschutzes und der Rechtsstaatlichkeit insgesamt beziehen.¹⁷⁹ Das Abstellen auf die konkrete Gefährdungssituation im Einzelfall verschiebt die Beweislast zudem erheblich zu Lasten der:des Einzelnen,¹⁸⁰ der:die konkrete Anhaltspunkte vorbringen muss, die belegen, dass sich eine allgemeine Rechtsstaatskrise „konkret auf die Behandlung [der] Strafsache“ auswirken kann.¹⁸¹ Dies steht in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des EGMR,¹⁸² für den eine rechtsstaatswidrige Besetzung des Gerichts allein eine Grundrechtsverletzung darstellt, ohne dass es darauf ankommt, ob die Unabhängigkeit im konkreten Fall gewahrt wurde.¹⁸³ Wie sich dieser menschenrechtliche Standard mit dem Schutz des gegenseitigen Vertrauens im Unionsverfassungsrecht vereinbaren lässt, wird vom EuGH nicht thematisiert.

Die verfassungsrechtlichen Konturen bleiben auch in Bezug auf die institutionelle Seite der Konfliktbearbeitung blass. Der EuGH geht davon aus,

176 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 68; *L. und P* (Fn. 166), Rn. 55.

177 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 70.

178 EuGH, *LM* (Fn. 130), Rn. 70, 73; *L. und P.* (Fn. 166), Rn. 57.

179 *Canor* (Fn. 132), 201.

180 *Frąckowiak-Adamska* (Fn. 145), 136; ebenso *Canor* (Fn. 132), 201.

181 EuGH, Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-562/21, ECLI:EU:C:2022:100, Rn. 83 – *X und Y*.

182 Dazu *Robert R. Spano*, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, *ELJ* 2021, 1–17 (14).

183 EGMR (Große Kammer), *Guðmundur Andri Astráðsson v. Iceland*, App. No. 26374/18, Urteil v. 1.12.2020, Rn. 231. Anders EuGH, *X und Y* (Fn. 181), Rn. 56.

dass nicht nur das ausliefernde Gericht,¹⁸⁴ sondern auch er selbst keine Kompetenz hat, eine schwere und anhaltende Verletzung der Grundsätze in Art. 2 EUV im Sinne des Art. 7 EUV im Kontext des Europäischen Haftbefehls festzustellen. Damit ignoriert er die verfassungsrechtliche Funktion des Gerichtshofs, die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ zu sichern (Art. 19 Abs. 1 EUV).¹⁸⁵ Stattdessen wird die Bearbeitung von Konflikten über das Rechtsstaatsprinzip im Rahmen des Europäischen Haftbefehls dem politischen Einstimmigkeitsprinzip unterworfen und damit entjudiziert. Da es aber gerade um eine verfassungsrechtliche Bewertung im Hinblick auf die Voraussetzungen von Rechtsstaatlichkeit geht, überzeugt dies nicht wirklich. Aus diesem Grund ist auch der Verweis auf den Wortlaut des Art. 7 EUV im Lichte von Art. 19 Abs. 1 EUV wenig überzeugend. Der EuGH hätte zumindest das Verhältnis zwischen dem politischen Verfahren des Art. 7 und seiner eigenen Rechtswahrungsfunktion klären müssen. Die gerichtliche Konkretisierung des Art. 2 ist dogmatisch durchaus herausfordernd und kann Probleme sowohl im Hinblick auf die Komplexität von Verfassungsentwicklung als auch im Hinblick auf die Gleichheit der Mitgliedstaaten aufwerfen.¹⁸⁶ Diese Herausforderungen vermögen aber eine Verweigerung der verfassungsrechtlichen Konkretisierung durch den EuGH kaum zu rechtfertigen. Auf institutioneller Ebene weigert sich der EuGH, hier als Forum für zentrale verfassungsrechtliche Konflikte zu fungieren.

Im Lichte von Art. 2 EUV und der zentralen Kompetenz des EuGH zur Wahrung des Rechts sprechen jedoch zahlreiche Gründe dafür, dass der EuGH die Werte des Unionsverfassungsrechts gerade dann operationalisieren muss, wenn Kommission und Rat ihrer Aufgabe bei Schutz der Rechtsstaatlichkeit im Rahmen von Art. 7 EUV nicht hinreichend nachkommen. Die fundamentale Bedeutung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit, der Voraussetzung für die Existenz gegenseitigen Vertrauens ist, und die sensible Position des Einzelnen im Strafvollzug stellen weitere Argumente für eine gerichtliche Konfliktbearbeitung dar. Eine Konkretisierung der Werte des Art. 2 EUV durch den EuGH würde verfassungsrechtliche

184 Dafür, dass mitgliedstaatliche Gerichte nicht wechselseitig schwere und anhaltende systemische Defizite verbindlich feststellen können sollten, spricht insbesondere der Grundsatz der Gleichheit der Mitgliedstaaten, *Canor* (Fn. 132), 197 f.

185 So auch *Frąckowiak-Adamska* (Fn. 145), 128.

186 Dazu *Julian Scholtes*, *Constitutionalising the End of History? Pitfalls of a Non-regression Principle for Article 2 TEU*, *EuConst* 19 (2023) 59, 68 ff., 76 ff.

Konturen der Rechtsstaatlichkeit innerhalb der europäischen Gesellschaft stärken. Sie könnte zwar von den betroffenen Mitgliedstaaten bestritten und erneut politisiert werden. Ein konfliktaffines Verfassungsverständnis sollte die Möglichkeit eines kriteriengeleiteten, demokratischen Bestreitens autoritativer Grundrechtsinterpretationen einbeziehen,¹⁸⁷ da dies die gesellschaftlichen Selbstverständigungsprozesse letztlich stärkt. Dies wäre nicht zuletzt vor dem Hintergrund wünschenswert, dass gegenseitiges Vertrauen kein statisches Element und keine normative Fiktion ist, sondern in der kommunikativen Interaktion über gemeinsame verfassungsrechtliche Wertentscheidungen erarbeitet und immer wieder bestätigt werden muss.

4. Solidarität im europäischen Mobilitätsraum

Der Grundsatz der Solidarität in Art. 2 S. 2 EUV ist nicht nur das aspirative Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft, sondern stellt zugleich ein Rechtsprinzip dar, das in den operativen Vorschriften des RFSR in Bezug genommen wird. Art. 67 Abs. 2 und Art. 80 AEUV machen Solidarität explizit zur Grundlage der Politikgestaltung im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS).¹⁸⁸ Art. 80 AEUV konkretisiert Solidarität als „die gerechte Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten, einschließlich in finanzieller Hinsicht.“ Solidarität im europäischen Mobilitätsraum umfasst damit schon auf primärrechtlicher Ebene eine materielle Dimension, die sich zu einer Handlungspflicht des Unionsgesetzgebers verdichten kann.¹⁸⁹ Art. 80 S. 2 AEUV ist jedoch auf die zwischenstaatliche Solidarität beschränkt, anders als Art. 2 S. 2 EUV, der die Solidarität in der europäischen Gesellschaft insgesamt anspricht.

Rechtliche Konflikte über Solidarität im RFSR haben sich in der vergangenen Dekade vor allem aufgrund der strukturell asymmetrischen Verteilung der Verantwortung für die Durchführung von Asylverfahren nach der Dublin III-Verordnung ergeben, die die Staaten an den südlichen und östlichen Außengrenzen der Union überproportional belastet.¹⁹⁰ Der zentrale rechtliche Konflikt betraf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedstaaten sich den Verpflichtungen aus gemeinsamen Systemen

187 In diesem Sinne auch das Modell der „moderierten Redundanz“ bei Kleinlein (Fn. 147), 463 ff.

188 Dazu Bast, Solidarität (Fn. 72).

189 Ibid., 146 ff.

190 Ibid., 149.

der Verantwortungsteilung im GEAS entziehen dürfen. Der EuGH hat diese Frage zunächst dahingehend beantwortet, dass die in der Dublin III-Verordnung festgelegten Kriterien selbst im Falle einer massenhaften Fluchtmigration greifen.¹⁹¹ „[M]it dem Geist der Solidarität“ sei es nämlich nicht vereinbar, wenn die Mitgliedstaaten an den Außengrenzen sich ihrer Verantwortlichkeit dadurch entledigen könnten, dass sie die Asylsuchenden lediglich „durchwinken“, ohne ein Asylverfahren durchzuführen.¹⁹² Andererseits können nicht zuständige Mitgliedstaaten „im Geiste der Solidarität“ ihr Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Dublin III-Verordnung ausüben, um mehr Flüchtlinge aufzunehmen als rechtlich gefordert.¹⁹³ Dies stellt klar, dass die umstrittene Praxis der deutschen Bundesregierung in Reaktion auf die Flüchtlingsschutzkrise, auch Schutzsuchende aufzunehmen, für die Deutschland nach Dublin-Kriterien nicht zuständig war, rechtmäßig war. Anders als die Generalanwältin¹⁹⁴ sieht der EuGH jedoch keinen Grund, die sekundärrechtlich festgelegten Kriterien in Frage zu stellen, und hat auch das Strukturproblem der asymmetrischen Verantwortungsteilung nicht thematisiert. Insbesondere hat der Gerichtshof den Grundsatz der Solidarität bislang nicht zum Maßstab für die sekundärrechtliche Ausgestaltung der Verantwortungsteilung gemacht und die sich hieraus ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht konkretisiert.¹⁹⁵

Die Frage, wann unilaterale Ausnahmen von kollektiven Mechanismen der Verantwortungsteilung zulässig sind, wurde im Kontext der sog. Quoten-Regelung¹⁹⁶ erneut relevant. Mit dieser Regelung hatte der Rat 2015 versucht, zur Entlastung der dortigen Asylbehörden 40.000 Schutzberech-

191 EuGH, Urteil v. 26.7.2017, Rs. C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586, Rn. 83, 89 – *Jafari*, und Urteil v. 26.7.2017, Rs. C-490/16, ECLI:EU:C:2017:585, Rn. 39, 42 – *A.S.*. Dazu *Anuscheh Farahat/Nora Markard*, Recht an der Grenze: Flüchtlingssteuerung und Schutzkooperation in Europa, JZ 72 (2017), 1088–1097.

192 EuGH, *Jafari* (Fn. 191), Rn. 83 ff.

193 *Ibid.*, Rn. 100. Zur Einordnung dieser Aussage in die damalige Debattenlage *Farahat/Markard* (Fn. 191), 1091.

194 So der Vorschlag von GA Sharpston, Schlussanträge v. 6.7.2017, Rs. C-646/16 und C-490/16, *Jafari* und *A.S.*, ECLI:EU:C:2017:443, Nr. 158.

195 Eine solche Konkretisierung ist mit Blick auf das GEAS diskutiert worden: *Esin Küçük*, The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility, ELJ 22 (2016), 448–469 (454 ff.), die aber einer gerichtlichen Konkretisierung skeptisch gegenübersteht (S. 456); *Violeta Moreno-Lax*, Solidarity's Reach, MJ 24 (2017), 740–762 (751 ff.), die eine Konkretisierung durch den EuGH einmahnt.

196 Beschluss (EU) 2015/1601 vom 22. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. 2015 L 248/80.

tigte von Griechenland und Italien auf andere Mitgliedstaaten umzuverteilen. Aus Sicht des EuGH war diese Regelung Ausdruck einer solidarischen Verantwortungsteilung in einer außergewöhnlichen Notlage nach Art. 78 Abs. 3 AEUV, an der sich grundsätzlich alle Mitgliedstaaten „im Einklang mit der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeit unter den Mitgliedstaaten“ beteiligen müssen.¹⁹⁷ Einseitige Abweichungen von einem solchen kollektiven Verteilungsmechanismus sind grundsätzlich nicht zulässig, insbesondere können das vermeintliche Nichtfunktionieren des Mechanismus und die Berufung auf die innere Sicherheit keine nationalen Alleingänge rechtfertigen.¹⁹⁸ Auch die von Polen vorgetragene Argumentation, eine Aufnahme von Flüchtlingen sei in einem „ethnisch nahezu homogenen“ Land nicht zumutbar, wies der EuGH deutlich und unter Verweis auf Art. 21 GRC zurück.¹⁹⁹ Während einseitige Abweichungen damit im Lichte des Solidaritätsgrundsatzes problematisch erscheinen, hat der EuGH umgekehrt aus diesem Grundsatz i.V.m. Art. 78 Abs. 3 AEUV eine Handlungspflicht des Rates abgeleitet, solidarische Verteilungsmechanismen für Notlagen des „plötzlichen Zustroms“ von Schutzsuchenden einzuführen.²⁰⁰

Der Grundsatz der Solidarität hat damit durchaus praktische Relevanz für die Ausgestaltung des GEAS, selbst wenn die Argumentation des EuGH die verfassungsrechtliche Dimension in weiten Teilen kaum in den Blick nimmt.²⁰¹ Jenseits der Feststellung einer Handlungspflicht und der Beteiligungspflicht aller Mitgliedstaaten, hat der Gerichtshof bislang kaum konkretisiert, welche Grenzen oder Vorgaben aus dem Solidaritätsgrundsatz für den Unionsgesetzgeber folgen. Dies steht in bemerkenswertem Kontrast zu den Ausführungen der Generalanwält:innen, die in den einschlägigen Verfahren ausführlich auf den Grundsatz der Solidarität einge-

197 EuGH, Urteil v. 6.9.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 291 – *Slowakei u. Ungarn/Rat*; Urteil v. 2.4.2020, verb. Rs. C-715/17, 718/17 und 719/17, ECLI:EU:C:2020:257, Rn. 88, 181 – *Kommission/Polen, Ungarn u. Tschechien*.

198 EuGH, *Kommission/Polen, Ungarn u. Tschechien* (Fn. 197), Rn. 180.

199 *Ibid.*, Rn. 302 ff.

200 *Ibid.*, Rn. 252.

201 Dies konstatiert auch *Daniel Thym*, Die Rolle des EuGH in der Migrationspolitik: Zwischen „Verwaltungsethos“ und „Verfassungsimagination“, *EuR* 2018, 672–694 (689 f.), der jedoch einer Konkretisierung im Lichte von Verfassungswerten eher skeptisch gegenübersteht (S. 693).

gangen waren²⁰² und Art. 2 EUV in Bezug genommen haben, um eine kollektive Lastenteilung zu begründen.²⁰³ Zum europäischen Projekt gehört es danach gerade, „gemeinschaftlich Verantwortung zu übernehmen und (ja) gemeinsame Belastungen zur Förderung des Gemeinwohls mitzutragen.“²⁰⁴ In dieser Formulierung schwingt eine gehaltvollere Konzeption des Solidaritätsgrundsatzes mit als beim EuGH, der letztlich nur Fragen der Notfall-Solidarität (*emergency solidarity*) thematisiert, während er die sekundärrechtlich produzierte, strukturelle Asymmetrie zwischen den Mitgliedstaaten im Dublin-System hinnimmt.²⁰⁵ Das überschießende Potenzial des Art. 2 S. 2 EUV im Hinblick auf die Solidarität nicht nur unter den Mitgliedstaaten, sondern unter allen (Wohn-)bürger:innen der Union hat der EuGH bislang nicht genutzt.²⁰⁶ Gerade das Argument, Solidarität mit Schutzberechtigten sei in einer „ethnisch homogenen Gesellschaft“ nicht möglich, hätte Gelegenheit geboten, Solidarität im GEAS mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Toleranz als Merkmale der europäischen Gesellschaft in Art. 2 S. 2 EUV zu verbinden.²⁰⁷ Insgesamt bleibt die Position der Einzelnen als Herrschaftsunterworfenen im Dublin-System bislang verfassungsrechtlich unterbelichtet.²⁰⁸ Dabei könnte die Ausweitung der Freizügigkeit im europäischen Mobilitätsraum auf Schutzberechtigte²⁰⁹ nicht nur die Solidaritätskonflikte im GEAS abmildern, sondern auch zu einer stärkeren verfassungsrechtlichen Position des:der Einzelnen beitragen.

202 GA Bot, Schlussanträge v. 26.7.2017, Rs. C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:618, Nr. 17, 23, 254 – *Slovakei u. Ungarn/Rat*; GA Sharpston, Schlussanträge v. 31.10.2019, Rs. C-715/17, 718/17 und 719/17, ECLI:EU:C:2019:917, Nr. 246–255 – *Kommission/Polen, Ungarn u. Tschechien*.

203 GA Sharpston, *ibid.*, Nr. 251.

204 *Ibid.*, Nr. 253.

205 *Evangelia (L.) Tsourdi*, Case Note, CML Rev. 58 (2021), 1819–1844 (1835); zur Dominanz der Notfall-Solidarität im GEAS auch *dies.*, *Solidarity at Work? The Prevalence of Emergency-driven Solidarity in the Administrative Governance of the Common European Asylum System*, MJ 24 (2017), 667–686 (673 ff.).

206 Dazu oben, III.3.

207 In diese Richtung auch *Henri Labalye*, *Solidarity is Not a Value: Provisional Relocation of Asylum-seekers Confirmed by the Court of Justice*, EU Immigration and Asylum Blog, 11.9.2017.

208 Kritisch dazu *Labalye* (Fn. 207). Anders im Urteil A.S. (Fn. 191), in dem der EuGH die subjektive Schutzwirkung der Verteilungskriterien im Dublin-System betont hatte, Rn. 24 ff., 35, unter Verweis auf Urteil v. 7.6.2016, Rs. C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409, Rn. 61 – *Ghezlbash*.

209 Dazu allgemein oben, IV.1., und speziell im Kontext des GEAS *Bast*, *Solidarität* (Fn. 72), 155 f.

Die verfassungsrechtliche Dimension des schillernden Grundsatzes der Solidarität bleibt insgesamt blass. Seine Konkretisierung überlässt der EuGH im Wesentlichen dem Unionsgesetzgeber. Man mag dies als strategische Entscheidung erklären, den Widerstand innerhalb der Mitgliedstaaten gegen das Integrationsprojekt nicht zu verstärken.²¹⁰ Richtig ist auch, dass gesellschaftliche Selbstverständigung durch Verfassungsrecht stets ein kommunikativer Prozess ist, an dem neben Gerichten Gesetzgeber und eine Vielzahl weiterer Akteur:innen beteiligt sein müssen. Ohne ein gerichtliches Deutungsangebot verfassungsrechtlicher Grundsätze kann allerdings kaum ein verfassungsrechtlicher Imaginationsraum entstehen, innerhalb dessen unterschiedliche Deutungen und Konkretisierungen von Solidarität konzeptionell verhandelt werden können. Solidarität bleibt dann entweder ein bloß abstrakter, wenig greifbarer Begriff, der kaum Identifikation zu stiften vermag, oder wird mit den jeweils konkret gefundenen politischen Kompromissen gleichgesetzt, ohne einen Maßstab für die Beurteilung gesetzgeberischen Handelns zu bieten. Dies wäre aber gerade im Lichte der umstrittenen Reformpläne des Dublin-Systems hilfreich, die an den strukturellen Solidaritätsdefiziten wenig ändern und die Interessen der Asylbewerber:innen kaum reflektieren.²¹¹ Ein gehaltvolles verfassungsrechtliches Konzept von Solidarität könnte hier als Leitlinie fungieren. Im Lichte der zentralen Bedeutung von Solidarität für die europäische Gesellschaft (Art. 2 S. 2 EUV) böte sich ein Begriff transnationaler Solidarität an, der darauf zielt, die Kosten und Gewinne der Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen, wie der Herstellung eines europäischen Mobilitätsraums, fair zu verteilen.²¹² Mit einer optimistischen Grundhaltung lassen sich die Ausführungen in den Schlussanträgen und die vorsichtigeren Inbezugnahmen von Solidarität durch den EuGH zumindest als erster Schritt zu einem kommunikativen Prozess der Selbstreflexion in diese Richtung verstehen.

210 So der Versuch bei *Thym* (Fn. 201), 692.

211 Zu den Problemen auch *Tsourd* (Fn. 205), 1838. Zum generellen Problem der Verteilung von Asylbewerber:innen *Francesco Maiani*, *The Reform of the Dublin System and the Dystopia of „Sharing People“*, MJ 24 (2017), 622–645.

212 Siehe dazu das Solidaritätsverständnis bei *Andrea Sangiovanni*, *Solidarity in the European Union*, Oxford J. Legal Stud. 33 (2013), 213–241 (217).

V. Der europäische Mobilitäts- und Grundrechtsraum als Ort der Verfassungsintegration? – Bestandsaufnahme und Perspektiven

Der RFSR transformiert die alte Idee der „Integration durch Recht“ fundamental. Statt Integration durch Konfliktvermeidung erfolgt hier tatsächlich Integration durch Politikermöglichkeit,²¹³ die aber durch das Unionsverfassungsrecht ausgerichtet und begrenzt wird. Wesentlich zu diesem Wandel beigetragen hat die Einführung der Mehrheitsentscheidung in weiten Teilen des RFSR, der Wegfall der Binnengrenzen und die offene Ausformulierung des Gemeinwohlbelangs eines nach innen offenen und nach außen geschlossenen europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums in Art. 3 Abs. 2 EUV. Es ist aber derzeit eine offene Frage, ob das Unionsverfassungsrecht bei der Ausgestaltung dieses Gemeinwohlbelangs zum zentralen Referenzrahmen wird, der Imaginationsräume und Identifikationspotentiale für eine weitere Integration der europäischen Gesellschaft und ihrer politischen Ordnung schafft.

Die vorangegangenen Abschnitte haben verdeutlicht, dass die zentralen Konflikte über die Realisierung eines europäischen Mobilitäts- und Grundrechtsraums zahlreiche Anknüpfungspunkte für verfassungsrechtliche Aktualisierungen und Auseinandersetzungen bieten. Eine Berücksichtigung und Konkretisierung der menschenrechtlichen Argumente, die sich aus Art. 2 EUV entwickeln lassen, findet allerdings bislang zu wenig statt, so dass die volle verfassungsrechtliche Dimension vieler Konflikte nicht ausbuchstabiert und damit nicht sichtbar wird. In Bezug auf die innereuropäische Mobilität zeigen sich allerdings in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zumindest erste Ansätze, Mobilität im europäischen Mobilitätsraum implizit freizügigkeitsrechtlich zu konzipieren. Dies hat potenziell weitreichende Konsequenzen auch für das Verhältnis zwischen Unionsbürger:innen und Drittstaatsangehörigen und damit für die Ein- und Ausschlüsse in und aus der europäischen Gesellschaft. Hinsichtlich der Schließung des europäischen Mobilitätsraums nach außen zeigt sich dagegen, dass die Rechtsprechung des EuGH bislang materiell unterinklusiv ist, weil menschenrechtlich informierte Argumente bislang nicht hinreichend berücksichtigt werden. Der EuGH ist auch prozedural unterinklusiv, weil er die Zuständigkeit für die Kontrolle informeller Abkommen mit Drittstaaten verneint. Für das Potential des Unionverfassungsrechts, zum kommunika-

213 Dazu oben, I.2.

tiven Referenzpunkt für rechtliche und politische Selbstverständigungsdis-kurse zu werden, sind dies keine günstigen Voraussetzungen.

Die zunehmend autoritären Politikstrukturen in einigen Mitgliedstaaten stellen eine weitere Herausforderung für die Realisierung des europäischen Grundrechtsraums dar. Es zeigt sich, dass die Herausbildung eines geteilten normativen Referenzrahmens eine fundamentale Transformation der Gemeinwohldefinition in den Mitgliedstaaten voraussetzt, die nun ganz darauf gerichtet sein muss, europäische Politik im Sinne des Fortbestands der Union zu ermöglichen und daher politische Niederlagen als zeitlich und sachlich begrenztes Phänomen zu akzeptieren.²¹⁴ Dies wird besonders deutlich in Bezug auf die Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der Solidarität. Beide erfordern iterative Prozesse des wechselseitigen Austausches, der Kooperation und der Verständigung, um in der Praxis zu belastbaren Konkretisierungen zu führen. Eine verfassungsrechtliche Durchdringung eines solchen Prozesses der Selbstverständigung kann dazu beitragen, diese abstrakten Prinzipien überhaupt zum Referenzpunkt politischer Auseinandersetzung zu machen und eröffnet idealerweise neue Imaginationsräume über den politischen status quo hinaus.

Eine verfassungsrechtliche Selbstverständigung, die diese Kriterien erfüllen würde, zeichnet sich sowohl hinsichtlich des gegenseitigen Vertrauens als auch hinsichtlich der Solidarität bisher nur in Ansätzen ab. Problematisch erscheint insbesondere, dass der EuGH bislang nicht geklärt hat, wann die kritische Schwelle materiell überschritten ist, um den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens aufzuheben. Auch hat er es bislang versäumt, Solidarität als verfassungsrechtlichen Maßstab zur Beurteilung gesetzgeberischer Maßnahmen der EU auszubuchstabieren, sodass er strukturelle Solidaritätsmängel im Sekundärrecht kaum feststellen kann.

Man kann diese Zurückhaltung des EuGH im Lichte des hier vertretenen verfassungstheoretischen Verständnisses als bewusste Strategie der Offenhaltung verfassungsrechtlicher Konzepte für die politische Kompromissbildung interpretieren. Materielle Offenheit allein kann jedoch Integration durch Verfassungsrecht nicht realisieren. Der Ausfall gerichtlicher Konkretisierungsleistung ist vielmehr regelmäßig mit materieller und prozeduraler Unterinklusivität verbunden, sodass verfassungsrechtliche Dimensionen der zugrundeliegenden Konflikte zumindest teilweise unsichtbar bleiben. Dadurch bleibt das unionale Kernverfassungsrecht letztlich eine Schattennorm, die zu wenig Sichtbarkeit und diskursive Relevanz erlangt,

214 Kocharov (Fn. 18), 107, 111.

um zum (umstrittenen) Orientierungspunkt für politisches Handeln zu werden. Das erschwert auch Grenzziehungen durch den EuGH, die die praktische Relevanz und Konsequenz des Verfassungsrechts in der europäischen Gesellschaft sichtbar dokumentieren. Solche Grenzziehungen sind aber notwendig, um überhaupt erst Räume zu erschließen, in denen eine Auseinandersetzung über den Wert- und Prinzipiengehalt der Unionsverfassung und des europäischen Integrationsprojekts erfolgen kann, die über punktuell-pragmatische politische Kompromisse hinausgeht.

Die Wirtschaftsverfassung

Matthias Goldmann*

I. Einleitung: Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung	299
II. Normschichten der Wirtschaftsverfassung	304
1. Kommandobrücke des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV i.V.m. Art. 9 und 26 AEUV	304
2. Zwischendeck des Primärrechts und der Gerichtsbarkeit	318
3. Maschinenraum der Sekundärrechts- und Durchführungskompetenzen	320
III. Theorie und Geschichte der Wirtschaftsverfassung	323
1. Grundlegende Konflikte	323
2. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus	329
3. Liberalisierender Konstitutionalismus	332
4. Integrativer Konstitutionalismus	338
IV. Dogmatik der Wirtschaftsverfassung	346
1. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus	346
2. Liberalisierender Konstitutionalismus	350
3. Integrativer Konstitutionalismus	365
V. Kritik im Licht von Art. 2 EUV	382
1. Solidarität, Freiheit und Postwachstum	382
2. Solidarität unional und international	383
3. Solidarität und Demokratie	384
VI. Schluss	386

I. Einleitung: Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung

Unter dem Begriff der Wirtschaftsverfassung versteht man seit der Zwischenkriegszeit die die Wirtschaftsordnung prägenden Grundentscheidungen der Rechtsordnung.¹ Die Wirtschaftsverfassung legt mit anderen Worten die längerfristig stabile wirtschafts- und sozialpolitische Ausrichtung eines Gemeinwesens fest, die sich nur in Folge größerer Krisen oder grundlegender Reformen verschiebt. Der Begriff ist nicht auf formelles Ver-

* Ich danke Lennart Starke, Leonie Kramer und Patrick Wolf für Hilfe bei der Recherche, Jasper Siegert für die redaktionelle Überarbeitung sowie Paolo Mazzotti und den Mitautorinnen und -autoren dieses Bands für Diskussionen und Anmerkungen.

1 Vgl. Franz Neumann, Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung, *Die Arbeit* 8 (1931), 588–606; vgl. Art. 151 bis 165 der Weimarer Reichsverfassung von 1919. Zu älteren Bedeutungsschichten Philippe Steiner, *Les Physiocrates, l'économie politique et l'Europe*, in: Guillaume Grégoire/Xavier Miny (Hrsg.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Leiden, Boston: Brill Nijhoff 2022, 37–52.

fassungsrecht beschränkt,² da einerseits die allgemeinen Begriffe der Verfassungsordnung in vielen Fällen erst der Konkretisierung durch die Gesetzgebung bedürfen, andererseits völkerrechtliche Vorgaben³ sowie im Fall der EU aufgrund ihres Kompetenzgefüges auch die mitgliedstaatlichen Wirtschaftsverfassungen die Wirtschaftsverfassung der Union beeinflussen.⁴

Die Formulierung einer Wirtschaftsverfassung entspricht einem Grundbedürfnis liberaler Demokratien in ihrer heutigen Form. Die Entfaltung von Freiheit im Bereich der Wirtschaft, so sehr sie auf den Staat angewiesen sein mag, gerät regelmäßig in Konflikt mit öffentlichen Interessen im Allgemeinen und dem Bedürfnis moderner, kapitalistischer Gesellschaften nach Solidarität im Besonderen.⁵ Während vorindustrielle Gesellschaften Solidarität über persönliche Netzwerke in Familien und lokalen Gruppierungen herstellten, gelingt dies in modernen Gesellschaften nur noch über die Intervention des Staats. Der Verrechtlichung wirtschaftlicher Freiheit seit den bürgerlichen Revolutionen des 18. Jahrhunderts folgte denn auch im 20. Jahrhundert die Verrechtlichung der Solidarität durch die Entstehung moderner Sozialstaatlichkeit, die die ursprüngliche ethische Grundlage der Solidarität heute überlagert.⁶ Die Wirtschaftsverfassung hält den jeweiligen Kompromiss zwischen den divergierenden, sich gegenseitig bedingenden Bedürfnissen nach rechtlich gesicherter wirtschaftlicher Freiheit und gleichermaßen rechtlich abgesicherter gesellschaftlicher Solidarität fest, auf den sich eine Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt verständigt hat. Sie verkörpert gewissermaßen den Gesellschaftsvertrag im Bereich des Wirtschaftlichen und legt insofern die Grundzüge für das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft fest.

Dabei speist sich die Wirtschaftsverfassung aus der allgemeinen politischen (Kern-)Verfassung und wirkt zugleich auf jene zurück. Überhaupt

2 Zu formeller und materieller Wirtschaftsverfassung bereits *Ernst Rudolf Huber*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr 1953, 27 f.

3 S. III.1.b) sowie *Payandeh*, in diesem Band, II.2.

4 Vgl. Art. 121 Abs. 1 AEUV.

5 Zum Begriff der Solidarität im EU-Recht vgl. *Floris de Witte*, *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford: Oxford University Press 2015, 51 ff.; *Andrea Sangiovanni*, *Solidarity in the European Union*, OJLS 33 (2013), 213–241; *Sacha Garben*, *Competition, Cooperation, and Solidarity in EU Law. A Federal Perspective*, in: Paolo Chiochetti/Frédéric Allemand (Hrsg.), *Competitiveness and Solidarity in the European Union*, London: Routledge 2018, 73–98 (74).

6 *Jürgen Habermas*, *Im Sog der Technokratie. Ein Plädoyer für europäische Solidarität*, in: ders., *Im Sog der Technokratie. Kleinere politische Schriften XII*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2013, 82–III (106).

lässt sich eine Grenze zwischen der Wirtschaftsverfassung und der politischen (Kern-)Verfassung kaum mit Präzision ziehen. Historisch gesehen steht die Wirtschaftsverfassung sowohl für den Versuch, das Wirtschaftsleben politischer Kontrolle zu unterwerfen,⁷ als auch für das gegenläufige Ansinnen, die Wirtschaft vor politischen Interventionen zu schützen.⁸ Insofern ist die Frage des Vorrangs der allgemeinen politischen (Kern-)Verfassung und ihres Verhältnisses zur Wirtschaftsverfassung kontingent; man kann sie nicht unabhängig von der konkreten Ausrichtung der Wirtschaftsverfassung beantworten.

Die Elemente der Wirtschaftsverfassung sind wie dieselbe auch einem historischen Wandel unterworfen. Während der Schutz des Eigentums vor staatlicher Regulierung für das 19. Jahrhundert kennzeichnend war, standen im 20. Jahrhundert zunächst Fragen der Bodenreform, der Sozialisierung der Produktionsmittel sowie der betrieblichen Organisation im Mittelpunkt. Die Krisen des frühen 20. Jahrhunderts verlagerten das Augenmerk der Wirtschaftsverfassung in der Nachkriegszeit auf Marktorganisation und Wettbewerb sowie auf das makroökonomische Instrumentarium. Ende des 20. Jahrhunderts verschob sich das Schwergewicht der Wirtschaftsverfassung unter dem Eindruck der Globalisierung sowie eines gewandelten Verständnisses von Staatsaufgaben auf die Rahmenbedingungen öffentlicher Finanzen.⁹ Jede dieser Schichten findet sich in der Wirtschaftsverfassung der EU wieder; sie wandeln sich beständig im Einklang mit der Rekalibrierung des Verhältnisses zwischen Freiheit und Solidarität.

Überhaupt ist das bezeichnende Merkmal der Wirtschaftsverfassung ihr beständiger Wandel. Dieser Wandel vollzieht sich in Gestalt eines Paradigmenwechsels.¹⁰ Den Paradigmen liegen jeweils spezifische Verständnisse des Verhältnisses von Freiheit und Solidarität zugrunde, die sich häufig an bestimmten Leitbildern orientieren, z.B. einer bestimmten Vorstellung von Wettbewerb, von öffentlichen Aufgaben, öffentlichen Finanzen oder Wohlfahrtsstaatlichkeit. Dabei alternieren apertistische und kontrahierende

7 Art. 151 bis 165 der Weimarer Reichsverfassung; Otto Kirchheimer, Die Grenzen der Enteignung, in: Hubertus Buchstein (Hrsg.), Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften Bd. 1, Baden-Baden: Nomos 2017 (1930), 264–322 (298).

8 Franz Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart: W. Kohlhammer 1937.

9 Vgl. Ioannidis, in diesem Band, III.2.

10 Locus classicus des Paradigmenbegriffs: Thomas S. Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions, Chicago: University of Chicago Press 1962.

Paradigmen in dialektischem Wechsel.¹¹ Diese Dialektik ist im Kern des demokratischen Kapitalismus angelegt. Perioden der Öffnung führen zu einer Entfaltung von Freiheit, die über kurz oder lang die sozioökonomischen, ökologischen oder kulturellen Grundlagen dieser Ordnung untergräbt. Perioden der Schließung entfalten eine staatliche Maschinerie zur Erzeugung von Solidarität, die sich zur Bedrohung für die jeweilige Ordnung entwickelt, sei es, dass sie an finanzielle Grenzen stößt oder in Autoritarismus umschlägt, oder beides. Im Grunde treibt diese Dialektik nichts anderes als der die gesamte Moderne durchziehende Gegensatz zwischen Individualismus und Holismus, dem sie ihre Dynamik wie auch ihre Krisen verdankt.¹²

Jeder Paradigmenwechsel wirft dabei von neuem die Frage nach den Grenzen der Freiheit und der Solidarität auf. Er berührt damit Kernfragen gesellschaftlicher Identität, die über Prozesse der Inklusion und Exklusion festlegen, welche Personen in welchem Ausmaß von den Prozessen gesellschaftlicher Solidarität umfasst sind. Auf diese Weise wirkt die Wirtschaftsverfassung mit an der Bestimmung des Begriffs der Gesellschaft (vgl. Art. 2 EUV).¹³ Mehr noch: Diese Konkretisierung der Grenzen der Gesellschaft über die Festlegung der Solidargemeinschaft bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Grundwerte jener Gesellschaft (vgl. auch Art. 2 EUV). Denn davon hängt zumindest mittelbar ab, wer auf welche Weise über das Gemeinwesen mitbestimmen kann, wer Träger von mehr als nur fundamentalen Rechten ist oder vom Gleichheitssatz umfasst ist. Textliche Festlegungen dieser Grundwerte schützen nur bedingt gegen solche

11 Andreas Reckwitz, *Das Ende der Illusionen. Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2019, 239 ff.

12 Zur Entfaltung dieses Widerspruchs seit der Sattelzeit vgl. Poul F. Kjør, *The Law of Political Economy. An Introduction*, in: ders. (Hrsg.), *The Law of Political Economy. Transformation in the Function of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 1–30; zur Frühmoderne vgl. nunmehr mit Fokus auf den diesen Gegensatz überbrückenden naturrechtlichen Begriff der Notwendigkeit Mónica García-Salmones Rovira, *The Necessity of Nature. God, Science and Money in 17th Century English Law of Nature*, Cambridge: Cambridge University Press 2023, 12, 274 u.a. – Zur Krisenhaftigkeit der Moderne vgl. Jürgen Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1985, 26 ff. Der Gegensatz zwischen Individualismus und Holismus charakterisiert genauso die internationalen Beziehungen. Dazu Armin von Bogdandy/Sergio Dellavalle, *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*, Institute for International Law and Justice Working Paper (2008); Sergio Dellavalle, *Paradigms of Social Order. From Holism to Pluralism and Beyond*, Cham: Palgrave Macmillan 2021, 13 ff.

13 Armin von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Berlin: Suhrkamp 2021, 16 ff.

gesellschaftlichen Dynamiken, da die Grundwerte interpretationsabhängig und umsetzungsbedürftig sind.¹⁴ Mithin üben Paradigmenwechsel in der Wirtschaftsverfassung auch Einfluss aus auf den Standort eines politischen Systems auf der Skala zwischen demokratischem Weltbürgerrecht und autoritärem Ethnonationalismus.

Diesem Beitrag liegt die These zugrunde, dass sich gegenwärtig ein Wandel von einem apertistischen zu einem kontrahierenden Paradigma vollzieht, von einer Phase der Liberalisierung hin zu einer Phase der Integration. Dieser Wandel lässt sich in den Kapillaren des Sekundärrechts und der Rechtsprechung zu verschiedenen Unionspolitiken verfolgen. Er hat erhebliche Auswirkungen auf das Verständnis von Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV, der Kernbestimmung der europäischen Wirtschaftsverfassung. Insofern sieht sich die Rolle des Staats und der Union gegenüber dem Markt gestärkt. Ob das in ein höheres Maß an sozialer Gerechtigkeit mündet, bleibt abzuwarten. Dafür dürften die Auswirkungen dieses Wandels auf das Verständnis der Grundwerte der EU gem. Art. 2 EUV erheblich sein. Es stellt sich die Frage, ob daraus eine Stärkung der Demokratie folgt oder gar eine Schwächung zugunsten autoritärer Anwendlungen. Wenngleich sich die Institutionen der EU, allen voran die Rechtsprechung, gegen autoritäre Tendenzen auf der Ebene der Mitgliedstaaten zur Wehr setzen,¹⁵ muss man solche Tendenzen, die auch auf Ebene der EU bestehen,¹⁶ als – nicht notwendiges, jedoch wahrscheinliches – Korrelat einer stärker integrativen Wirtschaftsverfassung sehen.¹⁷

Die Entfaltung dieser These beginnt mit einer Betrachtung des Normenmaterials in seinen historischen und systematischen Bezügen. Der Kern der Wirtschaftsverfassung, den ich zum Verfassungskern zähle, erweist sich

14 Vgl. Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen: Mohr 1968.

15 Vgl. Luke Dimitrios Spieker, *Werteverteidigung im Binnenmarkt? Das ungarische Transparenzgesetz auf dem Prüfstand des EuGH*, EuZW 2020, 854–858; Kim Lane Scheppele/Dimitry Vladimirovich Kochenov/Barbara Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law, After All. Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, YBEL 39 (2021), 3–121.

16 Mark Dawson/Floris de Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, Mod. L. Rev. 76 (2013), 817–844; Agustín José Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, GLJ 14 (2013), 453–526.

17 Zu autoritären Tendenzen der liberalen Demokratie allgemein vgl. Michael A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford: Oxford University Press 2021.

dabei als kontextabhängig und ausfüllungsbedürftig (II.). Das lenkt den Blick auf die Theorie und Geschichte der Wirtschaftsverfassung. Sie steht im Spannungsfeld von Konflikten, die sich auf drei Achsen darstellen lassen (Staat-Markt, Union-Mitgliedstaaten, Demokratie-Autoritarismus). Die Position der Wirtschaftsverfassung innerhalb dieses Koordinatensystems unterliegt einer historischen Dynamik, die von der Dialektik zwischen öffnenden (apertistischen) und schließenden (kontrahierenden) Phasen getrieben ist. Gegenwärtig bewegt sich diese Dynamik hin zur Schließung, d.h. zu stärkerer staatlicher Kontrolle, von den Mitgliedstaaten zur Union sowie von demokratischen zu autoritären Strukturen (III.). Dies lässt sich auch in der Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jener Bereiche nachvollziehen, die für die Wirtschaftsverfassung entscheidend sind, nämlich die Grundfreiheiten, die Regulierung des Wettbewerbs und die Grundrechte. So dienen etwa die Grundrechte, deren Anwendung die Grundfreiheitsdogmatik dominiert und überlagert, in ihren dynamischen Bereichen insbesondere der Durchsetzung des Unionsinteresses gegenüber den Mitgliedstaaten und Drittstaaten, weniger der Sicherung gesellschaftlicher Pluralität. Versuche zur Abwehr autoritärer Tendenzen geraten oft eher halbherzig (IV.). Dieser Befund mündet in eine Kritik der gegenwärtigen Wirtschaftsverfassung, die die in Art. 2 EUV niedergelegten Werte der Union nur unvollkommen verwirklicht und erhebliche ökologische, geopolitische und demokratische Risiken für die zukünftige Entwicklung birgt (V.).

II. Normschichten der Wirtschaftsverfassung

1. Kommandobrücke des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV i.V.m. Art. 9 und 26 AEUV

a) Historische Entwicklung des Texts

Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV stellt die Grundnorm der europäischen Wirtschaftsverfassung dar. Diese Norm hat im Verlauf der europäischen Integration bedeutende Veränderungen erfahren, deren Verlauf die rein wirtschaftliche Ausrichtung der europäischen Integration zugunsten eines umfassenden Gemeinwohlziels in Art. 3 Abs. 1 EUV und eines breitgefächerten Zielkatalogs in Art. 3 Abs. 3 bis 5 EUV relativiert hat.¹⁸ Unklar bleibt dabei jedoch die konstitutionelle Bedeutung der Ziele sowie ihr Verhältnis zur Gesetzgebung und Rechtsprechung.

¹⁸ Bast/von Bogdandy, in diesem Band, III.2.b; Weber, in diesem Band, II.2.

Der EWG-Vertrag von 1957 verwendete in Art. 2 den Begriff der „Aufgabe“ noch im Singular; eine Formulierung, die bis zum Entwurf des Verfassungsvertrags erhalten blieb. Einzige Aufgabe der EWG war demnach die Errichtung des Gemeinsamen Markts, dessen Eigenschaften Art. 3 EWG-Vertrag über einen Katalog von Zielen genauer definierte. Neben den Grundfreiheiten und sektoralen Politiken erwähnte Art. 3 EWG-Vertrag in Buchstabe f) auch die Errichtung eines Systems zum Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen. Soziale Ziele fanden dagegen spärliche Erwähnung, etwa im Begriff der „Steigerung der Lebenshaltung“ oder dem Europäischen Sozialfonds zur Arbeitsförderung, der aber nach marktwirtschaftlichen Prinzipien arbeitete und auf Personen in Normalarbeitsverhältnissen begrenzt war.¹⁹

Der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986 ist der Begriff des Binnenmarkts zu verdanken;²⁰ er steht für die Revitalisierung der positiven Integration auf Grundlage des Art. 114 AEUV und der Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit.

Der Vertrag von Maastricht relativierte jedoch durch die Gründung der Europäischen Union als politischem Verband ein Stück weit die Bedeutung des Binnenmarkts. Zwar führte Art. B des EU-Vertrags von 1992 den Binnenmarkt an erster Stelle auf, stellte ihm aber als weitere Ziele die GASP, die Unionsbürgerschaft sowie die Zusammenarbeit auf den Bereichen Justiz und Inneres an die Seite. Darüber hinaus stärkte er die soziale Ausrichtung des Binnenmarkts, der nun nach Art. B EUV ausdrücklich dem wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt dienen sollte. Art. 2 EGV verpflichtete die Union auf ein nicht nur harmonisches, sondern auch ausgewogenes Wirtschaftswachstum. Außerdem qualifizierte der Vertrag das Wachstumsziel durch eine Verpflichtung auf Umweltverträglichkeit, ein hohes Beschäftigungsniveau sowie die Konvergenz der Wirtschaftsleistungen. Aus dem Ziel einer „engeren Beziehung“ zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 2 EWG-Vertrag wurde folgerichtig die Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts sowie der Solidarität – jener Gegenbegriff zu den Marktfreiheiten, der damit erstmals die Bühne der Verträge betrat. Für die Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) statuierte der Vertrag von Maas-

19 *Simone Paoli*, A European Society? Social Policy and Migration, in: Brigitte Leucht/Katja Seidel/Laurent Warloutzet (Hrsg.), *Reinventing Europe. The History of the European Union, 1945 to the Present*, London: Bloomsbury Academic 2023, 221–239 (223 ff.).

20 ABl. 1987 L 169/I.

tricht demgegenüber das Ziel einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. 119 Abs. 1 und 127 Abs. 1 AEUV).²¹

Der Vertrag von Amsterdam erweiterte nochmals die Palette der Vertragsziele um soziale und ökologische Komponenten. So verpflichtete er die Union auf ein hohes Maß an sozialem Schutz (Art. 2 EGV), die jedoch die zeittypische Betonung eines hohen Grads an Wettbewerbsfähigkeit wieder relativiert. Mit dem Vertrag von Amsterdam fanden ferner die Gleichstellung der Geschlechter und der Begriff der nachhaltigen Entwicklung Eingang in die Kernbestimmungen der europäischen Wirtschaftsverfassung.

Ein deutlicher Bruch erfolgte mit dem Vertrag von Lissabon. Drei Elemente sind dafür kennzeichnend, die die Diskussionen zur Wirtschaftsverfassung auf dem Verfassungskonvent dominierten und auch bereits in dem gescheiterten Verfassungsvertrag enthalten waren. Sie betreffen die Stellung der Wirtschaftsverfassung im Allgemeinen, den Bedeutungsgewinn des Nachhaltigkeitsbegriffs sowie die Rekalibrierung des Verhältnisses zwischen Markt und staatlicher Intervention durch den Begriff der sozialen Marktwirtschaft.

Was die Stellung der Wirtschaftsverfassung betrifft, so relativierte sie der Vertrag von Lissabon, indem er den Binnenmarkt von seiner privilegierten Position im ehemaligen Art. 2 EGV bzw. an der Spitze des früheren Art. 2 EUV zurückdrängte, zunächst auf Art. 3 Abs. 2 des Verfassungsentwurfs, schließlich auf Art. 3 Abs. 3 des Verfassungsvertrags bzw. des EUV in der Fassung von Lissabon. Der Binnenmarkt ist nun nur noch ein Ziel unter anderen zur Verwirklichung der Werte, des Wohlergehens und des Friedens – dem nunmehr umfassenden Gemeinwohlziel gemäß Art. 3 Abs. 1 EUV. Der Gemeinsame Markt bzw. Binnenmarkt ist zwar weiterhin ein Ziel der EU und insofern nicht vollendet,²² aber nicht mehr das einzige bzw. wesentliche.²³ Der Satz, die EU-Verfassung sei hauptsächlich eine Wirtschaftsverfassung, stimmt nicht mehr. Die Ziele der Wirtschaftsverfassung sind kein Selbstzweck, sondern dem Vertragszweck eines geeinten Europas (Art. 1 EUV) untergeordnet, welches sich den Werten des Art. 2 EUV verpflichtet fühlt. Andernfalls wäre eine Werteverfassung nicht plausibel.

21 Dazu Cordula Stumpf, § 23 Das Recht der sozialen Marktwirtschaft im Binnenmarkt, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Bd. 4: Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2021, 1471–1510 (Rn. 9).

22 S.o. II.1.

23 EuGH, Urteil v. 29.9.1987, Rs. 126/86, ECLI:EU:C:1987:395, Rn. 10 – *Giménes Zaera*.

Dieser Gewichtsverlust der Wirtschaftsverfassung entspricht dem Wandel der europäischen Union von einem wirtschaftlichen Zweckverband zu einer politischen Gesellschaft. Dementsprechend fanden Freiheit und Solidarität Eingang in den Wertekatalog des Art. 2 EUV in der Lissabonner Fassung, der die Gesellschaft ganzheitlich beschreibt, einschließlich ihrer wirtschaftlichen Aspekte. Bezeichnenderweise kommt es zu diesem – in seinen Ursprüngen weit zurückreichenden²⁴ – Bedeutungswandel in Art. 1 der EEA sowie dann in der Rechtsprechung 1991 in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Vertrag von Maastricht und den Konstitutionalisierungsprozessen im Bereich der Grundfreiheiten.²⁵ Auch aus dem Gutachten 2/13 sowie dem CETA-Gutachten geht hervor, dass diese Herabstufung des Binnenmarktziels das Ergebnis der Konstitutionalisierung des Unionsrechts ist.²⁶

Dem Wandel zur politischen Gesellschaft entspricht die Neupositionierung des Begriffs der Nachhaltigkeit an den Anfang des zweiten Satzes von Art. 3 Abs. 3 EUV, gleich hinter dem Binnenmarktziel. Während Art. 2 EGV in der Fassung des Vertrags von Amsterdam die nachhaltige Entwicklung noch als eines unter vielen Zielen des Gemeinsamen Markts begriff, kommt der nachhaltigen Entwicklung nunmehr eine Vorrangstellung zu. Die bisher gleichrangigen Ziele wie Wirtschaftswachstum und sozialer Fortschritt sowie Beschäftigung werden lediglich als Hintergrundannahmen beziehungsweise Konkretisierungen des Begriffs der nachhaltigen Entwicklung

24 *Frank Schorkopf*, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, JZ 75 (2020), 477–485.

25 EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490, Rn 16–18 – *EWI I*: „Was dagegen die Gemeinschaft betrifft, so hat sich die Freihandels- und Wettbewerbsregelung, die das Abkommen auf das gesamte Hoheitsgebiet der Vertragsparteien ausdehnen will, in der Rechtsordnung der Gemeinschaft entwickelt und fügt sich in diese Rechtsordnung ein, deren Ziele über das mit dem Abkommen verfolgte Ziel hinausgehen. Wie sich nämlich insbesondere aus den Artikeln 2, 8a und 102a EWG-Vertrag ergibt, strebt dieser eine wirtschaftliche Integration an, die in einen Binnenmarkt und in eine Wirtschafts- und Währungsunion mündet. Zudem verfolgen die Gemeinschaftsverträge in ihrer Gesamtheit nach Artikel 1 der Einheitlichen Europäischen Akte das Ziel, zu konkreten Fortschritten auf dem Wege zur Europäischen Union beizutragen. Aus dem Vorstehenden folgt, daß die Bestimmungen des EWG-Vertrags, die den freien Verkehr und den Wettbewerb regeln, keineswegs ein Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Verwirklichung dieser Ziele sind.“

26 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 165–172, insbesondere 170 – *EMRK II*; EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 110 mit Bezug auf Art. 2 EUV – *CETA*.

eingeführt, dem begrifflich eine kontrollierende Funktion zukommt. Als zeittypischer Konsensbegriff löste er wenige Kontroversen aus.

Letzteres lässt sich über den Begriff der sozialen Marktwirtschaft nicht sagen. Zwar handelte es sich dabei um keine der vier zentralen Problemfelder, die der Verfassungskonvent bearbeiten sollte. Jene bewegten sich vor dem Hintergrund des vorausgegangenen Streits um den Vertrag von Nizza rein im Institutionellen und Kompetenziellen.²⁷ Allerdings thematisierte bereits die Laeken-Erklärung auf maßgeblich französisches Betreiben hin die Weiterentwicklung der sozialen Dimension.²⁸ Die schlechte wirtschaftliche Lage mit hoher Arbeitslosigkeit zu Anfang des Jahrtausends machte dies unausweichlich.

Entscheidend für die Entwicklung des Texts hin zum Lissabonner Vertrag war eine Arbeitsgruppe des Konvents zum sozialen Europa um den griechischen PASOK-Delegierten *Giorgos Katiforis*. Ihr Bericht stellte „*social justice, solidarity, equality*“ als Grundwerte der EU heraus und empfahl sie zur Aufnahme in Art. 2 des Verfassungsvertrags.²⁹ Der Bericht war insgesamt deutlich ambitionierter als sämtliche späteren Textfassungen und schloss z.B. die Einbeziehung des sozialen Friedens und sozialer Dienste mit ein. Auch wenn vieles davon auf dem Weg zum Vertrag von Lissabon verloren ging, finden sich nahezu sämtliche sozialpolitisch fortschrittlichen Begrifflichkeiten bereits in diesem Bericht.

Der erste Entwurf des Verfassungsvertrags sprach noch von „sozialer Gerechtigkeit“, führte bereits den Begriff der Vollbeschäftigung ein und übernahm aus dem bisherigen Unionsvertrag den Begriff des sozialen Fortschritts sowie das Ziel des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts.³⁰ Die Preisstabilität fand dagegen zugunsten einer allgemeinen Bezugnahme auf die Wirtschafts- und Währungsunion keine Erwähnung.

27 Vgl. Norbert K. Riedel, Der Konvent zur Zukunft Europas. Die Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, ZRP 35 (2002), 241–247 (244 f.).

28 Daniel Göler, Der Gipfel von Laeken. Erste Etappe auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung?, integration 25 (2002), 99–110 (103).

29 Final report of Working Group XI on Social Europe (Chairman: Giorgos Katiforis), CONV 516/1/03 Rev 1, 4. Februar 2003, <https://wayback.archive-it.org/org-1495/20200226195703/http://europeanconvention.europa.eu/pdf/reg/en/03/cv00/cv00516-re01.en03.pdf>.

30 Praesidium of the European Convention, Draft of Articles 1 to 16 of the Constitutional Treaty, CONV 528/03, 6. Februar 2003, <https://wayback.archive-it.org/org-1495/20200228015423/http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/en/03/cv00/cv00528.en03.pdf>.

Im Laufe des Konventionsprozesses wich jedoch „soziale Gerechtigkeit“ dem überparteilich konsensfähigen Begriff der „sozialen Marktwirtschaft“. Der Begriff suggeriert eine Anleihe beim Gedankengut der frühen Bundesrepublik,³¹ wanderte aber auf Umwegen in die europäische Verfassungsdebatte. Das Europäische Parlament favorisierte seit 1993 den Begriff der sozialen Marktwirtschaft, der das vorherige Konzept des europäischen Sozialmodells ablöste. Damit einher ging eine Akzentverschiebung von mitgliedstaatlicher zu europäischer Regulierung. Konkret verwendete das Europäische Parlament den Begriff zur Abwehr britischer Versuche, regulierende Eingriffe durch Sekundärrecht zurückzudrängen und die EU eher dem amerikanischen Modell des Finanzliberalismus anzunähern. Die Festlegung auf soziale Marktwirtschaft kam in diesem Zusammenhang einem Bekenntnis zu einer starken Union gleich. Im Umkehrschluss bedeutete dies, dass die wirtschaftsverfassungsrechtliche Richtung der Union mit diesem Begriff, eingeführt durch einen Christdemokraten, alles andere als festgelegt war.³²

„Soziale Marktwirtschaft“ war denn auch als begriffliches Angebot bereits im Katiforis-Bericht enthalten; es fand Unterstützung in einem parteiübergreifenden Vorschlag.³³ Weitergehende Vorschläge zur Bezugnahme auf das europäische Sozialmodell blieben ohne Erfolg,³⁴ was aufgrund der bisherigen Funktion dieses Begriffs in europäischen Debatten nicht weiter erstaunt. Konservative Vertreter um *Elmar Brok* konnten sich selbstverständlich mit dem Begriff der sozialen Marktwirtschaft identifizieren, wollten aber noch spezifische Ziele der WWU aufnehmen wie nichtinflationäres Wachstum und stabile öffentliche Finanzen; den Begriff der Vollbeschäftigung wollten sie dagegen zugunsten des bisherigen höheren Beschäftigungsniveaus wieder streichen.³⁵ Nur mit dem Begriff der Preisstabilität hatten sie Erfolg, der als letzter Bestandteil des „magischen Vierecks“ Auf-

31 So *Peter Nedergaard/Holly Snaith*, ‚As I Drifted on a River I Could Not Control‘: The Unintended Ordoliberal Consequences of the Eurozone Crisis, *JCMS* 53 (2015), 1094–1109; *Stumpf* (Fn. 21) Rn. 28 ff.

32 *Hugo Canihac/Francesco Laruffa*, From an Ordoliberal Idea to a Social-Democratic Ideal? The European Parliament and the Institutionalization of ‚Social Market Economy‘ in the European Union (1957–2007), *JCMS* 60 (2021), 867–884.

33 Vorschlag der Delegierten *Farnleitner* (ÖVP), *Duhamel* (Parti socialiste), *Fischer* (Grüne), *Paciotti* (Democrazia di sinistra) u.a., Working Group XI „Social Europe“, Comments on the Preliminary Draft Report, WD 42 Rev 1, 24.1.2003, 30 ff.

34 Ebd., Vorschlag der Delegierten *Lichtenberger*, *Voggenhubger*, *Nagy*.

35 Ebd.

nahme in den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kern fand (Preisstabilität, Vollbeschäftigung, ausgewogenes Wachstum und die schließlich in Art. 3 Abs. 5 EUV thematisierte außenwirtschaftliche Stabilität).³⁶ Weitergehende Vorschläge der Delegierten *Teufel* und *Heathcoat-Amory*, von Marktwirtschaft statt „sozialer Marktwirtschaft“ zu sprechen, waren chancenlos.³⁷ Auch liberale Vorstellungen von Wettbewerbsfähigkeit mussten Federn lassen. Der seit Beginn bestehende Bezug auf den unverfälschten Wettbewerb, zuletzt in Art. 3 g) EGV (Amsterdam) geregelt, flog durch den Konvent aus dem Vertrag; es blieb nur die Qualifikation der sozialen Marktwirtschaft als eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige“.

Diese Änderungen wurden weitestgehend in Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV in der Fassung des Lissabonner Vertrags übernommen. Der abgeschwächte Wettbewerbsbegriff blieb bestehen wegen französischer Erfahrungen im Zuge des gescheiterten Referendums. Nur um wettbewerbsrechtliches Sekundärrecht zu erhalten, das sich auf Art. 352 AEUV stützte, einigten sich die Mitgliedstaaten auf Protokoll Nr. 27.³⁸

Mithin erweist sich die Konventsmethode als entscheidender Kipppunkt hin zu einer ausgewogeneren Wirtschaftsverfassung. Sie betont den Gedanken der Nachhaltigkeit und trägt Freiheit und Solidarität gleichermaßen Rechnung: Der Text, seine Entstehungsgeschichte und sein Zusammenhang mit Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV sprechen jeweils gegen einen klaren Primat des Markts oder des Staats – genauso wie Art. 2 EUV keine Hierarchie zwischen Freiheit und Solidarität etabliert.³⁹ Der Zentralbegriff der sozialen Marktwirtschaft trägt vielmehr beiden Polen Rechnung und öffnet sich als überparteiliche Kompromissformel verschiedenen Verständnissen. Dementsprechend erlaubt Art. 3 Abs. 3 EUV keine konzeptionelle Unterscheidung zwischen einem reinen, von staatlichen Interventionen freigeordneten Markt einerseits und sozialpolitischen Gestaltungsaufträgen andererseits. Er geht vielmehr davon aus, dass Märkte erst durch das Recht

36 Vgl. Jörg Philipp Terhechte, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 82. EL, C.H. Beck: München 2024, Art. 3 EUV, Rn. 49. Zum magischen Viereck vgl. Matthias Schmidt-Preuß, *Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?*, *Staat und Politik* 11 (1972), 341 f.

37 *Reactions to draft Articles 1 to 16 of the Constitutional Treaty – Analysis*, CONV 574/1/03 REV 1, 26.2.2003, S. 27.

38 Jean-Paul Jacqué, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 3 EUV, Rn. 5.

39 Vgl. von Bogdandy/Spieker, in diesem Band, III.1, aufgrund der Entstehung und Rechtspraxis; a.A. allein aufgrund des Wortlauts *Stumpf* (Fn. 21), Rn. 40.

konstruiert werden.⁴⁰ Sie sind dabei vorne herein so zu gestalten, dass sie den verschiedenen Zielen des Art. 3 Abs. 3 EUV in jeweils demokratisch festzulegender Weise Rechnung tragen.⁴¹ Demnach ist die Existenz oder Eröffnung eines Markts nicht weniger rechtfertigungsbedürftig als staatliche Interventionen.

Dieser – von mancher Seite sogleich beklagte⁴² – Dammbruch ist nicht nur der Konventsmethode geschuldet, die schon allein aufgrund des erheblichen Zeitdrucks dem Katiforis-Bericht prägende Kraft zugestand. Er geht auch zurück auf eine spezifische historische Konstellation, in der sich in Deutschland in konservativen Kreisen die europapolitische Phantasie auf die – in anderen Mitgliedstaaten auf wenig Resonanz stoßende – Frage der Kompetenz-Kompetenz kaprizierte,⁴³ während die Sozialdemokratie und die Grünen im Zuge der Hartz-IV-Reformen mit der Demontage des Sozialstaats beschäftigt waren. An der Arbeitsgruppe zu „Social Europe“ waren deutsche Konservative weitgehend unbeteiligt.⁴⁴ Den bauernschlaun Vorstößen des Katiforis-Berichts, der mit dem Begriff der sozialen Marktwirtschaft nostalgische Gefühle unter den dominierenden Deutschen auslöste,⁴⁵ hatten konservative oder liberale Kräfte schlicht nichts entgegn-

40 Vgl. bereits *Karl Polanyi*, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston: Beacon Press 1944, 71 ff.; *Justin Desautels-Stein*, *The Market as a Legal Concept. Classic Liberalism, Modern Liberalism, Pragmatic Liberalism*, in: Ugo Mattei/John D. Haskell (Hrsg.), *Research Handbook on Political Economy and Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, 29–43.

41 Anders *Peter-Christian Müller-Graff*, § 1 Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht. Das System, in: ders. (Fn. 21), 53–128, Rn. 22, 43 ff.; allein aufgrund grammatischer Auslegung auch *Stumpf* (Fn. 21) Rn. 22.

42 *Jürgen Basedow*, *Das Sozialmodell von Lissabon. Solidarität statt Wettbewerb?*, *EuZW* 19 (2008), 225–226.

43 Legendar ist insoweit die Rede *Edmund Stoibers*: „Verfassung, das bedeutet letzten Endes ... Kompetenz-Kompetenz. Kompetenz-Kompetenz. Wer hat die Kompetenz Kompetenz?“ Quelle: <https://www.youtube.com/watch?v=du85qeZrAt4>.

44 Der CSU-Delegierte *Joachim Würmeling* (stellvertretendes Mitglied) konzentrierte sich in seiner Intervention auf den Kampf gegen die ohnehin wenig zukunftssträngige Offene Methode der Koordinierung, vgl. Working Group XI „Social Europe“, Comments on paragraphs 4 to 7 of the Mandate by Mr Joachim Wuermeling, WD 23, 7.1.2003, <https://wayback.archive-it.org/org-1495/20200227201035/http://european-convention.europa.eu/docs/wd11/6620.pdf>. Mitglieder der Arbeitsgruppe waren von deutscher Seite daneben die Sozialdemokraten *Jürgen Meyer* und *Sylvia-Yvonne Kaufmann*. Das Sekretariat bestand weitgehend aus Franzosen; unter den Experten war kein Deutscher, dagegen der britische Sozialökonom *Tony Atkinson*.

45 Vgl. zur Begriffsgeschichte *Christian Joerges/Florian Rödl*, „Social Market Economy“ as Europe’s Social Model?, *EUI Working Paper LAW No. 8* (2004), 18.

zusetzen. Der Vorschlag von *Teufel* und *Heathcoat-Amory* wirkte wie aus der Zeit gefallen.

Der grundlegenden Änderung des Vertragstexts an sich kam jedoch unmittelbar geringe praktische Bedeutung zu. Überhaupt dürfte eine Änderung eines Verfassungsdokuments allein kaum einen Paradigmenwechsel auslösen, wenn nicht weitere politische, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Umstände hinzutreten. Im Fall des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV materialisieren sich die im Text angelegten Potenziale erst Stück für Stück in der derzeitigen Phase des integrativen Konstitutionalismus.⁴⁶

b) Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV als Teil der Kernverfassung

Dieses Werk erschließt das europäische Verfassungsrecht aus der Perspektive ihrer Kernverfassung. Dieser Begriff ist nicht den Verträgen entlehnt, sondern Ergebnis einer wissenschaftlichen Analyse.⁴⁷ Insofern stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV zur Kernverfassung.

Nach dem dieses Projekt leitenden Vorschlag beginnt die Kernverfassung bei Art. 1 und endet bei Art. 3 Abs. 1 EUV, da nur diese Vorschriften die EU und die Mitgliedstaaten gleichermaßen betreffen, während Art. 3 Abs. 2 bis 6 EUV die Ziele der Union adressieren, den Blick also gewissermaßen vom Ganzen wegschwenken und auf die Union richten. Demnach gehört Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV nicht zur Kernverfassung.⁴⁸

Ich trete dieser Auffassung entgegen. Nach meinem Dafürhalten gehört der gesamte Artikel 3 EUV zur Kernverfassung. Dafür spricht zum einen die Struktur des Texts. Art. 3 EUV ist ein in sich geschlossener Artikel. Gerade eine Analyse, die erstmals den Zusammenhang der unterschiedlichen Absätze des Art. 1 EUV erschließt,⁴⁹ sollte über diese formalen Gestaltungsfragen nicht hinweggehen. Auch spricht Art. 1 Abs. 1 EUV in der insoweit differenzierteren englischen Fassung von „objectives they [= die Mitgliedstaaten, MG] have in common“; eine Sprachregelung, die Art. 3 Abs. 6 EUV wieder aufgreift. Die Ziele der Union („its objectives“) sind damit die Ziele der in ihr vereinigten Mitgliedstaaten und vom Gesamtprojekt nicht zu trennen.

46 S.u. III.4 sowie im Einzelnen Teil IV.

47 Vgl. von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.1.

48 Ebd.

49 Ebd.

Auch die Entstehungsgeschichte zeigt die enge Verwobenheit von Art. 3 Abs. 2 bis 6 EUV mit den unstreitigen kernverfassungsrechtlichen Vorschriften. Die entsprechenden Arbeitsgruppen diskutierten diese Vorschriften ganzheitlich.⁵⁰ Werte und Ziele bildeten einen engen Zusammenhang. Im Verlauf des Konvents wanderte der Begriff der Solidarität aus dem heutigen Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV in Art. 2 S. 2 EUV. Der soziale Friede wurde nicht eigens erwähnt; schließlich findet sich in Art. 3 Abs. 1 EUV der Begriff des Friedens.⁵¹

Dazu geht systematisch gesehen die Bedeutung von Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV über das reine Primär- und Sekundärrecht der Union hinaus. Ein Ziel wie die Vollbeschäftigung oder der soziale Fortschritt bleibt sinnlos, wenn es nur durch das Handeln der Union bewirkt werden soll, der dazu offensichtlich in den meisten Fällen die Kompetenzen fehlen. Dieses Verständnis war auch in der Arbeitsgruppe zum sozialen Europa vorhanden, wo zur Erreichung der genannten Ziele mittels mitgliedstaatlicher Kompetenzen die Offene Methode der Koordinierung im Raum stand.

Schlussendlich stößt ein hierarchisches Verhältnis zwischen Art. 2 EUV und Art. 3 Abs. 1 EUV einerseits sowie Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV andererseits auch teleologisch auf Bedenken. Werte und übergeordnete Gemeinwohlziele bieten zwar eine wichtige Orientierungsfunktion, sind aber ihrerseits konkretisierungsbedürftig. Freiheit und Solidarität stehen in keinem naturgegebenen Verhältnis zueinander; ihre Grenze findet eine stetige Neubestimmung durch die Gesetzesanwendung und administrative sowie justizielle Praxis. Insofern erschließt sich mir nicht der Zweck einer Grenzziehung zwischen Art. 3 Abs. 1 EUV und den folgenden Absätzen. Sie könnte allenfalls dazu führen, dass die Entwicklungsoffenheit⁵² der Wirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon zugunsten einer latent depolitisierenden, stärker justiziellen Determination weicht,⁵³ welche die notwendige Grundlage politischer Integration einer freiheitlichen Gesellschaft in gelebter Solidarität aus den Augen geraten lassen könnte.

50 Vgl. Final report of Working Group XI on Social Europe (Fn. 29).

51 Vgl. *Weber* (Fn. 18).

52 Vgl. *Terhechte* (Fn. 36), Rn. 23.

53 In diesem Sinne lehnt *Müller-Graff* (Fn. 41), Rn. 3, gar den Begriff der Wirtschaftsverfassung ab.

c) Bedeutung der einzelnen Begriffe

Der mit dem Gemeinsamen Markt identische⁵⁴ Binnenmarkt (Satz 1) ist ein Ziel der Union, nicht nur ein Institut des Unionsrechts. Diese Einordnung verleiht ihm eine Teleologie. Der Binnenmarkt dient seit den Anfängen in der Nachkriegszeit der Stabilisierung Europas und damit letztlich dem Friedenschutz.⁵⁵ Er ist stetig weiter zu entwickeln bzw. nachzusteuern. Das betrifft auch die den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen im Bereich der Fiskal-, Wirtschafts- und Sozialpolitik. Die Erwartung fortschreitender Liberalisierung ist mit dem Binnenmarkt dagegen nicht mehr notwendigerweise verbunden, da die positive Integration seit der Einheitlichen Europäischen Akte eine bedeutende Rolle spielt und eine in diesem Zusammenhang erfolgende Harmonisierung der Rechtsvorschriften auch ein hohes Schutzniveau aufweisen kann.⁵⁶

Eine Erwartung kontinuierlicher Liberalisierung folgt auch nicht aus Art. 9 AEUV oder Art. 26 AEUV, die das Binnenmarktziel weiter konkretisieren. Die Verknüpfung des Binnenmarkts mit den Grundfreiheiten im Normtext des Art. 26 Abs. 2 AEUV räumt den Grundfreiheiten nicht etwa für den Regelfall Priorität gegenüber den Grundrechten (so aber Rs. *Schmidberger*)⁵⁷ oder dem mitgliedstaatlichen Recht (so aber Rs. *Keck*, *Viking*)⁵⁸ ein; die vieldiskutierte liberale Tendenz der Wirtschaftsverfassung resultiert erst aus der Auslegung der Grundfreiheiten durch den Gerichtshof nach Maßgabe des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.⁵⁹ Doch auch diese liberale Seite der Grundfreiheiten kann durch Ordnungspolitik auf Gemeinschaftsebene eingefangen werden, welche nicht an die Grund-

54 Zur Identität der Begriffe des Gemeinsamen Markts und des Binnenmarkts *Jürgen Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 36), Art. 26 AEUV, Rn. 14; *Jörg Philipp Terhechte*, Der Vertrag von Lissabon. Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 43 (2008), 143–189 (177); zum unklaren Verhältnis zwischen den zwischenzeitlich parallel verwendeten Begriffen des Gemeinsamen Markts und Binnenmarkts *Stephen Weatherill*, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford: Oxford University Press 2016, 18 f.

55 *Weatherill* (Fn. 54), 15.

56 Siehe i.E. unten IV.

57 EuGH, Urteil v. 12.6.2003, Rs. C-112/00, EUCLI:EU:C:2003:333 – *Schmidberger*.

58 EuGH, Urteil v. 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, EUCLI:EU:C:1993:905 – *Keck*; Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, EUCLI:EU:C:2007:772 – *Viking*.

59 S.u. IV.

freiheiten gebunden ist.⁶⁰ Der Binnenmarkt-begriff ist mithin offen gegenüber einer großen Bandbreite an Varianten des Kapitalismus, was die Vorschrift des Art. 345 AEUV eindrucksvoll bestätigt. Nur eine vollständige Staatswirtschaft ist wohl ausgeschlossen; sie dürfte auch mit innerstaatlichen Grundrechtsgarantien wie den Art. 12 und 14 GG kaum vereinbar sein.

Im Unterschied zum Binnenmarkt-begriff fehlt es den weiteren Zielen der Wirtschaftsverfassung, die in Satz 2 von Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV erwähnt sind, jeweils für sich genommen an wirtschaftspolitischer Neutralität. Besonders die Begriffe der hohen Wettbewerbsfähigkeit sowie der Preisstabilität deuten auf eine privatwirtschaftlich organisierte Ordnung hin, die individuelle wirtschaftliche Betätigungsfreiheit verbürgt und dem Staat Restriktionen auferlegt. Im Einklang hiermit steht der Begriff des Wachstums. Er evoziert das alte Versprechen der sozialen Marktwirtschaft,⁶¹ wonach sozialer Fortschritt besonders durch Wachstum zu erreichen sei. Die Arbeitskosten sollen sich also langfristig auf hohem Niveau angleichen, nicht auf durchschnittlichem Niveau, wozu die Hochlohnländer einseitig Marktanteile an Niedriglohnländer abgeben müssten, damit die Nachfrage nach Arbeit sinkt.⁶²

Gegenläufig zu den erwähnten Begriffen verhält sich der verfassungsgeschichtlich deutlich jüngere Begriff der Nachhaltigkeit. Dieser Begriff hat seinen Siegeszug auch in der globalen Wirtschaftsverfassung dem Umstand zu verdanken, dass er den Primat des in BIP-Werten gemessenen Wachstums als *conditio sine qua non* des sozialen Fortschritts in Frage stellt.⁶³ Vielmehr kombiniert er gerade ökonomische mit den in Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV nochmals separat betonten ökologischen sowie mit sozialen

60 Armin von Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union, JZ 2001, 157–171 (165 f.), Streitstand s.u. IV.1.c.

61 S.u. III.2.

62 Florian Rödl, Arbeitsverfassung, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 855–904 (863 ff.).

63 Joseph Stiglitz/Amartya Sen/Jean-Paul Fitoussi, The Measurement of Economic Performance and Social Progress Revisited, Observatoire Francais des Conjonctures Economiques (OFCE), Documents de Travail (2009) No. 33; derselbe Gedanke liegt den Sustainable Development Goals zugrunde.

Aspekten.⁶⁴ Sämtliche Aspekte sind demnach gegeneinander abzuwägen.⁶⁵ Zweifel sind jedoch erlaubt, ob eine derart harmonistische, idealisierende Vorstellung noch mit einer von existentiellen Krisen und handfesten Verteilungskonflikten geprägten Wirklichkeit im Einklang steht.⁶⁶

Die Förderung von wissenschaftlichem und technischem Fortschritt in Art. 3 Abs. 3 UA 1 Satz 3 EUV ist wirtschaftspolitisch hingegen weitgehend neutral, aber inzwischen unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 EUV nicht ganz unbedeutend. Wissenschaft und technischer Fortschritt haben neben ihrer ökonomischen Bedeutung auch eine unbestrittene politische Dimension, da sie die Grundlage rationaler Deliberation in sämtlichen Politikfeldern bilden. Ihnen ist es auch zu verdanken, dass weite Teile der Bevölkerung politisch partizipieren können; sei es, weil sie dazu wirtschaftlich und intellektuell in der Lage sind, sei es, dass sie die technischen Möglichkeiten der Partizipation erhalten haben. Mithin unterstreicht die Erwähnung von Wissenschaft und Technik den engen Zusammenhang zwischen Wirtschaftsverfassung und politischer Verfassung.

Der Grundsatz des Zusammenhalts und der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten greift den Begriff der Solidarität aus Art. 2 EUV auf. Es handelt sich hierbei um jeweils spezifische Manifestationen des vom EuGH kürzlich festgestellten allgemeinen unionalen Solidaritätsgrundsatzes,⁶⁷ einmal auf Ebene der Werte, einmal auf Ebene der Ziele. Dies zeigt einmal

64 Einflussreiche Definition bei *Gro Harlem Brundtland*, *Our Common Future. Call for Action*, Environmental Conservation 14 (1987), 291–294 (292): „We have defined [sustainability] as meeting the needs and aspirations of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their needs. It is a form of progress for social and economic development that enhances the resource-base rather than degrades it. It requires a more equitable distribution of wealth than currently prevails within and among nations, and it aims at the eradication of global mass-poverty.“ Begriffshistorischer Überblick bei *Andreas Glaser*, *Nachhaltige Entwicklung und Demokratie. Ein Verfassungsrechtsvergleich der politischen Systeme Deutschlands und der Schweiz*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, 45 ff.

65 *Johanna Monien*, § 5 Nachhaltige Entwicklung als Umweltrechtsprinzip, in: Ines Härtel (Hrsg.), *Nachhaltigkeit, Energiewende, Klimawandel, Welternährung*, Baden-Baden: Nomos 2014, 142–167 (147 ff.); *Astrid Epiney*, *Nachhaltigkeitsprinzip und Integrationsprinzip*, in: Wolfgang Kahl (Hrsg.), *Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 103–116.

66 Dazu s.u. Teil V. Zur Kritik des Nachhaltigkeitsbegriffs vgl. etwa *Julian Reid*, *Interrogating the Neoliberal Biopolitics of the Sustainable Development-Resilience Nexus*, *International Political Sociology* 7 (2013), 353–367.

67 EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-848/19 P, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 38 f. – *OPAL*; weiter konkretisiert ist der Solidaritätsgrundsatz etwa in Art. 122 Abs. 1 oder Art. 194 AEUV.

mehr die enge Verwobenheit der beiden Vorschriften des Art. 2 und 3 EUV, die deshalb beide der Kernverfassung zuzurechnen sind.

d) Normative Offenheit

Angesichts der Offenheit der Wirtschaftsverfassung auf der Ebene der „Kommandobrücke“ bleibt ihre letztendliche Fahrtrichtung in erheblichem Maß dem Zusammenspiel der Institutionen auf europäischer und auch auf mitgliedstaatlicher Ebene überlassen. Die Wirtschaftsverfassung ist daher auf dieser Ebene politökonomisch gestaltungsbedürftig und schließt nur die Extreme einer Planwirtschaft bzw. eines radikalen Marktliberalismus aus.⁶⁸ Die Unionsorgane sind zu ihrer weiteren Konkretisierung berufen. Nach der demokratischen Ausrichtung der Union (Art. 2, 9–12 EUV) fällt diese Aufgabe primär den politischen Institutionen des Rats, des Parlaments und auch der Kommission zu, nicht jedoch der Rechtsprechung.⁶⁹

Die einzige Richtungsentscheidung, die sich dem Katalog der Ziele entnehmen lässt, ist die der Gleichwertigkeit der unterschiedlichen Ziele. Das bringt bereits der Begriff der Nachhaltigkeit zum Ausdruck, der auf Abwägung widerstreitender Belange abzielt. Der nach historischem Verständnis „gemischte“ Charakter der sozialen Marktwirtschaft bestätigt diesen Befund. Diese Gleichwertigkeit ist für die weiteren Normschichten der Wirtschaftsverfassung maßgeblich. Das betrifft nicht nur die Grundfreiheiten und das Sekundärrecht, sondern auch die Wirtschafts- und Währungsunion. Konkret bedeutet dies z.B., dass die Priorisierung der Preisstabilität in Art. 127 AEUV die Ziele des Art. 3 Abs. 3 EUV wie den sozialen Fortschritt und die Nachhaltigkeit fördern muss und nicht gefährden darf.⁷⁰ Dies ist bei der Konkretisierung des Begriffs der Preisstabilität durch die EZB, mit

68 *Clemens Kaupa*, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, London: Bloomsbury 2016, 218 ff.

69 Gegen Integration durch Recht, siehe Teil V.

70 *Ulrich Häde*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 119 AEUV, Rn. 24; *Kaupa* (Fn. 68), 291 f. Zum Nachhaltigkeitsziel *Chiara Zilioli/Michael Ioannidis*, Klimawandel und das Mandat der EZB, *EuZW* 32 (2021), 1061–1071; kritisch *Sara Dietz*, Die Finanzmärkte in der Klimakrise. Zur Grünen Geldpolitik der EZB und den Maßnahmen für ein nachhaltiges Finanzsystem der Kommission, *EuR* 57 (2022), 443–459 (456 ff.) (Verteidigung des Prinzips der Marktneutralität).

dem sich nicht von vorne herein eine bestimmte Prozentzahl verbindet,⁷¹ zu berücksichtigen.

Die Offenheit der Wirtschaftsverfassung begrenzt ihre Justiziabilität. Bestimmte Ziele können nicht eingeklagt werden – es sei denn, die zuständigen Institutionen haben sie zuvor in verfassungsrechtlich relevanter Weise konkretisiert.⁷² Auch im Fall evidenter Zielverfehlung dürften die Begriffe des Art. 3 Abs. 3 UA 1 AEUV justiziabel werden,⁷³ was praktisch jedoch nie vorkommen wird. Ihre Bedeutung konzentriert sich daher auf die Interpretation des Primär- und Sekundärrechts, insbesondere kompetenzieller Vorschriften.

2. Zwischendeck des Primärrechts und der Gerichtsbarkeit

Zum primärrechtlichen Normenbestand der Wirtschaftsverfassung gehören zunächst die Art. 9 und 26 AEUV. Art. 9 AEUV ist als Querschnittsklausel eine Konkretisierung der für Union wie Mitgliedstaaten gleichermaßen geltenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zielbestimmungen,⁷⁴ die diese für die Unionspolitik fruchtbar macht. Insofern ist es folgerichtig, dass Art. 9 AEUV nur von der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus spricht, denn das Erreichen von Vollbeschäftigung ist schon rein kompetenziell jenseits des Erwartungshorizonts der Unionspolitik.⁷⁵ Ob dieses Niveau aber lediglich durch Marktmechanismen zu erreichen ist, wie es der Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Wachstum suggeriert, liegt seit der Einführung des Begriffs der sozialen Marktwirtschaft nicht mehr ohne weiteres auf der Hand. Denn zumindest in der bundesrepublikanischen Wirtschaftsgeschichte steht dieser Begriff für eine Mischung aus Wettbewerb und Intervention. Die Begriffe des sozialen Schutzes und der Bekämpfung sozialer Ausgrenzung konkretisieren ihrerseits den Begriff des sozialen Fortschritts aus Art. 3 Abs. 3 UA 1 AEUV.

71 Häde (Fn. 70), Rn. 21.

72 Dies folgt der Logik der BVerfG-Entscheidung zum Klimaschutzgesetz, BVerfGE 157, 30 – *Klimabeschluss*.

73 So bereits Georg Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), 57–III (110).

74 Vgl. oben zur Kernverfassung II.1.b.

75 Kritik an der engen Formulierung auch bei Sebastian Krebber, in: Calliess/Ruffert (Fn. 70), Art. 9 AEUV, Rn. 1 f.

Art. 26 AEUV war historisch gesehen in seiner alten Fassung als Art. 8a EWGV die Zentralbestimmung für die Einführung des Binnenmarkts.⁷⁶ Er enthält in Abs. 2 eine Legaldefinition des Binnenmarkts, die vor allem auf die negative Integration durch die Grundfreiheiten abstellt („ohne Binnen Grenzen“). Abs. 1 betont die positive Integration durch Sekundärrecht. Er hatte besondere Bedeutung für die Phase der Errichtung des Binnenmarkts vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht. Seit dessen Errichtung hat die Vorschrift an Bedeutung verloren. Man kann ihr jedoch die Notwendigkeit entnehmen, den Binnenmarkt stetig weiterzuentwickeln. Die Union kommt dem durch Binnenmarktstrategien nach, die sich in der letzten Zeit besonders auf digitale Märkte bezogen.⁷⁷

Der Begriff des Binnenmarkts ist natürlich ungenau, da die Grenzziehung zwischen öffentlicher Gewalt und Markt, zwischen Union und Mitgliedstaaten sowie seine demokratische Ausgestaltung⁷⁸ stets Gegenstand wirtschaftspolitischer Auseinandersetzungen ist. Sie stellt die Kehrseite der mittlerweile errungenen Neutralität des Binnenmarktbegriffs dar. Man sollte deshalb nicht die Offenheit des Begriffs beklagen,⁷⁹ sondern das Augenmerk auf die Mechanismen seiner Konkretisierung legen.

Primärrechtliche Bestandteile des Binnenmarkts sind jedenfalls die Grundfreiheiten und die Vorschriften gegen Wettbewerbsverzerrungen der Art. 107 ff. AEUV als primärrechtliche Säulen der negativen Integration.⁸⁰ Erstere richten sich dabei primär an die Mitgliedstaaten, Letztere an Private.⁸¹ Ihre Interpretation wirkt sich auf den Begriff des Binnenmarkts und damit Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV aus. Wie auch die Grundrechte liegt die Ausgestaltung und Weiterentwicklung der primärrechtlichen Normen in den Händen des EuGH. Das ist der dogmatischen Figur der Autonomie des Unionsrechts geschuldet.⁸² Sie ist eine Entwicklungsressource des Europarechts. Nicht wenige grundstürzende Veränderungen verdanken sich

76 *Stefan Korte*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 70), Art. 26 AEUV, Rn. 4.

77 Näher s.u. IV.1.c.

78 Zu diesen Konflikten siehe III.1.

79 So aber *Weatherill* (Fn. 54), 76.

80 Zu den Begriffen negative und positive Integration vgl. *Fritz Scharpf*, Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in: *Martin Rhodes/Yves Mény* (Hrsg.), *The Future of European Welfare. A New Social Contract?*, Basingstoke: Palgrave 1998, 157–177; *Wolfram Cremer*, Negative und positive Integration. Die Europäische Gemeinschaft als Sozial- und Bildungsunion, *EuR Beih.* 1/2007, 75–94.

81 *Terhechte* (Fn. 36), Rn. 41.

82 EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, ECIL:EU:C:1964:66 – *Costa/E.N.E.L.*

der Gerichtsbarkeit und dem strategischen Handeln ihres Personals.⁸³ Das macht die Vehemenz verständlich, mit der der EuGH die Autonomie im Außenverhältnis verteidigt, insbesondere gegenüber unmittelbar konkurrierenden europäischen Gerichten.⁸⁴ Dennoch ändert es nichts an der prekären demokratischen Legitimität einer Rechtsentwicklung durch die Gerichtsbarkeit. Insofern kann die Kernverfassung als Korrektiv wirken.

Zum wirtschaftsverfassungsrechtlichen Primärrecht gehören ferner die verschiedenen Kompetenzen zum Erlass von Rechtsvorschriften für die Verwirklichung des Binnenmarkts, allen voran die Harmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV, im weiteren Sinne auch die Vorschriften über Notmaßnahmen gemäß Art. 122 und Art. 222 AEUV sowie die Vorschrift über die wirtschaftspolitische Koordinierung gemäß Art. 121 AEUV. Spätestens an dieser Stelle zeigt sich der bereits in Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV („Preisstabilität“) angelegte enge Zusammenhang zwischen Binnenmarkt und WWU; die Grenze ist hier fließend und historisch kontingent.⁸⁵

Die Querschnittsklauseln der Art. 8 bis 13 AEUV sowie die Vorschrift über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 14 AEUV stellen schließlich weitere Konkretisierungsschritte der Wirtschaftsverfassung dar, die bei ihrer Ausgestaltung durch Sekundärrecht, oder, im Fall des Art. 14 AEUV, auch durch mitgliedstaatliches Recht, zu berücksichtigen sind.

3. Maschinenraum der Sekundärrechts- und Durchführungskompetenzen

Es ist eine offene Frage, welche sekundärrechtlichen Normen zur Wirtschaftsverfassung zu zählen sind. Die Frage lässt sich beantworten, indem man die prägende Kraft sekundärrechtlicher Normen für die Fortschreibung des Verfassungsrechts anerkennt. Zwar widerspricht dies etablierten Normenhierarchien; historisch gesehen spricht jedoch vieles dafür, die verfassungsprägende Kraft des Sekundärrechts festzustellen, nicht zuletzt nahezu die Gesamtheit der Krisenbewältigungsmaßnahmen der EU seit 2008. Verfassungsprägende Sekundärnormen sind damit solche, welche die wesentlichen Charakteristika der Wirtschaftsverfassung und insbesondere

83 S.u. III.; ferner *Tommaso Pavone*, *The Ghostwriters. Lawyers and the Politics behind the Judicial Construction of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2022.

84 EuGH, *EMRK II* (Fn. 26); Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – *Achmea*. S. dagegen *CETA* (Fn. 26), Rn. 110, mit Bezug auf Art. 2 EUV.

85 Dazu unten III.4.

ihren Standort auf den Achsen öffentliche Gewalt-Markt, Union-Mitgliedstaaten und Union-Bürger in erheblichem Ausmaß mitbestimmen.⁸⁶ Zumindest die Grundzüge der Ordnungs-, Lenkungs- und Verteilungspolitik sind demnach in der sekundärrechtlichen Penumbra der Wirtschaftsverfassung zu verankern. Systematisch lassen sich insofern die folgenden Modi sekundärrechtlicher Maßnahmen unterscheiden:

Ordnungspolitik durch Harmonisierung: In diesem für die Gestaltung des Binnenmarkts zentralen Modus der positiven Integration stehen die Angleichung der Rechtsvorschriften aufgrund von Art. 114 AEUV sowie weiterer Spezialnormen, insbesondere im Arbeits- und Wettbewerbsrecht, im Zentrum.⁸⁷ Der Interessenausgleich zwischen öffentlicher Gewalt und Bürgern, Bürgern untereinander, sowie zwischen Union und Mitgliedstaaten stellt die Kernherausforderung dieses Bereichs dar.⁸⁸ Die Unionskompetenz ist hier in der Vergangenheit begrenzt gewesen durch den Umstand, dass der Schwerpunkt nicht auf der Begrenzung eines Markts liegen darf (*Tabakwerbeverbot*).⁸⁹ Diese schon nach alter Rechtslage vom Ziel der Harmonisierung überlagerte Grenze⁹⁰ dürfte im Lichte des neuen Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV unhaltbar sein.

Ordnungspolitik durch Liberalisierung von Märkten: Neben der Harmonisierung bestehender Märkte bildet die Eröffnung und Gestaltung neuer Märkte einen Hauptanwendungsfall von verfassungsrelevantem Sekundärrecht. Da es hier meist um die Privatisierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Art. 106 Abs. 2 AEUV) oder Energie (Art. 194 AEUV) geht, wirken sich Liberalisierungen in signifikanter Weise auf das Verhältnis zwischen Markt und Staat an, was auf abstrakter Ebene für die Erwartungen an den Staat an sich und damit auch für weitere Dienstleistungen von Bedeutung sein kann. Liberalisierungen gehen in der Regel mit Maßnahmen der Harmonisierung bzw. Regulierung einher. Es soll jedoch nicht vergessen werden, dass die Union und ihre Vorläufer auch schon Märkte geschlossen und Produktionsverhältnisse verstaatlicht haben, vgl. die Montanunion. Diese Trends unterliegen erheblichen Schwankungen im Gleichklang mit wirtschaftsverfassungsrechtlichen Paradigmenwechseln.

86 Zu diesen Achsen sogleich III.1.

87 Müller-Graff (Fn. 41), Rn. 1 ff.

88 Vgl. unten III.2.b.

89 EuGH, Urteil v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, Rn 108 ff. – *Tabakwerbeverbot I*.

90 EuGH, Urteil v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, ECLI:EU:C:2006:772 – *Tabakwerbeverbot II*.

Makroökonomische Ordnungspolitik: Jenseits der Regulierung von Märkten sieht die WWU die Koordinierung der mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitik vor (Art. 121 AEUV). Dies sollte das Anwendungsfeld der im Bereich der WWU mittlerweile in den Hintergrund geratenen Offenen Methode der Koordinierung sein.⁹¹ Das hat damit zu tun, dass makroökonomische Fragen durch die Finanzkrise auf die erste Ebene der Tagespolitik gehoben wurden und sich hier gestützt auf Art. 114, 122 Abs. 1 und 2, 126 Abs. 14, 127 Abs. 1 und 6 und 136 Abs. 3 AEUV sowie Art. 311 Abs. 2 AEUV neue Handlungsmöglichkeiten für den Verbund von Union und Mitgliedstaaten ergeben haben. Hier stellt sich die Frage, ob die bisher punktuellen fiskalischen Kompetenzen, etwa in Bezug auf Regional- und Strukturfonds oder die Europäische Investitionsbank, zu einer umfassenderen Transferunion erstarkt sind.

Verteilungspolitik stellt dagegen bisher weitgehend eine Leerstelle auf Ebene der Union dar. Soziale Gleichheit soll nach der uneingeschränkten Wachstumsprämisse der Wirtschaftsverfassung bis zum Vertrag von Lissabon auf Unionsebene durch Wachstum erreicht werden.⁹² Korrigierende Maßnahmen der Umverteilung durch das Steuersystem und Fragen der sozialen Absicherung fallen dagegen weitgehend in die Kompetenz der Mitgliedstaaten und ihren sozialpolitischen Gestaltungsspielraum, mit der begrenzten Ausnahme des europäischen Sozialfonds. Wegen des engen Zusammenhangs zwischen Sozialpolitik und Demokratie war die Zurückhaltung der europäischen Ebene in der Gründungsphase durchaus sinnvoll, als von einer politischen Union noch keine Rede sein konnte. So begrenzte sich die EWG auf eine Koordination der nationalen Sozialversicherungssysteme und den Schutz vor Diskriminierung. Durch die Entwicklung hin zu einer politischen Union einschließlich der durch die Unionsbürgerschaft bewirkten Ausweitung der Freizügigkeit (Rs. *Ruiz Zambrano*) geriet diese begrenzte Verteilungspolitik jedoch unter Druck.⁹³ Die Rechtsprechung stellte den Gleichlauf von politischer und sozioökonomischer Integration

91 Instruktiv zum Zustand der Offenen Methode der Koordinierung: Vivien Gain, *Informality as a Resource. A Systems-theoretical Take on the Open Method of Coordination in Education*, Eur. Educ. Res. J. OnlineFirst, 17.4.2023.

92 Florian Rödl, *Zu Begriff und Perspektiven demokratischer und sozialer Union*, EuR Beih. 1/2013, 180–206, passim.

93 EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 – *Ruiz Zambrano*; einschränkende Auslegung der Unionsbürgerschaft wiederum Urteil v. 5.5.2011, Rs. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 – *McCarthy*.

in Frage, indem sie die Solidarität begrenzte (Rs. *Dano*).⁹⁴ Ähnlich verhält es sich mit der immer stärkeren Steuerung des sozialpolitischen Gestaltungsspielraums durch die EU im Zuge der Einführung des Europäischen Semesters.⁹⁵ Auch hier hinkt die ökonomische Solidarität der politischen Integration hinterher. Erst das Programm *NextGenerationEU* hat hier im Wege des Sekundärrechts das Instrumentarium der Union entscheidend erweitert. Dies hat prompt Zweifel an der Vereinbarkeit des Programms oder gar einer möglichen künftigen Verstetigung hervorgerufen.⁹⁶ Sofern man das Programm einer Kernverfassung ernst nimmt, könnte man in *NextGenerationEU* jedoch eine von Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV gedeckte, wenn nicht gar geforderte Korrektur der Ungleichgewichte zwischen Freiheit und Solidarität im weiteren Primärrecht sehen.⁹⁷

III. Theorie und Geschichte der Wirtschaftsverfassung

1. Grundlegende Konflikte

Der Begriff der Wirtschaftsverfassung ist umstritten. Eine Annäherung ist nicht möglich ohne Positionierung in einem Koordinatensystem verschiedener politökonomischer Konflikte. Das wurde bereits in der Geburtsstunde des Begriffs in der Zwischenkriegszeit sichtbar.⁹⁸ In Bezug auf die Europäische Union lassen sich die maßgeblichen Konflikte auf den folgenden drei Achsen darstellen. Sie bilden die wesentlichen Parameter zur Identifikation der in den nächsten Abschnitten in theoretischer wie dogmatischer Hinsicht erörterten Paradigmenwechsel der europäischen Wirtschaftsverfassung.

94 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – *Dano*.

95 Vgl. *Francesco Costamagna*, National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU. A Critical Legal Appraisal, *ELJ* 24 (2018), 163–190.

96 BVerfGE 154, 17; *Päivi Leino-Sandberg/Matthias Ruffert*, Next Generation EU and its Constitutional Ramifications. A Critical Assessment, *CML Rev.* 59 (2022), 433–472; *Martin Nettesheim*, § 2 Next Generation EU. The Transformation of the EU Financial Constitution, in: Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), *HFSt Bd. 16. Solid Financing of the EU*, Berlin: Lehmanns 2021, 9–55.

97 *Matthias Goldmann*, Langfristige Bindungen. Zum Urteil des BVerfG vom 6.12.2022 – *NextGenEU*, *NVwZ* 42 (2023), 791–798; *Anuscheh Farahat*, Transferunion. Solidarität in der Haushalts- und Währungspolitik (Manuskript, Vortrag bei der Jahrestagung 2022 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Gesprächskreis Europäisches Verfassungsrecht); siehe dazu unten Teil V.

98 Siehe Teil I.

a) Achse öffentliche Gewalt-Markt: Wieviel Solidarität?

Eine der prägenden Konfliktlinien der Wirtschaftsverfassung ist die Abgrenzung zwischen öffentlicher Gewalt und Markt bzw. Solidarität und Freiheit oder kollektiver und individueller Selbstbestimmung. Zwischen beiden Polen besteht nicht notwendigerweise ein Gegensatz; vielmehr ist es in einer auf Autoren wie *Rousseau* oder *Hegel* gestützten Tradition weithin anerkannt, dass Freiheit nur im Rahmen von Solidarität bestehen kann, dass nur die in Solidarität eingerahmte Freiheit wirkliche Freiheit ist.⁹⁹ Doch die erwünschte Verbindung von Freiheit und Solidarität entlastet nicht von der Schwierigkeit, die Grenze zu ziehen.

Diese Grenze hängt von der der öffentlichen Gewalt zugeschriebenen Rolle ab. In der politischen Theorie, mehr noch in der politischen Ökonomie, ist diese Frage seit jeher hochumstritten; simplifizierende Antworten verbieten sich. Schematisch lassen sich wettbewerbsorientierte von stärker interventionistischen Auffassungen unterscheiden; doch die jüngere Volkswirtschaft ist eher von Synthesen zwischen *Keynes* und Neoklassik geprägt als zwischen strikten Gegensätzen.¹⁰⁰ Hilfreich für die Analyse der EU ist die Typologie von *Warlouzet*, der soziale (Ausgleich der Marktfolgen durch Umverteilung) von neo-merkantilistischen (Stärkung von Wachstum und Beschäftigung durch Protektionismus) und neoliberalen (Wachstum durch Liberalisierung und Wettbewerb) Ansätzen unterscheidet¹⁰¹. Die politische Wirkmächtigkeit von eher wettbewerbsorientierten bzw. eher interventionistischen Auffassungen variiert mit den Paradigmen der Wirtschaftsverfassung gemäß den Zyklen der kapitalistischen Moderne;¹⁰² die Annäherung von Konjunkturzyklen innerhalb der Union homogenisiert diese Prozesse.¹⁰³

99 Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, 222 f., betrachtet daher die „soziale Freiheit“ als die wirkliche Freiheit.

100 Bo Sandelin/Hans-Michael Trautwein, *A Short History of Economic Thought*, 3. Aufl., London: Routledge 2014, 102 ff.

101 Laurent Warlouzet, *Governing Europe in a Globalizing World. Neoliberalism and its Alternatives Following the 1973 Oil Crisis*, London: Routledge 2017, 25 ff.

102 Zum Wechsel zwischen apertistischen und kontrahierenden Perioden Reckwitz (Fn. 11) 249; siehe oben Teil I.

103 Stavros Degiannakis/David Duffy/George Filis, *Business Cycle Synchronization in EU. A Time-Varying Approach*, Scott. J. Polit. Econ. 61 (2014), 348–370; die Finanzkrise hat dies jedoch beeinträchtigt.

Dennoch bestehen gewichtige Unterschiede in der wirtschaftlichen Struktur der Mitgliedstaaten, die sich in unterschiedlichen Präferenzen im Hinblick auf die Achse öffentliche Gewalt-Markt niederschlagen. Das resultiert aus Unterschieden im Gewicht der Sektoren,¹⁰⁴ in der Energiegewinnung,¹⁰⁵ im Verhältnis von Binnennachfrage zu Exportwirtschaft und, trotz gewisser Tendenzen zur Angleichung, in der Struktur der Intermediäre (Sozialpartner, Sozialversicherungen, Finanzsektor).¹⁰⁶ Diese Unterschiede bestimmen in vielfältiger Weise die Notwendigkeit und den Nutzen von staatlichen Interventionen im Markt.¹⁰⁷

Die Wirtschaftsordnung steht im 21. Jahrhundert vor bahnbrechenden Umwälzungen, die das Verhältnis von öffentlicher Gewalt zum Markt auf eine harte Probe stellen. Spätestens die Klimakrise stellt die seit dem 19. Jahrhundert prävalente Strategie in Frage, den Ausgleich zwischen Freiheit und Solidarität durch Wirtschaftswachstum zu bewerkstelligen.¹⁰⁸ Die CO₂-Bilanz der EU beziffert die Grenzen des möglichen Wachstums; das Versprechen nachhaltigen Wachstums harrt in der Realität einstweilen seiner Einlösung.¹⁰⁹ Als ob das nicht genug wäre, setzt die Digitalisierung das Solidaritätsversprechen zusätzlich unter Druck, indem sie ökonomische

104 Vgl. Eurostat, Industrial Production Statistics, Juli 2023, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Industrial_production_statistics – Overview.

105 Europäische Kommission, Study on energy subsidies and other government interventions in the European Union – Final report – 2022 edition, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2833/304199>.

106 Vgl. Peter Jansen/Otmar Seul (Hrsg.), Das erweiterte Europa. Arbeitnehmerbeteiligung an der Entscheidungsfindung im Unternehmen, Bern: Peter Lang 2009; Kathleen Thelen, Varieties of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity, Cambridge: Cambridge University Press 2014; Susanne Pernicka/Julia Hofmann, Ein soziales Europa? Möglichkeiten und Grenzen transnationaler Solidarität von Gewerkschaften, in: Marianne Kneuer/Carlo Masala (Hrsg.), Solidarität. Politikwissenschaftliche Zugänge zu einem vielschichtigen Begriff, Baden-Baden: Nomos 2015, 134–163; Chiara Benassi/Virginia Doellgast/Katja Sarmiento-Mirwaldt, Institutions and Inequality in Liberalizing Markets. Explaining Different Trajectories of Institutional Change in Social Europe, PAS 44 (2016), 117–142.

107 Im Hinblick auf die geldpolitischen Präferenzen, wenngleich eher holzschnittartig: Markus K. Brunnermeier/Harold James/Jean-Pierre Landau, The Euro and the Battle of Ideas, Princeton; Oxford: Princeton University Press 2016.

108 Im Grunde ist die Erkenntnis nicht neu. Vgl. Polanyi (Fn. 40), 71 ff.

109 So bereits der Club of Rome 1970; vgl. Jason Hickel/Giorgos Kallis, Is Green Growth Possible?, New Polit. Econ. 25 (2020), 469–486.

Hierarchien verschärft.¹¹⁰ Gleichzeitig zwingen geopolitische Umwälzungen infolge des Bedeutungsverlusts der nordatlantischen Hemisphäre zu einer Revision der Prinzipien, nach denen sich die EU gegenüber anderen Jurisdiktionen öffnet.¹¹¹ Schließlich führen alle diese Faktoren – Klima, Digitalisierung und Geopolitik – zu einer Wiederkehr von Industriepolitik,¹¹² der auch die EU sich mittlerweile nicht mehr entziehen kann.¹¹³

Viele dieser Konfliktlinien bleiben der Rechtsprechung überlassen. Sie versucht, sie mit dem dogmatischen Instrumentarium der Grundfreiheiten und Grundrechte, Kompetenzen sowie Rechtsstaatlichkeit (Autonomie des Unionsrechts) zu bewältigen. Anders als in der Phase der Liberalisierung zwischen Mitte der 1970er und der globalen Finanzkrise¹¹⁴ eignet sich die überwiegend negative, kassatorische Kompetenz von Gerichten augenscheinlich weniger für Herausforderungen, die politisches und finanzielles Engagement der Träger öffentlicher Gewalt erfordern. Doch die Sicherung von Grundrechten in Zukunft kann bereits heute ein Recht auf vorausschauende Gegenmaßnahmen seitens der Träger öffentlicher Gewalt gewähren.¹¹⁵

Die Verschiebungen auf dieser Achse erfolgen inkrementell und erschließen sich durch eine induktive Analyse, die Teil IV. leistet.

b) Achse Union-Mitgliedstaaten: Wer leistet die Solidarität im Verbund?

Eine Besonderheit der europäischen Wirtschaftsverfassung stellt das Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen des Verbunds von Union und Mitgliedstaaten dar, die sich die Aufgabe teilen, Freiheit und Solidarität zu sichern. Die Herausforderung durch den Verbund ist nichts weniger

110 Eindrücklich dazu *Oliver Nachtwey*, Die Abstiegs-gesellschaft. Über das Aufbegehren in der regressiven Moderne, Berlin: Suhrkamp 2016; *Andreas Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, Berlin: Suhrkamp 2018, III ff.

111 S.u. IV.1.c.

112 *Robert H. Wade*, Return of Industrial Policy?, *Int'l Rev. Appl. Econ.* 26 (2012), 223–239; *Ian Bremmer*, The Return of State Capitalism, *Survival* 50 (2008), 55–64.

113 Europäische Kommission, Eine neue Industriestrategie für Europa, COM(2020) 102 final.

114 Dazu sogleich Teil III.

115 Hoge Raad der Nederlanden, Urteil v. 20.12.2019, Zaaknummer 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006 – *Urgenda*; BVerfGE 157, 30 – *Klimabeschluss*; dagegen jedoch EuGH, Urteil v. 25.3.2021, Rs. C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252 – *People's Climate Case*.

als die Frage, wieviel Solidarität die Union zwischen den Mitgliedstaaten und Unionsbürgern stiften soll bzw. die Mitgliedstaaten im Wege gegenseitigen Beistands einander leisten sollen.¹¹⁶ Durch den Verbund gewinnt diese Frage an Komplexität. Jede Änderung auf der Achse öffentliche Gewalt-Markt wirft Fragen für die Achse Union-Mitgliedstaaten auf und muss entsprechend austariert werden; genauso können Änderungen auf der Achse Union-Mitgliedstaaten aber auch zu einer Verschiebung der Kräfte zwischen öffentlicher Gewalt und Markt führen. So stehen im Hintergrund der hochumstrittenen Frage nach dem Vorrang des Unionsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht stets auch Fragen nach der Abgrenzung zwischen öffentlicher Gewalt und Markt.¹¹⁷ So wäre es verkürzt, die *Solange*- und *Maastricht*-Rechtsprechung nur als rote Linien zu verstehen, die ein mitgliedstaatliches Gericht der Union im Namen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie aufbürdete; sie setzten auch stets der über die Union vermittelten Solidarität Grenzen.¹¹⁸ Konflikte in den Bereichen Migration und Rechtsstaatlichkeit kann man umgekehrt kaum ohne Blick auf die Grenzen der wirtschaftlichen Solidarität unter den Mitgliedstaaten verstehen.¹¹⁹

Die Verbundfrage gewinnt an Schärfe, seitdem sich das parteipolitische Spektrum und damit die Bandbreite der auf mitgliedstaatlicher Ebene vertretenen Auffassungen durch nationalistische Kräfte erweitert hat, die sich die Entsolidarisierung auf Unionsebene auf die Fahne geschrieben haben. Im Fall südlicher und östlicher Mitgliedstaaten mag die Enttäuschung über die von reichen Mitgliedstaaten eingezogenen Solidaritätsgrenzen hierbei eine Rolle gespielt haben.¹²⁰ Diese Rahmenbedingungen machen Änderungen der europäischen Wirtschaftsverfassung extrem schwierig und ohne massiven äußeren Druck (Finanz- und Eurokrise) kaum denkbar, es sei denn durch die Rechtsprechung des EuGH.

116 Zur Unterscheidung dieser Dimensionen: *Sangiovanni* (Fn. 5).

117 Zu den Vorrangfragen vgl. *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.3.

118 *Anuscheh Farahat*, Transnationale Solidaritätskonflikte. Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung in der Eurokrise, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 25 ff.

119 Instruktiv *Jürgen Bast*, Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht, in: Michèle Knodt/Anne Tews (Hrsg.), *Solidarität in der EU*, Baden-Baden: Nomos 2014, 143–161 (156 ff.).

120 *Tomasz Tadeusz Konciewicz*, The Polish 1989 Weimar Moment as a Moment, Process, and Space in Between, in: Agustín José Menéndez/Matthias Goldmann (Hrsg.), *Weimar Moments*, im Erscheinen.

Die Achse Union-Mitgliedstaaten findet ihre Verlängerung in der Frage der internationalen Öffnung des Gemeinsamen Markts.¹²¹ Offene Grenzen, ob für Waren oder Personen, stellen eine Herausforderung für Sozialstaatlichkeit dar, der durch internationale Absicherung begegnet werden kann.¹²² Die europäische Wirtschaftsverfassung in ihrer ursprünglichen Gestalt war dem Ziel der Friedenssicherung verpflichtet. Daraus ergaben sich Grenzen der wirtschaftlichen Integration, insbesondere während der Etablierung des Gemeinsamen Markts bis 1970. Insofern unterschied sich die EWG nur graduell von der internationalen Wirtschaftsverfassung dieser Zeit und war mit ihm durch das auch innergemeinschaftlich wirkende System von Bretton Woods eng verwoben. Lediglich Elemente wie die Vergemeinschaftung bestimmter Schlüsselindustrien sowie die Einrichtung einer Wettbewerbsordnung gingen darüber hinaus.¹²³ Erst die folgende Rechtsentwicklung im Zuge der Liberalisierung der 1970er-Jahre akzentuierte den Unterschied zwischen europäischer und internationaler Wirtschaftsverfassung.¹²⁴ Diese Differenz verschärft sich weiterhin, wenngleich dafür mittlerweile geopolitische Gründe verantwortlich sind.

Die dogmatischen Institute, die die Abgrenzung zwischen den Sphären von Union und Mitgliedstaaten, aber auch dem Völkerrecht treffen und damit direkt oder indirekt auch das Verhältnis zwischen öffentlicher Gewalt und Markt ziehen, sind Gegenstand von Teil IV.

c) Achse Union-Bürger: Wie wird die Solidarität demokratisch legitimiert?

Änderungen auf den vorgenannten Achsen stellen in aller Regel eine Herausforderung für die demokratische Legitimität der Wirtschaftsverfassung dar und berühren damit Kernfragen der politischen Verfassung. Einfache arithmetische Sichtweisen verbieten sich; sowohl ein Gewinn an wirtschaftlicher Freiheit (für einige) als auch eine Rückkehr zur Staatlichkeit kann sich unter bestimmten Umständen als Verlust an Demokratie bzw.

121 S.u. II.4.a) und IV.3.

122 *Agustín J. Menéndez/Matthias Goldmann*, Weimar Moments. Transformations of the Democratic, Social, and Open State of Law, MPIL Research Paper No. 2022–12.

123 Vgl. *Robert Schütze*, From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law, Oxford: Oxford University Press 2017, 97 ff.

124 S.u. IV.2.

autoritäre Tendenz entpuppen.¹²⁵ Die vorgenannten Konfliktlinien sind dafür verantwortlich, dass die Wirtschaftsverfassung von Minimalkompromissen lebt, bei denen wirtschaftliche Integration häufig nicht mit größerer Demokratisierung einhergeht.¹²⁶ Die Verbindung von signifikanten Integrationsfortschritten mit spürbarer Demokratisierung könnte letztmals mit der Einheitlichen Europäischen Akte gelungen sein. Umgekehrt kann sozioökonomische Integration aber auch die Verfahren der politischen Legitimation stärken, deren Funktionieren von einer integrierten Bevölkerung abhängt. Insofern ist bedauerlich, dass der Vertrag von Lissabon trotz aller rhetorischer oder tatsächlicher Fortschritte in der Demokratisierung der Union die Wirtschafts- und Währungsunion mit ihrem Potenzial zur gesellschaftlichen Spaltung nicht antastete.

Teil V. wird die demokratischen Herausforderungen der Wirtschaftsverfassung im Lichte von Art. 2 EUV bewerten.

Aus der spezifischen Position der Wirtschaftsverfassung auf diesen drei Achsen zu einem bestimmten Zeitpunkt speisen sich die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Paradigmen. Die wichtigsten Paradigmen der europäischen Wirtschaftsverfassung skizziert der folgende Abriss im Hinblick auf ihre politökonomischen Grundlagen in chronologischer Reihenfolge. Maßgebend für ihren Wechsel sind die aus der Dynamik kapitalistischer Produktionsweise folgenden Zyklen der Öffnung und Schließung.¹²⁷ Seit der „ersten großen Konvergenz“, der von einer Transport- und Kommunikationsrevolution getriebenen Globalisierung ab ca. 1820, verlaufen diese Zyklen in den Industrieländern in hohem Maße parallel.¹²⁸

2. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus

Nach den Katastrophen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts galt der den Nationalismus begünstigende staatszentrierte Liberalismus des 19. Jahrhunderts in weiten Kreisen als Grundursache, die es für die Nachkriegskonstel-

125 Vgl. *Alexander Somek*, The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement, *ELJ* 16 (2010), 315–344.

126 Beispielhaft dafür ist die Euro-Krise, vgl. *Habermas* (Fn. 6); *Dawson/de Witte* (Fn. 16); allgemein *Erik Jones/R. Daniel Kelemen/Sophie Meunier*, Failing Forward? Crises and Patterns of European Integration, *Journal of European Public Policy* 28 (2021) 1519–1536.

127 *Reckwitz* (Fn. 11) 249.

128 *Richard Baldwin*, The Great Convergence. Information Technology and the New Globalization, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018.

lation auszuschalten galt. Das bedeutete für die Achse öffentliche Gewalt-Markt eine Verschiebung in Richtung staatlicher Strukturen.¹²⁹ Auch die internationalen Wirtschaftsbeziehungen waren entsprechend einzuhegen, dass sich daraus keine schädliche Dynamik entfalte wie die protektionistischen Wettläufe und Abwertungsorgien der vergangenen Jahrzehnte.¹³⁰ Der Staat und internationale Organisationen nutzten ihre gestärkte Stellung für eine technokratische Planung und Steuerung der Wirtschaft über die neu entdeckten makroökonomischen Instrumente,¹³¹ die z.B. in den in die Philips-Kurve gesetzten Hoffnungen sinnbildlichen Ausdruck fanden.

Die europäische Wirtschaftsverfassung setzte in diesem Kontext durchaus wie dargestellt liberale Akzente, vor allem durch Einführung des Gemeinsamen Markts und Etablierung einer Wettbewerbspolitik. Dies entsprang nicht zuletzt dem Bedürfnis, den mit dem Schrumpfen europäischer Imperien einhergehenden Verlust von Rohstoff- und Absatzmärkten durch eine föderal organisierte innereuropäische Marktliberalisierung zu kompensieren.¹³² Der Kontext des eingehegten Nachkriegsliberalismus ließ jedoch die Entstehung eines ordoliberalen Musterprojekts nicht zu.¹³³ Deutsche Ordoliberale wie *Hans von der Groeben*, der maßgebliche Redakteur des *Spaak-Berichts*,¹³⁴ oder *Alfred Müller-Armack* mussten sich in der Gründungsperiode einerseits mit interventionistischen und planungsaffinen Vorstellungen aus Frankreich arrangieren,¹³⁵ andererseits mit der

129 John Maynard Keynes, *The End of Laissez-Faire*, London: L. & Virginia Woolf 1927; John Gerard Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change. Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, IO 36 (1982), 379–415.

130 David Mitrany, *A Working Peace System*, London: Royal Institute of International Affairs 1943.

131 Vgl. Eugene Victor Rostow, *Planning for Freedom. The Public Law of American Capitalism*, New Haven: Yale University Press 1959; Jens Steffek, *Max Weber, Modernity and the Project of International Organization*, CRIA 29 (2016), 1502–1519.

132 Signe Rehling Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2021, 8, 66 ff.; Hèctor López Bofill, *Nostalgic Empires. The Crisis of the European Union Related to Its Original Sins*, Lanham: Lexington Books 2023, 16 ff.; s.o. II.1.a.

133 Klaus Tuori, *The European Central Bank and the European Macroeconomic Constitution. From Ensuring Stability to Fighting Crises*, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 26; Nachweise bei Claire Mongouachon, *Discussion: Les difficultés d’une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l’Union européenne*, in: Grégoire/Miny (Fn. 1), 344–379.

134 Mongouachon (Fn. 133).

135 Laurent Warloutzet, *The EEC/EU as an Evolving Compromise between French Dirigism and German Ordoliberalism (1957–1995)*, JCMS 57 (2019), 77–93.

auf politische Stabilität ausgerichteten Politik von *Adenauer*.¹³⁶ Schon der Begriff der sozialen Marktwirtschaft trug ja Kompromisscharakter.¹³⁷ Auch darf man sich den Ordoliberalismus nicht als homogenes Projekt vorstellen.¹³⁸ Die Liberalisierung internationaler Märkte war jedenfalls in der Nachkriegszeit kein Herzensprojekt ordoliberaler Vorschläge, deren Fokus seit jeher dem Staat galt,¹³⁹ auch wenn sich das in den folgenden Jahrzehnten ändern sollte.¹⁴⁰

All diese Einflüsse spiegeln sich in der Wirtschaftsverfassung der Anfangsphase. Zwar etablierte die EWG einen gemeinsamen Markt; nicht alle Grundfreiheiten sahen sich jedoch von Anfang an in gleichem Umfang verwirklicht. Das gilt insbesondere für die unter Funktionalitätsvorbehalt stehende und daher weitgehend Theorie bleibende Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁴¹ Planerische Ansätze überwogen im Bereich der wichtigen Agrarpolitik sowie in der Montanunion, die auch vor nachkriegstypischen Preiskontrollen nicht zurückschreckte.¹⁴² Ohnehin beruhte die europäische Integration auf nationalen Systemen der sozialen Sicherung, die von den Wachstumsimpulsen des Gemeinsamen Markts profitieren sollten.¹⁴³

136 *Mongouachon* (Fn. 133); *Laurent Warloutzet*, Competitiveness and Solidarity in the History of the European Union, 1957–2017, in: Paolo Chiocchetti/Frédéric Allemand (Hrsg.), *Competitiveness and Solidarity in the European Union*, London: Routledge 2018, 54–72 (56); *Franz-Ulrich Willeke*, Die europäische Integration aus ordoliberalen Sicht, *Heidelberger Jahrbücher* 38 (1994), 227–240; dementsprechend geriet *Adenauer* auch in Konflikt mit der Bank deutscher Länder/Bundesbank, siehe dazu *Simon Mee*, *Central Bank Independence and the Legacy of the German Past*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

137 Zumindest ab dem Godesberger Programm der SPD von 1957 vereint der Begriff divergierende Positionen wie die von *Wolfgang Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *Wolfgang Abendroth*, *Gesammelte Schriften* Bd. 2 (1949–1955), 2008 (1954), 338–357, und *Alfred Müller-Armack*, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, München: Kastell 1990 (1946). Das grundlegende Urteil BVerfGE 4, 7 zur Investitionshilfe erging schon 1954; deshalb fand der Begriff dort keine Zustimmung.

138 Dazu z.B. *Mongouachon* (Fn. 133).

139 *Kjær* (Fn. 12); *Brigitte Young*, German Ordoliberalism as Agenda Setter for the Euro Crisis. Myth Trumps Reality, *JCES* 22 (2014), 276–287.

140 Dazu *Quinn Slobodian*, *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018, 182 ff.

141 Vgl. *Julia Lübke*, § 5 Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, in: *Peter-Christian Müller-Graff* (Fn. 21), 307–406, Rn. 2 ff.

142 *Richard L. Gordon*, Coal Price Regulation in the European Community, 1946–1961, *J. Ind. Econ.* 11 (1962), 188–203.

143 *Rödl* (Fn. 92).

Damit bestand bereits in der Gründungsphase dem Modell des eingebetteten Liberalismus entsprechend durchaus ein erhebliches Maß an Solidarität innerhalb der europäischen Institutionen; sie waren weit von einer marktradikalen Position entfernt. Eine politische Union jedoch lag in weiter Ferne. Die politische Integration übernahm in dieser Phase in gewisser Weise der Begriff der Rechtsgemeinschaft.¹⁴⁴ Er stellte eine direkte Übernahme des *ius publicum europaeum* dar bzw. des europäischen Völkerrechts samt seines kolonialen Gepäcks. Rechtsgemeinschaft als Verfassungsresiduum ist keineswegs wertneutral;¹⁴⁵ vielmehr bildete der Begriff die Grundlage europäischer Solidarität. Damit verband sich jedoch ein technokratischer Ansatz, in dem die Mitgliedstaaten als Träger dieser Solidarität das Heft in der Hand behielten. Gleichzeitig ermächtigte er jedoch auch die Justiz, die bald eine Schlüsselrolle bei der Überwindung des eingebetteten Liberalismus spielen sollte.¹⁴⁶

3. Liberalisierender Konstitutionalismus

Die tiefe Krise der Industriestaaten während der 1970er und 1980er zeichnet für den Übergang vom eingebetteten Liberalismus zu der als Neoliberalismus bekannten apertistischen Periode verantwortlich.¹⁴⁷ Grundsätzlich war nicht etwa der Vietnamkrieg oder die Ölkrise; die Krise betraf vielmehr die Grundlagen der Produktionsverhältnisse. Durch das Wirtschaftswachstum der Nachkriegsjahre war eine Saturierung mit Industriegütern zur Befriedigung der Grundbedürfnisse eingetreten; außerdem wirkte sich die Konkurrenz durch Ostasien dämpfend auf das europäische Wachstum aus.¹⁴⁸ Da die dekolonisierten Staaten keine signifikante Erweiterung der Märkte erhoffen ließen, war weiteres Wachstum nur durch raffiniertere Produkte mit höherem Dienstleistungsanteil möglich.¹⁴⁹ Waren und Dienst-

144 Walter Hallstein, Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft (1962), in: Thomas Oppermann (Hrsg.), Walter Hallstein. Europäische Reden, Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 1979, 341–348; dazu von Bogdandy (Fn. 13), 52 ff.; Frank Schorkopf, Die unentschiedene Macht. Verfassungsgeschichte der Europäischen Union, 1948–2007, Vandenhoeck & Ruprecht 2023, 191 ff.

145 Zu den Ursprüngen der Wertverfassung Schorkopf (Fn. 24).

146 Vgl. sogleich und Teil IV.

147 Weatherill (Fn. 54), 16.

148 Warlouzet, Governing Europe (Fn. 101), 1 f.; Kiran Klaus Patel, Europäische Integration. Geschichte und Gegenwart, München: C.H. Beck 2022, 40.

149 Daniel Bell, The Coming of Post-Industrial Society, New York: Basic Books 1973.

leistungen werden dadurch zu Trägern von Werten. Diese Entwicklung beschleunigte sich ab den 1980ern nochmals durch die als Globalisierung bekannt gewordene Transport- und Kommunikationsrevolution.¹⁵⁰

Soziologisch gesehen war damit das Ende der Industriegesellschaft eingeläutet. Eine auf standardisierte Abläufe und ebensolche Lebensläufe ausgerichtete Produktionsweise verlor ihre wirtschaftliche Bedeutung; die Schöpfung des Mehrwerts verlagerte sich auf die Ebene der kreativen Prozesse in den Dienstleistungsberufen.¹⁵¹ Daraus entstand eine massive Herausforderung für gesellschaftliche Solidarität. Die Veränderung der Produktionsweise begünstigte durch die Betonung individueller Interessen die Ökonomisierung vieler Lebensbereiche.¹⁵² Solidarität, die in der korporatistischen Industriegesellschaft durch Massenvereinigungen organisiert wurde,¹⁵³ ist seitdem schwerer zu bekommen.¹⁵⁴

Diese Rekalibrierung der Produktionsweise konnte nicht ohne Auswirkung auf die europäische Wirtschaftsverfassung bleiben. Sie erlebte seit den 1970ern einen veritablen Liberalisierungsschub, der keineswegs unausweichlich, sondern politisch gewollt war.¹⁵⁵ Man erwartete sich davon signifikante Wachstumsgewinne.¹⁵⁶ Das fing damit an, dass die Gemeinschaft ein neues, eigenmittelgestütztes Finanzierungssystem erhielt und der Europäische Rat sich nunmehr regelmäßig traf, was die Bedeutung und Autonomie der Union verbesserte.¹⁵⁷ Auf dieser Grundlage entfaltete der Gerichtshof durch ein neues Verständnis der Grundfreiheiten und des Kartellverbots eine präzedenzlose Dynamik im Bereich der negativen

150 Baldwin (Fn. 128), 79 ff.

151 Reckwitz (Fn. 110), 181 ff.

152 Grundlegend: Gary Becker, Crime and Punishment. An Economic Approach, in: Gary Becker/William M. Landes (Hrsg.), Essays in the Economics of Crime and Punishment, New York: Columbia University Press 1974, 1–54; Gary Becker, The Economic Way of Looking at Behavior. The Nobel Lecture, Stanford, CA: Hoover Institution on War, Revolution, and Peace 1996. Überschätzt dagegen wird oft der Einfluss von Hayeks, dessen epistemischer Skeptizismus dem Utilitarismus von Law and Economics diametral widerspricht, vgl. Friedrich August von Hayek, Law, Legislation and Liberty. Rules and Order. Vol. I, London: Routledge 1973, 8 ff.

153 Poul F. Kjær, From the Crisis of Corporatism to the Crisis of Governance, in: Poul F. Kjær/Niklas Olsen (Hrsg.), Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro, London, New York: Rowman & Littlefield International 2016, 125–139.

154 Reckwitz (Fn. 110), 376 ff.

155 Warloutzet, Governing Europe (Fn. 101), 2.

156 Kaupa (Fn. 68), 97.

157 Patel (Fn. 148), 38 ff.

Integration.¹⁵⁸ Gleichzeitig setzte die positive Integration schrittweise zu einem Höhenflug an, zunächst durch die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, sodann durch die Einheitliche Europäische Akte und schließlich durch den Vertrag von Maastricht. Letzterer setzte für die Staatsfinanzen einen radikalen Marktansatz durch,¹⁵⁹ der für private Akteure mit dem „*more economic approach*“ im Wettbewerbsrecht seine Spiegelung fand.¹⁶⁰ Diese Dominanz des Marktprinzips war nur möglich, weil das Marktprinzip dabei diffus blieb und sowohl für die Zurückdrängung mitgliedstaatlicher Regulierung und Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen als auch für die Rechtfertigung unionaler Regulierung bei der Einrichtung von Märkten herhalten konnte.¹⁶¹ Nur der Aufbau eines sozialen Europas blieb trotz ambitionierter Vorschläge der *Brandt*-Regierung aus.¹⁶² Zwar sah die Einheitliche Europäische Akte in Art. 100a EGV ein hohes Schutzniveau vor und führte Mehrheitsentscheidungen in den Bereichen Arbeitsschutz, sozialer Dialog sowie wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt ein. Die Beschäftigungspolitik der Union blieb jedoch bis zum Vertrag von Amsterdam auf die Methode der offenen Koordinierung der mitgliedstaatlichen Politiken beschränkt – die in den 1990ern meist markt-basierte Ansätze verfolgten.¹⁶³ Heute erlauben die Art. 145 ff. und 151 AEUV Unterstützungs-, Ergänzungs- und Koordinierungsmaßnahmen.

Insgesamt ist die Veränderung auf der Achse öffentliche Gewalt-Markt damit nicht einheitlich. Was die Grundfreiheiten im Wege negativer Integration dank der Rechtsprechung des Gerichtshofs den Mitgliedstaaten an Spielraum gewährten,¹⁶⁴ holte sich die Gemeinschaft häufig durch positive

158 IV.1.b.

159 Kaarlo Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 127 ff.

160 S.u. IV.2.b.

161 Nicolas Jabko, *Playing the Market. A Political Strategy for Uniting Europe*, 1985–2005, Ithaca: Cornell University Press 2017.

162 Warloutzet, *Competitiveness and Solidarity* (Fn. 136), 60.

163 Brigitte Unger, *Beschäftigungspolitik der Europäischen Union*, in: Forum Politische Bildung (Hrsg.), *EU wird Europa? Erweiterung – Vertiefung – Verfestigung*, Innsbruck: Studien-Verlag 1998, 19–29. Zur Entwicklung der Vorschriften Rose Langer, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 151 AEUV, Rn. 14 ff.

164 Joseph H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, Yale L. J. 100 (1991), 2403–2483, s.u. IV.1.b.

Integration wieder zurück.¹⁶⁵ Kennzeichen dieses Paradigmas ist daher neben der Liberalisierung eine deutliche Verschiebung der Gewichte auf der Achse Union-Mitgliedstaaten hin zur Union.

Dieser Kompetenzgewinn der Union sollte erwartungsgemäß Verschiebungen auf der Achse der demokratischen Legitimation hervorrufen. In der Tat geht auf die frühen 1990er die Klage über die mangelnde demokratische Legitimation der nunmehrigen EU zurück.¹⁶⁶ Sie blieb nicht ungehört und führte mit einer gewissen Verzögerung zur Stärkung des Europäischen Parlaments.¹⁶⁷ Diese Stärkung demokratischer Legitimation mündete in das Projekt einer umfassenden Konstitutionalisierung des Unionsrechts,¹⁶⁸ die auch die Herausbildung von Unionsgrundrechten als dem linksliberalen Pendant zur ökonomischen Liberalisierung erlebte,¹⁶⁹ gekrönt durch die Proklamation der Grundrechtecharta im Jahr 2000.

Diese emanzipatorische Seite der Konstitutionalisierung ist jedoch nur die eine Seite der Medaille. Die andere Seite bildete die Konstitutionalisierung der Wirtschaftsverfassung. Angespornt von den Erfolgen der Grundrechtsjudikatur beginnt sie als ein in enger Verbindung mit den Institutionen konzipiertes wissenschaftliches Vorhaben,¹⁷⁰ das den Gedanken der Rechtsgemeinschaft aufgriff. Das Projekt der Integration durch Recht verlieh der Rechtsgemeinschaft einen dynamischen Charakter, der eine Vertiefung der Integration durch den Rechtsbetrieb, einschließlich der durch das

165 Warlouzet, *Governing Europe* (Fn. 101), 180 ff.; Kiran Klaus Patel/Hans Christian Röhl, *Transformation durch Recht. Geschichte und Jurisprudenz Europäischer Integration 1985–1992*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 24, 40 ff.

166 Weiler (Fn. 164), 2466 ff.; von Bogdandy (Fn. 13), 104 ff.

167 Simon Hix, *Constitutional Agenda-Setting Through Discretion in Rule Interpretation. Why the European Parliament Won at Amsterdam*, BJPoS 32 (2002), 259–280.

168 Grundstürzend, jedoch auf der Basis eines lediglich materiellen Verfassungsbegriffs: Eric Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, AJIL 75 (1981), 1–27. Eine Werteverfassung beginnt erst in den 1990ern zum expliziten Projekt zu werden, Ingolf Pernice, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, EuR 31 (1996), 27–43. Einordnung in einen größeren Zusammenhang bei von Bogdandy (Fn. 13), 107 ff; Schorkopf (Fn. 24); Matthias Goldmann, *Hopes of Progress. European Integration in the History of International Law*, MPIL Research Paper No. 2018–26.

169 Zu den Fällen s.u. Teil IV.

170 Rebekka Byberg, *The History of the Integration through Law Project. Creating the Academic Expression of a Constitutional Legal Vision for Europe*, GLJ 18 (2017), 1531–1556.

Europarecht angeblich gestärkten nationalen (Unter-)gerichte,¹⁷¹ unter Umgehung der vermeintlich blockierten politischen Institutionen versprach.¹⁷² Es überlappte mit ordoliberalen Überlegungen zu einer vor politischem Zugriff sicheren Wirtschaftsverfassung.¹⁷³

Wichtige Anstöße folgten aus den Wirtschaftswissenschaften, in denen sich im Zuge der geldpolitischen Neuorientierung der 1970er und 1980er in einer eigenen wissenschaftlichen Subkultur zu *rules vs. discretion* der Gedanke durchsetzte, dass regelbasierte, politisch unabhängige Institutionen, die ihre Maßnahmen ohne politische Rücksichtnahmen und daraus folgende Zeitinkonsistenzen ergreifen könnten, vorzugswürdige Ergebnisse produzierten.¹⁷⁴ Basierend auf den Gleichgewichtstheorien des 18. Jahrhunderts nahmen sie die bereits von Hegel¹⁷⁵ diagnostizierte Krisenhaftigkeit der Moderne nicht zur Kenntnis.¹⁷⁶

Eine weitere einflussreiche Strömung war *Law and Economics*, die mit der vorgenannten Forschungsrichtung die Methode des *rational choice* sowie ein häufig radikalisiertes Verständnis des *homo oeconomicus* teilte.¹⁷⁷ Vertreter einer seiner Varianten, der *constitutional economics*, erhoben die Forderung nach einer Verfassung, die politische Entscheidungsspielräume nach Maßgabe ökonomischer Rationalität begrenze.¹⁷⁸ Dazu gehörten ne-

171 Weiler (Fn. 164), 2426; Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2001. Kritisch dazu mit gewichtigen empirischen Argumenten nunmehr Pavone (Fn. 83), 40 ff.

172 Mauro Cappelletti/Monica Seccombe/Joseph H.H. Weiler, *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Vol. 1, Berlin: De Gruyter 1986.

173 Ernst-Joachim Mestmäcker, *Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union*, in: Rolf H. Hasse (Hrsg.), *Ordnung in Freiheit. Festgabe für Hans Willgerodt zum 70. Geburtstag*, Stuttgart, Jena, New York: Gustav Fischer Verlag 1994, 263–292.

174 Bahnbrechend jeweils Finn E. Kydland/Edward C. Prescott, *Rules Rather than Discretion. The Inconsistency of Optimal Plans*, J. Polit. Econ. 85 (1977), 473–492; Kenneth Rogoff, *The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target*, Q. J. Econ. 100 (1985), 1169–1189.

175 Habermas (Fn. 12), 13, 26; vgl. ferner Hyman P. Minsky, *The Financial Instability Hypothesis*, Levy Economics Institute Working Paper No. 74 (1992).

176 Vgl. Kjær (Fn. 12).

177 Nicholas Mercuro/Steven G. Medema, *Economics and the Law. From Posner to Postmodernism and Beyond*, Princeton, Oxford: Princeton University Press 2006, 161 ff. Zum Unterschied zwischen *Law and Economics* und ordoliberalem Rechtsdenken vgl. Josef Hien/Christian Joerges, *Dead Man Walking? Current European Interest in the Ordoliberal Tradition*, ELJ 24 (2018), 142–162.

178 James M. Buchanan, *The Domain of Constitutional Economics*, Const. Polit. Econ. 1 (1990), 1–18.

ben unabhängigen, auf Preisstabilität geeichten Zentralbanken vor allem verfassungsrechtlich verankerte Schuldenbremsen.¹⁷⁹ Diese mit dem Vertrag von Maastricht und später dem Stabilitätspakt europaweit verankerten Maßnahmen lassen es schwer erscheinen, die Zusammenhänge zwischen *Law and Economics* und dem neoliberalen Paradigma zu verneinen.¹⁸⁰

Diese verschiedenen Strömungen einer elitär-technokratischen Konstitutionalisierung mündeten schlussendlich in die Konstitutionalisierung weiterer Teile der makroökonomischen Kompetenzen der EU mit dem Vertrag von Maastricht.¹⁸¹ Nicht nur die Kompetenzverteilung im Rahmen der WWU, auch die Konstitutionalisierung als europarechtliches Lieblingsprojekt um die Jahrtausendwende wiesen damit eine höchst asymmetrische Gestalt auf. Emanzipatorische Grundrechtsexpansion, nicht selten um wirtschaftliche Freiheiten herum gebaut,¹⁸² und parlamentarische Beteiligung auf europäischer Ebene ging (und geht) problemlos einher mit einer reichlich wenig demokratischen wirtschaftspolitischen Konstitutionalisierung zur Disziplinierung der Mitgliedstaaten. Wenngleich man die Grundrechtsexpansion nicht für den Neoliberalismus verantwortlich machen darf,¹⁸³ folgen diese scheinbar konträren Tendenzen zwanglos aus der gesellschaftlichen Dynamik des neoliberalen Paradigmas mit seiner Tendenz zur Singularisierung, die individuelle Autonomie begünstigte, während sie die nationalstaatlich verankerten korporatistischen Strukturen schwächte, in manchen Fällen bis zur Unkenntlichkeit. Ohne damit eine falsche Verteilung der Verantwortung zu bewirken, könnte man behaupten, das eine

179 Thomas Biebricher, Neoliberalism and Law. The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment, GLJ 17 (2016), 835–856.

180 Eine Analyse mit Schwerpunkt auf dem Privatrecht mag zu einem nuancierten Befund bezüglich des Verhältnisses zwischen *Law and Economics* und liberalisierenden Tendenzen im Europarecht kommen: Moritz Renner, Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie, JZ 78 (2023), 313–320.

181 Stephen Gill, European Governance and New Constitutionalism. Economic and Monetary Union and Alternatives to Disciplinary Neoliberalism in Europe, New Polit. Econ. 3 (1998), 5–26.

182 Matthias Goldmann, The Great Recurrence. Karl Polanyi and the Crises of the European Union, ELJ 23 (2017), 272–289.

183 A.A. Susan Marks, Four Human Rights Myths, in: David Kinley/Wojciech Sadurski/Kevin Walton (Hrsg.), Human Rights. Old Problems, New Possibilities, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 217–235; vgl. dagegen Samuel Moyn, A Powerless Companion. Human Rights in the Age of Neoliberalism, L. & Contemp. Probs. 77 (2014), 147–169.

wäre ohne das andere nicht zu haben gewesen.¹⁸⁴ Bezeichnenderweise war diese Asymmetrie nie Gegenstand der Klagen über die mangelnde demokratische Legitimität der Union; die Klagen haben sie vielmehr schon lange vor der Krise eher noch verstärkt.¹⁸⁵

4. Integrativer Konstitutionalismus

Das neoliberale Paradigma befindet sich in Auflösung, im Grunde genommen bereits seit dem Inkrafttreten des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV, der natürlich erst seine Wirkung auf die Rechtspraxis entfalten musste. Die gegenwärtige Polykrise der letzten eineinhalb Jahrzehnte hat zu einer grundlegenden Restrukturierung des europäischen Regierens geführt, die auch die Wirtschaftsverfassung entscheidend geprägt hat. Sichtbares Zeichen davon ist der enorme Bedeutungsgewinn der Bestimmungen über die WWU und die Finanzverfassung.¹⁸⁶ Das hat Auswirkungen auf die drei Achsen der Wirtschaftsverfassung.

a) Vom Markt zur Intervention

Offensichtlich ist die Tendenz weg vom Markt hin zu den Trägern öffentlicher Gewalt. Bereits der Vertrag von Lissabon schuf hierfür die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen.¹⁸⁷ Deren Umsetzung in der Realität folgte in der Finanzkrise. Dort wurde die Rolle von Union und Mitgliedstaaten als Garanten der Wirtschaftsordnung mehr als deutlich; sie setzte sich sukzessive ohne entsprechenden Masterplan von Land zu Land und Bereich zu Bereich durch¹⁸⁸ und überlagerte die vielbeschworene Marktdisziplin.

Eine Stärkung öffentlicher Gewalt gegenüber dem Markt bedeutet allerdings keinen unmittelbaren Gewinn an sozialer Integration. Im Gegenteil wirkten die Krisenmaßnahmen zunächst eher desintegrierend. Das lag da-

184 Parallelentwicklung im Völkerrecht bei *Ernst-Ulrich Petersmann*, *The WTO Constitution and Human Rights*, *J Int'l Econ. L.* 3 (2000), 19–25.

185 Vgl. *Matthias Goldmann*, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment. Towards Integrative Liberalism?*, *GLJ* 21 (2020), 1058–1077.

186 Dazu *Ioannidis*, in diesem Band, III.2.

187 Oben II.1.a.

188 *Luuk van Middelaar*, *Alarums & Excursions. Improvising Politics on the European Stage*, Newcastle: Agenda Publishing 2019, 21 ff.

ran, dass der Vertrag von Lissabon das Kompetenzgefüge nicht geändert hatte und es der Union an wirtschaftspolitischen sowie fiskalischen Kompetenzen fehlte. Das soziale Ungleichgewicht bestand daher erst einmal fort.¹⁸⁹ Es verschärfte sich sogar durch die auf Wiederherstellung von Marktdisziplin abzielenden Konditionalitäten, die die EU in Zusammenhang mit den fiskalischen Überbrückungsmaßnahmen auflegte.¹⁹⁰ Man könnte hier analog zur negativen Integration von einer negativen Krisenbewältigung sprechen: Solidarität erfolgte nur unter strengen Bedingungen zum Krisenausgleich. Eine tiefergehende Form der Solidarität, etwa in Gestalt finanzieller Transfers zum Ausgleich makroökonomischer Ungleichgewichte, waren so gut wie nicht vorgesehen; vielmehr sollten die Mitgliedstaaten bei Fortbestand der makroökonomischen Ungleichgewichte zur Marktdisziplin zurückkehren.¹⁹¹

Ein Paradigmenwechsel deutet sich in den ersten Jahren nach der Finanzkrise damit nur zaghaft an.¹⁹² Die Verschärfung von Aufsichtsbefugnissen fällt darunter, sofern man annimmt, dass damit eine implizite Haftung verbunden ist. Hauptmotor eines Paradigmenwechsels war insofern die Geldpolitik. Seit Juli 2012 („*whatever it takes*“) testete das Eurosystem die Grenzen seines Mandats, um unter der Flagge der Geldpolitik zur Finanzstabilität sowie der Stabilisierung der Union insgesamt beizutragen.¹⁹³

Der Durchbruch zu positiver Krisenbewältigung und damit zu einem neuen, integrativen Paradigma lässt sich letztlich auf drei Faktoren zurückführen. Einen ersten Faktor bildete die Covid-Pandemie. Zwar blieb die Geldpolitik weiterhin ein entscheidender Motor der wirtschaftspolitischen

189 Dawson/de Witte (Fn. 16); Martin Höpner, Soziale Demokratie? Die politökonomische Heterogenität Europas als Determinante des demokratischen und sozialen Potenzials der EU, EuR Beih. 1/2013, 70–92 (75). S.a. Meinrad Dreher, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsrecht, JZ 69 (2014), 185–190.

190 Francesco Costamagna, Saving Europe ‚Under Strict Conditionality‘. A Threat for EU Social Dimension?, Centro Einaudi Working Paper No. 7/2012.

191 Zu den Formen der Solidarität vgl. Armin Hatje, Die EU auf dem Weg zur Solidarunion. Wandel durch Krise, in: Armin Hatje et al. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union. Ein deutsch-griechischer Rechtsdialog, Baden-Baden: Nomos 2015, 73–84 (79 ff.); Kritik an den makroökonomischen Ungleichgewichten bei Gerhard Illing/Sebastian Jauch/Michael Zabel, Die Diskussion um den Euro. Endogene Risiken und multiple Gleichgewichte, Leviathan 40 (2012), 156–172.

192 Hauke Brunkhorst, Auswege aus der technokratischen Falle? Die unbeachtete Wirtschaftsverfassung Europas, Leviathan 42 (2014), 508–523.

193 Dazu EuGH, Urteil v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – Gauweiler; Urteil v. 11.12.2018, Rs. C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss.

Krisenbewältigung. Sie wurde nun aber von signifikanten fiskalpolitischen Maßnahmen flankiert, die auch unternehmerische Risiken abfedern. Auf EU-Ebene ging es vor allem darum, hierfür die notwendigen fiskalischen Spielräume zu schaffen. Allen voran ist insofern *NextGenerationEU* zu nennen.¹⁹⁴ Bei aller Kritik erweist sich dieses Programm als entscheidende Neuerung, da es von Krediten zu Beihilfen wechselte und somit von einem Prinzip der Eigenverantwortung zu einem Risiko-Pooling überging. Da es auf die Notfallkompetenz des Art. 122 AEUV gestützt wurde und seine Verstetigung so ungewiss wie hochumstritten ist,¹⁹⁵ lässt sich eine Erwartung substanzieller Solidarität daran nicht knüpfen; wohl aber die Erwartung, die EU werde die hochfrequent gewordenen Krisen abfedern – gerne unter Inanspruchnahme ebenjener Notfallkompetenz.¹⁹⁶

Eng damit zusammen hängt der zweite Faktor, der Klimawandel, der zu einem weiteren wichtigen Treiber eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Paradigmenwechsels wurde. Die Offenheit des Art. 3 Abs. 3 EUV erlaubt eine Akzentverschiebung hin zu mehr Nachhaltigkeit, v.a. in Gestalt des *Green Deals*. Dies schließt auch Maßnahmen der Geld- und Fiskalpolitik mit ein.¹⁹⁷ Der Klimawandel senkt damit ein weiteres Mal die Schwelle für staatliche Interventionen. Dieses Mal sind die Interventionen jedoch nicht lediglich auf das Abfedern von Risiken begrenzt, sondern zielen auf einen nachhaltigen Strukturwandel ab. Denn eine reine Stabilisierung der Lage, eine Rückkehr zum *status quo*, ergibt von dieser Warte aus von vorne herein keinen Sinn. Das ist auch bei Programmen zu berücksichtigen, die primär der Krisenbewältigung dienen. Versuche, die Ausgabenprogramme im Rahmen von *NextGenerationEU* auf enge Pandemiefolgen zu begrenzen, übersehen den Verfassungswandel hin zur Nachhaltigkeit, den die Institutionen durch diese Programme selbst hergestellt haben.¹⁹⁸

Einen dritten Faktor des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Paradigmenwechsels bilden die geänderten geopolitischen Voraussetzungen. Sie begünstigen eine neue Form der Industriepolitik, die aus Handelsbarrieren

194 Verordnung (EU) 2020/2094 des Rates vom 14.12.2020 zur Schaffung eines Aufbauinstruments der Europäischen Union, ABl. 2020 L 433/23.

195 BVerfGE 157, 332; vgl. die Nachweise oben in Fn. 96 und 97.

196 Vgl. zuletzt *Ruth Weber*, Die Neuordnung der EU-Wirtschaftsverfassung durch Art. 122 AEUV? Eine Analyse am Beispiel des Solidaritätsbeitrags als Notfallmaßnahme, AöR 149 (2024), 82–122.

197 Übersicht auf <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/green-deal/>. Vgl. ferner oben Fn. 70.

198 A.A. BVerfGE 157, 332, Rn. 172, 178. Dazu *Goldmann* (Fn. 97).

wie Exportkontrollen, Subventionen und vielfältigen Maßnahmen zur Sicherung von Ressourcen besteht. Auch hier steht bislang das *De-Risking* im Vordergrund, jedoch gegenüber nicht-europäischen Staaten. Dies setzt ein stärker solidarisches, in diesem Fall neo-merkantilistisches Vorgehen im Innern voraus.¹⁹⁹ Die europäische Zurückhaltung angesichts massivster, historisch beispielloser Finanzierungspakete der US-Regierung und staatskapitalistischer chinesischer Konkurrenz lässt jedoch an der Geeignetheit der punktuellen EU-Programme zur wirtschaftlichen Selbstbehauptung der EU zweifeln. Der Notwendigkeit einer Mobilisierung europäischer Ressourcen entspricht die Zwecklosigkeit einer radikalen Rückkehr zu reinen Marktstrukturen.

b) Von den Mitgliedstaaten zur Union

Die erste Phase nach der Finanzkrise im Zeichen der negativen Krisenbewältigung wurde als eine Störung des europäischen institutionellen Gleichgewichts und seiner Legitimität aufgefasst.²⁰⁰ Eine schier endlose Serie an Kompetenzstreitigkeiten zeugt von der Sorge um mitgliedstaatlichen Bedeutungsverlust. Sie gründete nicht nur auf der quantitativen Zunahme der unionalen Maßnahmen, sondern auch auf ihrer speziellen Qualität. Numerische Ansätze im Rahmen von Strukturanpassungsprogrammen²⁰¹ gekoppelt mit weiten Ermessensspielräumen auf Seiten des Rats bei der Gewährung finanzieller Beihilfen oder im Rahmen des Defizitverfahrens verliehen der neuen unionalen Machtfülle zugleich etwas Bedrohliches.²⁰²

199 Daniela Gabor, *The (European) Derisking State*, SocArXiv Paper (2023).

200 Dawson/de Witte (Fn. 16); Agustín J. Menéndez, *The Crisis of Law and the European Crises. From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, J. L. & Soc. 44 (2017), 56–78; Damian Chalmers, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, ELJ 18 (2012), 667–693; Christian Joerges, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, GLJ 15 (2014), 985–1027.

201 Vivien A. Schmidt, *Europe's Crisis of Legitimacy. Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone*, Oxford: Oxford University Press 2020, 87 ff.

202 Kenneth Dyson, *Sworn to grim necessity? Imperfections of European Economic Governance, Normative Political Theory, and Supreme Emergency*, in: Michele Chang/Georg Menz/Mitchell P. Smith (Hrsg.), *Redefining European Economic Governance*, London: Routledge 2016, 13–28; Matthias Goldmann, in: Helmut Siekmann (Hrsg.), *The European Monetary Union. A Commentary*, London: Hart 2022, Art. 126 TFEU, Rn. 143 ff.

Dies mag weniger für den Ausbau administrativer Kompetenzen durch Agenturen gelten, die Stakeholders der Mitgliedstaaten einbeziehen.²⁰³ Jedoch blieben auch hier Kompetenzstreitigkeiten nicht aus.²⁰⁴

Die Transformationsfaktoren Covid-Pandemie, Klimawandel und geopolitische Verschiebungen gehen auf der Achse Union-Mitgliedstaaten mit einer Konsolidierung der Unionskompetenzen einher. Da der Union als solcher innerhalb der EU zumindest in der Theorie die höchste Bonität zusteht, erscheint ein Kompetenzzuwachs der Union geradezu unausweichlich unter einem integrativen Paradigma, für das die Finanzierungskapazität des Staats einen entscheidenden Erfolgsfaktor darstellt.²⁰⁵ Deshalb hat sich an dem Trend zur Union durch den Schwenk von negativer auf positive Krisenbewältigung auch nichts geändert. Vielmehr setzt sich der Gebrauch von Konditionalitäten fort, die die administrativen Einflussmöglichkeiten der Union erweitern.²⁰⁶ *NextGenerationEU* verlangt insofern nationale Aufbau- und Resilienzpläne,²⁰⁷ deren Begutachtung in das Europäische Semester integriert wurde. Wie bereits Anfang des Jahrtausends fokussiert sich die konservative Reaktion auf die Einforderung von Kompetenzgrenzen, statt Vorstellungen für die demokratische Ausgestaltung der Unionsgewalt zu generieren.

Seit etwa 2017 schottet sich die EU im Zuge der genannten Entwicklungen zunehmend nach außen ab, was durch den Niedergang des Welthandelsrechts begünstigt wird. So hat die EU im Rahmen ihrer Handelspolitik etliche Maßnahmen zur Investitions- und Fusionskontrolle sowie dem Vergabewesen erlassen.²⁰⁸ Auch richtet sie mittlerweile ihre Rechtsetzung und Wettbewerbspolitik danach aus.

203 R. Daniel Kelemen, The Politics of 'Eurocratic' Structure and the New European Agencies, WEP 25 (2002), 93–118.

204 Vgl. EuGH, Urteil v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 – *ESMA*.

205 Vgl. Joscha Wullweber, Embedded Finance. The Shadow Banking System, Sovereign Power, and a New State–Market Hybridity, JCE 13 (2020), 592–609.

206 Roland Broemel, § 7 Das primäre Recht der wirtschaftspolitischen Koordinierung, in: Ulrich Hufeld/Christoph Ohler (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 9: Europäische Wirtschafts- und Währungsunion*, Baden-Baden: Nomos, 349–386 (Rn. 58 ff.).

207 Art. 17 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2021/241/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.2.2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität, ABl. 2021 L 57/17.

208 Überblick bei Frank Hoffmeister, Strategic Autonomy in the European Union's External Relations Law, CML Rev. (2023), 667–700.

c) Von demokratischer zu autoritärer Staatlichkeit?

Bereits unter dem neoliberalen Paradigma attestierten viele Beobachter der Union ein Legitimitätsdefizit.²⁰⁹ Die Legitimitätseinbußen durch die Maßnahmen der negativen Krisenbewältigung wurden gründlich analysiert.²¹⁰ Dabei wurde nicht nur auf den Kompetenzzuwachs der (vermeintlich) weniger demokratisch legitimen Union hingewiesen, sondern vor allem auf die Beschädigung der staatlichen Demokratie, am sichtbarsten wohl im Fall des griechischen OXI-Referendums. Die einschneidenden sozialen Auswirkungen negativer Krisenpolitik,²¹¹ das hilflose Gegensteuern staatlicher Gerichte²¹² sowie das späte²¹³ und halbherzige²¹⁴ Einlenken des EuGH haben die Legitimation der EU angekratzt.

Erstaunlich ist, dass sich daran auch unter der Ägide des integrativen Paradigmas kaum etwas geändert hat. Nach wie vor dominiert technokratisch geprägte Exekutivgewalt auf europäischer Ebene. Das erscheint zunächst erklärungsbedürftig. Positive Krisenbewältigung geht zumindest in der Theorie mit deutlich weniger Druck auf die Mitgliedstaaten einher. Auch wenn die EU die Zügel im Rahmen des Europäischen Semesters gespannt hält und viele Mitgliedstaaten auf die Gelder aus *NextGenerationEU* dringend angewiesen sind: Die gemeinsame Beschlussfassung über die Verwendung dieser Mittel könnte eine demokratische Dynamik entfalten. Es kommt nicht mehr darauf an, einen Staat zu disziplinieren, sondern gemeinsam Ausgabenprogramme zu entwickeln. Dennoch bleibt die Rolle des Parlaments im Rahmen von *NextGenerationEU* marginal; das Eurosystem so unabhängig wie ehemals und der Rat mächtiger denn je.

209 Vgl. BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*.

210 Vgl. Fn. 16 und 200.

211 Margot E. Salomon, Of Austerity, Human Rights and International Institutions, ELJ 21 (2015), 521–545; Andreas Fischer-Lescano, Austeritätspolitik und Menschenrechte – Rechtspflichten der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding, Rechtsgutachten im Auftrag der Kammer für Arbeiter/innen und Angestellte für Wien (2013).

212 Claire Kilpatrick, Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe. A Challenging New Area of Constitutional Inquiry, in: Bruno de Witte/Claire Kilpatrick/Thomas Beukers (Hrsg.), Constitutional Change through Euro-Crisis Law, Cambridge: Cambridge University Press 2017, 279–326.

213 EuGH, Urteil v. 20.9.2016, verb. Rs. C-8/15 bis C-10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701 – *Ledra*.

214 EuGH, Urteil v. 16.12.2020, verb. Rs. C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P und C-604/18 P, ECLI:EU:C:2020:1028 – *Chrysostomides*.

Die weitere Entwicklung scheint offen. Denkt man an die Grunddynamik der Wirtschaftsverfassung,²¹⁵ so ist klar, dass höhere finanzielle Solidarität mit Mechanismen zur Sicherung des gesellschaftlichen Zusammenhalts einhergehen muss. Demokratische Legitimation ist allerdings nur eine mögliche Strategie. Sie steht in Konkurrenz zu autoritären Ansätzen, die Integration durch kulturelle Abgrenzung und das Schüren von Ängsten vor Fremden im eigenen Land oder der geopolitischen Situation herstellen wollen. Das ist für viele attraktiver als die Kärnerarbeit der Demokratie und passt in das Bild einer durch Jahrzehnte des Neoliberalismus antrainierten rücksichtslosen Variante des individuellen Freiheitsverständnisses.²¹⁶ Dazu kommt, dass die EU durch die weitgehend unangetastet bleibenden Mittelflüsse Regierungen mit autokratischer Tendenz stabilisiert, während sie deren Gegner den Wegzug erleichtert.²¹⁷

Die autoritäre Variante ist auch verlockender für ökonomische Akteure, da sie einflussreiche Verbindungen zwischen ökonomischer und politischer Macht begünstigt, die von den Interventionen unter dem integrativen Paradigma profitieren und sich ihrerseits durch die Förderung autoritärer Tendenzen in der Politik revanchieren, sei es über die Medien oder politisch hilfreiche Investitionen.²¹⁸ Diese Verbindungen, von *Herrmann Heller* als autoritärer Liberalismus bezeichnet,²¹⁹ stellen letztlich die demokratisch begründete Einhegung von Märkten mit dem Mittel des Rechts in Frage. Idealtypisch verwirklicht ist diese Regierungsform heute im Regime von *Viktor Orbán*,²²⁰ wenngleich in vielen anderen Mitgliedstaaten Ansätze für das Schwinden der Differenz zwischen Politik und Wirtschaft erkennbar sind.

215 Vgl. Teil I.

216 *Caroline Amlinger/Oliver Nachtwey*, *Gekränkte Freiheit. Aspekte des libertären Autoritarismus*, Berlin: Suhrkamp 2022, 87 ff.

217 *R. Daniel Kelemen*, *The European Union's Authoritarian Equilibrium*, in: Edoardo Bressanelli/Christel Koop/Christine Reh (Hrsg.), *Strategic Responses to Domestic Contestation*, London: Routledge 2021, 153–171.

218 Vgl. *Massimo La Torre*, *A Demented World. Politics without Politics, State without State*, *ELJ* 24 (2018), 247–256 (250).

219 *Herrmann Heller*, *Autoritärer Liberalismus?*, in: *Herrmann Heller*, *Gesammelte Schriften* Bd. 2, Leiden: Sijthoff 1971 (1932), 643–653.

220 *Adam Fabry*, *Neoliberalism, Crisis and Authoritarian–Ethnicist Reaction. The Ascendancy of the Orbán Regime*, *Comp. & Change* 23 (2019), 165–191; *András Jakab/Eszter Bodnár*, *Agonie eines jungen Verfassungsstaates. Die ungarische Verfassung 1989 bis 2019*, in: *Ellen Bos/Astrid Lorenz* (Hrsg.), *Das politische System Ungarns. Nationale Demokratieentwicklung, Orbán und die EU*, Wiesbaden: Springer 2021, 57–73; vgl. *Patel* (Fn. 148), 108.

Die Rechtsprechung hat nicht immer klug agiert und bisweilen eher Öl ins Feuer des Autoritarismus und Illiberalismus gegossen. Besonders Musliminnen und Muslime, die in Gesamteuropa zur Zielscheibe der von autoritären Strömungen betriebenen kulturellen Abgrenzung geworden sind, finden selten die Unterstützung des EuGH.²²¹ Dasselbe gilt für Geflüchtete. Klagen in diesem Zusammenhang dienen eher der Disziplinierung von zentraleuropäischen Mitgliedstaaten.²²² Ferner mag die partielle Entsolidarisierung gegenüber gesellschaftlich randständigen Gruppen von Unionsbürgern den Austeritätsbestrebungen und populistischen Impulsen in reichen Mitgliedstaaten zwar entgegenkommen.²²³ Sie stärkt aber nicht die Stellung des EuGH im Kampf gegen demokratische Auflösungserscheinungen. Überhaupt haftet dem Vorgehen des EuGH gegen autoritäre Tendenzen, besonders in der Rechtsprechung oder auch einem Instrument wie der Rechtsstaatskonditionalitätsverantwortung, ein gewisser Makel an, solange Umfang und Legitimität wirtschaftlicher Solidarität unter dem neuen integrativen Paradigma nicht frei von Zweifeln sind. Integrativer Konstitutionalismus tendiert eher zur Risikominderung für die EU und ihr Wirtschaftsmodell als zu Umverteilung nach Bedürftigkeit.

Dieses Problem wird sich vertiefen, solange keine guten Angebote zur Weiterentwicklung demokratischen Regierens vorhanden sind. Daraus könnte unter dem integrativen Paradigma ein gemeinwohlorientierter Konstitutionalismus erwachsen, der ohne permanente Ausschlussprozesse und damit verbundene Menschenrechtsprobleme im Innern und Äußern auskommt. Bisherige Vorschläge deuten allerdings eher in eine autoritäre Richtung.²²⁴ Gegenvorschläge, die der gewachsenen Rolle des Staats bzw. der unionalen Exekutive Rechnung tragen, ohne vor den Schwierigkeiten des Parlamentarismus die Augen zu verschließen, sind rar;²²⁵ die (ohnehin fragwürdige) Abwehr autoritärer Tendenzen in den Mitgliedstaaten dürf-

221 EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031 – *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* („Schächten“); Urteil v. 15.7.2021, verb. Rs. C-804/18 und C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594 – *WABE*.

222 Vgl. EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029; Urteil v. 22.9.2022, Rs. C-159/21, ECLI:EU:C:2022:708; Urteil v. 22.6.2023, Rs. C-823/21, ECLI:EU:C:2023:504 – *Kommission/Ungarn (Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile)*.

223 EuGH, *Dano* (Fn. 94).

224 *Adrian Vermeule*, *Common Good Constitutionalism*, New Jersey: John Wiley & Sons 2022.

225 *Pierre Rosanvallon*, *Good Government*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018.

te im Zuge des Ukraine-Kriegs nochmal schwieriger geworden sein. Der Wirtschaftsverfassung eine blendende Zukunft zu bescheinigen, wäre daher gewagt.

IV. Dogmatik der Wirtschaftsverfassung

Der folgende Teil zeichnet nach, wie sich die Dogmatik des Europarechts an der Wirtschaftsverfassung orientiert und diese für die jeweiligen Paradigmen konkretisiert hat.²²⁶ Die Dogmatik liegt dabei in den Händen von Rechtsprechung, Gesetzgebung, Verwaltung und Wissenschaft, deren Handeln hier im Mittelpunkt steht. Das Ziel ist mithin eine fokussierte, keine enzyklopädische Darstellung, die die verfassungsrechtlich relevanten Linien hervorhebt.²²⁷ Die verfassungsrechtliche Relevanz bemisst sich dabei am Einfluss eines Vorgangs auf die im vorhergehenden Teil dargelegten grundlegenden Konflikte.²²⁸ Die Leitfunktion der Wirtschaftsverfassung reicht zwar über den Binnenmarkt hinaus; sie betrifft die Wirtschafts- und Währungsunion genauso wie die Sozialpolitik oder andere sektorale Politiken.²²⁹ Das Folgende beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf den Binnenmarkt, um Überschneidungen mit anderen Kapiteln zu vermeiden und den Stoff zu komprimieren.

1. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus

Das Paradigma des Eingebetteten Liberalismus war gekennzeichnet von dem vor allem mitgliedstaatlich und technokratisch kontrollierten Aufbau des Gemeinsamen Markts.

a) Grundfreiheiten und Harmonisierung

Ein wichtiger, das Paradigma kennzeichnender Aspekt ist dabei die Unteilbarkeit der Grundfreiheiten. Die EWG sollte nicht eine bessere Freihandelszone werden, sondern verschrieb sich einer umfassenden Faktormobili-

226 Zur Leitfunktion der Wirtschaftsverfassung *Stumpf* (Fn. 21), Rn. 95.

227 Vgl. zur Konkretisierungsbedürftigkeit oben II.1.d.

228 III.1.

229 S.o. II.3.

tät, die den Gemeinsamen Markt für alle wirtschaftlichen Gruppen attraktiv machte. Diese Unteilbarkeit folgte keiner zwingenden Notwendigkeit, sondern war das politisch gewollte Ergebnis der Verhandlungen über den EWG-Vertrag. Während der Beratung über den EGKS-Vertrag war es noch umstritten, ob die Arbeitnehmerfreizügigkeit einen inhärenten Teil der Warenverkehrsfreiheit darstelle. Die Regelung in getrennten Vorschriften spricht eher dagegen; auch fehlte es im EGKS-Vertrag an der Niederlassungsfreiheit.²³⁰ Die Ausgangspositionen der Mitgliedstaaten für den EWG-Vertrag waren in der Frage der Grundfreiheiten gespalten. Die Niederlande wollten nur den freien Warenverkehr; Italien hingegen insistierte besonders auf der Arbeitnehmerfreizügigkeit, aber auch Deutschland, das sich davon Vorteile versprach.²³¹ Im Laufe der Verhandlungen kristallisierte sich ein Stufenmodell der Arbeitnehmerfreizügigkeit heraus; die Vorschriften über die jeweiligen Grundfreiheiten wurden jeweils im Hinblick auf einander formuliert; die Dienstleistungsfreiheit entwickelte sich dabei zu einer Aufangfreiheit. Damit stand fest, dass die Faktormobilität umfassend gewährleistet sein sollte; die Grundfreiheiten bilden eine historische Einheit.²³² Vorschriften wie das Diskriminierungsverbot des Art. 119 EWG-Vertrags (Art. 157 AEUV) sollten eine Anpassung sozialer Standards nach oben sichern.

Diese Einheit der Grundfreiheiten bildete wiederum die Grundlage, auf der der EuGH dem Europarecht unmittelbare Wirkung zusprach, ausgehend von der Entscheidung *van Gend & Loos* betreffend das Verbot der Binnenzölle.²³³ Diese Entscheidung sollte daher nicht als einseitig liberalisierender Schritt verstanden werden. Vielmehr war die damit verbundene Liberalisierung alles andere als schrankenlos. Das zeigt sich schon daran, dass das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßiger Beschränkungen bis zum Ablauf der Übergangsperiode zum 1.1.1970 nicht unmittelbar anwendbar war.²³⁴ Insofern konnten allenfalls

230 Hanna Dorothea Faig, *Genealogie der Grundfreiheiten. Tradition, Redaktion, Interaktion und Integration der Binnenmarktfreiheiten der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 94 f., 99.

231 Ebd., 103 ff.

232 Ebd., 159, 171 ff.

233 EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Rn. 24 – *van Gend & Loos*.

234 EuGH, Urteil v. 4.2.1965, Rs. 20/64, ECLI:EU:C:1965:8 – *Albatros v Sopéco*. Mengenmäßige Beschränkungen fielen dagegen schon zum 1.7.1968, vgl. *Laurent Warloutzet*, *The Construction of a Single Market. Liberalization and its Regulation*, in: Leucht/Seidel/Warloutzet (Fn. 19), 147–165 (150).

die Wettbewerbsvorschriften greifen, sofern marktbeschränkende mitgliedstaatliche Vorschriften der Umsetzung durch privatrechtliche Vereinbarungen bedurften, was insbesondere das geistige Eigentum betraf.²³⁵ Auch die Zuerkennung des Anwendungsvorrang des Europarechts in *Costa/ENEL* erging in einem Rechtsstreit, in dem der EuGH die in Frage stehenden Vorschriften des Primärrechts schlussendlich eng konzipierte und für nicht anwendbar hielt.²³⁶

Dem Paradigma des Eingebetteten Liberalismus entsprechend war der Sekundärgesetzgebung eine entscheidende Rolle bei der Verwirklichung des Gemeinsamen Markts zugedacht. Die Harmonisierung gestaltete sich aber in der Anfangsphase als sehr schwerfällig, da sie die Einstimmigkeit der Mitgliedstaaten erforderte.²³⁷ Auch eine nennenswerte Industriepolitik scheiterte an nationalen Gegensätzen; sie ließ sich nur punktuell und intergouvernemental angehen.²³⁸ Überhaupt sicherte die Wirtschaftsverfassung den Mitgliedstaaten und den Institutionen die Kontrolle über die Ausgestaltung des Markts, nicht zuletzt über die *Meroni*-Doktrin, die die Auslagerung von Entscheidungen verhinderte.²³⁹

b) Wettbewerbsrecht

Das Wettbewerbsrecht beginnt bekanntermaßen schon 1951 mit dem EGKS-Vertrag. Der gemeinsame Markt für Kohle und Stahl sollte nicht durch private Hemmnisse erschwert werden, was gerade bei der damaligen Konzentration der Industrie nicht unwahrscheinlich erschien. Die Erfahrung mit Kartellen im Nationalsozialismus war noch frisch.²⁴⁰ Die Umsetzung der EGKS-Wettbewerbsregeln verlief jedoch schleppend. Verantwortlich dafür waren Differenzen zwischen Deutschland und Frankreich. So bewirkte das Wettbewerbsrecht eher eine informelle, politische Kontrolle, über die Verschmelzungen ggf. von den Unternehmen selbst abgeblasen wurden. Dazu trug eine rigide Formulierung der Kompetenzen der Hohen

235 EuGH, Urteil v. 13.7.1966, verb. Rs. 56/64 und 58/64, ECLI:EU:C:1966:41 – *Consten & Grundig/Kommission*; dazu Robert Schütze, ‚Re-reading‘ *Dassonville*. Meaning and Understanding in the History of European Law, ELJ 24 (2018), 376–407 (388 f.).

236 EuGH, *Costa/E.N.E.L.* (Fn. 82).

237 *Schorkopf* (Fn. 144), 97 ff.

238 *Warlouzet*, Construction (Fn. 234), 162.

239 EuGH, Urteil v. 13.6.1958, Rs. 9/56, ECLI:EU:C:1958:7 – *Meroni/Hohe Behörde*.

240 *Warlouzet*, Construction (Fn. 234), 156.

Behörde bei. Eine stärker rechtsförmige Umsetzung hätte allerdings mit dem Problem zu kämpfen gehabt, dass Preiskontrollen es schwierig gemacht hätten, den Einfluss von Verschmelzungen auf den Preiswettbewerb festzustellen.²⁴¹

Der *Spaak*-Bericht betonte jedoch die Bedeutung des Wettbewerbsrechts für die Entwicklung des Gemeinsamen Markts. Deutschland hatte ein erhebliches Interesse an einer starken Wettbewerbsordnung, da es mit dem Kartellamt vorangeschritten war und diese Prägung der Wirtschaftsverfassung seiner Exportorientierung entsprach. Die Kommission profitierte von den Erfahrungen der EGKS durch Übertragung entsprechend weitreichender Befugnisse. Der Einfluss überzeugter Wettbewerbsbefürworter wie *Hans von der Groeben* tat das Übrige.²⁴²

Unter dem eingebetteten Liberalismus verlief jedoch die Umsetzung der Wettbewerbsregeln nicht bruchlos. Ein Problem stellte die durch die Verordnung Nr. 17 aufgestellte Notifikationspflicht dar. Die hohe Zahl der Notifikationen stellte die Kommission vor gewaltige administrative Herausforderungen.²⁴³ Für ein weiteres Problem sorgten die Anforderungen an Kommissionsentscheidungen. In dem wohl bedeutendsten Fall *Consten und Grundig* folgte der Gerichtshof zwar nicht dem Generalanwalt, der für ein enges Verständnis der Vertragsbestimmungen eintrat und fundierte Beweise für die wirtschaftlichen Auswirkungen der streitgegenständlichen Vereinbarung forderte. Allerdings beschränkte der Gerichtshof seine Entscheidung auf das Verbot von Parallelimporten.²⁴⁴ Die Unvereinbarkeit einzelner Klauseln hatte keine Auswirkungen auf die sonstige Vereinbarung.²⁴⁵

c) Grundrechte

Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Signifikanz der Grund- und Menschenrechte blieb in der Nachkriegszeit eher gering. Grundrechte sollten

241 *Laurent Warlouzet/Tobias Witschke*, The Difficult Path to an Economic Rule of Law. European Competition Policy, 1950–1991, *Contemp. Eur. Hist.* 21 (2012), 437–455 (439 ff.).

242 Ebd., 438.

243 Ebd., 447; *Warlouzet*, *Evolving Compromise* (Fn. 135).

244 EuGH, *Consten & Grundig/Kommission* (Fn. 235).

245 EuGH, Urteil v. 30.6.1966, Rs. 56/65, ECLI:EU:C:1966:38 – *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*.

vor allem demokratische Rechte sichern.²⁴⁶ Wirtschaftliche Integration sollte in den Händen des Staats liegen und durch parlamentarische Prozesse entschieden werden. Insofern erscheint es konsequent, dass die gescheiterte Europäische Politische Gemeinschaft Grundrechtsgarantien erhalten sollte, nicht jedoch die EWG.²⁴⁷ Die Entwicklung von Gemeinschaftsgrundrechten ließ sich nach *van Gend* und *Costa/ENEL* allerdings nicht mehr verhindern.²⁴⁸ Der EuGH legte sie in seinen ersten Entscheidungen jedoch noch recht restriktiv aus und verstand sie im Jahrzehnt vor *Cassis* nicht als Instrumente der Liberalisierung.²⁴⁹

d) Zusammenfassung

Die Dogmatik des Binnenmarktrechts fügt sich in die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Vorgaben ein. Trotz mancher Abstriche kann man hier von einer Gesamtentscheidung sprechen, die zwar Märkten und Wettbewerb eine wichtige Rolle zuwies, jedoch bei der Umsetzung auf die Mitgliedstaaten weitreichende Möglichkeiten zur Gestaltung und Berücksichtigung ihrer öffentlichen Interessen ließ. Insgesamt zeichnet sich diese Periode daher durch eine gewichtige, oft interventionistische Rolle der Mitgliedstaaten aus, die für die notwendige demokratische Legitimität sorgten.

2. Liberalisierender Konstitutionalismus

Die Emergenz des Wirtschaftsliberalismus in Europa seit den 1970ern ist ein gut untersuchter Gegenstand. Für den vorliegenden Beitrag lohnt sich ein genauer Blick auf die verfassungsrechtlichen Zusammenhänge. Aufgrund der neueren Forschung ist die Entwicklung von den 1970ern bis zu den 1990ern als Stärkung des Marktprinzips zulasten der Solidarität zu verstehen, die mit einer massiven Ausweitung der Unionskompetenzen

246 Samuel Moyn, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018, 41 ff.

247 Vgl. Pierre Pescatore, *Les droits de l'homme et l'integration Européene*, CDE 4 (1972), 629–673.

248 Instruktiv *Schorkopf* (Fn. 144), 174 ff., der jedoch von einer ursprünglichen Grundrechtslücke ausgeht.

249 Vgl. EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 – *Internationale Handelsgesellschaft*; Urteil v. 14.5.1974, Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51 – *Nold*; dazu auch Goldmann (Fn. 182).

gegenüber den Mitgliedstaaten und einigen Fortschritten bei ihrer Demokratisierung einherging, auch wenn Letztere dem gewachsenen Einfluss der Union kaum angemessen waren. Kennzeichnend dafür war ein iteratives Zusammenwirken von Mechanismen negativer und positiver Integration, begleitet und beeinflusst von Mitarbeitenden der Kommission, die die Gerichtsentscheidungen entsprechend orchestrierten und umsetzten.²⁵⁰

a) Grundfreiheiten: *Cassis*-Rechtsprechung

In diesem Sinne beginnt der liberalisierende Konstitutionalismus nicht erst mit der *Dassonville*-Entscheidung, sondern spätestens mit der Veränderung der Rolle von Richtlinien seit den 1970ern. Statt der schwerfälligen Harmonisierung des bestehenden mitgliedstaatlichen Rechts, die regelmäßig zu Konflikten unter den Mitgliedstaaten führte, bemühte sich die Gemeinschaft nun vermehrt um Richtlinien zur Regelung neuer Lebensbereiche, die ohne Vorprägung durch nationales Recht waren. Das betraf zunächst vor allem den Warenverkehr. Diese Richtlinien gewannen an Effektivität durch die Zuerkennung unmittelbarer Wirkung nach Ablauf der Übergangsfrist.²⁵¹

Die Entwicklung der Rechtsprechung zur negativen Integration ist fraglos einer der am besten untersuchten Gegenstände des Europarechts. Ihr verdankt der Europäische Gerichtshof seine Reputation als Motor der Integration.²⁵² Im Kern geht es um die Frage, ob das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen in (heute) Art. 34 AEUV eng oder weit zu verstehen ist. Ein enges Verständnis stellt auf den Charakter der Maßnahme ab und erfasst nur Grenzformalitäten und vergleichbare offen diskriminierende Praktiken; ein weites Verständnis stellt auf die Wirkung ab und schließt jede Art von mitgliedstaatlicher Maßnahme ein, die die potenziellen Handelsvolumina reduziert. Die Frage war Ende der 1960er hoch umstritten.²⁵³ Nach der prägenden Lesart von *Joseph Weiler* hat der EuGH nach dem Ende der Übergangszeit gem.

250 *Brigitte Leucht*, The Policy Origins of the European Economic Constitution, ELJ 24 (2018), 191–205.

251 EuGH, Urteil v. 4.12.1974, Rs. 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 – *van Duyn*; vgl. *Schorkopf* (Fn. 144), 195 ff.

252 *Thorsten Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 62), 705–748 (711).

253 *Kaupa* (Fn. 68), 165 ff., 180.

Art. 8 EWG-Vertrag mit der Rs. *Dassonville* den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit durch das Verständnis als Begrenzungsverbot erst erheblich erweitert, dies in der Folge durch die Einführung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe in der Entscheidung *Cassis* und die Etablierung einer Bereichsausnahme in *Keck* wieder teilweise zurückgenommen, so dass die Liberalisierung durch die Grundfreiheiten derjenigen durch die WTO ähnele.²⁵⁴

Dieses Narrativ ist kürzlich von Robert Schütze hinterfragt worden.²⁵⁵ *Dassonville* betreffe vor allem die Behandlung von Gütern aus Drittstaaten und Maßnahmen zur Verhinderung von Parallelimporten. Die fraglichen Zollformalitäten für indirekte Importe wirkten sich als Hindernis gegenüber direkten Importen aus. Damit spiegele *Dassonville* im Prinzip ein enges, auf Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit beim Grenzübergang begrenztes Verständnis der Maßnahmen gleicher Wirkung, sei jedoch keineswegs auf das Niederreißen jeglicher Beschränkungen gerichtet. Dass Zollzertifikate damals mangels eines einheitlichen Zollverfahrens notwendig waren, habe der Gerichtshof nicht in Zweifel ziehen wollen. Der Fall sei nur deshalb an das Plenum des Gerichtshofs übertragen worden – ein Umstand, auf den die Zuschreibung einer grundstürzenden Bedeutung nach der *Weiler*-These oft abstellt – um eine für das Wettbewerbsrecht wie die Warenverkehrsfreiheit einheitliche Formel für den Umgang mit öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich begründeten Parallelimportverboten zu finden. Dies zeige schon der Umstand, dass die *Dassonville*-Formel aus der Entscheidung *Consten v Grundig* übernommen wurde.²⁵⁶ Damit habe *Dassonville* keine umfassende Liberalisierung der Märkte bewirkt. Diese sei denn auch in der Zeit nach *Dassonville* erst einmal ausgeblieben, wie einige Urteile aus der Zeit danach zeigten.²⁵⁷ Die Einordnung von *Dassonville* als Liberalisierungsmoment beruhe daher auf einer nachträglichen Fehlzu-

254 Joseph H.H. Weiler, The Constitution of the Common Market Place. Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, Oxford: Oxford University Press 1999, 370–385; Joseph H.H. Weiler, Epilogue: Towards a Common Law of International Trade, in: ders. (Hrsg.), The EU, the WTO, and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade?, Oxford: Oxford University Press 2000, 201–232.

255 Schütze (Fn. 235), insbesondere 398 f.

256 S.o. Fn. 235.

257 Ebd.; vgl. auch Robert Schütze, From Dassonville to Cassis. The Revolution that did Not Take Place, in: Albertina Albors-Llorens/Catherine Barnard/Brigitte Leucht (Hrsg.), Cassis de Dijon: 40 Years On, Oxford: Hart 2021, 23–42.

schreibung aus dem Umfeld der *Integration through law*-Forschung. Der Wunsch müsse hier Vater des Gedankens gewesen sein.

Eine umfassende Liberalisierung ist somit erst fünf Jahre später mit der Entscheidung *Cassis de Dijon* eingetreten, die der *Dassonville*-Formel ihre bis heute bekannte liberale Färbung verlieh.²⁵⁸ *Cassis* folgt klar einem Marktparadigma, da explizit auch unterschiedslose Maßnahmen dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit unterfallen sollen. Aufgrund der Blockade bei der Sekundärgesetzgebung habe die Möglichkeit eines Übergangs zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu dem Zeitpunkt bereits in der Luft gelegen.²⁵⁹ Die liberalisierende Wirkung von *Cassis* beförderte auch die Nomenklatur der Rechtfertigungsgründe. Der Erhalt von Lebensqualität oder traditioneller, sozialer Mikro-Strukturen bildete gerade keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund.²⁶⁰ Die europäische Funktionalite war erfreut; die Kommission strengte in der Folge gezielt Verfahren an, um das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu entfalten.²⁶¹ Wenig später übertrug der Gerichtshof die *Dassonville*-Formel auch auf Ausfuhrbeschränkungen, sofern diese spezifisch sind.²⁶²

Jedoch war mit *Cassis* nicht unbedingt die Erwartung grenzenloser Liberalisierung verbunden. *Cassis* erging nur vier Monate nach der ersten Direktwahl des Europäischen Parlaments, mithin in einer Periode, in der die Gemeinschaft ihre demokratische Autorität in Regulierungsfragen gestärkt sah.²⁶³ Man sollte *Cassis* daher nicht nur als marktliberale Entscheidung lesen, selbst wenn sie zweifellos Züge davon trägt, sondern auch als Moment der Verlagerung von politischem Gewicht von den Mitgliedstaaten zu

258 Dazu Robert Schütze, 'Re-constituting' the Internal Market. Towards a Common Law of International Trade?, YBEL 39 (2020), 250–292.

259 Catherine Barnard, The Missing Ingredient in *Cassis de Dijon*. An Exercise in Legal Archaeology, in: Albors-Llorens/Barnard/Leucht (Fn. 251), 43–68; klassisch zur Rolle des Gerichtshofs Karen J. Alter/Sophie Meunier-Aitshalia, Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking *Cassis de Dijon* Decision, Comp. Polit. Stud. 26 (1994), 535–561.

260 Gareth Davies, Free Movement, the Quality of Life and the Myth that the Court Balances Interests, in: Panos Koutrakos/Niamh Nic Shuibhne/Phil Syrpis (Hrsg.), Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality, Oxford: Hart 2016, 218–239.

261 Schorkopf (Fn. 144), 202 f.

262 EuGH, Urteil v. 8.11.1979, Rs. 15/79, ECLI:EU:C:1979:253 – *Groenveld*.

263 Schorkopf (Fn. 144), 200.

den Unionsorganen, sei es durch Einführung einer europäischen Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁶⁴ oder Harmonisierung.

Der Gesetzgeber reagierte denn auch auf *Cassis* schon vor der Einheitlichen Europäischen Akte durch beispiellose Fortschritte in der Harmonisierung.²⁶⁵ Die Reichweite des neu eingeführten Art. 114 AEUV entsprach dann genau dem Umfang der Warenverkehrsfreiheit.²⁶⁶ Druck aus der Wirtschaft und dem Europäischen Parlament beseitigte mitgliedstaatliche Differenzen.²⁶⁷ Dabei half auch die Strategie, Detailharmonisierung aufzugeben zugunsten der Harmonisierung von Mindestanforderungen.²⁶⁸ Parallel zu dieser Entwicklung verlief die Einstellung protektionistischer Handelspraktiken gegenüber internationalen Konkurrenten der EWG.²⁶⁹

Anders als nach der Theorie von *Weiler* fiel die Einschränkung der *Dassonville-Cassis*-Rechtsprechung durch die Entscheidung *Keck* von 1993 eher moderat aus; eine Bremse des unionalen Liberalisierungsdrangs ist hierin nicht zu sehen. Nach *Weiler* spielten hierfür Legitimitätsgrenzen der Gemeinschaft eine Rolle. Dies überzeugt nur bedingt, war doch mittlerweile die Sekundärgesetzgebung durch die Einheitliche Europäische Akte und den Vertrag von Maastricht gewaltig in Gang gekommen.²⁷⁰ Nach *Robert Schütze* liegt die Bedeutung von *Keck* daher weniger in der teilweisen Rücknahme der *Dassonville*-Formel, sondern in einer justiziellen Selbstermächtigung: Der EuGH behielt durch Einführung des Begriffs der Verkaufsmodalitäten die Kontrolle über die Reichweite der Grundfreiheiten.²⁷¹ Das zeigt sich schon daran, dass der Gerichtshof nicht so weit ging, ein spezifisches Einfuhrhindernis für die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit zu fordern, wie es kurz vor dem Urteil der Generalanwalt Tesauro in der Rs. *Hünernmund* vorgeschlagen hatte.²⁷² Wieder bildet die Verlagerung der

264 Schütze (Fn. 258), 266.

265 Vgl. oben III.3.; zum bekannten Weißbuch vgl. *Patel/Röhl* (Fn. 165), 46; *Warlouzet*, *Governing Europe* (Fn. 101), 197.

266 Schütze (Fn. 258), 264, 289; *Gareth Davies*, *Can Selling Arrangements be Harmonised?*, *E.L.Rev.* 30 (2005), 370–385.

267 *Warlouzet*, *Construction* (Fn. 234), 152 f.

268 *Patel/Röhl* (Fn. 165), 57 ff.

269 *Warlouzet*, *Construction* (Fn. 234), 160.

270 S.o. II.1.a.

271 Schütze (Fn. 123), 158 ff.; vgl. auch die Inkohärenz beklagend *Kingreen* (Fn. 252), 734.

272 Generalanwalt *Tesauro*, Schlussanträge v. 27.10.1993, Rs. C-292/92, *ECLI:EU:C:1993:863*, Rn. 32 – *Hünernmund*.

Entscheidungsmacht auf die Union einen bedeutenden Gesichtspunkt des liberalisierenden Konstitutionalismus.

Diese Interpretation von *Keck* als Selbstermächtigung des Gerichtshofs statt als Liberalisierungsteilrücknahme findet eine Bestätigung in der weiteren Entwicklung der Warenverkehrsfreiheit. Bereits in der Entscheidung *Familiapress* engte der Gerichtshof den Begriff der Verkaufsmodalitäten ein;²⁷³ in der Rs. *Alfa Vita* folgte eine weitere Einschränkung für Herstellungsbedingungen, sofern diese auch die Verkaufsstellen betrafen.²⁷⁴ In diesen Entscheidungen deutete sich schon der Marktzugangstest an, den der EuGH in der Entscheidung *Italian Trailers* einführt und indirekt das italienische Verbot von Anhängern für Kradfahrzeuge kassierte.²⁷⁵ Er fand Bestätigung durch die Prüfung von Gebrauchseinschränkungen am Maßstab von Art. 34 AEUV in der Rs. *Mickelsson & Roos* oder Zulassungsverboten.²⁷⁶ Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur als Rückkehr zu *Dassonville* verstanden,²⁷⁷ da diese Entscheidungen ein liberalisierendes Marktverständnis durchdringt, das über den reinen Schutz vor Protektionismus hinausgeht.²⁷⁸ Eigentlich hatte der EuGH sich niemals von *Dassonville* abgewendet.

273 EuGH, Urteil v. 26.6.1997, Rs. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 – *Familiapress*; vgl. Schütze (Fn. 123), 160.

274 EuGH, Urteil v. 14.9.2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, ECLI:EU:C:2006:562 – *Alfa Vita Vassilopoulos*.

275 EuGH, Urteil v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66 – *Kommission/Italian (Italian Trailers)*; Urteil v. 11.12.2003, Rs. C-322/01, ECLI:EU:C:2003:664 – *DocMorris*; diese Rechtsprechung intensivierend Urteil v. 2.12.2010, Rs. C-108/09, ECLI:EU:C:2010:725 – *Ker-Optica*; Urteil v. 26.4.2012, Rs. C-456/10, ECLI:EU:C:2012:241 – *ANETT*; dazu unten IV.3.a. Zum Marktzugang vgl. *Niamh Nic Shuibhne*, *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2013, 210 ff.

276 EuGH, Urteil v. 4.6.2009, Rs. C-142/05, ECLI:EU:C:2009:336 – *Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos*; zur Prüfung von Zulassungsverboten ferner Urteil v. 20.3.2014, Rs. C-639/11, ECLI:EU:C:2014:173 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 20.3.2014, Rs. C-61/12, ECLI:EU:C:2014:172 – *Kommission/Litauen*; vgl. Schütze (Fn. 123), 165 ff.

277 *Ioannis Lianos*, In Memoriam Keck. The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods, *E.L.Rev.* 40 (2015), 225–248 (235 ff.).

278 Schütze (Fn. 258), 266; *ders.* (Fn. 123), 165 ff.; Zustimmung zur Rechtsprechung bei *Stefan Enchelmaier*, *Moped Trailers, Mickelsson & Roos*, *Gysbrechts. The ECJ's Case Law on Goods Keeps on Moving*, *YBEL* 29 (2010), 190–223. Kritisch auf der impliziten Grundlage eines antiprotektionistischen Marktverständnisses: *Gareth Davies*, *Understanding Market Access. Exploring the Economic Rationality of Divergent Conceptions of Free Movement Law*, *GLJ* 11 (2010), 671–703; zur unausge-

Weitere Rechtsprechungslinien fügen sich in das Bild. So setzte sich eine *de minimis*-Hürde zur Eingrenzung der *Dassonville*-Formel nicht durch.²⁷⁹ Die Rechtsprechung erweiterte eher noch den Anwendungsbereich, indem sie z.B. den Warenbegriff auch auf Abfall oder öffentliche Dienstleistungen erstreckte.²⁸⁰ Auch die Zuerkennung einer mittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten trug zur Liberalisierung bei.²⁸¹ Gleichzeitig blieb es den Mitgliedstaaten jedoch erlaubt, Präferenzabkommen untereinander zu schließen, etwa über die Doppelbesteuerung, mit der Folge horizontaler Diskriminierung und zumindest potentiellen Auswirkungen auf den Standortwettbewerb.²⁸²

Das Bild rundete die vorübergehende Einschränkung von Harmonisierungsmaßnahmen durch die enge Auslegung des Art. 114 AEUV in der Rs. *Tabakwerbeverbot I* ab.²⁸³ Das wurde jedoch in der Folge wieder kasziert.²⁸⁴ Die zweckgerichtete Lesart des Art. 114 AEUV lud meist zu einer expansiven Auslegung ein, sodass der Gleichlauf von Liberalisierung und Stärkung der Union wiederhergestellt wurde.²⁸⁵

sprochenen Liberalisierungstendenz Jukka Snell, The Notion of Market Access. A Concept or a Slogan?, CML Rev. 47 (2010), 437–472.

279 Shuibhne (Fn. 275), 158 ff.; Kirsa Steinke, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, Berlin: Peter Lang 2009, 45 ff.

280 EuGH, Urteil v. 9.7.1992, Rs. C-2/90, ECLI:EU:C:1992:310 – *Kommission/Belgien*; Urteil v. 25.10.2001, Rs. C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 – *Ambulanz Glöckner*; vgl. *Weatherill* (Fn. 54) 33–39.

281 EuGH, Urteil v. 9.12.1997, Rs. C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595 – *Kommission/Frankreich*; *Schmidberger* (Fn. 57).

282 Vgl. EuGH, Urteil v. 5.7.2005, Rs. C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424 – *D*, und Urteil v. 12.12.2006, Rs. C-374/04, ECLI:EU:C:2006:773 – *Test Claimants*. Ausführlich und kritisch gegenüber der Rspr. *Sarah Ponti*, Das horizontale Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten, Baden-Baden: Nomos 2023.

283 EuGH, Urteil v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544 – *Deutschland/Parlament und Rat*.

284 EuGH, *Tabakwerbeverbot II* (Fn. 90).

285 Gareth Davies, Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence, ELJ 21 (2015), 2–22.

b) Kohärenz der Grundfreiheiten

Ab 1990 bildete zudem die Vereinheitlichung der Grundfreiheiten-Dogmatik einen Kristallisationspunkt weiterer Liberalisierungsschübe.²⁸⁶ Drohende Rechtsunsicherheit, scheinbar ein unpolitisches Argument, musste als Argument für die Angleichung der weiteren Grundfreiheiten an das liberale Niveau der Warenverkehrsfreiheit herhalten.²⁸⁷ Vordergründig ging es darum, nur eine Grundfreiheit zu prüfen, wenn mehrere betroffen sind.²⁸⁸ Der aus dem eingebetteten Liberalismus bekannte Zusammenhang der Grundfreiheiten sollte fortgeführt werden. Dies war jedoch kein logisch zwingender Schluss, da die Anfangsphase gerade keine Liberalisierung von der Reichweite der *Cassis*-Entscheidung vorsah.

Vor allem die Niederlassungsfreiheit erwies sich in diesem Kontext als Zugpferd der Liberalisierung. Ihr wurde bald die Wirkung eines Beschränkungsverbots zugesprochen,²⁸⁹ wodurch gewichtige Aspekte des mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechts einer Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten zu unterziehen waren, insbesondere um die Identität von Gesellschaften zu schützen.²⁹⁰ Während die betriebliche Mitbestimmung als solche unangetastet blieb, stieß die Möglichkeit ihrer Umgehung durch Auslandsgesellschaften auf erhebliche Bedenken.²⁹¹

Im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit setzte die Liberalisierung vergleichsweise spät ein, schlug dann aber mit voller Wucht zu, da sich hier die Effekte von unmittelbarer Drittwirkung und der Ausweitung zu einem Beschränkungsverbot gegenseitig verstärkten.

Entgegen anderslautenden Behauptungen beginnt die Liberalisierung nicht bereits mit der Entscheidung *Walrave und Koch*. Zwar erkannte der EuGH in dieser Entscheidung, dass privatrechtliche Verbandsregeln

286 Kritisch *Benjamin Straßburger*, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten, Tübingen: Mohr Siebeck 2012; weitergehend *Stefanie Valtä*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 133 ff.: die Einheitlichkeit umfasse auch das allg. Freizügigkeitsrecht.

287 Vgl. *Shuibhne* (Fn. 275) 41 ff.

288 So EuGH, Urteil v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 27 – *Omega* („*Laserdrome*“).

289 EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, Rn. 37 – *Gebhard*.

290 EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, Rn. 133 – *Inspire Art*; vgl. *Ulrich Forsthoff*, Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften. Europarechtliche Grenzen für die Erstreckung deutschen (Mitbestimmungs-)Rechts, Baden-Baden: Nomos 2006, 68 ff.

291 Ebd., 180 ff.

das Äquivalent von staatlicher Regulierung sein konnten und deshalb an den Grundfreiheiten zu messen waren. Insofern ähnelt die Entscheidung jedoch dem *Dassonville*-Urteil, in dem auch ein privatrechtlich begründetes Parallelimportverbot in Frage stand. Wie auch im *Dassonville*-Fall ging es – nach der hier vertretenen Ansicht – bei *Walrave und Koch* zuvörderst um ein Diskriminierungsverbot, das effektiv durchgesetzt werden sollte, indem man privatrechtliche Umgehungen verhinderte. Die Entscheidung ist von einem Beschränkungsverbot noch weit entfernt.²⁹²

Auch das Urteil *Seco* zur Arbeitnehmerentsendung brachte noch nicht den Durchbruch. Es folgte anders als *Cassis* nicht der Logik der gegenseitigen Anerkennung; vielmehr erlaubte es den Mitgliedstaaten, ihre sozialen Standards auch auf entsendete Arbeitnehmer auszudehnen, sofern diese für allgemeinverbindlich erklärt worden waren.²⁹³ Dies präziserte die Entsende-Richtlinie 96/71/EG, die einen Kern an allgemeinverbindlichen Arbeitnehmerrechten sicherte, einschließlich Mindestlohnvorschriften. Entsprechend wendete der EuGH die Grundfreiheiten auf die Systeme der sozialen Sicherung nur als Diskriminierungsverbote an.²⁹⁴

Der entscheidende Liberalisierungsschub kam erst mit dem Urteil *Bosman*, das die Arbeitnehmerfreizügigkeit als diskriminierungsunabhängiges Beschränkungsverbot verstand.²⁹⁵ Die Entscheidung *Angonese* wird oft als Ausweitung der *Bosman*-Rechtsprechung auf einzelvertragliche Vereinbarungen gesehen. Jedoch handelt es sich hierbei eigentlich um einen Fall der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.²⁹⁶ Anders als für die Arbeitnehmerfreizügigkeit lehnt der Gerichtshof die unmittelbare Drittwir-

292 EuGH, Urteil v. 12.12.1974, Rs. 36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 20 ff. – *Walrave und Koch*.

293 EuGH, Urteil v. 3.2.1982, verb. Rs. 62/81 und 63/81, ECLI:EU:C:1982:34 – *Seco*. Weitere Nachweise bei *Achim Seifert*, Free Movement of Services and National Labour Law in Conflict. The Case of the Posting of Workers, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), European Economy and People's Mobility, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 85–98 (87 ff.).

294 EuGH, Urteil v. 7.2.1984, Rs. 238/82, EUCLI:EU:C:1984:45, Rn. 16, 21 – *Duphar u.a.*

295 Vgl. EuGH, Urteil v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 – *Bosman*; vgl. auch Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 – *ITF*.

296 EuGH, Urteil v. 6.6.2000, Rs. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – *Angonese*. Vgl. *Katja Langenbucher/Philipp Donath*, Europarechtliche Methodenlehre, in: Katja Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, 25–78; *Peter Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten. Zur Frage der unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Baden-Baden: Nomos 2009, 91 ff.

kung für die Warenverkehrsfreiheit zwar ab; doch dort unterliegen privatrechtliche Vereinbarungen dem Wettbewerbsrecht.²⁹⁷ Das ist bei Arbeitsverträgen nicht sinnvoll anwendbar, denn die (diskriminierenden) Bedingungen eines Einzelarbeitsvertrags stellen kein Kartell dar. Eine Ausweitung des Beschränkungsverbots stellte aber die Entscheidung *Watts* dar, die die sozialen Sicherungssysteme betraf.²⁹⁸

Höhepunkt und Kulmination der Liberalisierung durch Beschränkungsverbot und unmittelbare Drittwirkung waren die Urteile *Viking* und *Laval*.²⁹⁹ Beide Fälle betrafen Sozialdumping; einmal sollte ein Schiff mit finnischen Tarifverträgen nach Estland ausgeflaggt werden; ein anderes Mal ging es um lettische Arbeiter, die zu lettischen Arbeitsbedingungen auf schwedischen Baustellen wirkten. Beide Male wehrten sich Gewerkschaften durch Arbeitskampf gegen die Maßnahmen. Das Potenzial einer Kollision der Grundfreiheiten mit kollektivem Arbeitsrecht hatte schon lange Grund zur Sorge gegeben. Deshalb waren auf gewerkschaftlichen Druck hin Klauseln in sekundärrechtliche Normen aufgenommen worden, die die Arbeitnehmerrechte sichern sollten, einschließlich des Arbeitskampfs.³⁰⁰ Der EuGH erkannte auf die unmittelbare Drittwirkung der betroffenen Grundfreiheiten. Das Streikrecht, obwohl ein Grundrecht, sei rechtfertigungsbedürftig. Die Rechte der Arbeitnehmer, das war der springende Punkt, stellten dabei für sich genommen keine zwingenden Gründe des Allgemeinwohls dar; vielmehr bedürfe es einer Abwägung. Hier wurde

297 Vgl. EuGH, Urteil v. 12.7.2012, Rs. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453 – *Fra.bo*; Löwisch (Fn. 296), 56. Markus Ludwigs/Sabine Weidemann, Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten. Von der Divergenz zur Konvergenz?, Jura 36 (2014), 152–165.

298 EuGH, Urteil v. 16.5.2006, Rs. C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325, Rn. 92 – *Watts*; vgl. ferner u.a. Urteil v. 21.7.2011, Rs. C-503/09, ECLI:EU:C:2011:500, Rn. 75 ff. – *Stewart*.

299 Dazu Martin Höpner/Susanne K. Schmidt, Can We Make the European Fundamental Freedoms Less Constraining? A Literature Review, CYELS 22 (2020), 182–204 (187 f.).

300 Verordnung 2679/98/EG v. 7.12.1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 2); Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG v. 12.12.2006, Erwägungsgrund 14; vgl. Thomas Blanke, Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rueffert. Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen, in: Jens M. Schubert (Hrsg.), Sozialer Dialog in der Krise – Social dialogue in crisis? Liber Amicorum Ulrike Wendeling-Schröder, Baden-Baden: Nomos 2009, 129–147; vgl. jedoch Sabine Mair, Kahn in Luxembourg. A Prolegomena to the Cultural Study of EU Law, GLJ 24 (2023) 735–751, deren soziokulturelle Analyse wirtschaftliche Machtgefälle vernachlässigt, die das Instrument des Flächentarifvertrags ausgleichen soll.

die Asymmetrie der Wirtschaftsverfassung greifbar.³⁰¹ Sie entsprach in gewisser Weise auch dem verfassungsrechtlichen Zustand, denn Versuche zur Stärkung der solidarischen Komponente der europäischen Integration blieben durchweg halbherzig.³⁰² Die Liberalisierung machte insofern eine weitere Achse auf, indem sie Arbeitnehmer aus verschiedenen Mitgliedstaaten einem Unterbietungswettbewerb aussetzte – das Gegenteil der in *Seco* intendierten Anpassung nach oben.³⁰³ Der Fall *Laval* war insofern weniger gravierend, als der EuGH den Ball zurück an den Mitgliedstaat spielte. Die schwedische Praxis, Tarifbedingungen nicht per Allgemeinverfügung, sondern traditionell über Arbeitskampfmaßnahmen flächendeckend durchzusetzen, entspreche nicht der Entsenderichtlinie. Hier gewann also „nur“ das Unionsrecht die Oberhand; doch bürdete dies zugleich der Arbeitnehmerseite die Last der Anpassung an das Unionsrecht auf, denn die Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten über Parlament und Regierung unterliegt anderen Voraussetzungen als der Arbeitskampf.

Die Liberalisierung der Dienstleistungsfreiheit begann zaghaft mit der Erfassung mittelbarer Diskriminierungen seit 1973 unter Hinweis auf den *effet utile*.³⁰⁴ Ein Beschränkungsverbot wurde allerdings erst in der Rs. *Säger* erkannt;³⁰⁵ die Entscheidung *van Binsbergen* wird hierfür zwar oft zitiert, betraf aber wie auch die *Dassonville*-Entscheidung eigentlich eine Diskriminierung, so dass die Frage eines Beschränkungsverbots sich nicht stellte.³⁰⁶ Die *Keck*-Rechtsprechung wurde jedoch bewusst nicht auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen. Während der EuGH diese Möglichkeit in der Rs. *Alpine Investments* noch offen ließ,³⁰⁷ sprach sich Generalanwältin *Stix-Hackl* in der Rs. *Laserdrome* gegen eine Übernahme von *Keck*

301 Christian Joerges/Florian Rödl, Das soziale Defizit des europäischen Integrationsprojekts, KJ 41 (2008), 149–165.

302 EuGH, Urteil v. 3.4.2008, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – *Rüffert*; vgl. Franz C. Mayer, Der EuGH und das soziale Europa, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Internationale Politikanalyse, Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung 2009, 7–25.

303 Norbert Reich, Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the *Laval* and *Viking* cases before the ECJ, GLJ 9 (2008), 125–161.

304 EuGH, Urteil v. 12.2.1974, Rs. 152/73, ECLI:EU:C:1974:13 – *Sotgiu*.

305 EuGH, Urteil v. 25.7.1991, Rs. C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 – *Säger/Dennemeyer*; vgl. Ann-Christin Wiegemann, Die Liberalisierung des Dienstleistungshandels im Recht der Europäischen Union und der Welthandelsorganisation, Baden-Baden: Nomos 2009, 223 ff.

306 Ebd.; EuGH, Urteil v. 3.12.1974, Rs. 33/74, ECLI:EU:C:1974:131 – *van Binsbergen*.

307 EuGH, Urteil v. 10.5.1995, Rs. C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126, Rn. 36 – *Alpine Investments*.

aus.³⁰⁸ Der EuGH schloss sich dem an, indem er *Keck* unerwähnt ließ. Wie in *Alpine Investments* ersichtlich, geht es dem EuGH vorrangig um ein Marktzugangskriterium.³⁰⁹

Gegenwind zur Liberalisierung kam jedoch im Rahmen der *Bolkestein*-Richtlinie zu Dienstleistungen. Die Kommission schlug vor, das Herkunftslandprinzip einzuführen, mithin genau diejenige Unterminierung sozialer Standards durch zum Angstbild gewordene „polnische Klempner“ zu ermöglichen, vor der den Hochlohnländern graute.³¹⁰ Enormer politischer Widerstand wendete das Herkunftslandprinzip schließlich ab.³¹¹ Ein weiteres Ergebnis dieses Gegendrucks war die Anerkennung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Lissabonner Vertrag (Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 AEUV), der die Phase der Integration einläutete.

c) Rechtfertigungsgründe

Die Rechtfertigungsgründe sind nicht viel kohärenter als die Frage des Anwendungsbereichs geblieben.³¹² Die mit der *Cassis*-Entscheidung beginnende Kreation von Rechtfertigungsgründen, die „zwingenden Erfordernissen“ entsprechen, resultierte aus der Notwendigkeit, die Tatbestandserweiterung der Grundfreiheiten durch das Verständnis als Beschränkungsverbote wieder einzufangen, um keine völlig ungezügelte Liberalisierung zu ernten. Im Ergebnis stärkte diese Dynamik von Beschränkungsverbot und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen vor allem wieder einmal die Unionsebene gegenüber den Mitgliedstaaten.³¹³ Dem Liberalisierungsparadigma entsprach die enge Auslegung der Rechtfertigungsgründe durch den EuGH³¹⁴ sowie die durch Schwerpunktsetzung bei der Erforderlichkeit etwas forma-

308 Generalanwältin *Stix-Hackl*, Schlussanträge v. 18.3.2004, Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:162, Rn. 37 – *Omega* („*Laserdrome*“).

309 *Steinke* (Fn. 279), 190.

310 *Warlouzet*, *Construction* (Fn. 234), 155.

311 *Michele Chang/Dominik Hanf/Jacques Pelkmans*, *The Services Directive. Trojan Horse or White Knight?*, *J. Eur. Integr.* 32 (2010), 97–114; kritisch *Jürgen Basedow*, *European Economy and People's Mobility. The Fate of the Internal Market*, in: *Ruffert* (Fn. 293), 3–18 (14).

312 *Kingreen* (Fn. 252), 735.

313 *Ebd.*, 739.

314 Z.B. EuGH, Urteil v. 6.11.1984, Rs. 177/83, ECLI:EU:C:1984:334, Rn. 19 – *Kohl*.

listische Vorgehensweise bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung.³¹⁵ Ausnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (z.B. Art. 36 AEUV) lassen bis zur Entscheidung *Omega* eine Präferenz für unionsweite Standards erkennen,³¹⁶ so z.B. die bekannte Entscheidung zum Reinheitsgebot.³¹⁷ Je weiter die Ausnahme von wirtschaftlichen Gesichtspunkten entfernt war, desto mehr Spielraum blieb aber den Mitgliedstaaten.³¹⁸

d) Wettbewerbsrecht

Das Wettbewerbsrecht stellte einen maßgeblichen Schauplatz des liberalisierenden Konstitutionalismus dar, wenngleich die Liberalisierung hier gegenüber den Grundfreiheiten zeitverzögert einsetzte. Wie bei den Grundfreiheiten wirkten hier Kommission, Gesetzgeber und Gerichtshof zusammen. Der Gerichtshof nahm einen ersten Schritt in diese Richtung mit der Entscheidung *Continental Can*, die Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfolgung anderer öffentlicher Interessen der Gemeinschaft in den Erfordernissen des Art. 2 und 3 EWG eine Grenze setzte und damit im Endeffekt einen Vorrang des Wettbewerbs postulierte.³¹⁹

In der Breite stellte diese Entscheidung jedoch noch keinen Durchbruch dar. Dieser folgte erst in den 1980ern. Grund dafür waren zum einen institutionelle Entwicklungen, die wirtschaftsliberale Reformer zur Kommission brachten; zum andern das Binnenmarktprogramm.³²⁰ Der *more economic approach*,³²¹ eine rechtsökonomische Variante der Konstitutionalisierung, sollte durch Bußgelder sowie private Rechtsdurchsetzung das in der Gründungsphase etablierte administrative Ermessen einschränken, gerade sofern es um mitgliedstaatliche Entscheidungen ging. Denn auch der

315 Stefan Leible/Thomas Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 36), Art. 34 AEUV, Rn. 125.

316 EuGH, *Omega* („Laserdrome“) (Fn. 288).

317 EuGH, Urteil v. 12.3.1987, Rs. 178/84, ECLI:EU:C:1987:126 – *Reinheitsgebot*.

318 Daniel Thym, The Constitutional Dimension of Public Policy Justifications, in: Koutrakos/Shuibhne/Syrpis (Fn. 254), 170–189 (180 ff.).

319 EuGH, Urteil v. 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 24 – *Continental Can*.

320 Tim Büthe/Gabriel T. Swank, The Politics of Antitrust and Merger Review in the European Union. Institutional Change and Decisions from Messina to 2004, CES Working Paper No. 142 (2007); Warlouzet, Construction (Fn. 234), 157; ders./Witschke (Fn. 241), 450.

321 Josef Drexler, Wettbewerbsverfassung, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 62), 905–958 (930 f.).

more economic approach führte letztlich zu einer Stärkung der Union, in deren Händen die Definitionsmacht lag.³²² Mithin wäre es irreführend, den *more economic approach* als marktradikale Methode zu sehen; vielmehr handelte es sich zumindest bis zur Jahrtausendwende um einen Ansatz, der in der ordoliberalen Tradition konsequent staatliche Mittel einsetzte, um Privatautonomie zur Entfaltung zu bringen.³²³ Dazu gehörte auch die Rechtsprechung zur Durchsetzung von Kommissionsentscheidungen gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, über die der Gerichtshof konsequent den Vorrang des Gemeinschaftsrechts absicherte.³²⁴ Eine gewisse apolitische Herangehensweise ist für diese Rechtsprechung jedoch typisch. Ein gutes Beispiel hierfür ist die Entscheidung zum *Verband der deutschen Sachversicherer*, die die hochpolitische Frage, ob Kartelle zu sozialstaatlichen Zwecken zulässig sein sollen, aufgrund einer formalistischen Argumentation verneint.³²⁵ Um die Jahrtausendwende setzte sich in der Anwendung der Verträge zunehmend eine neoliberale, ganz auf Perfektionierung des Markts ausgerichtete Haltung durch.³²⁶

Die durch *Continental Can* notwendig gewordene Fusionskontrollverordnung kam erst 1989 zustande; eine Einigung scheiterte lange an der Weigerung der britischen Regierung, die Kommission mit der Durchführung zu betrauen. Erst als der Gerichtshof in der Rs. *Philipp Morris* das Kartellverbot potenziell auf Fusionsverträge erstreckte, bewegte sich die Politik.³²⁷

322 Sebastian Billows/Sebastian Kohl/Fabien Tarissan, Bureaucrats or Ideologues? EU Merger Control as Market-centred Integration, JCMS 59 (2021), 762–781 (die Studie berücksichtigt Daten von 1990 bis 2016); Warlouzet/Witschke (Fn. 241), 453; Laurent Warlouzet, The Centralization of EU Competition Policy. Historical Institutional Dynamics From Cartel Monitoring to Merger Control (1956–1991), JCMS 54 (2016), 725–741.

323 Stefan Grundmann, Von der Europäischen Wettbewerbsunion zur EU-Finanzunion, in: Ruffert (Fn. 293), 127–142 (130).

324 Vgl. EuGH, Urteil v. 11.11.1981, Rs. 60/81, ECLI:EU:C:1981, 264 – *IBM*; Urteil v. 20.3.1997, Rs. C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163 – *Alcan*.

325 EuGH, Urteil v. 27.1.1987, Rs. 45/85, ECLI:EU:C:1987:34 – *Verband der Sachversicherer*; Michelle Everson/Julia Eisner, The Making of a European Constitution. Judges and Law Beyond Constitutive Power, Abingdon: Routledge 2007, 56.

326 Anselm Küsters, The Making and Unmaking of Ordoliberal Language. A Digital Conceptual History of European Competition Law, Frankfurt a.M.: Klostermann 2023.

327 EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. 142/84 und 156/84, ECLI:EU:C:1987:490 – *British American Tobacco*; Warlouzet/Witschke (Fn. 241), 451.

Weitere gesetzgeberische Aktivität bezog sich auf die Liberalisierung von Infrastruktur, besonders im Bereich der Telekommunikation.³²⁸

e) Grundrechte

Die Forderung zum Schutz von Grundrechten richtete sich v.a. gegen administrative Entscheidungen der EU, besonders im Rahmen der Agrarpolitik.³²⁹ In diesem Bereich bestand verhältnismäßig wenig Bedarf für den EuGH, als Motor der Integration voranzuschreiten. Dagegen dürfte der Gerichtshof wenig Interesse daran gehabt haben, sich dem Druck des Bundesverfassungsgerichts zu beugen und über Grundrechtsschutz die Kompetenzen der anderen Gemeinschaftsorgane zu Gunsten der Mitgliedstaaten zu begrenzen.³³⁰ Erst im Zuge der Konstitutionalisierung der Grundfreiheiten gewannen die Grundrechte mehr Bedeutung, sobald sie als Schranken-Schranken der Grundfreiheiten Bedeutung für die Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen gewannen.³³¹ Unter diesen Vorzeichen verschob sich die relative Bedeutung von Grundrechten und Grundfreiheiten bis zur Gleichordnung.³³²

f) Zusammenfassung

Der liberalisierende Konstitutionalismus etablierte sich in vielen kleineren und größeren Schritten ab Mitte der 1970er bis zum Beginn des neuen Jahrtausends. *Cassis* bildete einen ersten Höhepunkt der Entwicklung, die sich weitgehend ungebremst von *Keck* in den 1990ern deutlich beschleunigte, bis sie mit der *Bolkestein*-Richtlinie sowie den Entscheidungen *Viking* und *Laval* auf erheblichen Widerstand im gewerkschaftlichen Lager stieß. In diesen Auseinandersetzungen schlug sich die als Konsequenz der Liberalisierung schärfer gewordene Konkurrenz zwischen Hochlohnländern und der europäischen Peripherie im Süden und Osten nieder und bremste

328 Warlouzet, Competitiveness and Solidarity (Fn. 136) 65; ders., Construction (Fn. 234), 157 f.

329 EuGH, Urteil v. 13.12.1979, Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290 – *Hauer*; Urteil v. 13.7.1989, Rs. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 – *Wachauf*.

330 Vgl. *Schorkopf* (Fn. 144), 184.

331 EuGH, *Familiapress* (Fn. 273); vgl. *Ludwigs/Weidermann* (Fn. 297), 163.

332 EuGH, *Schmidberger* (Fn. 57).

weitere Liberalisierungsbestrebungen aus. Der liberalisierte Binnenmarkt des späten 20. Jahrhunderts war jedoch eine unional kontrollierte Einrichtung. In diesem Sinne sind auch die augenscheinlichen Exzesse der Liberalisierung wie in *Viking* zu lesen: Den Sozialpartnern wurde die Kontrolle entzogen; legislative Intervention auf unionaler Ebene, so sie denn politisch zu erreichen war, stieß dagegen kaum auf rechtliche Schranken, da die Grundfreiheiten nach allgemeiner Ansicht in ihrer negativen Dimension nicht den Unionsgesetzgeber binden.³³³ Diese immer dominantere Rolle der Union erregte den Unmut konservativer Kreise. Die gewerkschaftlichen und konservativen Bedenken trafen sich in jeweils unterschiedlich akzentuierten Zweifeln an der demokratischen Legitimität der EU. Die Änderungen durch die Vertragsreformen entsprachen diesen Zweifeln nur unzureichend; eine vollständige Parlamentarisierung der Union blieb aus; der Erfolg des Subsidiaritätsprinzips blieb begrenzt.³³⁴ Zudem fehlte es an den konstitutionellen Voraussetzungen für verteilende Sozialpolitik, um die Härten der Liberalisierung abzufedern.

3. Integrativer Konstitutionalismus

Unter dem integrativen Konstitutionalismus revidieren bzw. relativieren Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verwaltung das Marktprinzip in verschiedener Hinsicht. Das zeigt sich in der Konsolidierung einer „starken Union“, die ihre Mitgliedstaaten gegen globale Risiken schützt. Spielräume für mitgliedstaatliche Differenzierungen stehen dazu nicht im Widerspruch. Die Art und Weise der dadurch geleisteten Solidarität ist jedoch begrenzt. Sie umfasst Rücksicht und gegenseitigen Beistand, jedoch keine Umverteilung. Damit hat die Union den autoritären Tendenzen ihrer Mitglieder auch nur wenig entgegenzusetzen.

a) Konsolidierung des Binnenmarkts durch Risikomanagement

Nach dem Weißbuch von 2017, verfasst unter dem Eindruck von Brexit und der Wahl von Trump, bestand innerhalb der europäischen Führungsriege keine Einigkeit darüber, ob die Zukunft in einer Vertiefung der Integration

333 Eingehend *Julien Zazoff*, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, Baden-Baden: Nomos 2011, 70 ff.

334 Dazu *Schorkopf* (Fn. 144), 240 ff.

liegen würde. Die Krisen der folgenden Jahre, besonders die Covid-Pandemie, der russische Angriff auf die Ukraine, die sich verschärfende Klimakrise und anhaltende geopolitische Spannungen haben die Integration in völlig ungeahnter Breite und Tiefe fortschreiten lassen, die zugleich den Prinzipien der Nachhaltigkeit und Solidarität hohe Bedeutung zubilligt, wenngleich sie vor allem als Wege zur Risikominderung verstanden werden.

Der Brexit hat den politischen Kompromiss der Gründungsphase bekräftigt und die historisch gewollte Unverbrüchlichkeit der Grundfreiheiten auch für die Zukunft aufrecht erhalten.³³⁵ Der uneingeschränkte Zugang zum Binnenmarkt ist nicht ohne Arbeitnehmerfreizügigkeit zu haben, um Rosinenpicken und Nachahmer zu vermeiden.³³⁶ Während man diese Unverbrüchlichkeit zunächst als eine politische Entscheidung sehen muss, findet sie eine verfassungsrechtliche Abstützung nicht nur in Art. 26 Abs. 2 AEUV, sondern auch in Art. 3 Abs. 3 EUV. Er verpflichtet zu einem gehörigen Maß an Solidarität, insbesondere durch die Ziele der Vollbeschäftigung und des sozialen Fortschritts sowie der sozialen Gerechtigkeit und des sozialen Schutzes. Ohne die mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit verbundenen Garantien würden diese Ziele unbotmäßig beeinträchtigt; es entstünde eine Hierarchie innerhalb der verschiedenen Ziele des Art. 3 Abs. 3 EUV, die in Normhistorie, Normtext und Kontext, insbesondere in Art. 2 EUV, keine Grundlage findet.

Vor diesem Hintergrund und getrieben durch verschiedene Krisen konnte eine Vertiefung der europäischen Integration einsetzen. Sichtbares Zeichen davon ist der Bedeutungsverlust der *Keck*-Rechtsprechung und die damit verbundene Intensivierung des Marktzugangstests.³³⁷ Diese Umschichtung tritt in der Entscheidung *Ker-Optica* besonders deutlich hervor. Danach umfasse die Warenverkehrsfreiheit das Gebot der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, sowie die Verpflichtung, „Erzeugnissen aus der Union freien Zugang zu den nationalen Märkten zu gewährleisten“.³³⁸ Eine Ausnahme von Letzterem bildeten unterschiedslose Verkaufs-

335 Dazu oben IV.1.a.

336 *Jim Brunsden*, Barnier: EU will not accept any Brexit deal that undermines 'four freedoms', *Financial Times*, 13.12.2017, <https://www.ft.com/content/bc320e49-6e49-32ea-af18-e28a8b538afe>. Kritisch *Stephen Weatherill*, *The Several Internal Markets*, YBEL 36 (2017), 125–178.

337 Dazu bereits oben IV.2.a) (bei Fn. 275).

338 EuGH, Urteil v. 2.12.2010, Rs. C-108/09, ECLI:EU:C:2010:725, Rn. 48 – *Ker-Optica*.

modalitäten.³³⁹ Die *Keck*-Rechtsprechung wird in dieser Entscheidung von einer Bereichsausnahme zu einer Ausnahme von grundsätzlich rechtfertigungsbedürftigen Marktzugangshindernissen herabgestuft. Die *ANETT*-Entscheidung bestätigte im Grundsatz diese Rechtsprechungslinie.³⁴⁰ Dass sie die *Keck*-Rechtsprechung unerwähnt ließ, ist nicht als Abkehr davon zu deuten, da es in dem Fall von vorne herein nicht um Verkaufsmodalitäten ging.³⁴¹

Eine Vertiefung findet ferner statt durch die aktive Gestaltung von Märkten einschließlich des Versuchs, sie auf öffentliche Interessen auszurichten. Der Union gerät hierbei zum Vorteil, dass die Grundfreiheiten nach jüngst bestätigter Rechtsprechung zwar den Unionsgesetzgeber binden, allerdings weniger intensiv als die Mitgliedstaaten.³⁴² Die dadurch eröffneten Kontrollmöglichkeiten dürften kaum über Art. 5 Abs. 4 EUV hinausgehen. Das erlaubt Marktgestaltungen und Interventionen auf Unionsebene, die auf mitgliedstaatlicher Ebene wesentlich mehr Rechtfertigungsaufwand verursachen würden. Konkret sichert die Union ihre Mitgliedstaaten und Bürgerinnen und Bürger insbesondere gegen die aus der Digitalisierung, dem Klimawandel und dem Energiesektor resultierenden Risiken ab.

Die Risiken der Digitalisierung bestehen vor allem in der Machtfülle digitaler Plattformen, die zumeist nicht in der EU ihren Hauptsitz haben. Die EU schützt hier einerseits durch das Datenschutzrecht Privatpersonen vor der Verbreitung ihrer personenbezogenen Daten. Hier hat die EU seit langem erfolgreich ihre Macht als Markt eingesetzt, um globale Standards

339 Ebd., Rn. 51.

340 EuGH, Urteil v. 26.4.2012, Rs. C-456/10, EU:C:2012:241 – *ANETT*.

341 Vgl. *Shuibhne* (Fn. 275); *Moritz Jesse*, What about Sunday Trading...? The Rise of Market Access as an Independent Criterion under Article 34 TFEU, *European Journal of Risk Regulation* 3 (2012), 437–444; *Sara Dietz/Thomas Streinz*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, *EuR* 50 (2015), 50–72. Zu Parallelentwicklungen im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit vgl. *Ilektra Antonaki*, *Keck in Capital. Redefining Restrictions in the Golden Shares Case Law*, *Erasmus Law Review* 9 (2016), 177–188.

342 So Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 28.5.2020, Rs. C-620/18, ECLI:EU:C:2020:392 – *Ungarn/Parlament*, und Schlussanträge vom 28.5.2020, Rs. C-626/18, ECLI:EU:C:2020:394 – *Polen/Parlament*; implizit auch der EuGH, Urteil v. 8.12.2020, Rs. C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001, insbesondere Rn. 57 – *Ungarn/Parlament*. In der Tendenz bereits *Tabakwerbeverbot II* (Fn. 90). Zum Streitstand *Martin Höpner/Christine Haas*, Ist der Unionsgesetzgeber an die Grundfreiheiten gebunden?, *EuR* 57 (2022), 165–190 (166 ff.).

zu setzen.³⁴³ Daneben gewinnt in den letzten Jahren auch die Sicherung von Marktzugang für Anbieter auf großen Plattformen an Bedeutung. Der *Digital Services Act* und *Digital Markets Act* beschreiten insofern neue Wege. Statt negativer Integration (*ex post*) durch das Wettbewerbsrecht hat sich die EU hier für die positive Gestaltung von Märkten (*ex ante*) entschieden. Sie verwirklicht dies durch die Regulierung von *Gatekeepers*, die zur Fairness verpflichtet werden.³⁴⁴

Diese Regulierung ist auch insofern interessant, als sie die Autonomie der Grundrechtsberechtigten und Marktteilnehmenden in das Zentrum stellt. Dies führt bei der Gestaltung digitaler Märkte noch nicht signifikant über einen marktzentrierten Ansatz hinaus, der die Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen in den Mittelpunkt stellt.³⁴⁵ Dieser Ansatz ist nur bedingt erfolgsversprechend, sofern Märkte bereits von mächtigen Plattformen dominiert sind.³⁴⁶ Ihnen im Rahmen des Gebots der Fairness dann auch noch den Schutz der Grundrechte zu übertragen, bekräftigt eher ihre Machtposition bzw. privatisiert den Grundrechtsschutz. Auch stärken die Rechtsakte der EU die regulatorischen und fiskalischen Kompetenzen der Sitzstaaten, in der EU meist Irland und Luxemburg, nicht der Staaten, in denen Umsatz erzeugt wird.³⁴⁷ Ein stärkeres Gewicht auf Marktinterventionen legt dagegen das geplante Gesetz über künstliche Intelligenz. Das Europäische Parlament strebt eine „menschenzentrierte“ Regulierung an. Darunter sind einschneidende Eingriffe zu verstehen, die bestimmte manipulative Praktiken verbieten und hochriskante Systeme unter einen Prüfungsvorbehalt stellen.³⁴⁸

343 EuGH, Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 – *Schrems I*; Urteil v. 16.7.2020, Rs. C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 – *Schrems II*; Urteil v. 13.5.2014, Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 – *Google Spain*.

344 *Juliane Mendelsohn/Oliver Budzinski*, § 2: Hintergrund, Ziele und wettbewerbspolitische Einordnung des DMA, in: Jens-Peter Schmidt/Fabian Hübener (Hrsg.), *Das neue Recht der digitalen Märkte. Digital Markets Act (DMA)*, Baden-Baden: Nomos 2023, Rn. 20, 25 ff., 41 ff.

345 Vgl. *Heike Schweitzer*, *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair. A Disussion of the Digital Markets Act Proposal*, ZEuP 29 (2021), 503–544.

346 *Mikka Hiltunen*, *Social Media Platforms within Internal Market Construction. Patterns of Reproduction in EU Platform Law*, GLJ 23 (2022), 1226–1245.

347 Vgl. *Andreas Kulick*, *Meta's Oversight Board and Beyond—Corporations as Interpreters and Adjudicators of International Human Rights*, LPICT 22 (2022), 161–193.

348 Zuletzt: Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 14. Juni 2023 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über

Der Klimawandel hat dazu geführt, dass Nachhaltigkeit zu einem bedeutenden Gegenstand der wirtschaftlichen Regulierung wurde. Ausweislich der Rechtsgrundlagen handelt es sich hierbei zwar nach wie vor um sektorale Politik, gestützt vor allem auf die umweltpolitischen Kompetenzen in Art. 192 Abs. 1 und Art. 194 Abs. 1 AEUV,³⁴⁹ gelegentlich auch auf die Kompetenz zur wirtschaftspolitischen Koordination nach Art. 175 AEUV. Allerdings betreffen Maßnahmen wie der seit 2005 bestehende Emissionshandel³⁵⁰ oder das Klimagesetz mit verbindlichen Emissionszielen für die EU³⁵¹ und jüngst auch der CO₂-Grenzausgleichsmechanismus³⁵² nahezu die gesamte Wirtschaft. Die Konsolidierung des Binnenmarkts führt damit zu einer engen Verzahnung von sektoraler Politik und Binnenmarkt, sowie unionaler und mitgliedstaatlicher Ebene. Dies erscheint als logische Konsequenz der vielfältigen Ziele in Art. 3 Abs. 3 EUV; ihnen trägt diese Verzahnung Rechnung. Mithin kann man in der Klimapolitik den Ausdruck des Nachhaltigkeitsauftrags der Wirtschaftsverfassung sehen. Da die Klimapolitik auch die Mitgliedstaaten gegeneinander sowie ihre gemeinsame Politik gegen das Unterlaufen durch Nichtmitgliedstaaten sichert, ist sie zugleich Ausdruck unionaler Solidarität.

Solidarität ist auch zu einem wichtigen Begriff im Energiesektor geworden, was freilich mit der Nennung des Begriffs in Art. 194 Abs. 1 AEUV zusammenhängt, aber darüber hinaus von Bedeutung für die Wirtschaftsverfassung ist. Diese Bedeutung manifestierte sich v.a. in der *OPAL*-Entscheidung. Danach hat Deutschland bei der Regelung des Netzzugangs im Erdgas-Binnenmarkt auch die polnische Versorgungssicherheit mit in die Abwägung einzustellen.³⁵³ Wenngleich es sich hierbei vordergründig um eine rein prozedurale, auf Information, Abstimmung und Koordinierung

künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM(2021)0206 – C9–0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2023)0236; *Rostam J. Neuwirth*, *The EU Artificial Intelligence Act. Regulating Subliminal AI systems*, London: Routledge 2023, 14 ff., 94.

349 Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz.

350 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft (gestützt auf Art. 175 Abs. 1 AEUV).

351 Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.6.2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität.

352 Verordnung (EU) 2023/956 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 zur Schaffung eines CO₂-Grenzausgleichssystems.

353 EuGH, *OPAL* (Fn. 67), Rn. 53.

gerichtete Pflicht handelt, dürfte sie nicht ohne materielle Auswirkungen bleiben. Insbesondere gewichtet der Gerichtshof die Pflicht zur Abwägung höher als das Interesse an Rechtssicherheit³⁵⁴ – ein deutliches Zeichen für die Verschiebung der Marktgestaltung von privaten zu öffentlichen Interessen. In einer Entscheidung zum rumänischen Strommarkt ging Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona* sogar noch weiter, indem er den Wettbewerbsbegriff im Lichte der Solidarität reinterpretierte. Die staatliche Pflicht zur Nutzung einer Handelsplattform aus Gründen der Versorgungssicherheit sei gerechtfertigt, da Wettbewerb nicht niedrigere Verbraucherpreise bedeute.³⁵⁵

Die Sorge um die Folgen von Digitalisierung, Klimawandel und die Umwälzungen im Energiesektor gehören damit zu den Triebfedern für eine Vertiefung des Binnenmarkts durch Regulierung. Sie verlagern zugleich die Gewichte zur Union. Nachhaltigkeit und Solidarität gewinnen gegenüber einem wettbewerblichen Markt an Bedeutung; doch hält sich die Intensität der geleisteten Solidarität in Grenzen. Es dominieren hierbei die Beseitigung von Koordinationsproblemen und *De-Risking*. Finanzielle Solidarität im großen Stil bleibt krisenbezogen. Die wirtschaftliche Solidarität ist damit so begrenzt wie die Solidarität bei den Migrationslasten. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass dazwischen ein Zusammenhang besteht.

b) Grundrechte und Grundfreiheiten

Unter dem integrativen Konstitutionalismus reduziert die umfangreiche Sekundärrechtsetzung die Bedeutung der Grundfreiheiten und verschiebt den Schwerpunkt der binnenmarktbezogenen Rechtsprechung auf die Überprüfung des Sekundärrechts anhand der Grundrechte. Auf diese Weise durchdringt die Kernverfassung zusehends die Wirtschaftsverfassung. Zwar blieb dieses Potenzial im Zuge der Finanzkrise zunächst unrealisiert.³⁵⁶ Erst mit großer Verzögerung konstatierte der Gerichtshof eine Pflicht zur Beachtung der Grundrechte im Rahmen der Fiskalverfassung.³⁵⁷ Für den Bin-

354 Vgl. *Nicolas Sölter*, Abwägung ohne Maßstab. Zum Grundsatz der Energiesolidarität, EuR 57 (2022), 130–140 (139).

355 Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge v. 2.4.2020, Rs. C-648/18, ECLI:EU:C:2020:256, Rn. 74 – *ANRE/Hidroelectrica*.

356 *Salomon* (Fn. 211); *Christopher Harding*, Economic Freedom and Economic Rights. Direction, Significance and Ideology, ELJ 24 (2018), 21–35; *Goldmann* (Fn. 182).

357 EuGH, *Ledra* (Fn. 213).

nenmarkt gilt dies jedoch nicht. Durch Überprüfung des Sekundärrechts anhand der Grundrechte mausert sich der Gerichtshof zum Grundrechte-Gericht.³⁵⁸ Besonders der Schutz persönlicher Daten entwickelte sich zu einem Motor des Grundrechtsschutzes am Schnittpunkt von Wirtschaftsverfassung und Kernverfassung.³⁵⁹ Dabei gelingt es dem Gerichtshof, bei der Abwehr von Digitalunternehmen aus Drittstaaten ökonomische Interessen der EU mit emanzipatorischen Anliegen zu verbinden.³⁶⁰

Diese Rolle des Gerichtshofs als Grundrechte-Gericht wirkt sich auch auf die Grundfreiheiten aus. Deren Prüfung konzentriert sich zunehmend auf grundrechtliche Fragen. Ein herausragendes Beispiel dafür ist die Entscheidung *AGET Iraklis*, in der es um die Genehmigung für eine Massenentlassung in einem griechischen Bauunternehmen ging, welche die Behörde unter Hinweis auf die Unionsgrundrechte verweigert hatte.³⁶¹ Zwar beginnt der Gerichtshof klassisch mit der Prüfung der einschlägigen Grundfreiheit sowie dem Vorliegen eines zwingenden Allgemeininteresses.³⁶² Dann jedoch hebt der Gerichtshof unter Verweis auf Art. 3 Abs. 3 EUV die soziale Zielsetzung der Union hervor und ordnet sie gegenüber dem Ziel des Wettbewerbs als gleichberechtigt ein.³⁶³ In der Folge verschmilzt teilweise die Prüfung von Grundfreiheit und Grundrecht. Auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit nennt der Gerichtshof initial zwar die Grundrechte als Schranken der Verhältnismäßigkeit.³⁶⁴ Im nächsten Schritt jedoch stellt der Gerichtshof eine explizite Parallele zwischen der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV und der Garantie der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC her und prüft beide Vorschriften gemeinsam.

Insofern zeigt sich, dass die Grundrechte nicht einseitig der Beschränkung wirtschaftlicher Betätigung dienen. Vielmehr hat sich das Spannungsverhältnis zwischen Rechten zum Schutz wirtschaftlicher Interessen und entsprechenden Gegenrechten zum Schutz nichtwirtschaftlicher Interessen zu einem Teil in den Grundrechtsdiskurs verlagert. Grundrechte fungieren zugleich als Schranken und als Schranken-Schranken der Grundfreihei-

358 Vgl. EuGH, Urteil v. 31.1.2013, Rs. C-12/11, ECLI:EU:C:2013:43 – *McDonagh*.

359 EuGH, Urteil v. 20.9.2022, Rs. C-793/19 und C-794/19, ECLI:EU:C:2022:702 – *Voratsdatenspeicherung; Schrems I* und *Schrems II* (Fn. 343).

360 EuGH, *Google Spain* (Fn. 343).

361 EuGH, Urteil v. 21.12.2016, Rs. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 – *AGET Iraklis*.

362 Ebd., Rn. 61 ff.

363 Ebd., Rn. 76.

364 Ebd., Rn. 82.

ten.³⁶⁵ So dienen Grundrechte auch der Abwehr nichtwirtschaftlich motivierter Beschränkungen wie dem Verbot religiös motivierter Kleidungsstücke oder des Schächstens³⁶⁶ oder eines russischen Propagandasenders.³⁶⁷

Zudem gewinnen die Grundrechte im Zuge der Rechtsstaatskrise weiter an eigenständiger Bedeutung. Bemerkenswert ist insoweit die Entscheidung zur *Central European University*.³⁶⁸ Der EuGH nimmt dabei eine gesonderte Grundrechtsprüfung vor, statt im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit die Grundrechtskonformität der Vorschriften des ungarischen Hochschulrechts zu prüfen. Vordergründig ist dies darauf zurückzuführen, dass der EuGH bereits einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses vermisst und damit vor Eintritt einer Grundrechtsprüfung zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 49 AEUV gelangt.³⁶⁹ Zudem stellt er – ebenfalls unabhängig von einer Verletzung von Grundrechten – einen Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123 fest.³⁷⁰ Eine Grundrechtsprüfung hätte damit dahinstehen können, oder aber in die Prüfung von Art. 49 AEUV bzw. der Richtlinie integriert werden können. Dass der EuGH die akademische Freiheit, die Lehrfreiheit und unternehmerische Freiheit nach den Art. 13, 14 und 16 GRC stattdessen im Anschluss separat prüft, kann man als Betonung eines autonomen Regelungsgehalts der Grundrechte verstehen.³⁷¹ Die Grundfreiheiten bzw. das Sekundärrecht dienen hier nur noch zum Einstieg (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRC) in eine genuin selbständige Grundrechtsprüfung.

Umgekehrt können auch die Grundfreiheiten grundrechtsschützende Wirkung entfalten. So entschied der Gerichtshof, dass das ungarische NGO-Gesetz gegen EU-Recht verstößt. Die Registrierungs- und Offenlegungspflicht für Nichtregierungsorganisationen, die aus dem Ausland

365 Christian Calliess, Funktionswandel von Grundfreiheiten und Grundrechten im Recht der Europäischen Union als Legitimationsproblem, ZEuS 25 (2022), 709–732 (718 ff.); Viliya Velyvyte, Judicial Authority in EU Internal Market Law, Oxford: Hart 2022, 231 ff.

366 EuGH, *Centraal Israelitisch Consistorie van België* („Schächten“) (Fn. 221).

367 EuG, Urteil v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483 – *RT France/Rat*; dazu Jörg Gundel, Europäischer Grundrechtsschutz für (dritt-) staatliche Propagandasender?, EuR 58 (2023), 110–118.

368 EuGH, Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792 – *Kommission/Ungarn (Central European University)*.

369 Ebd., Rn. 178–90.

370 Ebd., Rn. 191–207.

371 Ebd., Rn. 208 ff.

Spenden erhalten, habe eine diskriminierende Wirkung, die mit der Kapitalverkehrsfreiheit sowie den EU-Grundrechten unvereinbar sei.³⁷²

c) Rationalitätskontrolle

Die bedeutende Rolle der Sekundärrechtsetzung sowie der Unionsgrundrechte führt zu einer Konzentration des Rechtsschutzes im Binnenmarkt beim Gerichtshof, die Züge einer engmaschigen Rationalitätskontrolle mitgliedstaatlicher Entscheidungen trägt. Dazu passt, dass auch unter dem integrativen Konstitutionalismus die *Keck*-Formel keine größere Bedeutung erhält; vielmehr scheint der Gerichtshof sie immer weiter zugunsten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung an den Rand zu drängen.³⁷³ Das zeigte sich auch an der Prüfung von Mindest- und Höchstpreisen für Architektendienstleistungen, in denen der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, 2 lit. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG erblickte. Mindestpreise seien nicht gerechtfertigt, da es sich nicht um einen regulierten Beruf handle; Höchstpreise seien unverhältnismäßig, da Transparenz auch durch Preisempfehlungen hergestellt werden könne.³⁷⁴ Einer ähnlichen Detailprüfung unterzog der Gerichtshof schottische Mindestpreise für Whiskey und italienische Schwellenwerte zur Sicherstellung des Medienpluralismus, die er zur Erreichung ihres Zwecks für nicht erforderlich bzw. ungeeignet hielt.³⁷⁵

Dieser Trend zur Rationalitätskontrolle gilt für alle Grundfreiheiten; er geht mit einer Tendenz zur Konvergenz einher.³⁷⁶ Das zeigte besonders die Entscheidung *Fra.bo*, in der der Gerichtshof nun auch für die Warenverkehrsfreiheit eine horizontale Drittwirkung erkannte, sofern es um Maß-

372 EuGH, Urteil v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476 – *Kommission/Ungarn (Transparenz von Vereinigungen)*; dazu *Spieker* (Fn. 15).

373 EuGH, Urteil v. 23.12.2015, Rs. C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 – *Scotch Whisky Association u.a.*

374 EuGH, Urteil v. 4.7.2019, Rs. C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562 – *Kommission/Deutschland*.

375 EuGH, Urteil v. 23.12.2015, Rs. C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 – *Scotch Whisky Association u.a.*; EuGH, Urteil v. 3.9.2020, Rs. C-719/18, ECLI:EU:C:2020:627 – *Vivendi SA/Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*.

376 Vgl. *Stefanie Schmahl/Florian Jung*, Horizontale Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit?, NVwZ 2013, 607–612 (607); a.A. *Johannes Holst*, Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium?, EuR 52 (2017), 633–638 mwN.

nahmen privater, unverbindlicher Normen ging.³⁷⁷ Insofern ist es konsequent, dass der Gerichtshof seine *Dassonville*-Rechtsprechung mittlerweile auf Maßnahmen gleicher Wirkung wie Ausfuhrbeschränkungen ausdehnte, indem er die Anforderung „spezifischer“ Beschränkungen des *Groenveld*-Urteils aufgab.³⁷⁸ Das bereitete den Boden für die Rationalitätskontrolle des rumänischen Monopols für Stromhandelsplattformen.

Die Rationalitätskontrolle der Rechtsprechung wird durch das Sekundärrecht amplifiziert. Die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie harmonisiert unter Verweis auf die Grundfreiheiten den Grundrechtsschutz im Bereich der Berufsfreiheit (Art. 15 GRC) und der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC) im Hinblick auf regulierte Berufe. Sie hält die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber an, vorab eigenständig die Voraussetzungen der Rechtsprechung des EuGH an entsprechende Beschränkungen zu prüfen.³⁷⁹

d) Nationale Gestaltungsspielräume

Gleichzeitig gewährt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen eigenständige Entscheidungsspielräume. Sie stehen zu der grundrechtlich fundierten Rationalitätskontrolle nicht im Widerspruch, sondern ermöglichen sie, indem sie für die Union weniger bedeutsame Abweichungen gestatten. Das betrifft insbesondere ethisch umstrittene Fragen, für die es der Union an Kompetenzen oder einem gemeinsamen Fundament zur Regulierung fehlt.³⁸⁰ Diese Rechtsprechung hebt die libe-

377 EuGH, *Fra.bo* (Fn. 297), ähnlich für die Kapitalverkehrsfreiheit: *Lübke* (Fn. 141), 65 f.

378 EuGH, Urteil v. 21.6.2016, Rs. C-15/15, ECLI:EU:C:2016:464 – *New Valmar*; ferner auch Urteil v. 17.9.2020, Rs. C-648/18, ECLI:EU:C:2020:723 – *ANRE/Hidroelectrica*; vgl. *Matthias Ruffert*, Europarecht: Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen, JuS 2021, 90–92 (91).

379 Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen; ausführlich *Jochen Rauber*, Binnenmarktintegration via Rechtsetzungslehre. Die Regelungsstrategie der EU-Verhältnismäßigkeitsrichtlinie im Lichte von Unionsrecht und Verhaltenswissenschaften, JöR N.F. 71 (2023), 309–350.

380 So bereits EuGH, Urteil v. 4.10.1991, Rs. C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378 – *Society for the Protection of Unborn Children Ltd v Stephen Grogan and others*; vgl. *Barend van Leeuwen*, Euthanasia and the Ethics of Free Movement Law. The Principle of Recognition in the Internal Market, GLJ 19 (2018), 1417–1436; *Urška Šadl/Silje Hermansen*, The European Court of Justice, an Able and Unwilling Lawmaker. Evidence from 920 Free Movement and Persons Judgements, SocArXiv Paper

ralisierende Tendenz der Zentralisierung der Binnenmarktrechtsprechung, welche die argumentativen Lasten auf Seiten des öffentlichen Interesses verortet,³⁸¹ ein Stück weit auf.

Der Gerichtshof nimmt damit ein gewisses Maß an Fragmentierung durch divergierende mitgliedstaatliche Regeln in Kauf.³⁸² Ob insgesamt eine quantitative Zunahme justizieller Zurückhaltung durch den Gerichtshof zu verzeichnen ist, ist umstritten, aus verfassungsrechtlicher Sicht jedoch relativ bedeutungslos.³⁸³ Wichtiger scheint aus dieser Perspektive die normative Rechtfertigung. Die Einzelheiten sind hier sehr strittig.³⁸⁴ Für die Wirtschaftsverfassung ist die Möglichkeit der Fragmentierung von großer Bedeutung, seitdem sie nicht mehr in erster Linie eine liberalisierende Verfassung ist, sondern auf konkretisierungsbedürftige Weise eine große Palette öffentlicher Belange umfasst.³⁸⁵ Entsprechend müssen diese Belange je situativ abgewogen werden. Je mehr Belange auszutarieren sind, desto schwieriger ist es, dies auf abstrakter Ebene für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen zu tun. Je komplexer die Abwägung, desto eher besteht ein Bedürfnis für Abweichung.³⁸⁶

Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, das richtige Maß an Fragmentierung zu finden. Zum Teil lässt die Rechtsprechung Abweichungen aus Gründen der nationalen Identität zu.³⁸⁷ Hier strahlt die politische Verfassung über Art. 2 und 4 Abs. 2 EUV auf die Wirtschaftsverfassung ab. Dies

(2023). Velyvyte (Fn. 365), 183 f., 217 ff., weist zu Recht darauf hin, dass Arbeits- und Gesundheitsfragen ethisch so umstritten sind wie Fragen nationaler Identität und schlägt zur Rationalisierung eine *margin of appreciation*-Doktrin vor.

381 Agustín José Menéndez, The Guardianship of European Constitutionality. A Structural Critique of European Constitutional Review, in: Mads Andenas/Tarjei Bekkedal/Luca Pantaleo (Hrsg.), The Reach of Free Movement, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2017, 173–203 (185 ff.).

382 Mads Andenas, The Reach of Free Movement and the Gradualist Approach of the CJEU. An Introduction, in: Andenas/Bekkedal/Pantaleo (Fn. 370), 1–14 (6).

383 Jan Zglinski, Europe's Passive Virtues. Deference to National Authorities in EU Free Movement Law, Oxford: Oxford University Press 2020; lesenswerte Kritik bei Dimitry Kochenov, Counting Swines at a Satan's Ball. Book Review of Jan Zglinski's Europe's Passive Virtues, EU Law Live (18.4.2022).

384 Vgl. Shuibhne (Fn. 275).

385 Vgl. oben, II.1.d.

386 Vgl. Tarjei Bekkedal, The Reach of Free Movement. A Defence of Court Discretion, in: Andenas/Bekkedal/Pantaleo (Fn. 370), 17–55.

387 Zuletzt EuGH, Urteil v. 7.9.2022, Rs. C-391/20, ECLI:EU:C:2022:638, Rn. 68 – *Bo-riss Cilevičs u.a.*

betrifft leider auch Fälle, in denen es um Identitätspolitik auf Kosten von Minderheiten geht.³⁸⁸

Es sind aber auch genuin wirtschaftsverfassungsrechtliche Fragmentierungen denkbar. So bedingen z.B. Fortschritte bei der Harmonisierung im Ganzen die Möglichkeit von Abweichungen im Detail.³⁸⁹ Auch die zahlreichen sozialen Belange in Art. 3 Abs. 3 EUV mögen Abweichungen rechtfertigen, um den Eigenheiten mitgliedstaatlicher Arbeitsmärkte und Sozialsysteme Rechnung zu tragen. In dem Zusammenhang ist es bezeichnend, dass die Streitigkeiten um die Arbeitnehmerentsendung abgewendet werden konnten, indem das Sekundärrecht Abweichungen gestattete.³⁹⁰ Die Entscheidung *Erzberger* folgt einer ähnlichen Logik. Danach stellt das deutsche Mitbestimmungsrecht, das sich nicht auf ausländische Tochterfirmen erstreckt, keine verbotene mittelbare Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmenden dar. Die Grundfreiheiten schützten nicht vor Unterschieden in den Sozialsystemen, die mangels Harmonisierungs- oder Koordinierungskompetenzen unvermeidlich seien.³⁹¹ Die Mitgliedstaaten dürfen ihre nationalen Sozialsysteme entsprechend ihrer öffentlichen Interessen gestalten, einschließlich des Mindestlohns³⁹² oder der Wohnraumbewirtschaftung,³⁹³ ohne jedoch dabei grenzüberschreitende Wirkungen zu verursachen. Für ihre Maßnahmen reicht in der Regel eine sachliche Rechtfertigung.³⁹⁴ Ebenso ist der Verkehrssektor weitgehend ausgenommen

388 Vgl. oben bei Fn. 221.

389 *Thym* (Fn. 318), 183.

390 Vgl. die Umsetzungsrichtlinie zur Arbeitnehmerentsendungsrichtlinie 2014/67/EU sowie die Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957. Dazu *Seifert* (Fn. 293), 92; *Julia Kirschner*, Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume. Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH, München: Herbert Utz 2013, 148; *Höpner/Haas* (Fn. 342), 176 ff.

391 EuGH, Urteil v. 18.7.2017, Rs. C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562, Rn. 34 – *Erzberger*.

392 EuGH, Urteil v. 18.9.2014, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 – *Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund*; zum Verbot einzelvertraglicher Abweichungen im Arbeitsrecht: Urteil v. 15.7.2021, verb. Rs. C-152/20 und C-218/20, ECLI:EU:C:2021:600 – *DG und EH/SC Gruber Logistics SRL und Sindicatul Lucrătorilor din Transporturi, TD/SC Samidani Trans SRL*.

393 EuGH, Urteil v. 22.9.2020, verb. Rs. C-724/18 und C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743 – *Cali Apartments SCI*.

394 Vgl. EuGH, Urteil v. 22.10.2013, verb. Rs. C-105/12, C-106/12 und C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677 – *Staat der Nederlanden/Essent NV u.a.* („Privatisierungsverbot für Energieversorgung“).

von den Grundfreiheiten.³⁹⁵ Nur die Grundrechte und insbesondere deren Wesensgehalt setzen hier dem Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten Grenzen.³⁹⁶ Diese Grenzen sind nach der Entscheidung *Dano* allerdings nicht überschritten beim zeitweiligen Ausschluss nicht ökonomisch aktiver Unionsbürger von Sozialleistungen im Wohnsitzstaat.³⁹⁷

Die gegenwärtige Fragmentierung im Unionsrecht ist damit erstens das Gegenstück zur immer stärkeren Verlagerung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf Unionsebene vor dem Hintergrund einer stets situativ konkretisierungsbedürftigen Wirtschaftsverfassung. Sie stößt dort auf weniger Bedenken, wo die Union keine Rechtsetzungskompetenz für den betroffenen Belang besitzt.³⁹⁸ Zweitens verdeutlichen diese Abweichungen, denen häufig erhebliche Unterschiede in den Sozialsystemen zugrunde liegen, dass die Solidarität auch im integrativen Konstitutionalismus eher reziproker Natur ist und Umverteilung weiterhin die Ausnahme bildet.

e) Wettbewerb

Der Vorrang des „unverfälschten Wettbewerbs“ ist seit dem Vertrag von Lissabon Geschichte.³⁹⁹ Dem entspricht unter dem integrativen Konstitutionalismus eine graduelle Abkehr vom „*more economic approach*“. Der Marktbegriff des Wettbewerbsrechts wandelt sich von einem abstrakten Modell effizienter Märkte zu einem konkreten Modell, das in seinem Kontext zu verstehen ist und bei dessen Gestaltung die Belange des Art. 3 Abs. 3 EUV hineinspielen.⁴⁰⁰

395 Vgl. Art. 58 AEUV; EuGH, Urteil v. 20.12.2017, Rs. C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 – *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*.

396 EuGH, Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, Rn. 35 – *Alemo-Herron*; Urteil v. 6.9.2012, Rs. C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 54 ff. – *Deutsches Weintor*; dazu *Stephen Weatherill*, Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights. On the Improper Veneration of 'Freedom of Contract', ERCL 10 (2014), 167–182.

397 EuGH, *Dano* (Fn. 94); vgl. *Astrid Wallrabenstein*, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte. Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109–120.

398 *Valta* (Fn. 286), 440 ff.

399 Vgl. oben II.1.a.

400 *Anna Gerbrandy*, Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution, JCMS 57 (2019), 127–142; *Ingo Brinker*, Das Kartellrecht vor der Zeitenwende?, NZKart 2022, 301–302.

Das äußert sich zum einen in einer neuen Semantik, die nunmehr den Begriff des „fairen Wettbewerbs“ in den Mittelpunkt stellt. Wie eine Durchsicht der EUR-Lex-Datenbank zeigt, tritt dieser Begriff bis zum In-Kraft-Treten des Vertrags von Lissabon fast nur in Zusammenhang mit Antidumping-Verordnungen auf; gelegentlich ist er auch in Beihilfeentscheidungen zu finden. Mittlerweile hat dieser Begriff zentrale Bedeutung für die Marktorganisation erlangt. Ein eindruckliches Beispiel ist die Entsenderichtlinie für Kraftfahrer von 2020. Der Begriff signalisiert hier eine Abkehr an die Unterminierung von Sozialstandards durch die Grundfreiheiten.⁴⁰¹

Zweitens herrscht nunmehr eine gewisse Zurückhaltung bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf soziale Mikrostrukturen, z.B. auf kollektive Vereinbarungen von Selbstständigen.⁴⁰² Umgekehrt reichen rein ökonomische Methoden wie z.B. Preiselastizität auch nicht mehr aus zur Bestimmung von Marktmacht und Marktgrenzen in neuen, dynamischen Märkten der Digitalwirtschaft.⁴⁰³ Bei diesen besteht das Geschäftsmodell gerade in der Integration vielfältiger Dienste, was aber definitionsgemäß den Wettbewerb begrenzt.⁴⁰⁴ Es bedarf daher größeren politischen Ermessens, um die Wettbewerbsregeln sinnvoll anzuwenden.

Drittens verwendet die Union mittlerweile das Beihilfenrecht (wie auch die Harmonisierung) als Instrument zur Krisenlösung und -prävention. Dies umfasst geopolitische, mit der Digitalisierung verknüpfte Risiken. Der Fall *Apple* zeigte hier eine völlig neue Denkrichtung in den europäischen Institutionen auf. Selbst wenn die Strategie der Kommission hier in erster Instanz gescheitert ist,⁴⁰⁵ ist allein diese Denkrichtung bahnbrechend.⁴⁰⁶

Sofern keine internationalen Digitalkonzerne involviert sind, erlaubte die Kommission aber den Mitgliedstaaten über Ausnahmen vom Beihilfenrecht die Gewährung großzügiger Unterstützungen zur Bewältigung aller mögli-

401 Richtlinie (EU) 2020/1057 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2020, erster Erwägungsgrund.

402 EuGH, Urteil v. 4.12.2014, Rs. C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 – *FNV Kunsten Informatie en Media*.

403 EuG, Urteil v. 14.9.2022, Rs. T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541 – *Google und Alphabet/Kommission*; dazu *Ranjana Andrea Achleitner*, Marktgrenzen und Marktmacht in digitalen Ökosystemen, EuR 58 (2023), 100–109.

404 *Michael G. Jacobides/Ioannis Lianos*, Ecosystems and Competition Law in Theory and Practice, ICC 30 (2021), 1199–1229.

405 Vgl. jetzt aber Rs. C-465/20 P, insbesondere Generalanwalt *Pitruzzella*, Schlussanträge v. 9.11.2023, ECLI:EU:C:2023:840 – *Kommission/Irland u.a.*

406 Kritisch *Emily Forrester*, Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?, EC Tax Rev. 27 (2018), 19–35.

chen Krisen.⁴⁰⁷ Dass diese Unterstützung durchaus Konfliktpotenzial birgt, bewies der „Doppelwumms“ der Bundesregierung im Zuge des russischen Angriffs auf die Ukraine. Während die Bundesregierung darin eine notwendige Stütze für ihre Wirtschaft sah, artikulierten andere Mitgliedstaaten Bedenken wegen der wettbewerbsverzerrenden Wirkung.⁴⁰⁸ Wiederum erweist sich hier die Schwäche der Solidaritätskonzeption der gegenwärtigen Wirtschaftsverfassung.

Besonders brisant ist insoweit die Position öffentlicher Unternehmen. Für den integrativen Konstitutionalismus sind öffentliche Unternehmen keine Anomalie. Das erschwert die Grenzziehung zwischen hoheitlicher und unternehmerischer Tätigkeit. Hierbei richtet sich das Beihilfenrecht nach anderen Kriterien als die Frage der Grundrechtsbindung von Unternehmen. Für letztere reicht nach deutschem Recht ein beherrschender Einfluss des Staats.⁴⁰⁹ Die horizontale Wirkung der Grundrechtecharta geht darüber hinaus; die Frage des hoheitlichen Charakters des Unternehmens ist dafür mittlerweile irrelevant.⁴¹⁰ Für das Beihilfenrecht rückte der Gerichtshof in der Rs. *SNCM* von einem reinen Marktbegriff ab. Die Unterstützung öffentlicher Unternehmen ist zwar weiterhin an Rentabilitätsbewertungen zu knüpfen; diese Erwartungen können aber auch in der Verfolgung spezifischer öffentlicher Zwecke bestehen. Der Begriff der Rentabilität wird damit ein Stück weit demonetarisert, wenngleich nicht schon jedes

407 Europäische Kommission, Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak (2020/C 91 I/01); Temporary crisis framework for State aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine (2022/C 131 I/01); Temporary crisis and transition framework for State aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine by Russia (2023/C 101/03); Überblick bei *Delia Ferri*, The Role of EU State Aid Law as a „Risk Management Tool“ in the COVID-19 Crisis, *EJRR* 12 (2021), 176–195.

408 Der „Doppelwumms“ erfolgte über Reaktivierung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF) mittels Änderung des Stabilisierungsfondsgesetzes (StFG).

409 BVerfGE 128, 226 – *Fraport*.

410 Vgl. EuGH, Urteil v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74 ff. – *Mangold*; Urteil v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 70 ff. – *Egenberger*; dies entspricht der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten, vgl. Urteil v. 8.4.1976, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56, Rn. 39 – *Defrenne*. Überblick bei *Aurelia Colombi Ciacchi*, The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights, *EuConst* 15 (2019), 294–305. Der quasi-hoheitliche Charakter schien jedoch noch eine Rolle zu spielen bei der Entscheidung *Walrave und Koch* (Fn. 292).

öffentliche Interesse des Staats als Unternehmenseigner die grenzenlose öffentliche Unterstützung des Unternehmens rechtfertigt.⁴¹¹

Das Wettbewerbsrecht fügt sich damit in die Entwicklung der Grundfreiheiten und der Sekundärgesetzgebung ein. Anders als diese stellt seine dezentrale Struktur jedoch ein Risiko dar. Es ist deswegen in besonderem Maße auf die rechtsstaatliche Ausführung durch die Mitgliedstaaten sowie generell auf die Trennung politischer von wirtschaftlicher Macht angewiesen.⁴¹² Angesichts autoritärer Tendenzen kann man hiervon nicht mehr ohne weiteres ausgehen.

f) Absicherung der Union nach außen

Über Art. 21 EUV strahlt die Kernvorschrift der Wirtschaftsverfassung in Art. 3 Abs. 3 EUV auch auf die Außenbeziehungen ab. Der Text von Art. 21 EUV ist ein Kind des liberalisierenden Konstitutionalismus und suggeriert einen Gleichlauf von Innen und Außen. Mittlerweile kann davon jedoch keine Rede mehr sein; die Außenwirtschaftspolitik der Union ist unter dem integrierenden Konstitutionalismus mindestens so sehr auf die Absicherung gegen äußere Risiken fokussiert wie auf die Öffnung von Märkten. Dies ist jedoch eher ein Problem für Art. 21 EUV als für Art. 3 Abs. 3 EUV. Dessen vielfältige Belange setzen der internationalen Öffnung gewisse inhärente Grenzen, sofern sie nicht über kurz oder lang unterlaufen werden sollen.

Insofern ist es mit Art. 21 EUV nicht unvereinbar, dass die Handelspolitik der EU inzwischen von Liberalisierung auf Abwehr umgeschaltet hat, gerade gegenüber China.⁴¹³ Die Verteidigung der Werte des Art. 2 EUV hängt auch von der handelspolitischen Stellung der Union ab, wie der Begriff der „Geoökonomie“ unterstreicht.⁴¹⁴ Allerdings zeigen die handelspolitischen

411 EuGH, Urteil v. 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P und C-536/12 P, ECLI:EU:C:2014:2142, Rn. 29 ff. – *SNMC/Corsica Ferries France*. Dazu Heike Schweitzer/Ernst-Joachim Mestmäcker, Art. 107 Abs. 1 AEUV, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Rn. 64.

412 Maciej Bernatt, The Double Helix of Rule of Law and EU Competition Law. An Appraisal, *ELJ* 27 (2021), 148–166.

413 Zuletzt Europäische Kommission, Überprüfung der Handelspolitik – Eine offene, nachhaltige und entschlossene Handelspolitik, COM(2021) 66 final.

414 Robert D. Blackwill/Jennifer M. Harris, War by Other Means. *Goeconomics and Statecraft*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2016, 20: „Goeconomics: The use of economic instruments to promote and defend national interests, and to

Abwehrinstrumente derzeit noch keine einheitliche Linie. Die Rechtsakte zur Investitionskontrolle, Vergabe öffentlicher Aufträge und Subventionskontrolle sind meist recht allgemein gehalten und überlassen die weitere Konkretisierung der Tatbestände der Umsetzung auf Unions- und mitgliedstaatlicher Ebene.⁴¹⁵ Dieser lockere Umgang mit rechtsstaatlichen Prinzipien setzt sich in der Rechtsprechung fort.⁴¹⁶ Zum Teil scheint dies auch unterschiedlichen Präferenzen über die strategische Ausrichtung der Union geschuldet. Die Sanktionspraxis der UN zeigt ein vergleichbares, rechtsstaatlich bedenkliches Maß an Unbestimmtheit,⁴¹⁷ die ihre Einordnung als Maßnahme zur Werteverteidigung erschwert.⁴¹⁸

Keine reine Abwehrmaßnahme, sondern zugleich eine wichtige Verschiebung auf der Achse öffentliche Gewalt-Markt stellt die Wiederentdeckung der Industriepolitik dar. Zwar hat die EU seit 2017 unter dem Banner der offenen strategischen Autonomie eine Industriepolitik entworfen, die auf Reduktion von geopolitischen Risiken abzielt, gerade auch bei Lieferketten.⁴¹⁹ 2023 fügte die EU ihrem *Green Deal* eine Industriestrategie hinzu.⁴²⁰ Sie umfasst u.a. einen strategischen Aktionsplan für Batterien, den *EU Chips Act* vom Juli 2023, der durch Initialinvestitionen von 3,3 Milliarden Euro insgesamt 43 Milliarden Euro an Investorengeldern anlocken soll, sowie einen geplanten *Raw Materials Act*.⁴²¹

produce beneficial geopolitical results; and the effects of other nations' economic actions on a country's geopolitical goals."

415 Vgl. die Verordnung über die Investitionskontrolle (EU) 2019/452; die Anti-Subventionsgrundverordnung, Verordnung (EU) 2016/1037; die Drittstaatssubventions-Verordnung (EU) 2022/2560, sowie das International Procurement Instrument, Verordnung (EU) 2022/1031.

416 Vgl. EuG, Urteil v. 1.3.2023, Rs. T-540/20, ECLI:EU:T:2023:91 – *Jushi*, in dem das EuG auf Fragen der Völkerrechtskonformität nicht eingeht.

417 *Christina Eckes*, The Law and Practice of EU Sanctions, Amsterdam Law School Research Paper No. 2018–03, 26 ff.

418 Vgl. aber zur geopolitischen Bedeutung *Deborah Cowen/Neil Smith*, After Geopolitics? From the Geopolitical Social to Geoeconomics, *Antipode* 41 (2009), 22–48.

419 Europäische Kommission, Investitionen in eine intelligente, innovative und nachhaltige Industrie. Eine neue Strategie für die Industriepolitik der EU, COM(2017) 479 final; erneuert durch Europäische Kommission, Eine neue Industriestrategie für Europa, COM(2020) 102 final.

420 Europäische Kommission, Ein Industrieplan zum Grünen Deal für das klimaneutrale Zeitalter, COM(2023) 62 final.

421 Verordnung (EU) 2023/1542 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2023 über Batterien und Altbatterien; Verordnung (EU) 2023/1781 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September 2023 zur Schaffung eines Rahmens für Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Halbleiter-Ökosys-

Die Absicherung der Union nach außen steht somit vor allem im Zeichen des *De-Risking*. Dies scheint der kleinste gemeinsame Nenner zu sein; die oft vagen Rechtsakte oder schleppende internationale Verhandlungen wie z.B. mit den AKP-Staaten über die Nachfolge des Cotonou-Abkommens unterstreichen die Uneinigkeit in außenwirtschaftsrechtlichen Fragen. Die Konkretisierung der Belange des Art. 3 Abs. 3 EUV birgt an sich genau dieses Risiko.

g) Zusammenfassung

Das Paradigma des integrativen Konstitutionalismus verschiebt die Gewichte hin zu öffentlicher Gewalt, wenngleich der Umfang der Solidarität begrenzt bleibt und vor allem auf *De-Risking* fokussiert ist. Der Bedeutungsgewinn öffentlicher Gewalt schlägt sich vor allem in einem Machtzugewinn der Union nieder. Dies äußert sich in Fortschritten bei der Harmonisierung in vielen Bereichen und einer feingliedrigen (Grundrechts-)Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen durch den Gerichtshof. Dennoch bleiben den Mitgliedstaaten anders als unter dem Paradigma des liberalisierenden Konstitutionalismus erhebliche Spielräume; Unionisierung und Fragmentierung sind nicht zwangsläufig Gegensätze. Wie demokratisch diese Verschiebungen sind, ist eine offene Frage. Der unausgewogene Rechtsschutz, der mittlerweile zwar soziale Belange der Mitgliedstaaten zu respektieren lernt, aber Minderheiten wenig Schutz gewährt, lässt befürchten, dass wirtschaftliche Integration auf Kosten gesellschaftlicher Pluralität gehen könnte.

V. Kritik im Licht von Art. 2 EUV

1. Solidarität, Freiheit und Postwachstum

Sozialer Fortschritt beruht seit Mitte des 19. Jahrhunderts auf Wirtschaftswachstum. Das gilt ganz besonders für die Union mit ihrem Versprechen der Anpassung der Lebensverhältnisse nach oben. Durch diese Zauberfor-

tems; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens zur Gewährleistung einer sicheren und nachhaltigen Versorgung mit kritischen Rohstoffen, COM(2023) 160 final.

mel lässt sich Solidarität mit Freiheit vereinbaren; dann schließen sich die Belange des Art. 3 Abs. 3 EUV nicht gegenseitig aus. Sofern Wachstum nicht mehr möglich ist aus ökologischen Gründen, besteht die Gefahr, dass entweder der soziale Fortschritt oder die Freiheit den Kürzeren zieht. Transfers über das Steuersystem bilden hier einen probaten Ausweg, den viele Mitgliedstaaten seit Jahrzehnten auch ohne Wachstumskrise beschreiten. Die Union geht diesen Weg bisher nicht. Solidarität ist auf Krisenbeistand und *De-Risking* begrenzt. Sofern sich dies nicht ändert, dürften neben der Solidarität auch die anderen Werte des Art. 2 EUV ins Taumeln geraten. Denn aus Sicht der Wirtschaftsverfassung besteht ein innerer Zusammenhang zwischen Solidarität und den Grundfesten liberaler Demokratie, der Trias aus Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten. Sie sind sich jeweils gegenseitig Zweck und Ziel zugleich.

Eine nachhaltige Wirtschaftsverfassung muss deshalb Transfers ermöglichen. Hier kommt ein breites Spektrum an Maßnahmen in Betracht, von gemeinsamer, finanzkräftiger Industriepolitik bis zu gemeinsamen oder gegenseitig abgesicherten Sozialsystemen.⁴²² Auch eine Lastenteilung in der Migrationspolitik dürfte bei Intensivierung der unionalen Solidarität wieder in den Horizont der Möglichkeiten zurückkehren. Die Art. 2 und 3 EUV sollten insoweit den Maßstab für die Auslegung des relevanten Primärrechts bilden, insbesondere der Kompetenzvorschriften. Dies wäre nicht der erste Verfassungswandel der Union, der sich inkrementell vollzieht. Im Gegenteil, in der Geschichte der europäischen Integration ist die Fortentwicklung der Verfassung durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung eher die Regel als die Ausnahme, wie die Ausführungen in diesem Kapitel vor Augen führen.

2. Solidarität unional und international

Die Union hat nicht nur während der Phase des liberalisierenden Konstitutionalismus Entscheidungsmacht hinzugewonnen, und zwar sowohl durch die Rechtsprechung über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als auch durch die sekundärrechtliche Regelung vieler Materien. Diese Tendenz verstärken die auf Krisenmanagement und *De-Risking* angelegten

422 Vgl. René Repasi, Legal options and limits for the establishment of a European Unemployment Benefit Scheme, European Commission, Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion (2017).

Maßnahmen der Union unter dem integrativen Paradigma. Durch nationale Gestaltungsspielräume wird dieser Effekt teilweise gedämpft. Gerade die Systeme der sozialen Sicherung sind vor systemgefährdenden europarechtlichen Intrusionen mittlerweile gut geschützt, was die Forderung nach einer Dekonstitutionalisierung der Wirtschaftsverfassung wenig zielführend erscheinen lässt.⁴²³ Zugleich kann der effektive Schutz, den die Union gegen globale Risiken bietet oder zumindest bieten kann, auch einen Zugewinn an mitgliedstaatlicher Gestaltungsmacht bedeuten, und sei es durch die Mitwirkung an der Ausübung öffentlicher Gewalt auf Unionsebene. Es ist angesichts der geopolitischen Entwicklung, die Europa vom Zentrum in die Peripherie verlegt, mitnichten davon auszugehen, dass ein Rückbau unionaler Kompetenzen einen Zugewinn an mehr als nur formaler nationaler Souveränität bedeuten würde.

Eine Ausweitung unionaler Finanzkapazität für eine Solidarität, die spürbare Umverteilung einschließt, würde die Gewichte nochmals erheblich zur Union verlagern. Dabei stellt sich auf der Ebene der Kompetenzen die Frage, ob dies ohne Vertragsrevision möglich ist. Kompetenzregeln sind flexibel und kontextabhängig. Inkrementelle Verfassungsentwicklung ist möglich und oft auch sinnvoll.⁴²⁴ Das zeigt die Geschichte der EU.⁴²⁵ Die Ausweitung der negativen Integration unter dem liberalisierenden Konstitutionalismus sowie der negativen Krisenrettungsmaßnahmen zu Beginn des integrativen Konstitutionalismus erfolgte zunächst weitgehend ohne Vertragsrevision. Vielmehr hat negative Integration jeweils positive Integration und damit verbundene Vertragsrevisionen ermöglicht. Erforderlich ist dafür jedoch eine Einigkeit über die Strategie, wovon derzeit keine Rede sein kann und die auch künftig wegen antieuropäischer Tendenzen auf dem erstarkten rechten Rand nur schwierig zu organisieren sein dürfte. Insofern bietet sich ein Europa mehrerer Geschwindigkeiten als Alternative an.

3. Solidarität und Demokratie

Ohne Stärkung der demokratischen Strukturen dürfte die Union einer schwierigen Zukunft entgegensehen. Der integrative Konstitutionalismus

423 So jedoch Höpner/Schmidt (Fn. 293), 196 ff.; ferner Alexander Somek, *What Is Political Union?*, GLJ 14 (2013), 561–580; Marco Dani/Agustín Menéndez, *Costituzionalismo europeo: per una ricostruzione demistificatoria del processo di integrazione europea*, Neapel: Edizioni Scientifiche Italiane 2022.

424 Dazu Goldmann (Fn. 97).

425 Schorkopf (Fn. 144), 191.

hat ihre demokratischen Ressourcen gerade in der Finanzkrise erschöpft. Eine intensivere Form der Solidarität, die größere Transfers einschließt, müsste von einer durch und durch demokratischen Union getragen werden.

Ist dies überhaupt möglich? Sind die repräsentativen Demokratien der Mitgliedstaaten gegenüber der Union nicht unheilbar im Vorteil? Das mittlerweile weit über 200 Jahre alte Repräsentationsmodell hat scheinbar den Reiz, Verantwortlichkeiten klar zu strukturieren. Allerdings ist eine Wahl immer eine Gesamtentscheidung, die Verantwortlichkeit für das Versagen in einem Punkt kaum zur Geltung bringen kann,⁴²⁶ zumal wenn Regierungen von parteiübergreifenden Koalitionen getragen werden. Dazu beeinträchtigt der europaweite Niedergang des Parteiensystems der Nachkriegszeit und der Erfolg personengebundener Bewegungen die kommunikativen Strukturen, die die Stärke des Repräsentationsmodells ausmachen.⁴²⁷ Das alles verringert den demokratischen Vorteil der mitgliedstaatlichen Ebene gegenüber Europa, dem der Kompromiss als Urform demokratischer Verständigung zugrunde liegt.⁴²⁸ Dazu kommt der föderale Vorteil der europäischen Demokratie: Es ist unmöglich, durch eine einzige Wahl in einem überschaubaren Raum die Europäische Union so fundamental umzubauen, wie es in einigen Mitgliedstaaten erfolgt ist.

Wie lässt sich aber eine Europäische Union mit größeren fiskalischen Kompetenzen demokratisch regieren? Hierfür bietet das Konzept der „permanenten Demokratie“ gute Anhaltspunkte.⁴²⁹ Dies kann hier im Einzelnen nicht ausgeführt werden. Nur so viel sei gesagt: Es setzt auf Prinzipien der Legalität, Verantwortung, Responsivität, Wahrhaftigkeit und Integrität. Die europäischen Institutionen haben Legalität verinnerlicht, leben Verantwortung durch gegenseitige Kontrolle und Responsivität durch die vielfältige Beteiligung von Bürgern und ihren Repräsentantinnen. Sie bieten das Potenzial für Wahrhaftigkeit im Sinne von Transparenz, sowie von Integrität gerade durch die relative Unabhängigkeit von einer einzigen Wahl. Zumindest lassen sie sich dahingehend umbauen, auch mit dem Mittel des Sekundärrechts. Das betrifft auch neuralgische Punkte wie die Flüchtlingspolitik, Konditionalitäten und das Europäische Semester – die jeweils für

426 Dies drückt das Condorcet-Paradox aus, vgl. *William V. Gehrlein*, Condorcet's Paradox, *Theory & Decision* 15 (1983), 161–197.

427 *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 435 ff.

428 *von Bogdandy* (Fn. 13), 240 ff.

429 *Rosanvallon* (Fn. 225).

sich genommen wohl ein größeres demokratisches Problem darstellen als ein Ausbau der europäischen fiskalischen Kapazität.

Den normativen Kern dieser Prozesse zur demokratischen Kräftigung der Union bilden die Werte des Art. 2 EUV. Sie sind für die Wirtschaftsverfassung unabdingbar; gleichzeitig dürfte nur eine Fortentwicklung der Wirtschaftsverfassung hin zu größerer Solidarität den Erhalt der Werte der Union sichern und das wirksamste Mittel gegen autokratische Tendenzen darstellen. Die Weiterentwicklung der Wirtschaftsverfassung stellt damit einen bedeutenden Baustein eines transformativen europäischen Konstitutionalismus dar.⁴³⁰

VI. Schluss

Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union durchlief einen Paradigmenwechsel, in dem sich der Wandel des Kapitalismus westlicher Prägung spiegelt. Während sie in der Nachkriegszeit eine Gleichzeitigkeit von Marktprinzip und staatlichen Interventionen herstellte und hier vor allem den Mitgliedstaaten die Vorhand ließ, liberalisierte sie sich seit Ende der 1970er erst über die Rechtsprechung, dann über Sekundärrecht und Vertragsrevisionen. Die Liberalisierung verschob die Gewichte hin zur Union, die jedoch zugleich demokratische Fortschritte erzielte. Die Finanzkrise hat staatliche Interventionen in Form von reaktiver Krisenbewältigung und mittlerweile auch proaktivem *De-Risking* wieder rehabilitiert, gleichzeitig die Position der Union weiter gefestigt, auch gegenüber den Mitgliedstaaten. Allerdings dürfte das Ausbleiben vertiefter Formen der Solidarität das größte Risiko für die Abwehr autokratischer Tendenzen darstellen. Die Einführung und demokratische Legitimierung solcher Formen dürfte in naher Zukunft die entscheidende Herausforderung für die Wirtschaftsverfassung werden; daran könnte sich entscheiden, welche Zukunft der europäischen Integration insgesamt beschieden ist.

430 von Bogdandy (Fn. 13), 126.

Inklusion und Solidarität

Anna Katharina Mangold

A. Bestandsaufnahme: Gewährleistung sozialer Mindestbedingungen der europäischen Integration	387
B. Methodische Analyse von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV	389
I. Textbefund	390
II. Historische Entstehung	391
III. Systematische Kontextualisierung	398
C. Demokratietheoretische Deutung von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV	404
I. Die EU-Verträge als Rahmenordnung	405
II. Die doppelte Legitimation der EU	407
III. Antidiskriminierungsrecht als demokratische Inklusion durch Recht	408
D. Dogmatische Schlüsselfragen	428
I. Dogmatische Figuren des EU-Antidiskriminierungsrecht: Reaktiver Diskriminierungsschutz und proaktives Gleichstellungsrecht	429
II. Sozio-ökonomischer Status als Schutzkategorie im Antidiskriminierungsrecht?	437
III. Kohäsion in der EU	439
E. Kritische Bestandsaufnahme	441
I. Die „Hand des Midas“: Kommodifizierung und Verwandlung in „Wirtschaft“	441
II. Errungenschaften	442

A. Bestandsaufnahme: Gewährleistung sozialer Mindestbedingungen der europäischen Integration

Nach ihrem Selbstverständnis ist die Europäische Union dem Grundwert „Demokratie“ verpflichtet, so steht es in Art. 2 S. 1 EUV. Neue Mitgliedstaaten müssen ihrerseits die Demokratie achten, also selbst demokratisch sein, wie Art. 49 Abs. 1 S. 1 EUV festlegt („die in Art. 2 genannten Werte achten“). Alle Normen der Verträge sind im Lichte dieser Grundentscheidung der politischen Verfasstheit der EU zu verstehen und zu interpretieren, so die These dieses Beitrages. Anders als in der etatistischen und wirtschaftsliberalen Kommentarliteratur behauptet, handelt es sich bei den Zielen der EU zum sozialen Zusammenhalt, wie sie insbesondere in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV aufgelistet sind, nämlich keineswegs bloß um einen „sozialen „Anstrich“¹, sondern um eine Operationalisierung der Werte des Art. 2 EUV und damit um eine Kernvorschrift des EUV.

1 Matthias Ruffert, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 3 EUV Rn. 37; deutlich auch Rn. 32: der Begriff „so-

Im Sinne der Grundanlage dieses Bandes und inspiriert von *Jürgen Habermas*' „rationaler Rekonstruktion“² des Prozesses der europäischen Integration soll der gegenwärtige Stand des Verfassungsrechts der EU nicht als historisch-zufälliges Ergebnis einer kontingenten sozialen und politischen Konstellation³ verstanden werden, sondern „als ob“⁴ dieser Status Quo das Ergebnis eines beabsichtigten Entscheidungsprozesses wäre.⁵ Mit *Jürgen Habermas*⁶ und dem deutschen Bundesverfassungsgericht⁷ geht dieser

ziale Gerechtigkeit“ entstamme dem „Arsenal sozialdemokratischer Parteiprogramme und gewerkschaftlicher Zielsetzungen“.

- 2 *Jürgen Habermas*, Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: ders., *Zur Verfassung Europas*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, 39–98 (61): „Aus der Sicht eines *rational rekonstruierten* verfassungsgebenden Prozesses [...]“ (Hervorh. im Original). Zu diesem theoretischen Zugriff aufschlussreich *Daniel Gaus*, *Rationale Rekonstruktion als Methode politischer Theorie zwischen Gesellschaftskritik und empirischer Politikwissenschaft*, PVS 54 (2013), 231–255.
- 3 Als produktive Kategorien geschichtstheoretischer Erwägungen verstanden bei *Arnd Hoffmann*, *Zufall und Kontingenz in der Geschichtstheorie*, Frankfurt a.M.: Klostermann 2005.
- 4 Zur traditionellen juristischen Praxis des „Als ob“ instruktiv *Yan Thomas*, „Auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere“: Rechtsfiktion und Natur bei den Kommentatoren des Mittelalters, in: Jean-François Kervégan/Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Recht zwischen Natur und Geschichte*, Frankfurt a.M.: Klostermann 1997, 1–32.
- 5 *Habermas*, *Krise der Europäischen Union* (Fn. 2), 64: „[...] empfiehlt es sich, die teleologisch gelesene Entwicklungsgeschichte so zu rekonstruieren, als sei das historisch mehr oder weniger kontingente Ergebnis intentional [...] zustande gebracht worden.“
- 6 *Habermas*, *Krise der Europäischen Union* (Fn. 2), 62 ff.: „Die zweite Innovation: die Teilung der konstituierenden Gewalt zwischen Unionsbürgern und europäischen Völkern“. Herangezogen wurden sowohl die akademischen Beiträge als auch die politischen Interventionen von *Habermas* zur europäischen Integration: *Jürgen Habermas*, *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie*, in: ders., *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1998, 91–169; *ders.*, III. Hat der Nationalstaat eine Zukunft? (3 Artikel), in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 128–191; *ders.*, *Europapolitik in der Sackgasse: Plädoyer für eine Politik der abgestuften Integration*, in: ders., *Ach, Europa: Kleine politische Schriften XI*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2008, 96–127; *ders.*, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, EJIL 23 (2012), 335–348; *ders.*, *Im Sog der Technokratie: Ein Plädoyer für europäische Solidarität*, in: ders., *Im Sog der Technokratie: Kleine politische Schriften XII*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2013, 82–111.
- 7 BVerfGE 89, 155 – *Maastricht* [1993], Ls. 3 a): „Nimmt ein Verbund demokratischer Staaten hoheitliche Aufgaben wahr und übt dazu hoheitliche Befugnisse aus, sind es zuvörderst die Staatsvölker der Mitgliedstaaten, die dies über die nationalen Parlamente demokratisch zu legitimieren haben. Mithin erfolgt demokratische Legitimation durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten hinzu tritt – im Maße des Zusammenwachsens der europäischen Na-

Beitrag von einer zweifachen demokratischen Legitimation der EU aus: über die Bürger*innen und über die Mitgliedstaaten. Soll die europäische Integration gelingen, so gilt es, demokratische Integration in beiden Legitimationssträngen zu erreichen: Erstens müssen die Einzelnen sich als Teil einer europäischen demokratischen Gesellschaft⁸ verstehen können, sie sollen sich inkludiert fühlen können, denn dies, so die Zentralthese dieses Beitrags, ist Gelingensbedingung der europäischen Demokratie. Zweitens müssen die Mitgliedstaaten untereinander ebenfalls auf Augenhöhe agieren können, was nur gelingt, wenn sie sich untereinander solidarisch verhalten und soziale Kohäsion bewirken.

Es ist die Ausgangsthese dieses Beitrages, dass Art. 3 Abs. 3 EUV in seinen Unterabsätzen 2 und 3 diese beiden Dimensionen demokratischer Legitimation der EU anspricht: die demokratische Inklusion der Einzelnen in eine demokratische Gesellschaft und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten. Diese beiden Elemente sind nicht bloß schmückendes Beiwerk des wirtschaftlichen Integrationsprojektes, sondern essentiell für die demokratiethoretische Legitimation der EU als supranationaler demokratischer Gemeinschaft.

B. Methodische Analyse von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV

Um den Gehalt von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV zu ermitteln, wird nach überkommener deutscher rechtswissenschaftlicher Tradition zunächst der Wortgehalt der Normen untersucht (I.), sodann die Entstehung der Normen in ihren historischen Bezügen dargestellt (II.), um anschließend den systematischen Kontext der beiden Unterabsätze zu anderen Normen des Primär- wie Sekundärrechts zu erkunden (IV.). Das Telos der Unterabsätze wird gesondert behandelt, indem im nachfolgenden Teil ein Vorschlag für ein demokratiethoretisches Prämissen der Vorschriften entwickelt wird (C.).

tionen zunehmend – innerhalb des institutionellen Gefüges der Europäischen Union die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament.“

8 Dazu *Bast/von Bogdandy*, Einleitung zu diesem Band, III.

I. Textbefund

Die Ziele der Europäischen Union sind in Art. 3 EUV aufgelistet. Abs. 1 bezeichnet „Frieden“, die „Werte“ aus Art. 2 EUV und „das Wohlergehen ihrer Völker“ als Ziele der EU. Abs. 2 etabliert den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“. Abs. 4 regelt die Wirtschafts- und Währungsunion. Abs. 5 bestimmt die Ziele des auswärtigen Handelns der EU. Abs. 6 verweist auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Kompetenzgrund und -grenze. Abs. 3 dagegen enthält in vier Unterabsätzen eine Vielzahl von Zielen, die in ungeklärtem Verhältnis zueinander stehen. UAbs. 1 widmet sich dem Binnenmarkt, seit dem Scheitern der EPG und EVG und der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 1957 zunächst unzweifelhaft der hauptsächliche Integrationsfokus des europäischen Einigungsprozesses.⁹ Die weiteren Unterabsätze 2 bis 4 werden in der Kommentarliteratur demgegenüber überwiegend als bloße „Flankierung“ abgetan.¹⁰ Nach diesem Verständnis bedürfen diese „sozialen Gewährleistungen“ einer eigenen Kommentierung anscheinend nicht in derselben Gründlichkeit wie der Binnenmarkt; der EUV hätte sich ihrer vielmehr enthalten und insoweit dem Vorbild des Grundgesetzes folgen sollen.¹¹ Über Unterabsatz 4 mit dem Ziel der Wahrung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt der EU einerseits, der Entwicklung des kulturellen Erbes der EU andererseits wird in der Kommentarliteratur kaum je Näheres geschrieben.

9 Anna Katharina Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 44–47, 69–74, 78–80.

10 Ruffert (Fn. 1), Rn. 27; Peter-Christian Müller-Graff, in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum EUV/AEUV*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Art. 3 EUV Rn. 36: „Das marktintegrativ flankierende Recht“, „Begleitpolitiken“, lediglich Wiedergabe des Wortlauts der sozialen Ziele in Rn. 40; Rudolf Geiger/Lando Kirchmair, in: Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur/Lando Kirchmair (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2023, Art. 3 EUV Rn. 7–9 unter der Überschrift „Binnenmarkt“, lediglich in Rn. 8 kurssorische Aufzählung der „sozialen“ Ziele; demgegenüber Jörg Philipp Terhechte, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München: C.H. Beck, Werkstand: 82. EL Mai 2024, Art. 3 EUV Rn. 24: „Paradigmenwechsel“, ausführlich zu UAbs. 2 (Rn. 51–54) und UAbs. 3 (Rn. 56–57); Armin Hatje/Anne Kindt, *Der Vertrag von Lissabon: Europa endlich in guter Verfassung?*, NJW 2008, 1761–1768 (1765): Binnenmarktziel „von außerökonomischen Zielsetzungen umrahmt, die bereits im Ansatz dem Eindruck entgegenwirken, europäische Wirtschaftspolitik sei Selbstzweck“.

11 Ruffert (Fn. 1), Rn. 37.

Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV bekämpft die EU „soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen“ und fördert „soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes“. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV fördert die EU „den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“. Die verschiedenen Sprachfassungen ergeben keine Anhaltspunkte für inhaltliche Divergenzen.

Bezugspunkt von UAbs. 2 sind die Einzelnen, während es in UAbs. 3 EUV um die Mitgliedstaaten geht. In UAbs. 2 stehen „soziale Gerechtigkeit und sozialer Schutz“ neben Gleichstellung, intergenerationeller Solidarität und Kinderrechten. Es fragt sich, was „sozial“ in diesem Kontext meint. Auch UAbs. 3 erwähnt den „sozialen Zusammenhalt“. Es ist Anliegen dieses Beitrages, den normativen Gehalt dieser Verwendungen des Begriffes „sozial“ in den beiden UAbs. zu erhellen.

II. Historische Entstehung

Die historische Auslegung blickt zunächst auf Diskriminierungsschutz und soziale Kohäsion in der europäischen Integrationsgeschichte (1.), sodann auf die Textstufen, die zur endgültigen Formulierung im aktuell gültigen Lissaboner EUV von 2007 geführt haben (2.).¹²

1. Individueller Diskriminierungsschutz und soziale Kohäsion zwischen den Mitgliedstaaten in der Integrationsgeschichte

Bereits Art. 2 EWGV 1957 nahm an, „die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten“ werde „eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten“ zur Folge haben.¹³

12 Mit etwas breiterem Pinsel und auf Basis älterer Literatur historisierend *Terhechte* (Fn. 10), Rn. 1–7.

13 Gesetz zu den Verträgen v. 25.3.1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 27.7.1957, BGBl. II 1957, 753.

Der Gedanke des Diskriminierungsschutzes war seit jeher zentraler Bestandteil des Gemeinschafts- und später Unionsrechts.¹⁴ Mit Gründung von Montanunion und EWG durften unterschiedliche mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeiten nicht mehr zu Schlechterbehandlungen führen, wenn auch zunächst primär im Rahmen der ökonomischen Grundfreiheiten. Im Europäischen Gemeinschaftsrecht fand sich bereits im EGKSV ein Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit.¹⁵ Art. 7 EWGV¹⁶ enthielt das Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit und spielte eine zentrale Rolle für die Etablierung des Gemeinsamen Marktes. Alle weiteren Erwähnungen des Begriffs der „Diskriminierung“ im EWGV lassen sich als Anwendungsfälle des Art. 7 EWGV verstehen.¹⁷ Eine Reihe

14 Anna Katharina Mangold, § 4: Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, in: Monika Schlachter/Hans Michael Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 7, Baden-Baden: Nomos 2020, Rn. 120 ff.

15 Dazu Hermann Mosler, Zur Anwendung der Grundsatzartikel des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, ZaöRV 17 (1956/57), 407–427 (419).

16 Art. 7 EWGV: „(1) Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. (2) Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen.“

17 So Arno Steinbauer, Die Diskriminierung nach deutschem Recht, Köln: W. Klekamp 1960, 40, mit Aufzählung in Fn. 1; ähnlich Erich Zimmermann, Die Preisdiskriminierung im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Frankfurt a.M.: Klostermann 1962, 87. Im Einzelnen im EWGV: Art. 33 Ziff. 1 [Globalkontingente für andere Mitgliedstaaten „ohne Diskriminierung“ zur Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen], Art. 36 S. 2 [Schutzverbote oder Beschränkungen dürfen nicht „Mittel zur willkürlichen Diskriminierung“ zwischen den Mitgliedstaaten sein], Art. 37 Ziff. 1 S. 1 [Umformung der staatlichen Handelsmonopole, um Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten auszuschließen], Art. 40 Ziff. 3 UAbs. 2 S. 2 [keine Diskriminierung zwischen Erzeugern und Verbrauchern in der gemeinsamen Agrarpolitik], Art. 44 Ziff. 1 [Mindestpreisfestsetzungen in den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik in nicht diskriminierender Weise bis zum Ende der Übergangszeit], Art. 45 Ziff. 1 UAbs. 2 [keine Diskriminierung in Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Agrarpolitik bis zu einer gemeinschaftlichen Marktordnung], Art. 67 Ziff. 1 [Beseitigung aller Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes der Parteien oder des Anlageortes auf dem Gebiet des Kapitalverkehrs], Art. 68 Ziff. 2 [keine Diskriminierung bei der Anwendung von innerstaatlichen Vorschriften für den Kapitalverkehr], Art. 79 Ziff. 1 [Beseitigung der Diskriminierungen, „die darin bestehen, daß ein Verkehrsunternehmer auf denselben Verkehrsverbindungen für die gleichen Güter je nach ihrem Herkunfts- oder Bestimmungsland unterschiedliche Frachten und Beförderungsbedingungen anwendet“],

weiterer Vertragsvorschriften widmete sich ebenfalls der Ausgestaltung des Art. 7 EWGV, ohne den Begriff der „Diskriminierung“ selbst zu verwenden, indem die benachteiligende Behandlung anderweitig umschrieben wurde.¹⁸ Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit stellte eine Inlandsklausel dar, weil die Mitgliedstaaten gehalten waren (und sind), die Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten so zu behandeln wie ihre eigenen Staatsangehörigen.¹⁹ Es betraf und betrifft sowohl *Menschen* als auch *Waren*. Das Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit entfaltete und entfaltet auch und gerade für *Menschen* bis heute ungeheure Wirkung, etwa für die Freizügigkeit mobiler Wanderarbeitnehmer*innen im Bereich der sozialen Absicherung im aufnehmenden Mitgliedstaat.²⁰

Art. 90 Ziff. 1 [Verweis auf das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit für öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren] und Art. 92 Abs. 2 lit. a [Zulässigkeit von „Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden“].

- 18 Dies betraf besonders die Grundfreiheiten, vgl. EWGV Art. 48 Abs. 2 [„Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“], Art. 49 lit. c [Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit „durch die planmäßig fortschreitende Beseitigung aller Fristen und sonstigen Beschränkungen, die in innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften vorgesehen sind, und die den Arbeitnehmern der anderen Mitgliedstaaten für die freie Wahl des Arbeitsplatzes andere Bedingungen als den inländischen Arbeitnehmern auferlegen“], Art. 52 [Aufhebung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit], Art. 54 Ziff. 3 lit. h [keine Verfälschung der Bedingungen für die Niederlassung durch Beihilfen der Mitgliedstaaten], Art. 60 Abs. 2 [Dienstleistungsfreiheit „unter den gleichen Voraussetzungen, welcher dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“], Art. 65 [Anwendung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs bis zu ihrer Aufhebung „ohne Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsort“], Art. 76 [bis zum Erlass gemeinschaftlichen Regeln für den Verkehrsordnung keine ungünstigere Gestaltung der „verschiedenen bei Inkrafttreten dieses Vertrags auf diesem Gebiet geltenden Vorschriften in ihren unmittelbaren oder mittelbaren Auswirkungen auf die Verkehrsunternehmer anderer Mitgliedstaaten im Vergleich zu den inländischen Verkehrsunternehmern“], Art. 95 Abs. 1 [Steuern: „Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben gleich welcher Art, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben.“], Art. III Ziff. 5 UAbs. 2 [Einräumung gleicher Konditionen für andere Mitgliedstaaten bei Beseitigung oder Verringerung mengenmäßiger Beschränkungen für Drittstaaten].

19 Zimmermann (Fn. 17), 86.

20 Dazu Mangold, Unionsbürgerschaft (Fn. 14).

Auf Betreiben Frankreichs, das Wettbewerbsnachteile gegenüber Deutschland fürchtete, wurde zudem in Art. 119 EWGV²¹ die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern festgehalten.²² Ermöglicht durch strategische Prozessführung transnational organisierter Frauen²³ stellte der EuGH 1976 im Urteil *Defrenne II* zunächst parallel zu den Grundfreiheiten auch die Direktwirkung von Art. 119 EWGV fest²⁴ und entnahm der Norm zwei Jahre später im Urteil *Defrenne III* ein allgemeines gemeinschaftsrechtliches Ziel, alle geschlechtsbezogenen Diskriminierungen zu beseitigen.²⁵

Der Vertrag von Maastricht²⁶ etablierte mit der Unionsbürgerschaft (Art. 8–8e EGV 1992) ein neuartiges Angehörigkeitsverhältnis zur EU selbst und zugleich zu allen Mitgliedstaaten der EU. Ein an diesen Status geknüpftes allgemeines Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit kam erst mit Art. 18 Abs. 1 AEUV hinzu, also im Vertrag von Lissabon 2007.²⁷ Gegenwärtig geraten angesichts der multiplen Europäischen Krisen allerdings auch bereits für etabliert gehaltene Verständnisse der Reichweite unionsbürgerlicher Rechte wieder in Frage. Das gilt innerhalb der EU besonders für das Ringen darum, ob eine reine Wirtschafts- oder auch eine Sozialunion die Grundlage des weiteren europäischen Integrationsprozesses bilden soll. Je nach der Antwort auf diese Frage unterscheidet sich

21 Art. 119 EWGV: „(1) Jeder Mitgliedstaat wird während der ersten Stufe den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten. (2) Unter ‚Entgelt‘ im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- und Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber mittelbar oder unmittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. (3) Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts bedeutet, a) daß das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit auf Grund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird; b) daß für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt bei gleichem Arbeitsplatz gleich ist.“

22 Christine Langenfeld, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden: Nomos 1990; dies./Roman Lehner, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München: C.H. Beck, Werkstand: 82. EL Mai 2024, Art. 157 AEUV Rn. 3.

23 Rachel A. Cichowski, The European Court and Civil Society, Cambridge: Cambridge University Press 2007; dies., Legal Mobilization, Transnational Activism, and Gender Equality in the EU, Can. J. L. & Soc. 28 (2013), 209–227.

24 EuGH, Urteil v. 8.4.1976, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 – *Defrenne II*.

25 EuGH, Urteil v. 15.6.1978, Rs. 149/77, ECLI:EU:C:1978:130 – *Defrenne III*.

26 Vertrag über die Europäische Union (Maastricht) v. 7.2.1992, ABl. 1992 C 191/1 ff.

27 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 13.12.2007, ABl. 2007 C 306/1 ff.

dann möglicherweise die Behandlung von Waren (Wirtschaftsunion) und Menschen (Sozialunion).²⁸

Im Zuge der EU-Erweiterungen wurde die Kohäsionspolitik eingeführt, um den verschärften Disparitäten der Einkommenswerte pro Kopf (BIP pK) entgegenzuwirken.²⁹ Die verwendeten Mittel waren seit jeher eingebunden in politische Verhandlungen.³⁰ Es wurden bereits seit den Römischen Verträgen Strukturfonds geschaffen, die Mittel vergeben, nämlich der Europäische Sozialfonds (ESF), der 1975 ins Leben gerufene Europäische Fonds für Regionale Entwicklung (EFRE) und die seit 1962 und 1993 bestehenden Fonds für Landwirtschaft und Fischerei^{31,32} Mit der Einheitlichen Europäischen Akte wurden die Strukturfonds in einer einzigen Politik gebündelt, um sie zielorientierter, effektiver und effizienter zu gestalten, indem das Prinzip der Mittelkoordinierung im Hinblick auf die Strukturfondsverordnungsziele, das Programmierungsprinzip zur Einführung strategischer Interventionen und das Partnerschaftsprinzip zur Einbindung der subnationalen Sozialpartner eingeführt wurden, wozu nach dem Vertrag von Maastricht die Prinzipien der Mittelkonzentration auf spezifische Ziele und der Additionalität zur Kombinierung von staatlichen mit EU-Mitteln hinzukamen.³³

2. Textstufen

Aus der konsolidierten Fassung der Verträge nach dem Gipfel von Nizza 2002 (a) hat sich der Text der Verträge stufenweise über den Konventsprozess für eine Verfassung Europas (b) nach dessen Scheitern sowie den anschließenden Verhandlungen zum Vertrag von Lissabon 2007 (c) entwickelt, der Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV seine aktuell geltende Fassung gab.

28 Ausführlich *Mangold*, Unionsbürgerschaft (Fn. 14), passim; im breiten Horizont von Marktpolitiken *Dagmar Schiek*, EU Constitution of Social Governance in an Economic Crisis, MJ 20 (2013), 185–208; zu sozialen Rechten von Unionsbürger*innen *Anuscheh Farahat*, Solidarität und Inklusion, DÖV 2016, 45–55.

29 *David Henry Fenner*, Ein neuer wettbewerbsorientierter Ansatz in den wirtschaftsfördernden Politiken der EU, Baden-Baden: Nomos 2017, 263–265.

30 *Fenner* (Fn. 29), 264: „integrationspolitischer Kuhhandel“.

31 Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft/Abteilung Ausrichtung (EAGFL/Abteilung Ausrichtung) und Finanzierungsinstrument für die Ausrichtung der Fischerei (FIAP).

32 *Fenner* (Fn. 29), 264.

33 *Fenner* (Fn. 29), 265.

a) Konsolidierte Verträge von 2002

Die Fassung des EUV von 2002 enthielt in Art. 2 eine Auflistung disparater Ziele in Spiegelstrichen.³⁴ Im ersten Spiegelstrich wurden neben der Wirtschafts- und Währungsunion als Ziele benannt „die Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts und eines hohen Beschäftigungsniveaus sowie die Herbeiführung einer ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung, insbesondere durch Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen, durch Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts“. In dieser Regelung ist der soziale Fortschritt ersichtlich nur Beiwerk zum Primat der wirtschaftlichen Entwicklung. Der dritte Spiegelstrich erwähnte „die Stärkung des Schutzes der Rechte und Interessen der Angehörigen ihrer Mitgliedstaaten durch Einführung einer Unionsbürgerschaft“, was in Art. 17 bis 22 EGV-Nizza operationalisiert wurde.³⁵ Hier waren noch keine weiteren antidiskriminierungsrechtlichen Ziele vorgesehen. In der Aufgabenbestimmung der Europäischen Gemeinschaften in Art. 2 EGV-Nizza waren allerdings bereits aufgeführt einerseits „ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen“, andererseits „wirtschaftliche[r] und soziale[r] Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“³⁶.

Das Adjektiv „sozial“ findet sich insgesamt erstaunliche 126 Mal in der Nizzaer Version der beiden Verträge, EUV und EGV, freilich oft in der generischen Formulierung „sozialer Fortschritt“ und bei Erwähnung des Wirtschafts- und Sozialausschusses³⁷. Kohäsionspolitiken fanden Erwähnung für den Bereich der Verkehrsinfrastruktur in Art. 155 Abs. 1, 3. Spiegelstrich EGV-Nizza sowie in Art. 161 EGV-Nizza allgemein für Strukturfonds und konkret in Art. 146 ff. EGV-Nizza für Sozialfonds. Im Bereich der Beschäftigung gestattete Art. 128 Abs. 1 EGV-Nizza dem Rat „Anreiz-

34 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union v. 24.12.2002, ABl. 2002 C 325/10 f.

35 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaften v. 24.12.2002, ABl. 2002 C 325/44 f.

36 Irrig insoweit *Terhechte* (Fn. 10), Rn. 57, der eine Textfassung des Vertrags von Nizza annimmt, die von „Solidarität zwischen den *Mitgliedern*“ ausgehe und nicht nachzuziehen ist.

37 Nach Art. 257 Abs. 2 EGV-Nizza bestand der Ausschuss „aus Vertretern der verschiedenen wirtschaftlichen und sozialen Bereiche der organisierten Zivilgesellschaft, insbesondere der Erzeuger, der Landwirte, der Verkehrsunternehmer, der Arbeitnehmer, der Kaufleute und Handwerker, der freien Berufe, der Verbraucher und des Allgemeininteresses“.

maßnahmen zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und zur Unterstützung ihrer Beschäftigungsmaßnahmen“. In der Sozialpolitik nahm Art. 136 Abs. 1 EGV-Nizza an, der Gemeinsame Markt werde eine „Abstimmung der Sozialordnungen“ begünstigen. Titel XVII, Art. 158 ff. EGV-Nizza, traf Regelungen zum „wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt“. Zentral war Art. 158 EGV-Nizza mit der Zielbestimmung, „die Unterschiede im Entwicklungsstand der verschiedenen Regionen und den Rückstand der am stärksten benachteiligten Gebiete oder Inseln, einschließlich der ländlichen Gebiete, zu verringern“, wozu nach Art. 159 EGV-Nizza verschiedene Fonds dienen sollten.³⁸

b) Verfassungsentwurf

Der Europäische Verfassungskonvent hatte 2003 den Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa vorgelegt.³⁹ In dem Konventsentwurf findet sich die entscheidende und nachfolgend beibehaltene Unterscheidung zwischen den Werten der EU in Art. 2 VVE-Entwurf⁴⁰ und Art. 3 VVE zu den Zielen der Union. In Art. 3 VVE-Entwurf fand sich nun eine aufschlussreiche, später verworfene Anordnung der Ziele, die eine veränderte Hierarchisierung nahelegt: In Art. 3 Abs. 2 VVE-Entwurf sind der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und der Binnenmarkt gleichrangig nebeneinander aufgeführt. In Art. 3 Abs. 3 VVE-Entwurf sieht demgegenüber UAbs. 1 „die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums“, „eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“ sowie „ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität“ vor. Indem der Binnenmarkt in Abs. 2 verschoben ist, erhalten die Ziele des Abs. 3 UAbs. 1 größeres Gewicht und einen eigenständigen Wert, was auf die weiteren UAbs. 2–4 ausstrahlt, die dem Primat des Binnenmarktes nicht unterstellt sind und in dieser Fassung nicht als bloße „Flankierung“ der Wirtschaftsintegration⁴¹ hätten bezeich-

38 Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft – Abteilung Ausrichtung, Europäischer Sozialfonds, Europäischer Fonds für regionale Entwicklung.

39 Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa v. 13.6.2003 u. 10.7.2003, ABl. 2003 C 169/1 ff.

40 Vertrag über eine Verfassung für Europa v. 13.6.2003 u. 10.7.2003, ABl. 2003 C 169/8 ff.

41 S. die Nachweise in Fn. 10.

net werden können. Die hier im Zentrum stehenden UAbs. 2 und 3 sind in dem Verfassungsentwurf bereits inhaltsgleich mit der späteren Fassung im Vertrag von Lissabon. Die Verfassung für Europa in der Version des Regierungsentwurfs 2004 änderte an dieser Anordnung nichts.⁴²

c) Vorbereitung des Vertrags von Lissabon

Nach den gescheiterten Referenden in den Niederlanden und Frankreich 2005 über den Verfassungsvertrag wurden die Verhandlungen fortgesetzt. Das Mandat des Europäischen Rates für eine neue Regierungskonferenz befreite den Verfassungsentwurf von Verfassungsrhetorik.⁴³ Getrennt wurden dabei das Ziel des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom Binnenmarkt, der aus dem gemeinsamen Absatz des Verfassungsentwurfes verschoben wurde in den nachfolgenden Absatz 3 und damit zu den sozialen Inklusions- und Kohärenzzielen.⁴⁴

III. Systematische Kontextualisierung

In systematischer Hinsicht wird zunächst die Binnenstruktur des Art. 3 Abs. 3 EUV analysiert (1.), sodann das Verhältnis zu Art. 1 und 2 EUV erkundet (2.), anschließend der Bezug zu weiterem Primär- und Sekundärrecht dargestellt (3.).

1. Binnenstruktur des Art. 3 Abs. 3 EUV: Inklusion und Solidarität als Nachklapp zum Binnenmarkt

Betrachtet man unbefangen die Binnenstruktur des Art. 3 Abs. 3 EUV, so kommt zuerst der Binnenmarkt (UAbs. 1), dann das „Soziale“ zwischen Individuen (UAbs. 2) und schließlich die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten (UAbs. 3). Wie gesehen, war noch in Art. 3 Abs. 2 VVE-Entwurf der Binnenmarkt mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

42 Vertrag über eine Verfassung für Europa der Regierungskonferenz v. 16.12.2004, ABl. 2004 C 310/1 ff.

43 So explizit in den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates, enthalten im Übermittlungsvermerk des Rates der EU 11177/1/07 REV 1, Anl. I S. 15 f. Nr. 1, 3.

44 Europäischer Rat 2007 (Fn. 43), Anl. I S. 24 Anl. I Nr. 3.

gruppiert.⁴⁵ Über die Gründe für die Umgestaltung des Art. 3 Abs. 3 EUV im Vertrag von Lissabon im Vergleich zum VVE-Entwurf kann nur spekuliert werden, eine explizite Erläuterung findet sich in dem Mandat für die Regierungskonferenz 2007 nicht.⁴⁶ Die Entscheidung mag darauf beruhen, dass die souveränitätssensiblen Regelungen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts von dem bereits weitgehend unionalisierten Binnenmarktprogramm stärker getrennt werden sollten. Gegen diese Deutung spricht allerdings, dass die Regelungen über eine Sozialunion in den weiteren Unterabsätzen ebenfalls weitenteils noch nicht übertragene Kompetenzen der Mitgliedstaaten betreffen. Näher hätte es dann gelegen, das Binnenmarktziel in einem eigenen Absatz zu regeln. Die Eingliederung als Unterabsatz in den Absatz 3 mit seinen weiteren „sozialen“ Integrationszielen könnte deswegen auch als Hinweis auf die Gleichrangigkeit des Binnenmarktprogrammes mit den Zielen der Sozialunion gedeutet werden. Die Frage, ob, wie die Kommentarliteratur behauptet, das Ziel einer Sozialunion das hauptsächliche Ziel eines Binnenmarktes lediglich „flankiert“⁴⁷ oder gleichwertig neben dieses tritt, lässt sich weder historisch noch systematisch erhellen.

2. Bezüge zu Art. 1 und 2 EUV

Art. 1 Abs. 2 EUV bezeichnet den EUV von Lissabon als „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“. „Immer enger“ wird die Union, wenn nicht allein die wirtschaftliche Integration und der Binnenmarkt im Zentrum des Regelungsinteresses stehen. Dazu tragen die breiteren sozialen Ziele in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV dezidiert bei, indem sie neben die Wirtschaftsunion eine Sozialunion als weiteren Horizont des Integrationsprozesses stellen.

Art. 3 Abs. 1 EUV hält fest, Ziel der Union sei es, „ihre Werte ... zu fördern“. Art. 2 S. 1 EUV zählt zu den Werten der Union neben der Menschenwürde auch Freiheit, Demokratie und Gleichheit, auf denen sich die Union gründet. Art. 2 S. 2 EUV sieht Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Gleichheit und Toleranz als gesellschaftliche Werte an („sind allen Mitgliedstaaten

⁴⁵ Soeben vor Fn. 44.

⁴⁶ Europäischer Rat 2007 (Fn. 43).

⁴⁷ Nachw. oben Fn. 10.

in einer Gesellschaft gemeinsam“). Dieser Wertebezug erneuert auch das „Fundament der sozialen Integration der EU“.⁴⁸

3. Bezüge zu weiterem Primär- und Sekundärrecht

Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV weist vielfältige Bezüge zu weiterem Primär- und Sekundärrecht auf, im Bereich des Diskriminierungsschutzes (a), des sozialen Schutzes (b) und bei der Kohäsionspolitik (c). Die Übergänge zwischen diesen Bereichen können fließend sein, sollen hier aber aus heuristischen Zwecken unterschieden werden.

a) Diskriminierungsschutz

Das Antidiskriminierungsrecht der Union ergibt sich insgesamt aus einer Gesamtschau von primär- und sekundärrechtlichen Normierungen. Art. 9 EUV etabliert einen allgemeinen Gleichheitssatz für das Handeln der Union. Neben dem als Gebot der Entgeltgleichheit bereits im EWG-Vertrag verankerten Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau im Erwerbsleben (damals Art. 119 EWGV, heute Art. 157 AEUV) erhebt der EU-Vertrag die Bekämpfung von Diskriminierung nicht nur zu einem Ziel der Union (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV), sondern etabliert auch Querschnittsklauseln in Art. 8 AEUV für die Gleichstellung von Mann und Frau und in Art. 10 AEUV.

Bereits seit dem Vertrag von Amsterdam enthielt das Unionsrecht eine weitreichende Kompetenzgrundlage für den Erlass antidiskriminierungsrechtlicher Maßnahmen,⁴⁹ heute Art. 19 AEUV. Art. 19 AEUV ermächtigt zu Antidiskriminierungsmaßnahmen „im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten“. Der Kompetenzordnung gemäß reguliert das Unionsrecht den Diskriminierungsschutz im Rahmen eines kapitalistischen Wirtschaftsverständnisses. Antidiskriminierungsrechtliche Regelungen des Unionsrechts, insbesondere die vier EU-Antidiskriminie-

48 Rainer Pitschas, *Europäisches Sozial- und Gesundheitsrecht* „nach Lissabon“, NZS 2010, 177–183 (178), mit Kritik an einer Konzeption, welche die soziale Integration nur als Nebenprodukt der Wirtschaftsintegration behandeln möchte.

49 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. 1997 C 340/26, Art. 6a EGV 1997.

rungs-Richtlinien,⁵⁰ erfassen deshalb vorwiegend das Arbeits- und allgemeine Zivilrecht.

Die mit dem Vertrag von Lissabon zu rechtlicher Verbindlichkeit erstarkte (Art. 6 Abs. 1 EUV) Grundrechte-Charta enthält einen eigenen Abschnitt über Gleichheit, der neben einem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20 GRCh) im Anschluss an Art. 14 EMRK ein umfassendes Diskriminierungsverbot (Art. 21 GRCh) statuiert. Art. 21 der EU-Charta der Grundrechte (GRCh) verbietet für unionales Handeln Diskriminierung „wegen“ verschiedener Kategorien. Im Gleichheitskapitel benennt weiter die Grundrechtecharta die Gleichheit von Frauen und Männern sowie die Rechte der Kinder, älterer Menschen oder von Menschen mit Behinderung als besonders schutzwürdige Personengruppen (Art. 23–26 GRCh).⁵¹

b) „Europäisches Sozialmodell“ und sozialer Schutz

Häufig ist die Rede von einem „europäischen Sozialmodell“, worunter verbreitet auch das Antidiskriminierungsrecht oder Teile davon gefasst wer-

50 RL 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Abl. 2000 L 180/22 – sog. Antirassismus-Richtlinie; RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Abl. 2000 L 303/16 – sog. Rahmenrichtlinie Beschäftigung; RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, Abl. 2002 L 269/15 – sog. Gender-Richtlinie, inzwischen ersetzt durch die RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, Abl. 2006 L 204/23; RL 2004/113/EG des Rates v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Abl. 2004 L 373/37 – sog. Gleichbehandlungs-Richtlinie Zivilrecht.

51 Im Einzelnen: Gebot der Gleichheit von Männern und Frauen (Art. 23 GRCh), spezielle Regelungen zu den Rechten von Kindern (Art. 24 GRCh), älteren Menschen (Art. 25 GRCh) und zur Integration von Menschen mit Behinderung (Art. 26 GRCh) sowie grundsätzliches Bekenntnis zur Vielfalt von Kulturen, Religionen und Sprachen (Art. 22 GRCh).

den.⁵² Art. 3 Abs. 3 UAbs. EUV erklärt die Bekämpfung sozialer Ausgrenzung und die Förderung sozialer Gerechtigkeit und sozialen Schutzes sowie die Solidarität zwischen den Generationen zu Zielen der Union. Damit ist nach dem hier vertretenen Verständnis freilich etwas anderes gemeint als der Schutz vor kategorialer Ungleichbehandlung von Personengruppen.⁵³ „Sozialer Schutz“ wird hier verstanden als Absicherung für Wechselfälle des Lebens, für soziale Risiken.⁵⁴ Der EuGH hat bereits unmittelbar nach Einführung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Amsterdam⁵⁵ dem neuen Institut auch soziale Rechte entnommen, die sekundärrechtlich flankiert und primärrechtlich weiter aufgeladen wurden durch das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 18 Abs. 1 AEUV.⁵⁶

Nach Titel X, Art. 151 ff. AEUV, hat die Union Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik, die allerdings nach Art. 5 Abs. 3 AEUV überwiegend koordinierender Natur sind. Art. 153 AEUV listet die Unionskompetenzen in diesem Bereich auf, die sich weitenteils auf Arbeitnehmendenrechte richten, also akzessorisch zur Binnenarbeitsmarktintegration der EU ausgestaltet sind. Art. 153 Abs. 1 lit. j AEUV verleiht der Union aber auch eine Unterstützungs- und Ergänzungskompetenz allgemein für die Bekämpfung sozialer Ausgrenzung. Unter dem Titel IV Solidarität sieht zudem die GRCh eine Reihe sozialer Grundrechte vor, die zwar wiederum auf Arbeitnehmendenrechte fokussiert sind, jedoch auch darüber hinausgehen mit dem Verbot der Kinderarbeit (Art. 32 GRCh), dem sozialen Schutz des Familienlebens (Art. 33 GRCh) und schließlich der Anerkennung des Rechts auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten (Art. 34 Abs. 1 GRCh), dem Recht auf Wohnung (Art. 34 Abs. 3

52 Etwa *Terhechte* (Fn. 10), Rn. 51; *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim*, *Europarecht* 9. Aufl., München: C.H. Beck 2021, § 30 Rn. 4 u. 8 (auch Gleichstellung von Mann und Frau), 7 (Diskriminierungsverbote); *Eberhard Eichenhofer*, *Sozialrecht der Europäischen Union* 8. Aufl., Berlin: Erich Schmidt Verlag 2022, § 1 Rn. 1 m. Fn. 3; *Pitschas* (Fn. 48), 180.

53 Zur Frage, ob der sozio-ökonomische Status eine Kategorie des Antidiskriminierungsrechts sein sollte, unten C.II.

54 *Eichenhofer* (Fn. 52), § 1 Rn. 1, zählt auf: „Krankheit und Mutterschaft, Alter und Invalidität, Arbeitsunfall und Berufskrankheiten, Arbeitslosigkeit, die Familienleistungen sowie die Sozialhilfe“. Nach hier vertretenem Verständnis ist Mutterschaft auch Gegenstand des Antidiskriminierungsrechts.

55 S. oben bei Fn. 26.

56 Zum Ganzen *Mangold*, Unionsbürgerschaft (Fn. 14). Da die Regelungen zum sozialen Schutz sehr eng mit der Unionsbürgerschaft zusammenhängen, werden sie hier nicht näher behandelt; ausführlich *Kadelbach*, in diesem Band.

GRCh) und dem Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung (Art. 35 GRCh).

c) Kohäsionspolitik

Soweit Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV der EU das Ziel vorgibt, den „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“ zu fördern, haben die Mitgliedstaaten ihren Willen, diese Ziele zu erfolgen, in „Protokoll Nr. 28 über den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt“⁵⁷ noch einmal explizit wiederholt. Nach Art. 4 Abs. 2 lit. c) AEUV ist der wirtschaftliche, soziale und territoriale Zusammenhalt eine zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilte Kompetenz. Ausgeübt wird sie hauptsächlich durch Geldverteilung über die Europäischen Fonds,⁵⁸ die in Titel XVIII, Art. 174 bis 178 AEUV, näher geregelt sind. Verteilt wird das Geld über die verschiedenen Strukturfonds der Union, nämlich den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE, Art. 175 Abs. 1 S. 3 AEUV), den Europäischen Sozialfonds (ESF, Art. 162–164 AEUV), den Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft, Abteilung Ausrichtung (EAGFL – Abt. Ausr.) sowie den Kohäsionsfonds (Art. 177 Abs. 2 AEUV). Bei diesen Fonds handelt es sich um dauerhaft eingerichtete Finanzinstrumente.⁵⁹

Nach Art. 326 Abs. 2 S. 1 AEUV darf eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen einzelnen Mitgliedstaaten nicht den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt beeinträchtigen, hat allerdings soweit ersichtlich bislang keine Rolle als Schranke gespielt.

Art. 222 Abs. 1 AEUV sieht unter dem Titel VII „Solidaritätsklausel“ eine gegenseitige Einstandspflicht zwischen der Union und den Mitgliedstaaten vor, „wenn ein Mitgliedstaat von einem Terroranschlag, einer Naturkatastrophe oder einer vom Menschen verursachten Katastrophe betroffen ist“.

57 Das Protokoll war bereits im Vertrag von Maastricht enthalten (Fn. 26), 93 f.

58 S. schon oben bei Fn. 38.

59 Bettina Schöndorf-Haubold, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, München: C.H. Beck 2005, 9.

C. Demokratietheoretische Deutung von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV

In diesem Band werden die grundlegenden Verträge der EU, nämlich EUV, AEUV und GRCh, als „Verfassungstexte“ der EU behandelt, auch wenn die Begrifflichkeit „Verfassung“ und alle Verfassungsrhetorik nach den Referenden in den Niederlanden und Frankreich 2005 fallengelassen wurde.⁶⁰ Zum einen, so die zugrundeliegende Überlegung, wurden wesentliche Inhalte der Ergebnisse des Verfassungskonvents übernommen und weiterentwickelt, so dass neben der begrifflichen Neuausrichtung an einer technokratischen Sprache (AEUV) von einer inhaltlichen Zäsur nicht die Rede sein kann. Zum anderen enthalten die drei Verträge alle Elemente traditioneller staatlicher Verfassungstexte, nämlich einen Grundrechtskatalog (GRCh) und organisatorisch-institutionelle ebenso wie materiellrechtliche Bestimmungen (EUV und AEUV).

Diese Europäische Verfassung wird in diesem Beitrag im Anschluss an das von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* für den Nationalstaat entwickelte, im Ausgangspunkt liberale Modell als „Rahmenordnung“ verstanden (I.). Die EU lebt, wie insbesondere *Jürgen Habermas*, aber auch das Bundesverfassungsgericht in der Maastricht-Entscheidung argumentieren, von einer doppelten Legitimation durch die Unionsbürger*innen einerseits, die Völker in den demokratischen Mitgliedstaaten andererseits. Dieser Überlegung korrespondieren einerseits normative Erwartungen an demokratische und soziale Inklusion der Einzelnen in „eine“ europäische Gesellschaft (Art. 2 S. 2 EUV), andererseits an Solidarität unter den Mitgliedstaaten (Art. 1 UAbs. 1 und 2 EUV: „Mitgliedstaaten“ und „Völker Europas“), damit diese tatsächlich auf Augenhöhe miteinander interagieren und den zweiten Legitimationsstrang mit Leben erfüllen können. Diese theoretische Rahmung vermag, das in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV verfolgte normative Programm einleuchtend zu erklären (II.). Auf dieser Basis kann die Rolle des Antidiskriminierungsrechts theoretisch gefasst werden, das der Sicherstellung demokratischer Inklusion durch Recht dient, nämlich *Ermöglichungsbedingung der Begegnung von Freien und Gleichen in der europäischen Demokratie* ist. Diese ursprünglich für den nationalstaatlichen Kontext entwickelten theoretischen Erwägungen⁶¹ lassen sich auf die supranationale Demokratie der EU übertragen (III.).

60 Siehe oben bei Fn. 43.

61 Ausführlich *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, insbes. 376 ff.

I. Die EU-Verträge als Rahmenordnung

Wenn der EU-Vertrag als Verfassung verstanden wird, was diesem gemeinsamen Band als Prämisse zugrunde liegt, so muss doch die Frage beantwortet werden, wie diese Verfassung theoretisch gefasst wird. In diesem Beitrag soll die Verfassung der EU, wie sie insbesondere in ihrem Primärrecht zum Ausdruck kommt, im Anschluss an *Ernst-Wolfgang Böckenförde* als Rahmenordnung verstanden werden.⁶² Damit besteht zwar die Gefahr, ein für den Nationalstaat entwickeltes Verfassungsverständnis auf die EU zu übertragen.⁶³ Ich meine aber, dass diese Übertragung möglich ist, soweit es um eine spezifische Stoßrichtung von *Böckenfördes* Verfassungskonzeption geht, nämlich eine Verfassung als Rahmen zu verstehen, der politische Konflikte ermöglicht und eine große Bandbreite an politischen Lösungen zulässt, dem politischen Aushandlungsprozess aber eben auch Grenzen setzt. Der konkrete Verfassungstext markiert in diesem Verständnis äußerste Grenzen, die gewissermaßen als Leitplanken, als „Rahmen“ funktionieren. Ein solches Verfassungsverständnis richtet den Blick auf genau diese Grenzen. Bezogen auf die Interpretation der Ziele Inklusion und Solidarität in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV geht es also vor allem darum auszuloten, welche Grenzen politischer Entscheidungsfindung diese Regelung setzt und welche Räume für politische Auseinandersetzungen bleiben, die je nach demokratischen Mehrheiten unterschiedlich ausgestaltet werden können.

Mit einer eingängigen Charakterisierung von Verfassungen können diese als eher offen oder eher inhaltlich determiniert beschrieben werden.⁶⁴ Die EU-Verfassung, wie sie in den Primärverträgen und in deren Interpretation durch den EuGH hervortritt, ist wirtschaftspolitisch stark determiniert, in Fragen der sozialen Inklusion und Kohäsion jedoch recht offen und wenig determiniert. Sehr enge Grenzen zieht das Europäische Verfassungsrecht den politischen Aushandlungsprozessen im Bereich der wirtschaftlichen Integration, insbesondere in der fein ziselierten Rechtsprechung des

62 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation (1976), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 53–89 (58).

63 Dazu *Rainer Wahl*, Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?, in: Horst Dreier (Hrsg.), Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Berlin: Duncker & Humblot 2005, 113–149.

64 *Dieter Grimm*, Types of Constitutions, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press 2012, 98–132 (107 ff.).

EuGH zu den ökonomischen Grundfreiheiten.⁶⁵ Demgegenüber noch immer deutlich weniger Vorgaben machen die Primärverträge hingegen im Bereich der sozialen Inklusion und Solidarität. Diese geringere Determination im Bereich der sozialen Integration lässt zwar Raum für politische Entscheidungen, denn die Unterabsätze 2 und 3 formulieren lediglich Ziele, wenn auch inhaltlich hochambitionierte. Doch ohne eine verbindliche Festlegung genauerer Bedingungen, wann ein etwaiges verfassungsrechtliches Untermaß unterschritten ist, bleiben diese Ziele bloße Programmsätze und könnten dann tatsächlich mit einiger Berechtigung als bloße „Flankierung“ der Binnenmarktlogik bezeichnet werden.⁶⁶

Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts ist die Verrechtlichung wie ausgeführt⁶⁷ bereits stark vorangeschritten, nicht jedoch im Bereich der Kohäsionspolitik als sozialem und ökonomischem Ausgleich zwischen den Mitgliedstaaten. Eine stärkere Verrechtlichung auch in diesem Bereich zöge juristische Kontrollmöglichkeiten nach sich. Dass der EuGH die Vorschriften in vergleichbarer Weise mit rechtlicher Wirkung versähe, wie er das etwa bei den ökonomischen Grundfreiheiten getan hat,⁶⁸ steht aktuell nicht zu erwarten. Es fragt sich aber auch, ob das überhaupt wünschenswert wäre. Jedenfalls im Bereich der Kohäsionspolitik geht es vielfach um finanzielle Umverteilungsfragen, bei denen nicht ersichtlich ist, dass sie bei Gerichten besser aufgehoben wären als bei demokratisch genau zu solchen Entscheidungen berufenen Institutionen. In eine solche Richtung verstärkter politischer Entscheidung⁶⁹ weist etwa NextGenerationEU.⁷⁰

65 Deskriptiv bei *Mangold*, Gemeinschaftsrecht (Fn. 9), 86 ff.; Kritik an verfassungsrechtlicher Überdetermination im wirtschaftlichen Bereich bei *Dieter Grimm*, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, ELJ 21 (2015), 460–473 (464 ff.); *Fritz W. Scharpf*, *De-constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe*, ELJ 23 (2017), 315–334 (317 ff.); aktuell wieder aufgegriffen bei *Martin Höppner*, Europa-Kolumne: Lässt sich das europäische Demokratiedefizit beheben?, *Merkur* 896 (Jan. 2024), 55 ff.

66 Dazu bereits oben, Fn. 10.

67 S. oben, B.III.3.a.

68 Siehe soeben, Fn. 65.

69 Außerordentliche Tagung des Europäischen Rates am 17., 18., 19., 20. und 21. Juli 2020, Schlussfolgerungen, EUCO 10/20 vom 21. Juli 2020.

70 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates vom 14. Dezember 2020 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, ABl. 2020 L 424/1, als Grundlage zur Finanzierung des temporären Aufbauinstruments „Next Generation EU“ (NGEU): Verordnung (EU) 2021/241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Februar 2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität, ABl. 2021 L 57/17.

II. Die doppelte Legitimation der EU

Eine doppelte Legitimationsstruktur der EU über die Einzelnen und die Mitgliedstaaten hat bereits das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil 1993 verfassungsrechtlich postuliert.⁷¹ *Jürgen Habermas* hat diese Idee theoretisch ausgearbeitet als „die Teilung der konstituierenden Gewalt zwischen Unionsbürgern und europäischen Völkern“.⁷² In Art. I-1 Abs. 1 S. 2 VVE-Entwurf fand dieser Gedanke recht deutlichen Ausdruck in den ersten Worten: „Geleitet von dem Willen der *Bürgerinnen und Bürger* und der *Staaten Europas*, ihre Zukunft gemeinsam zu gestalten, begründet diese Verfassung die Europäische Union“ Diese Formulierung findet sich im Vertrag von Lissabon zwar nicht mehr, wo es schlicht heißt: „Durch diesen Vertrag gründen die Hohen Vertragsparteien untereinander eine Europäische Union“ Allerdings gibt es eine von der nationalen Staatsangehörigkeit unterschiedene Unionsbürgerschaft (Art. 9 S. 2 EUV), die zur nationalen Staatsangehörigkeit hinzutritt (Art. 9 S. 3 EUV). Auch Art. 2 S. 2 EUV unterscheidet zwischen den Mitgliedstaaten und „einer“ Gesellschaft. Diese Formulierung ergibt nur Sinn, wenn mit der „einen Gesellschaft“ die europäische Gesellschaft gemeint ist, die neben die mitgliedstaatlichen Gesellschaften tritt. Mit dem Wortlaut der Verträge ist es mithin vereinbar, ja erhellt diesen Wortlaut erst richtig, wenn *Habermas* ausführt: „Die Bürger sind auf doppelte Weise an der Konstituierung des höherstufigen politischen Gemeinwesens beteiligt, in ihrer Rolle als Unionsbürger und als Angehörige eines der Staatsvölker.“⁷³

Diese doppelte Legitimationsstruktur findet sich wieder in Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 und 2 EUV (Vertretung der Unionsbürger*innen im Europäischen Parlament, Vertretung der Mitgliedstaaten im Europäischen Rat und im Rat der EU). Aber auch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV lassen sich so deuten, denn diese beiden Absätze formulieren, so wurde schon herausgearbeitet, Ziele für die soziale und antidiskriminatorische Position der Einzelnen (UAbs. 2) und die Rolle der Mitgliedstaaten in ihrem Verhältnis zueinander (UAbs. 3). Im Unterabsatz 2 geht es um Individuen und ihre gesellschaftliche Inklusion, einschließlich sozialer Absicherung und sozio-ökonomischer Inklusion („soziale Gerechtigkeit“). In Unterabsatz 3 geht es um Solidarität (und Zusammenhalt) zwischen den Mitgliedstaaten. Dieser doppelte

71 BVerfGE 89, 155 – *Maastricht* [1993].

72 *Habermas*, *Krise der Europäischen Union* (Fn. 2), 62 ff.

73 *Habermas*, *Krise der Europäischen Union* (Fn. 2), 67.

Solidaritäts- und Inklusionsbezug auf Individuen einerseits, Mitgliedstaaten andererseits spiegelt die Struktur doppelter demokratischer Legitimation der EU.

Die doppelte Legitimationsstruktur vermag zu erklären, wie Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV neben dem Binnenmarktziel in UAbs. 1 stehen: Diese Ziele sind gleichrangig. Die EU ist längst über eine bloße Wirtschaftsgemeinschaft hinausgewachsen und hat sich zu einer supranationalen Demokratie weiterentwickelt, die zweifach legitimiert ist: als europäische Gesellschaft der Unionsbürger*innen und als Union der Mitgliedstaaten.

III. Antidiskriminierungsrecht als demokratische Inklusion durch Recht

Das Augenmerk soll nun auf der Konstituierung der europäischen demokratischen Gesellschaft der Unionsbürger*innen liegen. Denn die Mitgliedstaaten existieren historisch bereits länger, ihre Völker sind als nationalstaatliche Gesellschaften längst konstituiert. Um „eine“ europäische Gesellschaft als deliberative Grundlage der europäischen Demokratie herzustellen, muss größerer Aufwand betrieben werden. Die europäische Demokratie, so eine zentrale These dieses Beitrags, muss mithin die eigenen Gelingensbedingungen regulieren, und sie tut dies mittels Antidiskriminierungsrecht. Mit *Jürgen Habermas* liegt die optimistische Vorstellung zugrunde, dass es möglich ist, die Entwicklung der gesellschaftlichen Verhältnisse durch Recht und Politik zu steuern.⁷⁴ Antidiskriminierungsrecht ist Instrument eines solchen Steuerungsansatzes. Es dient der Selbstvergewisserung von demokratischen Gesellschaften über ihre eigenen Teilnahmebedingungen. Prämisse ist dabei, dass demokratische Gesellschaften nicht nur *theoretisch* von idealen Diskursvoraussetzungen ausgehen dürfen, sondern an der tatsächlichen Einlösung dieses Ideals stets weiterzuarbeiten haben: der Verwirklichung auch *tatsächlicher* demokratischer Gleichheit aller Bürger*innen. Gesellschaftliche Zustände sind nichts Vorgegebenes, demokratische Zustände in der Gesellschaft nicht etwas nur zu Erhoffendes, gleichwohl Unbeeinflussbares, sondern etwas stets auch Anzustrebendes.

74 *Habermas*, Postnationale Konstellation (Fn. 6), 93: „Der juristische Begriff der Selbstgesetzgebung muß eine politische Dimension gewinnen und zum Begriff einer demokratisch auf sich selbst einwirkenden Gesellschaft erweitert werden.“

Demokratie verweist so verstanden immer auf ein utopisches Morgen,⁷⁵ für das schon heute die Weichen zu stellen sind.

Das Material für derartige Weichenstellung ist das demokratische Recht, konkret das Antidiskriminierungsrecht. Die politische Steuerung gesellschaftlicher Entwicklungen durch demokratische Rechtsetzung ist – bei allen berechtigten Zweifeln, ob diese Steuerung immer gelingt – doch die Grundannahme demokratischer Politik.⁷⁶ In ihren Programmen für die gesellschaftliche Entwicklung unterscheiden sich politische Parteien, in politischen Auseinandersetzungen geht es oft, wenn nicht immer um Vorstellungen davon, wie eine „gute“ Gesellschaft eingerichtet und auf welchem Wege diese herbeizuführen sei. Antidiskriminierungsrecht stellt den Versuch dar, dem Ziel einer inklusiven Gesellschaft näher zu kommen. Reaktiver Schutz vor Diskriminierung muss dabei als Minimalerfordernis gelingender öffentlicher Deliberation verstanden werden, proaktives Gleichstellungsrecht erlaubt, gesellschaftlichen Wandel hin zu höherer Inklusivität auf beschleunigtem Wege zu erreichen, indem Maßnahmen ergriffen werden, um bislang benachteiligte und diskriminierte Personengruppen in allen gesellschaftlichen wie politischen Bereichen stärker partizipieren zu lassen.

Es ist kein Zufall, dass gerade das unionale Antidiskriminierungsrecht wichtige rechtliche Weichen gestellt hat hin zu einem effektiven reaktivem Schutz vor Diskriminierung. Denn dieses unionale Antidiskriminierungsrecht ist ein zentraler Baustein, um jene „eine“ europäische Gesellschaft herzustellen und zu sichern, die Art. 2 S. 2 EUV benennt als Grundlage der Europäischen Union als demokratischer politischer Gemeinschaft. Die europäische Gesellschaft ist von hohem Binnenpluralismus geprägt und muss deshalb besonders darauf bedacht sein, die Funktionsbedingungen für demokratische Deliberation auf europäischer Ebene sicherzustellen.

Das hier vorzustellende theoretische Konzept von Antidiskriminierung versteht die rechtliche Sicherstellung von Schutz vor Diskriminierung als „Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und

75 Aus der Sicht deliberativer Demokratietheorie Seyla Benhabib, Ein anderer Universalismus: Einheit und Vielfalt der Menschenrechte, DZPhil 55 (2007), 501–520 (507): „Rechte beziehen sich nicht auf das, was *ist*, sondern auf jene Welt, in der wir vernünftigerweise wünschen *sollten* zu leben.“

76 Zur Steuerungsaufgabe des Privatrechts grundlegend Gerhard Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht: Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352–476.

Gleichen“⁷⁷ in der gesellschaftlichen Sphäre, in der demokratische Deliberation stattfindet und die deswegen untrennbar verknüpft ist mit den Aushandlungsprozessen in den demokratischen Institutionen. Anders als in herkömmlichen Verfassungskonzeptionen von Staat und Gesellschaft, die noch aus dem monarchischen 19. Jahrhundert stammen,⁷⁸ wird in dieser demokratischen Konzeption die gesellschaftliche Sphäre mithin nicht als den politischen Institutionen und insbesondere dem Staat entgegengesetzt betrachtet, sondern weitergedacht als notwendiges Element des demokratisch-politischen Systems. Dieses System wird hier nicht mehr mit dem überkommenen Nationalstaat gleichgesetzt, denn auch die EU ist ein solches demokratisch-politisches System.

Anschaulich beschreibt das „Schleusenmodell“ der Demokratie die Einflüsse öffentlicher Deliberation auf die institutionalisierten politischen Prozesse,⁷⁹ gleich ob sie im Nationalstaat oder auf europäischer Ebene stattfinden. Damit ist eine strukturelle Rückkopplung zwischen dem institutionellen Bereich, in Parlamenten und Verwaltung, und der öffentlichen Meinungsbildung in der Gesellschaft beschrieben. Jede repräsentative Demokratie, auch die europäische, lebt von der kommunikativen Rückbindung an die öffentliche Meinungsbildung, und zwar während der turnusmäßigen Wahlvorgänge zu den Institutionen alle paar Jahre, aber eben auch und wohl vor allem in der Zeit zwischen den Wahlen. Die Vorstellung einer impermeablen Trennung von politischen Institutionen einerseits und Gesellschaft der (Unions)Bürger*innen andererseits kann und soll in dieser Perspektive nicht aufrechterhalten werden, sondern die Wechselbezüglichkeit von Demokratie und Gesellschaft beleuchtet und so die theoretische Verschränkung erhellt werden.

Das hier vorgestellte demokratiethoretische Modell lässt sich übertragen auf supranationale demokratische politische Gemeinschaften wie die Europäische Union und ist zu deren Beschreibung sogar besonders eignet. Der Wortlaut von Art. 2 EUV erlaubt eine solche Interpretation des Verhältnisses von politischen Institutionen und Gesellschaft in der Europäischen

77 Mangold, Demokratische Inklusion (Fn. 61), insbes. 376 ff.

78 Das gilt zu einem nicht geringen Grad auch für das Verständnis von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Opladen: Westdeutscher Verlag 1973, dazu eingehend unten, C.III.4.a.

79 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 429; Habermas stützt sich in der 4. Aufl. 1994 dabei auf Bernd Peters, Die Integration moderner Gesellschaften, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 9.

Union nicht nur, sondern legt sie nahe. In Satz 1 werden Demokratie und Gleichheit auf eine Ebene gehoben; Satz 2 verdeutlicht die Abhängigkeit „einer [europäischen] Gesellschaft“⁸⁰ von Nichtdiskriminierung als Grundbedingung einer pluralistischen Demokratie. Das Unionsrecht ermächtigt die Einzelnen dazu, Nichtdiskriminierung einzufordern, und legt damit neuerlich die dezentrale Durchsetzung des Unionsrechts in die Hände der Einzelnen.⁸¹ Die Einzelnen kämpfen unmittelbar für ihre eigenen Rechte, konkret das Recht, nicht diskriminiert zu werden wegen der (vermeintlichen oder tatsächlichen⁸²) Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Personengruppe. Mittelbar wirken die Einzelnen auf diese Weise zugleich daran mit, eine diskriminierungsfreie demokratische Gesellschaft zu verwirklichen, die wiederum Voraussetzung für das Funktionieren der europäischen Demokratie ist.⁸³

1. Die demokratietheoretische Funktion von Antidiskriminierungsrecht

Die *zentrale These* zum Antidiskriminierungsrecht besagt, dass es die Voraussetzungen von öffentlicher Deliberation in der Demokratie absichert, indem es die Möglichkeit demokratischer Begegnung von Bürger*innen auf Augenhöhe schafft. Antidiskriminierungsrecht hat eine Ermöglichungs-

80 Gemeint ist *eine* europäische Gesellschaft, die sich von den Gesellschaften der Mitgliedstaaten unterscheidet: „Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in *einer* Gesellschaft gemeinsam [...]“ (Hervorh. AKM).

81 Es ist dies der Weg, den *Masing* treffend als Mobilisierung bezeichnet hat: *Johannes Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin: Duncker & Humblot 1997; ähnlich *Anna Katharina Mangold/Rainer Wahl*, Das europäisierte deutsche Rechtsschutzkonzept, VERW 48 (2015), 1–28; exemplarische Studie zur Wirkweise der Unionsbürgerschaft im Sozial- und Arbeitsrecht *Mangold*, Unionsbürgerschaft (Fn. 14).

82 Die Offenlegung der sozialen Konstruktion von kategorialen Einordnungen ist in der Rechtsprechung des EuGH außergewöhnlich gut gelungen. Es kommt nicht darauf an, ob eine Person tatsächlich einer diskriminierten Personengruppe angehört, um Diskriminierung geltend machen zu können, EuGH, Urteil v. 16.7.2015, Rs. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, Rn. 56–60 – *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, und auch Diskriminierung qua Assoziation hat der EuGH anerkannt, Urteil v. 17.7.2008, Rs. C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, Rn. 33 – *Coleman*.

83 Der EuGH ermöglicht allen Interessierten, diskriminierende Äußerungen rechtlich zu adressieren, unabhängig von eigener Betroffenheit; zu rassistischen Äußerungen: Urteil v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397 – *Feryn*; zu homophoben Äußerungen Urteil v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275 – *Asociația ACCEPT*; Urteil v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289 – *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*.

funktion, nämlich die Chance auf gleichberechtigte Teilnahme am öffentlichen Diskurs auch jenen zu eröffnen, die aufgrund intentionaler oder struktureller Exklusion mit ihren Positionen und Argumenten bislang nicht gehört wurden.

In der rechtlichen Form reaktiven Diskriminierungsschutzes als Minimalerfordernis und des darüberhinausgehenden proaktiven Gleichstellungsrechts⁸⁴ werden die Voraussetzungen für inklusive öffentliche Deliberation in der Demokratie geschaffen. Auch zwischen Privaten wirken der, privatrechtlicher Diskriminierungsschutz sichert jene bürgerschaftliche Gleichheit, die gleichursprünglich mit der demokratischen Gleichheit der Bürger*innen ist. Von Diskriminierung betroffene Personengruppen müssen vor Diskriminierung geschützt werden, um als gleichberechtigte und gleichrangige Diskursteilnehmer*innen wahrgenommen zu werden und auftreten zu können. Dies ist die Voraussetzung dafür, dass auf eine inklusive Art und Weise über Gleichheit und Ungleichheit öffentlich diskutiert werden kann, ohne dass die wesentlich Betroffenen von vornherein von dieser Diskussion ausgeschlossen sind.

Der reaktive Anspruch auf Nichtdiskriminierung im Privatrecht ist Mindestbedingung der „Anerkennung gleicher kommunikativer Freiheit“. Diese These steht auf den ersten Blick in einem gewissen Spannungsverhältnis zu *Ernst-Wolfgang Böckenfördes* einflussreichem Diktum über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft.⁸⁵ Allerdings wird bei einem genaueren zweiten Blick deutlich, dass das Anliegen von *Böckenförde* und die hier vertretene These von dem gleichen Grundverständnis der begrenzten Wirkmacht von Recht ausgehen.⁸⁶ In *Böckenfördes* verfassungstheoretischem Modell geht es vor allem darum, eine freiheitliche Gesellschaft rechtlich abzusichern, aber eben kein Gesinnungsrecht einzuführen. Das ist auch das Anliegen der hier vorgeschlagenen demokratietheoretischen Legitimation von Antidiskriminierungsrecht, die den sachlichen Gehalt von reaktivem Diskriminierungsschutz und proaktivem Gleichstellungsrecht ins Zentrum rückt. Antidiskriminierungsrecht soll von metaphysischem Ballast und übertriebenen Zuschreibungen befreit und als ganz gewöhnliche rechtliche Grenz-

84 Zu dieser Unterscheidung noch unten, D.I.

85 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006, 92–114 (112): „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“ (Hervorh. i. Orig.).

86 Ausführlicher zu *Böckenfördes* Modell unten, C.III.4.

ziehung zwischen erlaubtem und verbotenem (privat)rechtlichen Verhalten kenntlich gemacht werden, die sich strukturell nicht unterscheidet von jenen Grenzziehungen im Wettbewerbsrecht, in denen der rechtliche Diskriminierungsbegriff seine erste Verwendung fand.⁸⁷

Pointiert ausgedrückt lautet die These dieses Beitrags deshalb in Weiterentwicklung von *Habermas* und *Böckenförde*: *Die moderne supranationale Demokratie lebt von kommunikativen Bedingungen, die sie rechtlich sicherstellen muss*. Das angestrebte Ideal ist eine diskriminierungsfreie europäische Gesellschaft, in der sich Bürger*innen als Freie und Gleiche begegnen können. Diesem Zweck dient reaktiver Diskriminierungsschutz. Der reaktive Schutz vor Diskriminierung ist Mindestbedingung öffentlicher Deliberation, ohne deren Gelingen jedoch garantieren zu können.

Demokratiethoretisch kann das rechtliche Gleichheitsversprechen als eine eingebaute reflexive Schleife gedeutet werden, welche die Geltendmachung von und die Vergewisserung über Inklusionsansprüche erlaubt. Damit findet zugleich eine Verschiebung im deliberativen Demokratiemodell statt: von der inhaltlichen Perspektive, auf die *Habermas* das Hauptaugenmerk legt,⁸⁸ hin zu den prozeduralen Bedingungen des öffentlichen Diskurses. Dies ist eine in *Habermas'* Theoriemodell bereits tendenziell angelegte,⁸⁹ aber noch deutlicher herauszustellende Perspektive auf Argumentationsverfahren. Die *Chance* auf Diskursteilnahme muss sichergestellt werden, indem die Diskursvoraussetzungen abgesichert werden.

Habermas' Modell der deliberativen Demokratie ist für eine solche konzeptionelle Erweiterung deswegen besonders geeignet, weil Gleichheit in seinem Modell an drei Stellen von zentraler Bedeutung ist:⁹⁰ (1) als *kommunikative Gleichheit*, die auf dem Ideal der fundamentalen Gleichheit aller Diskursteilnehmer*innen beruht; (2) als *moralische Gleichheit*, die in postkonventioneller Moral jedem Individuum gleiche Bedeutung zuspricht und gleiche Achtung zukommen lässt; (3) als *politische Gleichheit*, die in der Gleichursprünglichkeit von öffentlicher und privater Autonomie ein

87 Zum wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsbegriff *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 46 ff.

88 Überzeugung durch „die Substanz der Gründe“, potentielle Zustimmungsfähigkeit aller Betroffenen zu Entscheidungen.

89 *Jürgen Habermas*, Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft, Leipzig: Reclam 2001, 48 f.

90 Folgende Systematisierung nach *Kenneth Baynes*, Egalität, in: Hauke Brunkhorst/Regina Kreide/Cristina Lafont (Hrsg.), *Habermas-Handbuch*, Heidelberg: Metzler 2009, 307–309 (307).

egalitäres System grundlegender Freiheiten garantiert und allen gleichermaßen eine wirkliche Gelegenheit gibt, sich an jenen Prozessen zu beteiligen, die zur Ausarbeitung der für sie geltenden Gesetze führen, und zwar auch in der öffentlichen Deliberation über diese Gesetze und die Anlässe für sie.

Die unionsrechtlichen Versprechen der demokratischen Gleichheit aller Unionsbürger*innen sind ausgedrückt in Art. 2 S.1 und 2 EUV (Demokratie und Gleichheit, Nichtdiskriminierung, Gleichheit von Frauen und Männern), Art. 9 S.1 EUV (Gleichheit der Unionsbürger*innen), Art. 10 Abs.1 EUV (repräsentative Demokratie) sowie in den Gleichheitsartikeln (Art. 20–26 GRCh) und dem Wahlrecht (Art. 39 Abs.1 GRCh).

2. Private und öffentliche Autonomie im (europäischen) Antidiskriminierungsrecht

Die „private“ Behandlung einer Person hat Auswirkungen auf ihre „öffentliche“ Position. Private und öffentliche Autonomie sind in einer Demokratie mit *Habermas* gleichursprünglich zu denken.⁹¹ Wenn privat die gleichrangige, diskriminierungsfreie Behandlung verweigert wird, wenn also privat Diskriminierung geschieht, so hat dies Auswirkungen auf die öffentliche Autonomie der Betroffenen wie aller anderen Mitglieder dieser Gesellschaft. Es ist nicht möglich, eine Person „nur“ privat zu diskriminieren – jede Diskriminierung hat immer auch eine öffentliche Dimension. Drei Überlegungen führen zu diesem Schluss.

Erstens liegt in jeder Diskriminierung einer einzelnen Person eine Bezugnahme auf und eine performative Mitwirkung an gesellschaftlichen Hierarchien zwischen Personengruppen. Einzelne Person werden nicht gewissermaßen zufällig diskriminiert, sondern aufgrund der gesellschaftsweiten Kategorisierung von Menschen. Menschen werden auf der Grundlage von kategorialen Unterscheidungen in Gruppen eingeordnet, die nicht gleichrangig nebeneinander, sondern in hierarchischen Verhältnissen zueinander stehen. In jeder Diskriminierungssituation liegt deswegen immer ein Verweis auf die gesellschaftliche Lage, der über die konkret betroffenen Einzelnen hinausweist. Gesellschaftliche Hierarchien und Dominanzverhältnisse werden, bewusst oder unbewusst, durch eine Vielzahl einzelner performativer Handlungen errichtet. Das gilt in besonderem Maße für die Grenzziehungen zwischen „Dazugehörigen“ und „Fremden“, die in

91 Dazu Mangold, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 388 ff.

nationalstaatlichen Kontexten eingeübt wurden und in der europäischen Gesellschaft gerade überwunden werden sollen. Auch wenn Einzelne nur für sich handeln wollen, so können sie sich ihrer Einbindung in das gesellschaftliche Gefüge doch in keinem Moment entziehen und wirken an dessen Gestalt und Struktur stets mit. Jede Diskriminierungssituation hat deswegen Bedeutung über den Einzelfall hinaus und betrifft nicht nur die konkret diskriminierenden und diskriminierten Personen, sondern auch alle anderen Mitglieder dieser Gesellschaft. Deswegen gibt es keine „rein“ private Diskriminierung, sondern diese hat immer auch eine öffentliche Dimension.

Zweitens erfolgt Diskriminierung im gesellschaftlichen Bereich „öffentlich“ und nicht „privat“. Wenn im Rahmen des Marktgeschehens oder auf dem Arbeitsmarkt Diskriminierung vorkommt, so handelt es sich mitnichten um ein Geschehen im strikt „privaten“ Bereich. Die Privatrechtsgesellschaft ist selbst Teil der Öffentlichkeit und nicht rein privat, anders als dies noch in der Laissez-faire-Politik des 19. Jahrhunderts konzipiert worden war. Den Wandel der Privatrechtsgesellschaft hin zu einem selbst öffentlichen Raum ist längst trefflich beschrieben worden.⁹² Dieser Wandel ist kennzeichnend für die europäische Integration als Wirtschaftsintegration, in der gerade die Ermöglichung von privatautonomem Handeln als Vehikel für ein Zusammenwachsen in Europa genutzt wurde.⁹³ Dies resultierte frühzeitig in einer Verschleifung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht im europäischen Gemeinschafts- und später Unionsrecht.⁹⁴ „Privat“ ist nunmehr die Intimsphäre – die Familie hat sich zum Gegenpol der öffentlichen Privatrechtsgesellschaft entwickelt.⁹⁵ „Die“ Privatrechtsgesellschaft ist dagegen nicht schlechthin privat. Vielmehr gibt es in der gesellschaftlichen Sphäre öffentliche Räume, in denen öffentliche Deliberati-

92 Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1962/1990, 225, prägnant 234; Martin Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart: Kohlhammer 1968, 69.

93 Mangold, Gemeinschaftsrecht (Fn. 9), 44 ff.

94 Dazu schon Wassilios Skouris, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht, EuR 1998, 111–129 (128 f.); speziell für die Menschenrechte Isabelle Ley, Drittwirkung als Erstwirkung? Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht für die Grundrechtstheorie, ARSP 107 (2022), 412–443 (414 f. und passim).

95 Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (Fn. 92), 238; Beate Rössler, Der Wert des Privaten, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2001, 11, die auf den historischen Wandel des Verständnisses von Privatheit hinweist (15), zu den Semantiken des Privaten (16 ff.); Rössler definiert Privatheit als abhängig von „Zugangskontrolle“ (21).

on unter Privaten stattfindet. Die Bezeichnungen „Privatrecht“ und „Privatautonomie“ sind insoweit irreführend, als sie suggerieren, privatrechtliche Transaktionen seien immer rein „privat“. Viele *privatrechtliche* Handlungen sind in hohem Maße öffentlich und durch detaillierte Gesetzgebung geregelt. „Privat“ ist das „Privatrecht“ keineswegs, und Gleiches gilt für die „Privatautonomie“. Dies ist ein Baustein zum Verständnis der hohen Bedeutung von Privatrechtsintegration als Integrationsmodus.

Drittens besteht nach dem deliberativen Demokratiemodell ein enger Zusammenhang zwischen der Deliberation unter den Bürger*innen als Privatleuten und den eigentlichen institutionalisierten und formalisierten demokratischen Verfahren. *Habermas* beschreibt diesen Zusammenhang bildlich in seinem „Schleusenmodell der Demokratie“;⁹⁶ demzufolge die öffentlichen Deliberationen unter Privaten über verschiedenste Kanäle die institutionalisierten und formalisierten demokratischen Verfahren informieren, indem sie sie mit Themen und Argumenten versorgen. Umgekehrt wird so eine Anbindung der formalisierten demokratischen Verfahren an die Deliberationen der Bürger*innen auch jenseits von Wahlen sichergestellt. Das gilt auch für die noch unvollständige europäische Öffentlichkeit, die gelegentlich schon sichtbar wird.⁹⁷ Eine Beschreibung, derzufolge moderne repräsentative Demokratie Bürger*innen im Wesentlichen auf ihre turnusmäßige Abstimmung in den jeweiligen Wahlen beschränke, überzeugt nicht, weil auch zwischen Wahlen öffentlich geführte politische Debatten stattfinden. Der deliberative Demokratiebegriff geht infolgedessen weit über die institutionalisierten Verfahren hinaus und begreift gerade die öffentliche Deliberation unter privaten Bürger*innen als essentiellen Bestandteil der demokratischen Selbstorganisation. Es handelt sich also um einen weiten Demokratiebegriff, der auch die Begegnung von Bürger*innen im gesellschaftlichen, insbesondere privatrechtlichen Verkehr als selbst schon demokratisch, jedenfalls aber demokratierelevant begreift.

3. Demokratische Bürgerschaft jenseits des Nationalstaats

Der Status der Bürgerschaft spielt in der deliberativen Demokratietheorie der Nationalstaaten eine Schlüsselrolle. Für eine nationalstaatliche Legiti-

96 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 79), 494.

97 Ein Beispiel ist der vom Europäischen Parlament angestoßene Spitzenkandidatenprozess, der die mitgliedstaatlichen Teilöffentlichkeiten punktuell in eine gesamteuropäische Öffentlichkeit überführt; ein weiteres Beispiel sind europäische Medienportale, die über Vorgänge auf Ebene der EU berichten.

mation von Antidiskriminierungsrecht mag sie als Bezugspunkt dienen, denn die Stellung von privatem *Bourgeois* und öffentlicher *Citoyenne* sind untrennbar miteinander verbunden. Doch dies gilt ebenso für die europäische Demokratie in der EU, wie sich exemplarisch in Art. 2 EUV und Art. 10 EUV nachlesen lässt: Nicht nur bekennt sich die Union „zur Wahrung der Menschenrechte“ als Werte, die „allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam sind“, auch beruht die Arbeitsweise der Union auf der repräsentativen Demokratie. Auch die EU ist mithin die Verbindung von Einzelnen in einer demokratischen politischen Gemeinschaft.

Der demokratische Bürgerstatus ist zudem inzwischen unabhängig von einer nationalstaatlichen Staatsangehörigkeit und muss daher nicht länger mit der Staatsbürgerschaft gleichgesetzt werden. Demokratischer Bürgerstatus ist folglich nutzbar als theoretischer Anknüpfungspunkt für die Legitimation einer demokratischen Gesellschaft jenseits des Nationalstaats. Ausschlaggebend für diese Aussage sind zwei Erwägungen, eine praktische und eine theoretische:

Erstens begegnen sich Bürger*innen untereinander für gewöhnlich ohne Pass.⁹⁸ In der unmittelbaren Begegnung spielt die Staatsangehörigkeit gar keine Rolle, soweit Argumente ausgetauscht werden. Kommt es zu diskriminierender Behandlung, setzt diese typischerweise nicht an der Staatsangehörigkeit, sondern an Äußerlichkeiten an, etwa dem phänotypischen Erscheinungsbild oder den sprachlichen Fähigkeiten. Diese wiederum lassen aber keinen zwingenden Schluss zu auf die Staatsangehörigkeit, deren Erwerb auch jenen offensteht, die nicht von Geburt bereits die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit haben oder die nicht der stereotypen Vorstellung einer „autochtonen“ Person entsprechen.

Zweitens müssen jene, die von den Auswirkungen politischer Entscheidungen betroffen sind, auch ein Mitspracherecht in der öffentlichen Deliberation haben, die zu diesen Entscheidungen führen oder sie nachträglich kommentieren. Das umfasst nicht notwendig von vornherein ein Recht auf Beteiligung an den formellen demokratischen Entscheidungsverfahren, etwa Wahlen, aber es legt eine solche Erweiterung doch nachdrücklich nahe,

98 Zweifellos ist es jedoch empirisch so, dass Personen ohne gültige Papiere oder mit prekärem Aufenthaltsstatus sich nicht selbstverständlich in der Öffentlichkeit bewegen können, weil sie Gefahr laufen, kontrolliert und anschließend möglicherweise abgeschoben zu werden; sozialtheoretisch *Cornelia Bohn*, Passregime: Vom Geleitbrief zur Identifikation der Person, in: dies., Inklusion, Exklusion und die Person, Tübingen: UVK 2006, 71 ff.

und zwar im Sinne einer progressiven Inklusion, wie *Anuscheh Farahat* argumentiert hat.⁹⁹ Während das Staatsvolk für *Böckenförde* noch „politische Schicksalsgemeinschaft“ war, wobei sich die Angehörigkeit nach der Staatsangehörigkeit bestimmte,¹⁰⁰ ist mit dem Sondervotum der Richterin *Ute Sacksofsky* im Urteil des Bremischen Staatsgerichtshofes festzuhalten:

„Ausgangspunkt des Demokratieprinzips ist der die demokratische Ordnung tragende Gedanke der Selbstbestimmung. Diejenigen, die der Staatsgewalt unterworfen sind, sollen als Gleiche und Freie mitbestimmen dürfen, wie diese Staatsgewalt ausgeübt wird. Es entspricht daher dem Ideal des Demokratieprinzips, möglichst alle, die von der Ausübung der Staatsgewalt betroffen sind, an der Konstituierung dieser Staatsgewalt zu beteiligen.“¹⁰¹

In einer inklusiven demokratietheoretischen Perspektive ist deswegen die Teilnahme am öffentlichen Diskurs auch für noch nicht Staatsangehörige zu schützen. Es war gerade die Mitgliedschaft in der EU, die eine Erweiterung des Kommunalwahlrechts auf Unionsbürger*innen in allen Mitgliedstaaten erforderlich machte.¹⁰² Die öffentliche Deliberation in der europäischen Gesellschaft, welche das Grundelement der demokratischen

99 *Anuscheh Farahat*, Progressive Inklusion, Berlin: Springer 2014, 211, zur Debatte um das Ausländerwahlrecht in Deutschland; aus der Rspr. BremStGH, Urteil v. 31.1.2014, St 1/13, DVBl. 2014, 1248–1253 (ohne Sondervotum), abw. Sondervotum der Richterin *Ute Sacksofsky* (bei juris Rn. 75 ff.); ablehnend zum Urteil der Mehrheit *Hans Meyer*, Grundgesetzliche Demokratie und Wahlrecht für ansässige Nicht-deutsche, JZ 2016, 121–127 (126): „offener Volksbegriff“, „deutliches Überwiegen des Demokratiepostulats gegenüber dem Nationalstaatspostulat“. Für eine theoretische Einordnung der älteren Debatten über Staatsangehörigkeit als Konstruktion von „uns“ und „den Anderen“ noch immer instruktiv *Günter Frankenberg*, The Grammar of Exclusion: The Legal Construction of the Own and the Other in German Law, Tel Aviv U. Stud. L. 15 (2000), 9–22.

100 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratieprinzip als Verfassungsprinzip (1987), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 289–378 (311).

101 BremStGH, 31.1.2014, St 1/13, juris, abw. Sondervotum der Richterin *Ute Sacksofsky*, Rn. 94.

102 Red. Mitt., Vorschlag der EG-Kommission zum Kommunalwahlrecht für Ausländer, NVwZ 1989, 341–343; *Brun-Otto Bryde*, Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, 257–262; *Ralf Jahn/Norbert K. Riedel*, Gemeinschaftsrechtliche Einführung eines kommunalen Wahlrechts für EG-Ausländer und innerstaatliches Verfassungsrecht, NVwZ 1989, 716–722. Die weitreichenden Konsequenzen dieser Veränderung wurden in der zeitgenössischen deutschen verfassungsrechtlichen Literatur durchaus kritisch wahrgenommen: *Hans A. Stöcker*, Nationales Selbstbestimmungsrecht und Ausländerwahlrecht, Der Staat 28 (1989), 71–90.

Legitimation von Antidiskriminierungsrecht zwischen Privaten darstellt, ist offen für alle Teilnahmewilligen, ganz unabhängig von Staatsangehörigkeiten – Argumente können von allen vorgebracht werden, auch jenen, die (noch) nicht die Unionsbürgerschaft haben.

4. Das Verhältnis von Gesellschaft und öffentlicher Gewalt in der EU

Das Ideal einer gleichberechtigten Bürgerschaft ist freilich kein Selbstläufer, wie das wirkmächtige und häufig vorbildlich wirkende US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht eindrucksvoll belegt.¹⁰³ In der Gesellschaft¹⁰⁴ begegnen sich gerade nicht gleichrangige Marktteilnehmer*innen, deren Geld und Leistungsbereitschaft je gleich viel wert sind. Das Grundmodell von Diskriminierung unter Privaten sieht vielmehr so aus: Eine zahlungswillige oder leistungsbereite Person wird *nicht* als Vertragspartner*in gewählt oder nur zu schlechteren Konditionen, weil sie – bewusst oder unbewusst – einer bestimmten Gruppe zugeordnet wird. Die individuelle Person wird verdeckt von ihren kollektiv determinierten vermeintlichen Eigenschaften qua Gruppenzugehörigkeit. Das (Vor)Urteil über die Gruppe ersetzt das Urteil über die konkrete Person – wobei solche (Vor)Urteile vielfach nicht einmal bewusst sind, sondern als „normal“ unhinterfragt gelten. Gleichzeitig hindern diskriminierende Strukturen die Einzelnen an der freien Entfaltung ihrer Potentiale, weil gesellschaftliche Erwartungen und verfestigte Einrichtungen gruppenbasierte Kategorisierungen perpetuieren.

Eine solche gruppenbasierte Behandlung von Einzelnen ist für eine im Vergleich zu Nationalstaaten noch immer junge europäische politische Gemeinschaft ein besonderes Problem. Freizügigkeit war seit Beginn der europäischen Einigung ein wesentlicher Pfeiler des Integrationsprogrammes.¹⁰⁵ Die aus dieser Freizügigkeit resultierende Öffnung der mitgliedstaatlichen Gesellschaften und die Durchmischung der Bevölkerungen ließ es früh notwendig erscheinen, Schutzvorkehrungen gegen Diskrimi-

103 Dazu *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 97 ff.

104 Dieser Abschnitt unternimmt es, das in der Einleitung zu diesem Band von *Bast/von Bogdandy* gemachte Deutungsangebot der „europäischen Gesellschaft“ anzureichern und auszuloten.

105 Bereits die Ratsverordnungen Nr. 3, eine der ersten sekundärrechtlichen Regelungen in der EWG überhaupt, befasste sich mit der sozialen Absicherung von Arbeitnehmer*innen, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten: Verordnung Nr. 3 über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl. 1958 Nr. 30/561.

nierung der Einzelnen zu ergreifen. Verbote der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit sind eine Wurzel des unionalen Antidiskriminierungsrechts.¹⁰⁶ Das Antidiskriminierungsrecht der EU ist inzwischen zwar viel ausdifferenzierter und umfasst wesentlich mehr Schutzkategorien,¹⁰⁷ ist aber immer noch dem ursprünglichen Gedanken verpflichtet, nämlich der Gewährleistung der „Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften“, wie exemplarisch die Antirassismus-Richtlinie aus dem Jahr 2000 formuliert.¹⁰⁸

Diese Formulierung gilt es nun, im Lichte des Lissabon-Vertrages und der Neufassung des Art. 2 S.2 EUV weiterzudenken: Nicht mehr nur in den mitgliedstaatlichen Gesellschaften wird Demokratie und Toleranz gewährleistet, sondern auch in der „einen“, der europäischen Gesellschaft. Um dieses Ziel zu erreichen, muss Diskriminierungsschutz unter Privaten gewährleistet werden. Während an die (mitgliedstaatliche oder unionale) öffentliche Gewalt gerichtete reaktive Diskriminierungsverbote in einem demokratischen politischen Gemeinwesen aus theoretischer Sicht trivial anmuten, weil alle Bürger*innen Anspruch auf Gleichbehandlung durch die öffentliche Gewalt haben,¹⁰⁹ ist die These vom demokratisch gebotenen Antidiskriminierungsrecht auch unter Privaten keineswegs trivial.

Diese *These* lautet, dass auch an Private gerichtetes Antidiskriminierungsrecht Ermöglichungsbedingung für die demokratische Begegnung von Gleichen und Freien ist, präziser: reaktiver Diskriminierungsschutz muss als Minimalbedingung angesehen werden.

Voraussetzungsvoll ist diese These nicht zuletzt, weil sie ein Wechselverhältnis von demokratischem Gemeinwesen und privater Gesellschaft impliziert, das auf den ersten Blick im Widerspruch zu liberalen Konzeptionen zu stehen scheint. Exemplarisch für solche liberale Konzeptionen wird hier *Ernst-Wolfgang Böckenförde* herangezogen, dessen berühmte Formu-

106 Mangold, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 70 ff.

107 Siehe die Aufzählung oben bei Fn. 50.

108 RL 2000/43/EG, Erwgr. 12.

109 In der praktischen Umsetzung ist es leider oftmals nicht trivial, dass die öffentlichen Gewalten nicht diskriminieren dürfen; ein Beispiel dafür ist *racial profiling*, siehe dazu Alexander Tischbirek, Diskriminierungsschutz in der Gefahrenabwehr, in: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, § 26. Zu Kontrollen im Grenzbereich: EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363 – *Melki und Abdeli*; Urteil v. 21.6.2017, Rs. C-9/16, ECLI:EU:C:2017:483 – *Strafverfahren gegen A*; EGMR, Urteil v. 18.10.2022, Nr. 215/19 – *Basu/Deutschland*; EGMR, Urteil v. 18.10.2022, Nr. 34085/17 – *Muhammad/Spanien*.

lierung über die „bindenden Kräfte“ im freiheitlichen, säkularisierten Staat als sogenanntes *Böckenförde-Diktum* verfassungstheoretisch und in der politischen Theorie Bezugspunkt vieler Diskussionen geworden ist, auch im internationalen Raum.¹¹⁰ Das Böckenförde-Diktum soll zunächst entfaltet werden, und zwar gerade mit Blick auf seine Übertragbarkeit auf die EU (a). Im zweiten Schritt sollen *Böckenfördes* Erwägungen zum Verhältnis von Gesellschaft und öffentlicher Gewalt auf das Antidiskriminierungsrecht in der EU bezogen werden (b).

a) Das Böckenförde-Diktum: Übertragbar auf die EU

Böckenförde formulierte:

„Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots, zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückfallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.“¹¹¹

Böckenförde fordert hier „Homogenität“ unter den Bürger*innen zum Funktionieren des demokratischen Gemeinwesens. Er reagiert damit auf die offensichtliche Unterschiedlichkeit der Einzelnen in einer Gesellschaft, aber auch auf die widerstreitenden Interessenlagen der verschiedenen Gruppen. Seine Frage lautet: Wie kann aus der Vielheit eine Einheit werden? Welches Verhältnis der Einzelnen und der Gruppen konstituiert sie als Teil eines Gemeinwesens? Was bewirkt die Kohäsion des Ganzen? Diese

110 Mirjam Künkler/Tine Stein (Hrsg.), Special Issue „Ernst-Wolfgang Böckenförde Beyond Germany“, GLJ 19 (2018); siehe auch die englische Übersetzung von *Böckenfördes* Werken: Mirjam Künkler/Tine Stein, Constitutional and Political Theory, Oxford: Oxford University Press 2017; Mirjam Künkler/Tine Stein, Religion Law and Democracy, Oxford: Oxford University Press 2020.

111 *Böckenförde*, Entstehung des Staates (Fn. 85), 112.

Fragen können ohne Weiteres vom Nationalstaat abstrahiert und auf die EU übertragen werden.

In seinem Säkularisierungsaufsatz stellt Böckenförde die „moralische[...] Substanz des einzelnen und [die] Homogenität der Gesellschaft“ dem Staat gegenüber, er trennt die beiden kategorisch voneinander. Zur Begründung führt er aus, dass die Erzwingung des für den Zusammenhalt des Staates Notwendigen in der Gesellschaft letztlich zu einem Totalitätsanspruch führe.¹¹² Die zugrundeliegende Erwägung ist also, dass Freiheitlichkeit verloren geht, wenn bestimmte Voraussetzungen der Kohäsion von der politischen Gemeinschaft gefordert werden, die sich aber allenfalls erzwingen ließen – was zum Verlust der Freiheit führte. Diese Überlegungen finden sich ähnlich wieder in weiteren Beiträgen Böckenfördes.¹¹³ Er legt in diesen Texten eine grundsätzliche Skepsis an den Tag gegenüber rechtlicher Regulierung der Gesellschaft, die er als dem Staat gegenüberstehend und ihm vorausliegend konzipiert, wenn er auch semantisch feinsinnig stets von der „Unterscheidung anstatt von der Trennung von Staat und Gesellschaft“ schreibt.¹¹⁴

Als sogenanntes Böckenförde-Diktum hat die zitierte Passage ein Eigenleben weit über ihren historischen Kontext hinaus entfaltet,¹¹⁵ in welchem sie 1967 formuliert worden war – nämlich als Aufforderung an die deutschen Katholiken, sich dem demokratischen neuen Staat nicht zu verschließen, sondern das säkularisierte Gemeinwesen anzunehmen und von innen, aus der Gesellschaft heraus mit Werten zu füllen.¹¹⁶ Ein etwas späterer Text von 1972 zeigt, dass für Böckenförde aus seinem zutiefst liberalen Verständnis

112 Böckenförde bezieht dies auf die Glaubenskriege, aber genauso gut lässt sich eine Verbindungslinie zum NS-Regime ziehen mit seiner Totalität des Staates mit seinem umfassenden Regelungszugriff der Staatsorgane auf alle gesellschaftlichen Bereiche; begriffsprägend Ernst Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1933.

113 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Rechtsstaat der Gegenwart* (1972), in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006, 209–243; ders., *Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte?*, in: ders., *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1999, 246–255 (251).

114 Böckenförde, *Unterscheidung von Staat und Gesellschaft* (Fn. 78), 8.

115 Vgl. die Nachweise bei Gabriele Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, 221.

116 Vergleich den Appel am Ende des Aufsatzes, Böckenförde, *Entstehung des Staates* (Fn. 85), 113; später klärend in einem Interview: Christian Rath und Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Freiheit ist ansteckend“, Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde über den moralischen Zusammenhalt im modernen Staat, taz v. 23.9.2009.

auch über die konkrete Frage des Verhältnisses von Staat und Religion hinaus die Grundidee eines gesellschaftlichen Konsenses fundamental ist, die aber nicht vom Staat herbeigeführt werden kann und darf. An der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft sei trotz aller geäußerten Kritik festzuhalten, denn wenn Staat und Gesellschaft identisch würden, bedeute dies „zugleich das Ende der individuellen Freiheit“.¹¹⁷ Freilich stünden Staat und Gesellschaft in einem Verhältnis gegenseitiger Einwirkung.¹¹⁸ Da nun Staat und Gesellschaft wechselseitig aufeinander Einfluss nähmen, gehe es je nach Ordnungsmodell um „Art, Ausgestaltung und Begrenzung“ dieser Einflussnahmen.¹¹⁹

In seiner Auseinandersetzung mit dem (nationalstaatlichen) Demokratieprinzip fragt Böckenförde nach der Sinnhaftigkeit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, wenn doch alle staatliche Entscheidungsgewalt am Ende ohnehin auf das Volk zurückführen muss.¹²⁰ Die Unterscheidung, so erklärt er, diene „der Sicherung der individuellen und gesellschaftlichen Freiheit“,¹²¹ die auf diese Weise „doppelt genährt“ würde: als „politische[.] Freiheit der Mitwirkung und Mitbeteiligung“ einerseits, als „bürgerliche Freiheit der einzelnen und der Gesellschaft vor bestimmten Zugriffen der Staatsgewalt überhaupt“.¹²² Das demokratische Prinzip sei in der Verfassung konstituiert und eingebunden „um der doppelten Sicherheit der Freiheit willen“.¹²³ Böckenförde begreift politische Willensbildung „als ein[en] Vorgang aus der vom Staat unterschiedenen und seinem Zugriff prinzipiell vorausliegenden Gesellschaft auf den Staat hin“, weshalb sich staatliche Einflussnahmen auf ebendiesen Prozess verböten, „die über die Gewährleistung der Rahmenordnung als notwendige Regelung gesellschaftlicher Freiheit hinausgehen“.¹²⁴

Dabei stellt sich unweigerlich die Frage, was noch erlaubte „Gewährleistung der Rahmenordnung“ und was schon „staatliche Einflußnahme“ ist. Böckenförde wirft sie mit Blick auf den modernen Sozialstaat in aller Dringlichkeit auf, weil der Staat Verantwortung „für die Erhaltung *gesellschaftlicher Freiheit*“ trage, wozu „in einem gewissen Umfang auch die

117 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 221.

118 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 223.

119 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 224.

120 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 225.

121 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 225.

122 Alle Zitate bei Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 226.

123 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 226.

124 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 228.

Garantie der sozialen Voraussetzungen zur Realisierung der Freiheit“ gehöre.¹²⁵ Sozialstaatliche Interventionen „in gesellschaftliche Abläufe hinein“ begreift Böckenförde (im Anschluss an Lorenz von Stein¹²⁶) nicht etwa als Gegenprinzip zur Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, „sondern ihr sachlich und systematisch zugeordnet.“¹²⁷ Ein „klassenmäßiger Antagonismus“ entstehe durch die Garantie des Eigentums, der Staat darf „als Garant der freien Gesellschaft“ die Gesellschaft „vor ihrer Selbstzerstörung ... bewahren“ – Böckenförde betont die „Dialektik von Freiheit und Gleichheit“ und die Entgegenwirkung durch sozialstaatliches Handeln,¹²⁸ und, wie auch sonst öfter,¹²⁹ dass „Rechtsstaat und Sozialstaat nebengeordnet, d.h. in ein Verhältnis rechtlicher Verknüpfung und wechselseitiger Begrenzung gestellt“ sind.¹³⁰ Der von Böckenförde verwendete Gleichheitsbegriff bezieht sich in diesem Zusammenhang also wesentlich auf sozio-ökonomische (Un)Gleichheit – eine bemerkenswerte Parallele zu Habermas’ Lesart im neunten Kapitel von Faktizität und Geltung.¹³¹

b) Antidiskriminierungsrecht als Gewährleistung der demokratischen Rahmenordnung

Böckenförde verlagert die Voraussetzungen des Gelingens demokratischer Staatlichkeit in eine (gesellschaftliche) Sphäre, die dem staatlichen Zugriff entzogen sein müsse, um die Freiheit zu wahren. Jeder Staat bedürfe „eines einigenden Bandes, einer homogenitätsverbürgenden Kraft, die ... den Staat als politische Einheit erhält.“¹³² Mehr noch als im Nationalstaat stellt

125 Alle Zitate bei Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 232 (Hervorh. i. Orig.).

126 Lorenz von Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich, 1921 (1850), 1. Lorenz von Stein ist für Böckenfördes Denken insgesamt von besonderer Bedeutung, vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006, 170–208; zu von Stein mit ausf. Nachw. Utz Schliesky, Lorenz von Stein – Leben und Werk, JZ 2015, 1121–1130.

127 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 233.

128 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 234.

129 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006, 143–169 (158).

130 Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 236.

131 Vgl. dazu Mangold, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 363 ff.

132 Böckenförde, Rechtsstaatsbegriff (Fn. 129), 169.

sich für die supranationale politische Gemeinschaft der EU die Frage, was dieses „einigende Band“ sein kann. Anders als *Böckenförde*, der das Recht nicht als geeignetes Mittel sah, dieses einigende Band herzustellen, ist die These dieses Beitrags, dass reaktives Antidiskriminierungsrecht Minimalbedingung für das Funktionieren einer Demokratie ist. Es reicht also nicht, die Hände in den Schoß zu legen und auf die notwendige „Homogenität“ einfach zu warten.

Mit antidiskriminierungsrechtlichen Fragen oder gruppenbasierten Diskriminierungsphänomenen hat sich *Böckenförde* nur selten befasst.¹³³ Klar ist jedoch, dass er den Begriff der „Homogenität“ nicht in einem völkischen Sinne versteht, sondern damit ein positives *politisches* Verständnis des konkreten Staates (bzw. politischen Gemeinwesens) meint. 1987 beschreibt er dieses Verständnis als „demokratisches Ethos“,¹³⁴ nämlich „bestimmte Verhaltensweisen des Menschen ..., die die Ordnungsidee und die Prinzipien der Demokratie in sich aufnehmen und praktisch realisieren“.¹³⁵ Dazu zählen für *Böckenförde* „die Achtung des anderen in seiner politischen Überzeugung“, „Offenheit für Argumentation und Kompromiß“, „Loyalität gegenüber Mehrheitsentscheidungen“, die „vorbehaltlose Anerkennung der demokratischen Spielregeln“.¹³⁶ Das erste Element, die Achtung des Anderen, beschränkt *Böckenförde* auf die Andersartigkeit der politischen Über-

133 In seinen späteren Lebensjahren hatte sich *Böckenförde* mit der Religionsfreiheit für den Islam befasst und Gleichbehandlung aller Religionen gefordert, sich also insbesondere klar gegen Privilegierungen für den christlichen Glauben ausgesprochen, *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Anm. zum Urteil des BVerwG v. 24.6.2004 (Kopftuchverbot), JZ 2004, 1181–1184 (1183): „Wird das Verbot nur beim islamischen Kopftuch durchgesetzt, beim Nonnenhabit aber darüber hinweggesehen, würde es sich um eine gleichheitswidrige Diskriminierung handeln, die das Vorgehen allein gegen die Kopftuchträgerin rechtswidrig macht.“; ähnlich schon *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723–728 (727): „Die bloße Auffälligkeit des Kopftuchs, weil bislang ungewohnt, und sein Bezug zum Islam können aber nicht zu einer anderen Beurteilung führen [als bei Kippa und Habit]; als „Gleichbehandlung[sgebot] der Religionen“ deutet *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), 7–46 (22), die „expliziten Diskriminierungsverbote[] der Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 und Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 2 WRV“.

134 Ethos als Gesinnung spielt in *Böckenfördes* Denken immer wieder eine Rolle, vgl. etwa *Böckenförde*, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Fn. 78), 26, zum „Amtsethos“, oder aus jüngerer Zeit *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Vom Ethos der Juristen, Berlin: Duncker & Humblot 2010.

135 Aktualisiert wiederabgedruckt *Böckenförde*, Demokratieprinzip (Fn. 100), 359, Zitat; ähnlich *Rath und Böckenförde* (Fn. 116).

136 *Böckenförde*, Demokratieprinzip (Fn. 100), 359.

zeugung, mit jener wahrgenommenen Andersartigkeit, auf die Antidiskriminierungsrecht reagiert, befasst er sich nicht.

Wie *Habermas* so geht auch *Böckenförde* recht unreflektiert vom männlichen weißen Normalbürger aus und macht sich über die fundamentalen Ausschlüsse aufgrund gesellschaftlicher Kategorisierungsprozesse kaum weitere Gedanken. In seinen Ausführungen zu den unterschiedlichen Arten demokratischer Legitimation geht *Böckenförde* auf den aus seiner Sicht vorausliegenden¹³⁷ Prozess öffentlicher Deliberation folgerichtig nicht ein.¹³⁸ Ein demokratisches Gemeinwesen kann nach *Böckenförde* nur *hoffen*, dass sich in der Gesellschaft auf nicht näher determinierbare Weise genug Unterstützung für das demokratische Gemeinwesen ergibt, ohne dass die politische Einheit selbst diese Unterstützung generieren oder garantieren könnte.

Einem solchen Verständnis von Liberalismus ist zuzugeben, dass es bei Vorgaben zur Verfasstheit der Gesellschaft um eine Frage des rechten Maßes geht. Weder könnte ein apodiktischer Ausschluss rechtlicher Regelungen zum Diskriminierungsschutz überzeugen (den *Böckenförde* vermutlich auch nie vertreten hätte, hätte er sich dazu geäußert), noch dürften diskriminierungsrechtliche Vorgaben für intime und höchstpersönliche Entscheidungen der Bürger*innen gemacht werden, wie etwa bei der Partnerwahl, weil sonst ein Übergriff in privateste Bereiche stattfände. Es ist allerdings möglich, *Böckenförde* konstruktiv weiterzudenken¹³⁹ und Antidiskriminierungsrecht, besonders reaktiven Diskriminierungsschutz, als „Gewährleistung der Rahmenordnung“ in seinem Sinne zu verstehen, die es überhaupt erst ermöglicht, dass sich demokratische Prozesse in der Gesellschaft entfalten.

137 *Böckenförde*, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Fn. 78), 17.

138 *Böckenförde*, Demokratieprinzip (Fn. 100), 299.

139 Anknüpfungspunkt bei *Böckenförde*, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Fn. 78), 27: „Die in Freiheit gesetzte und in Freiheit sich entfaltende Gesellschaft ist, zumal als dynamische Erwerbs- und Industriegesellschaft, keineswegs selbstregulativ. Sie bedarf einer übergreifenden, entscheidungsbefugten Organisation, die [...] in der Lage ist, [...] eine verbindliche Rahmenordnung für das Handeln der Gesellschaft und in der Gesellschaft festzulegen, fortzuentwickeln und in ihrer Geltung zu gewährleisten.“

5. Antidiskriminierungsrecht als demokratisches Ethos der EU

Böckenfördes Plädoyer für ein demokratisches Ethos kann als Versuch verstanden werden, die Unterscheidung von Rechts- und Gesinnungskontrolle menschlichen Handelns aufrechtzuerhalten, die so zentral ist für die Verbürgung von Freiheit. Eine bestimmte Gesinnung, das Ethos des Handelns, darf nicht dem Zugriff staatlicher Regulierung unterliegen, soll nicht die Freiheitlichkeit des Einzelnen verloren gehen. Zwar kann Rechtsgehorsam eingefordert werden, auch durch die Sanktionsgewalt des Justizsystems, doch die innere Haltung muss den Einzelnen überlassen bleiben. Das ist eine Denkweise, die jener von *Habermas* sehr ähnlich ist, der für legitimes demokratisches Recht fordert, dass es „lediglich legales Verhalten zur Pflicht machen, also die Motive für regelkonformes Verhalten freistellen“ muss.¹⁴⁰ Warum die Gesetze befolgt werden, muss also offenbleiben, doch wenn die Bedingungen eines rationalen Diskurses eingehalten sind, bleibt die Möglichkeit erhalten, dass die Einzelnen sich aus *Überzeugung* von der Legitimität der Gesetze rechtstreu verhalten.¹⁴¹

Weder bei reaktivem Diskriminierungsschutz noch bei proaktivem Gleichstellungsrecht handelt es sich nun aber um Vorgaben dazu, wie die Einzelnen übereinander denken sollen (im Sinne eines *Gesinnungsrechts*), sondern wie sie einander in einer demokratischen Gesellschaft behandeln dürfen (im Sinne einer Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenem *Verhalten*). Selbstverständlich müssen derartige Vorgaben an den grundrechtlich eingeräumten Freiheiten gemessen werden. Nicht einleuchtend wäre es aber, Diskriminierungsschutz generell als Zugriff auf eine von rechtlicher Regelung völlig freigestellte, also *vorrechtliche* Sphäre zu begreifen.

Die europäische Gesellschaft ist stark ausdifferenziert. Dabei hat auch die sichtbare Pluralität in „der“ Gesellschaft deutlich zugenommen – gerade die vom europäischen Integrationsprozess beförderte Freizügigkeit hat die mitgliedstaatlichen Gesellschaften diversifiziert. In teils jahrzehntelangen sozialen Kämpfen haben sich viele Bevölkerungsgruppen ihren Weg aus dem Schatten in das Licht der öffentlichen Wahrnehmung gebahnt: Frauen

140 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 79), III, Hervorh. i. Orig.

141 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 79), 154: „Denn legitimes Recht ist nur mit einem Modus des Rechtszwangs vereinbar, der die rationalen Motive für Rechtsgehorsam nicht zerstört. [...] Rechtsnormen müssen aus Einsicht befolgt werden können.“

stehen sichtbarer im öffentlichen Raum, People of Colour, Schwule und Lesben, Inter*sexuelle, Trans*gender, Menschen mit Behinderung, religiöse Minderheiten – sie alle fordern selbstbewusst ihre Anerkennung als Gleiche ein, ohne dass sie ihre Eigenheiten verleugnen oder gar aufgeben wollen. Ein Mittel dieser Forderung ist seit Langem das europäische Antidiskriminierungsrecht.¹⁴²

„Gleichheit ohne Angleichung“ ist eine treffende Beschreibung von *Ute Gerhard*, um die gesellschaftliche Pluralität der demokratischen Gegenwart zu beschreiben.¹⁴³ Gleichheit kann eingefordert werden, ohne dass ihre Gewährung eine Anpassung an ein „Normalmodell“ erforderlich machen würde – und ohne dass damit gleich die Gefahr eines Zerfalls der demokratischen Gemeinschaft einherginge. „In Vielfalt geeint“, so ließe sich das schon teilweise verwirklichte, aber noch weiter zu befördernde gesellschaftliche Motto ebenfalls beschreiben – und das ist das Motto der EU.¹⁴⁴

D. Dogmatische Schlüsselfragen

Das unionale Antidiskriminierungsrecht hat sich zu einem Referenzgebiet des europäischen Integrationsrechts entwickelt und ist dogmatisch inzwischen ausgesprochen fein differenziert (I.). Eine Kategorie freilich ist ausgespart, nämlich sozio-ökonomische Ungleichheit, was in einer kapitalistischen Rechtsordnung wie der unionalen kaum anders zu erwarten ist (II.). Die Kohäsionspolitik der EU ist bislang kaum dogmatisch durchformt; allerdings ist interessant, welche Umverteilungseffekte sie zeitigt und ob Geld allein die Ungleichheit zwischen den Mitgliedstaaten wird verringern können (III.).

142 Aus historischer Perspektive *Christiane Reinecke*, Anti-Diskriminierung: Zur transnationalen Konfliktgeschichte einer gesellschaftlichen Norm, *Mittelweg* 36 (2024), 50–68.

143 *Ute Gerhard*, Gleichheit ohne Angleichung, München: C.H. Beck 1990.

144 Es fand sich in der Präambel des VVE-Entwurfs und auch in Art. I-8 Abs. 3 VVE-Entwurf als Leitspruch der EU; dazu *Andreas Voßkuhle*, „In Vielfalt geeint“ – eine „Ode an die Quadratur des Kreises“, *EuR* 2023, 127–136.

I. Dogmatische Figuren des EU-Antidiskriminierungsrecht: Reaktiver Diskriminierungsschutz und proaktives Gleichstellungsrecht

Homogenität als „einigendes Band“ ist in demokratischen Gesellschaften wie gesehen eine immer prekäre Voraussetzung des politischen Lebens. Je stärker divergierende Überzeugungen hervortreten, desto wichtiger wird es, individuelle Lebensformen zu ermöglichen und zu schützen gegen Diskriminierung, indem die Mindestbedingungen der diskursiven Begegnung auf Augenhöhe sichergestellt werden.¹⁴⁵ Dies vor allem ist die Aufgabe von rechtlichem Diskriminierungsschutz. Das Ziel einer inklusiven europäischen Gesellschaft mag niemals völlig zu erreichen sein, ist aber demokratisch anzustreben. Dieses Ziel darf und muss mittels rechtlicher Vorgaben herbeigeführt werden, ohne dass deswegen sogleich die Gefahr drohte, dieses Antidiskriminierungsrecht regle totalitär die gesellschaftliche Sphäre. In diesem Sinne kann Antidiskriminierungsrecht als *Gewährleistung der demokratischen Rahmenordnung* verstanden werden.

Antidiskriminierungsrecht, so mein Vorschlag zur dogmatischen Strukturierung dieses Rechtsgebiets,¹⁴⁶ umfasst zwei distinkte Teilbereiche: reaktive Diskriminierungsverbote und proaktives Gleichstellungsrecht (1.). Während reaktiver Diskriminierungsschutz bereits stark dogmatisch durchformt ist (2.), gilt das für das proaktive Gleichstellungsrecht weit weniger (3.).

1. Die Unterscheidung von reaktiven Diskriminierungsverboten und proaktivem Gleichstellungsrecht

Im Antidiskriminierungsrecht sind zwei Teilbereiche zu unterscheiden: einerseits reaktive Diskriminierungsverbote, andererseits proaktive Gleichstellungsvorschriften.¹⁴⁷ Während reaktive Diskriminierungsverbote an vergangene Tatbestände anknüpfen und bestimmte Verhaltensweisen und

145 Siehe oben C.III.

146 Überblick: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2022.

147 Damit folge ich einer Unterscheidung von *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 1996, passim, deutlich 201 m. Fn. 431, 273, sowie *Sandra Fredman*, Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2011, 230 und passim; *dies.*, Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation, MJ 12 (2005), 369–398; *dies.*, Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty, Am. J. Comp. L. 60 (2012), 265–288.

Handlungsfolgen sanktionieren, ist proaktives Gleichstellungsrecht darauf angelegt, transformativ zu wirken und bessere Partizipationschancen für historisch benachteiligte Personengruppen aktiv herbeizuführen. Die beiden Ausprägungen des Antidiskriminierungsrechts unterscheiden sich also in ihren Wirkungsrichtungen: Diskriminierungsverbote wirken reaktiv-sanktionierend und knüpfen an in der Vergangenheit liegendes Tun oder Unterlassen von Einzelnen an. Gleichstellungsrecht soll dagegen proaktiv-transformierend für die Zukunft wirken. Diskriminierungsverbote untersagen in erster Linie Einzelnen Diskriminierung. Gleichstellungsrechtliche Vorgaben verpflichten dagegen zu einem positivem Tun, nämlich zur Förderung bestimmter Personengruppen, um eine Änderung der gesellschaftlichen Strukturen herbeizuführen. Diskriminierungsverbote sollen – wie gesetzliche Verbote immer – selbstverständlich präventiv wirken, also von vornherein verhindern, dass eine Diskriminierungssituation entsteht und damit ebenfalls dafür sorgen, dass sich die Bedingungen für bislang diskriminierte Personengruppen dauerhaft verbessert.¹⁴⁸ Würden diese Personengruppen nicht mehr diskriminiert, wäre dies zweifellos bereits ein Fortschritt. Prävention ist allerdings nicht proaktiv.

Reaktiver Diskriminierungsschutz verbietet unmittelbare und mittelbare Diskriminierung¹⁴⁹ sowie jede Form der Belästigung, insbesondere sexuelle. Das proaktive Gleichstellungsrecht¹⁵⁰ kennt eine große Vielzahl von Fördermaßnahmen; besonders umstritten sind Bevorzugungsregeln, etwa Quotenvorgaben zugunsten bislang benachteiligter Personengruppen. Manche Maßnahmen entziehen sich eindeutiger Systematisierung, weil sie sowohl reaktive als auch proaktive Elemente aufweisen; das gilt für bestimmte Interpretationen des Verbots mittelbarer Diskriminierung, vor allem aber für die Figur der angemessenen Vorkehrungen (*reasonable accommodation*).¹⁵¹

148 In diesem Sinne beschreibt Gerlinde Wisskirchen, *Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben*, Berlin: Duncker & Humblot 1994, 44, die mittelbare Diskriminierung als „zukunftsgerichtet“: Sie vermittele aber „zunächst nur eine Umverteilung von Chancen“.

149 Ute Sacksofsky, *Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung*, in: Mangold/Payan-deh (Fn. 146), § 14.

150 Überblick bei Margarete Schuler-Harms, *Positive Maßnahmen*, in: Mangold/Payan-deh (Fn. 146), § 16.

151 Grundlegend Theresia Degener, *Angemessene Vorkehrungen*, in: Mangold/Payan-deh (Fn. 146), § 15.

2. Reaktiver Diskriminierungsschutz

Reaktiver Diskriminierungsschutz ist gekennzeichnet durch den Bezug auf antidiskriminierungsrechtliche Kategorien (a) und kennt ausdifferenzierte dogmatische Figuren, unter denen das Verbot mittelbarer Diskriminierung besondere Erwähnung verdient (b). Antidiskriminierungsrechts kann *spill over*-Effekte zeitigen und in dem unionalen Kompetenzzugriff entzogene Bereiche hineinwirken, wie das Beispiel des Religionsverfassungsrechts zeigt (c).

a) Kategorien des Antidiskriminierungsrechts

Anknüpfend an Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV geht es bei Antidiskriminierungsrecht um die Bekämpfung von Diskriminierungen und die Gleichstellung von Frauen und Männern. Diskriminierung wird hier verstanden als eine bestimmte Form von gruppenbezogener Ungleichbehandlung.¹⁵² Der Diskriminierungsbegriff erfasst dabei „diejenigen Ungleichbehandlungen, die jemanden ausgrenzen oder herabsetzen, also solche, die geeignet sind, eine Person als Menschen zweiter Klasse erscheinen zu lassen“,¹⁵³ und zwar gerade aufgrund der (vermeintlichen) Zugehörigkeit zu einer Gruppe.

Diskriminierung und Gleichheit hängen also eng zusammen: Diskriminierung ist die Verweigerung der Gleichbehandlung wegen der tatsächlichen oder vermeintlichen Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Personengruppe.¹⁵⁴ Zentral für Diskriminierung ist mithin die kategorisierende Einordnung von Menschen in unterschiedliche Gruppen, wobei diese Gruppen ihrerseits in hierarchischen Verhältnissen zueinander stehen. Die Unterscheidung anhand von Kategorien fußt darauf, dass eine Ausprägung als dominierend gegenüber den anderen Ausprägungen einer Kategorie konstruiert wird. Die Unterscheidung zwischen verschiedenen

152 Ausführlicher *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 5–7.

153 Im Anschluss an *Ute Sacksofsky*, Diskriminierung und Gleichheit: aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Susanne Opfermann (Hrsg.), *Unrechtserfahrungen: Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur*, Sulzbach a.T.: Ulrike Helmer Verlag 2007, 31–51 (31).

154 *Susanne Baer*, Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: in: *Mangold/Payandeh* (Fn. 146), § 5; *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 305 ff.

Ausprägungen einer Kategorie erfolgt dabei so, dass nur die nicht dominanten Ausprägungen überhaupt hervorgehoben, also aktiv markiert werden.¹⁵⁵

b) Dogmatische Figuren des reaktiven Antidiskriminierungsrechts,
insbesondere mittelbare Diskriminierung

Seinen Ausgangspunkt findet das reaktive Antidiskriminierungsrecht im Verbot der unmittelbaren Diskriminierung. Dieses verbietet die weniger günstige Behandlung einer Person in einer vergleichbaren Situation mit einer – konkreten oder hypothetischen – anderen Person wegen eines geschützten Grundes.¹⁵⁶ Rasch stellte sich heraus, dass diese einfache Form des Diskriminierungsverbotes zu Umgehungen einlud und Diskriminierte mit Beweisproblemen konfrontierte.

Der EuGH griff deshalb die Rechtsfigur des Verbots der mittelbaren Diskriminierung¹⁵⁷ auf, erfunden vom US Supreme Court,¹⁵⁸ und entwickelte sie weiter. In dieser Rezeption übernahmen das britische und das irische Recht eine Vermittlungsrolle.¹⁵⁹ Über das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit¹⁶⁰ entwickelte sich dann die antidiskriminierungsrechtliche Rechtsprechung des EuGH.¹⁶¹ Die seit 1957 in Art. 119

155 Menschen haben also kein Geschlecht, solange sie männlich sind; das Geschlecht wird erst thematisierungsbedürftig bei nicht-männlichen Menschen; ausführlicher zum Ganzen *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 319 ff.

156 Ausführlicher *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 232 ff.

157 Zur Entwicklung im *case law* des EuGH *Christa Tobler*, Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law, Cambridge: Intersentia 2005, 101, Überblick 102 f.; auch *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 241 ff.

158 US Supreme Court, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), abgedruckt bei *Wisskirchen* (Fn. 148), 184.

159 Zu diesen Vorläufern *Tobler* (Fn. 157); *Wisskirchen* (Fn. 148), 52; Vereinigtes Königreich: *Sex Discrimination Act* 1975 ch. 65, Sec. 1 (1); Irland: *Equal Employment Act* No. 16 of 1977, Sec. 2.

160 Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EWGV: EuGH, Urteil v. 15.10.1969, Rs. 15/69, ECLI:EU:C:1969:46, Rn. 6 f. – *Ugliola*: Anrechnung von Wehrdienstzeiten als mittelbare Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigen, wenn Wehrdienstzeiten von Wanderarbeitnehmern nicht angerechnet werden; Urteil v. 12.2.1974, Rs. 152/73, ECLI:EU:C:1974:13, Rn. 11 – *Sotgiu*: Anknüpfung einer Regelung an den Wohnsitz kann eine mittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit sein.

161 Zur Entgeltgleichheit für Frauen und Männer in Art. 119 EWGV: EuGH, Urteil v. 7.6.1972, Rs. 20/71, ECLI:EU:C:1972:48, Rn. 4/7 und 11/13 – *Sabbatini*: Auslandszuschlag für Beamt*innen der EWG, der nach Eheschließung nur noch jenen

EWGV angeordnete Entgeltgleichheit für Frauen und Männer entfaltete der EuGH im Laufe der 1970er und 1980er Jahre.¹⁶²

Dabei lassen sich drei Dimensionen des Verbots mittelbarer Diskriminierung unterscheiden:

Erstens verhindert das Verbot mittelbarer Diskriminierung die Umgehung des Verbots unmittelbarer Diskriminierung, wenn statt der verbotenen Kategorie ein unverdächtiges, neutrales Stellvertretertatbestandsmerkmal gewählt wird, das faktisch aber denselben Personenkreis betrifft, der zuvor bereits benachteiligt wurde. Ein solcher Verdacht lag in der Rs. *Jenkins* des EuGH nahe, wenn just mit der Einführung des Sex Discrimination Act 1975 das Differenzierungskriterium vom Geschlecht auf die Wochenarbeitsstunden verlagert wurde.¹⁶³

Zweitens hilft die Beweislast erleichterung bei Beweisschwierigkeiten.¹⁶⁴ In dem Moment, wenn unmittelbare Diskriminierung verboten wird, bleibt nurmehr der Blick auf die Ergebnisse interner Entscheidungsprozesse – etwa den völligen Mangel von Schwarzen oder Frauen in Verwaltungs- oder Führungspositionen. Eine intentionale Benachteiligung wäre kaum jemals nachweisbar. Der Anschein einer diskriminierenden Praxis überwälzt in dieser Situation den Nachweis dafür, dass alles mit rechten Dingen zugegangen ist, auf die potentiell Diskriminierenden als grundsätzlich beweisnähere Partei.

Drittens kann das Verbot mittelbarer Diskriminierung weitreichendes transformatorisches Potential entfalten, wenn keine Intention und keine

bezahlt wird, die als „Familienvorstand“ fungieren, benachteiligt mittelbar wegen des Geschlechts; zu einem Parallelfall in den USA US Supreme Court, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

162 Leitentscheidungen zur mittelbaren Diskriminierung in Auslegung von Art. 119 EWGV: EuGH, *Defrenne II* (Fn. 24), Rn. 16/20: „unmittelbare, offene Diskriminierungen“ und „mittelbare, versteckte Diskriminierungen“; Urteil v. 31.3.1981, Rs. 96/80, ECLI:EU:C:1981:80, Rn. 13/15 – *Jenkins*: Teilzeitkräfte erhielten geringere Löhne als Vollzeitkräfte, was eine indirekte Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen kann, wenn ganz überwiegend Frauen als Teilzeitkräfte arbeiten; Urteil v. 13.5.1986, Rs. 170/84, ECLI:EU:C:1986:204, Rn. 29 und 31 (Zitat) – *Bilka*: betriebliche Altersvorsorge nur für Vollzeit-, nicht aber für Teilzeitarbeitskräfte als mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, „wenn diese Maßnahme wesentlich mehr Frauen als Männer trifft, es sei denn, das Unternehmen legt dar, daß diese Maßnahme auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben“.

163 EuGH, *Jenkins* (Fn. 162).

164 Robert Rebhahn/Christoph Kietzbl, Mittelbare Diskriminierung und Kausalität, RWI (2010), 373–396; Wisskirchen (Fn. 148), 40.

Kausalität mehr gefordert, sondern ein materiales Gleichheitsverständnis zugrundegelegt wird.¹⁶⁵ Denn dann wird es mit dieser dogmatischen Figur möglich, unreflektierte stereotype Vorstellungen und Bias anzugreifen sowie – und vor allem – strukturelle Diskriminierungslagen, die auf einer bestimmten historisch etablierten Einrichtung der Gesellschaft beruhen.¹⁶⁶ Der Blick auf die korrelierenden Folgen lässt die unterschiedlichen Ausgangslagen verschiedener Personengruppen in der Gesellschaft sichtbar werden und hält Entscheidungsträger*innen an, Maßnahmen von vornherein daraufhin zu untersuchen, ob sie ungleiche Betroffenheiten in verschiedenen Personengruppen auslösen.¹⁶⁷

c) Anwendungsbereich des unionalen Antidiskriminierungsrechts und spill over-Effekte

Die sekundärrechtlichen Richtlinien prägen das unionale Antidiskriminierung der Europäischen Union in besonderem Maße.¹⁶⁸ Sie erfassen unterschiedliche Diskriminierungskategorien und haben unterschiedliche Anwendungsbereiche. Die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG ist beschränkt auf Diskriminierungen wegen der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft, beansprucht dafür aber Anwendbarkeit im gesamten öffentlichen wie privaten Bereich, auf Beschäftigungsverhältnisse, den sozialen Bereich, das Bildungswesen sowie die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG erfasst mehr Diskriminierungskategorien, ist dafür jedoch auf Beschäftigung und Beruf beschränkt. Die Gender-Richtlinie 2006/54/EG erfasst ausschließlich geschlechtsspezifische Diskriminierungen und ist anwendbar auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Die Gleichbehandlungs-Richtlinie Zivilrecht 2004/113/EG verbietet nur geschlechtsspezifische Diskriminierung beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Die Antidiskriminierungsrichtlinien konkretisieren die primärrechtlichen Vorgaben und füllen Handlungsspielräume aus,¹⁶⁹ sind dafür ihrer-

165 Ebenso klar *Dagmar Schiek*, § 3, in: dies. (Hrsg.), AGG, München: Sellier 2007, Rn. 21.

166 Ebenso *Wisskirchen* (Fn. 148), 41.

167 Allgemein: *Schiek* (Fn. 165), Rn. 22; für das Arbeitsrecht: *Wisskirchen* (Fn. 148), 42.

168 Zu diesen schon oben Fn. 50.

169 EuGH, Urteil v. 8.9.2011, verb. Rs. C-297/10 und C-298/10, ECLI:EU:C:2011:560, Rn. 34 – *Hennigs und Mai*.

seits im Lichte des Primärrechts und insbesondere der Unionsgrundrechte auszulegen.¹⁷⁰ Sie müssen zudem mit den Unionsgrundrechten im Einklang stehen, wie der EuGH im Fall *Test-Achats* zur Gender-Richtlinie urteilte, als er eine vorgesehene versicherungsspezifische Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen für mit Art. 21 und Art. 23 GRCh unvereinbar erklärte.¹⁷¹

Der EuGH hatte bereits vor Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt, dass Gleichheit und Nichtdiskriminierung zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehören.¹⁷² Der allgemeine Einschränkungsvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 GRCh findet auch auf Art. 21 GRCh Anwendung.¹⁷³ In seiner neueren Rechtsprechung betont der EuGH, Art. 21 GRCh verleihe Einzelnen ein subjektives Recht, das sie in einem Rechtsstreit geltend machen könnten, und stellt dann – durchaus kryptisch – fest, Art. 21 GRCh verbiete Diskriminierungen auch dann, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultierten.¹⁷⁴

In manchen Bereichen ist das aus föderalen Rechtsordnungen allgemein bekannte Phänomen des „*spill over*“¹⁷⁵ für antidiskriminierungsrechtliche Regelungen zu beobachten. Kompetenzen lassen sich nur in der Theorie klar voneinander trennen. In der Praxis gibt es hingegen vielfältige Überschneidungsbereiche, das gilt – vielleicht in besonderem Maße – für das Antidiskriminierungsrecht. Solche Bereiche sind beispielsweise das Familienrecht, das nach wie vor mitgliedstaatliche Kompetenz ist, in dem die Rechtsprechung des EuGH aber etwa Schutz vor Diskriminierung von

170 Ausführlich Wolfgang Däubler/Thorsten Beck, in: dies. (Hrsg.), AGG, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, Einleitung Rn. 80 ff.

171 EuGH, Urteil v. 1.3.2011, Rs. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, Rn. 15 ff. – *Test-Achats*.

172 EuGH, Urteil v. 3.5.2007, Rs. C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261, Rn. 45 f. – *Advocaten voor de Wereld*.

173 EuGH, Urteil v. 29.4.2015, Rs. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, Rn. 51 ff. – *Léger*.

174 EuGH, Urteil v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 77 – *Egenberger*; Urteil v. 11.9.2018, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, Rn. 69 – *IR v JQ*; Urteil v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 76 f. – *Cresco*; darin lässt sich die Andeutung einer unmittelbaren Wirkung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbotes sehen, so etwa Friedemann Kainer, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, 894–900.

175 Zu den Abgrenzungsproblemen gerade aus einem deutschen Kompetenzverständnis prägnant Franz C. Mayer, § 33: Kompetenzverteilung, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II: Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg: C.F. Müller 2021, Rn. 38 f.

queeren Personen¹⁷⁶ und Regenbogenfamilien gewährt,¹⁷⁷ oder das Religionsverfassungsrecht,¹⁷⁸ einschließlich der Fälle zu Kopftuchverboten¹⁷⁹. Hier kollidieren nationalstaatliche Kompetenzen, etwa für das Familienrecht oder für das nationale Religionsverfassungsrecht (Art. 17 AEUV), mit dem Regelungsanspruch für das Antidiskriminierungsrecht. Dies sind notorische Unruheherde für das Verhältnis von Mitgliedstaaten und Union, die Rechtsprechung des EuGH sorgt hier häufig für großes Aufsehen. Ein „one size fits all“-Ansatz ist nicht auszumachen und sollte angesichts der Disparität der betroffenen Rechtsgebiete auch nicht erwartet werden. Das Antidiskriminierungsrecht erweist sich als Querschnittsmaterie mit Auswirkungen auf viele Rechtsgebiete.

3. Proaktives Gleichstellungsrecht

Bei gleichstellungsrechtlichen Maßnahmen geht es darum, die bestehenden Verhältnisse rasch zu verändern. Hier wird nicht abgewartet, dass unter

-
- 176 Sexuelle Orientierung: EuGH, Urteil v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179 – *Maruko*; Urteil v. 10.5.2011, Rs. C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286 – *Römer*; Urteil v. 12.12.2013, Rs. C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823 – *Hay*; Urteil v. 12.1.2023, Rs. C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9 – *JK v TP*; Transidentität: Urteil v. 30.4.1996, Rs. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170 – *P v S and Cornwall County Council*; Urteil v. 7.1.2004, Rs. C-117/01, ECLI:EU:C:2004:7 – *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*; Urteil v. 27.4.2006, Rs. C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256 – *Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions*.
- 177 Anerkennung von queeren Ehegatten: EuGH, Urteil v. 5.6.2018, Rs. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*; Urteil v. 26.6.2018, Rs. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492 – *MB v Secretary of State for Work and Pensions*; Geburtsurkunde für Kind gleichgeschlechtlicher Eltern: Urteil v. 14.12.2021, Rs. C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008 – *VMA*; Beschluss v. 24.6.2022, Rs. C-2/21, ECLI:EU:C:2022:502 – *Rzecznik Praw Obywatelskich and K.S. and Others*.
- 178 EuGH, *Egenberger* (Fn. 174); *IR v JQ* (Fn. 174); zur Gemengelage Anna Katharina Mangold, Diskriminierungsschutz im kirchlichen Arbeitsrecht oder die Quadratur des Kreises, in: Isabelle Ley/Tine Stein/Georg Essen (Hrsg.), *Semper Reformanda: Das Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaften auf dem Prüfstand*, Freiburg i.B.: Herder 2023, 219–235; allgemein bei *Christian Walter/Kathrin Tremml*, Religion und Weltanschauung als Diskriminierungskategorien, in: Mangold/Payandeh (Fn. 146), § 8.
- 179 EuGH, Urteil v. 14.3.2017, Rs. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 – *Achbita*; Urteil v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204 – *Bougnaoui*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-804/18 und C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594 – *WABE eV und MH Müller Handels GmbH*; Urteil v. 28.11.2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924 – *OP v Commune d'Ans*.

Bedingungen von Nichtdiskriminierung allmählich auch jene ihre Potentiale voll ausschöpfen können, die bislang diskriminiert wurden. Gleichstellungsmaßnahmen sind insoweit „ungeduldig“, als sie nicht darauf warten, dass die gesellschaftlichen Machtverhältnisse sich irgendwann schon von selbst ändern werden, sondern den Wandel aktiv und schnell anzustoßen trachten.

Der EuGH hat sich in einer Reihe von Urteilen zu Quotenregelungen einigermaßen wankelmütig erwiesen.¹⁸⁰ Im Urteil *Kalanke* über eine bremsische Quotenregelung war zunächst offen geblieben, ob Ergebnisgleichheit ein europarechtlich grundsätzlich unzulässiges Ziel sei.¹⁸¹ Das Urteil *Marschall* stellte zu einer nordrhein-westfälischen Regelung klar, dass neben Chancengleichheit auch Ergebnisgleichheit ein an sich zulässiges Ziel sei, hielt aber Bevorzugungsregeln für nur eingeschränkt zulässig.¹⁸² Im Urteil *Badeck* zu Promotionsstellen in Hessen hielt das Gericht eine Quotenregelung aufrecht, die den gleichen Prozentsatz für Doktorandinnen vorsah wie jener an Absolventinnen.¹⁸³ Für Professorinnen allerdings sei eine Besetzung ohne direkten Qualifikationsvergleich unzulässig, so der EuGH in dem schwedischen Fall *Abrahamson*.¹⁸⁴ Darüberhinaus ist das Gleichstellungsrecht nicht Gegenstand dogmatischer Bearbeitung, was vor allem an seiner Disparität liegt.

II. Sozio-ökonomischer Status als Schutzkategorie im Antidiskriminierungsrecht?

Sozio-ökonomische Ungleichheit von Einzelnen fällt von vornherein heraus aus dem Anwendungsfeld des EU-Antidiskriminierungsrechts. *Alexander Somek* kritisiert deswegen die EU-Antidiskriminierungspolitik und bemängelt, anschließend an eine generelle Kritik europäischer Sozialpolitik, dass das unionale Antidiskriminierungsrecht nicht darauf ausge-

180 Zum Ganzen *Dagmar Schiek*, in: dies. (Hrsg.), AGG, München: Sellier 2007, § 5 Rn. 6.

181 EuGH, Urteil v. 17.10.1995, Rs. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 – *Kalanke*.

182 EuGH, Urteil v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 – *Marschall*.

183 EuGH, Urteil v. 28.3.2000, Rs. C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163 – *Badeck*.

184 EuGH, Urteil v. 6.7.2000, Rs. C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367 – *Abrahamson und Anderson*.

richtet sei, Arbeitskraft zu dekommodifizieren¹⁸⁵ und zur Umverteilung von Vermögen beizutragen¹⁸⁶. Vom unionalen Antidiskriminierungsrecht sei keine „Vermehrung der sozialen Gerechtigkeit“ zu erwarten, weil es an „allgemeinen distributiven Maßstäben“ mangle.¹⁸⁷ Einen maßgeblichen Grund für dieses Defizit sieht *Somek* in der grundsätzlichen Antinomie von Wettbewerb und Solidarität, die nur aufzulösen sei durch eine Überwindung der dreifachen Reduktion des Bedeutungsgehalts von „Solidarität“: der Reduktion von Solidarität auf Gleichheit; der Reduktion von Gleichheit auf Chancengleichheit (gleichbedeutend mit Garantie des Marktzugangs); der Reduktion von Chancengleichheit auf Diskriminierungsschutz (verstanden als Marktkorrektur) – Solidarität wird nach *Somek* also auf Diskriminierungsschutz reduziert.¹⁸⁸ Dabei geht es ihm um Kritik an strukturellen Mängeln der EU-Sozialpolitik allgemein, die ein neoliberales Programm verfolge, soziale Umverteilung dagegen nicht zum Ziel habe.¹⁸⁹

Im Gegensatz zu dieser Kritik vertritt dieser Beitrag im Anschluss an *Dagmar Schiek* die Auffassung, dass Antidiskriminierungsrecht und Sozialpolitik, einschließlich Umverteilung, unterschiedliche Funktionen haben. Einer „Vereinnahmung dieses Rechtsgebietes als eine andere Unterabteilung der Sozialpolitik“ steht *Schiek* kritisch gegenüber, „weil das Recht auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung nicht mit Sozialpolitik kongruent ist“.¹⁹⁰ Denn „Sozialpolitik zielt auf Eliminierung von Ungleichheiten ganz allgemein“, wohingegen Antidiskriminierungsrecht „sehr spezifische Ungleichheiten“ adressiere, mithin ein deutlich engeres Ziel verfolge.¹⁹¹ Antidiskriminierungsrecht, so *Schieks* Verständnis, schützt „vor Benachteiligungen, die auf Prozessen gesellschaftlicher Ausgrenzung, sozialer Segregation und Friktionen hegemonialer Normen mit realer Körperlichkeit basieren“ und zielt, speziell im EU-Recht, auf „Überwindung derjenigen

185 *Alexander Somek*, *Engineering Equality: An Essay on European Anti-discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, 166; *ders.*, *Das europäische Sozialmodell: Diskriminierungsschutz und Wettbewerb*, *juridikum* 2008, 118–125 (122).

186 *Somek*, *Engineering Equality* (Fn. 185), 131; *ders.*, *Sozialmodell* (Fn. 185), 122.

187 *Alexander Somek*, *Neoliberale Gerechtigkeit: Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts*, *DZPhil* 51 (2003), 45–59 (59).

188 *Somek*, *Sozialmodell* (Fn. 185), 118–120.

189 So auch die Einschätzung bei *Dagmar Schiek*, *Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln? Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Antidiskriminierungsrecht*, *KJ* 47 (2014), 396–405 (398).

190 *Schiek* (Fn. 189), 403.

191 *Schiek* (Fn. 189), 404; ähnlich auch *Thomas Groß*, *Diskussionsbeitrag*, *VDStRL* 64 (2005), 409.

sozialen Benachteiligung ab, die auf zugeschriebener Differenz beruhen“.¹⁹² Während Antidiskriminierungsrecht die Inklusion der Einzelnen in eine demokratische Gesellschaft bezweckt, dient Sozialpolitik der Umverteilung und ist eine Ausprägung von Solidarität. Denn bei Antidiskriminierungsrechts geht es anders als beim allgemeinen Gegensatz von Arbeitnehmerschaft und Kapital um „partikulare Interessen, die nicht in einer generellen Solidarpolitik aufgehen“.¹⁹³

III. Kohäsion in der EU

1. Messung der Umverteilungseffekte

Die europäischen Fonds verteilen unzweifelhaft eine Menge Geld. In dem Mehrjährigen Finanzrahmen 2014–2020 und im aktuell laufenden nimmt die Kohäsionspolitik etwa 30 % des gesamten Budgets der EU ein.¹⁹⁴ Die Kommission hat dank des Initiativrechts weite Entscheidungsspielräume, um die Mittel aus den Strukturfonds zu verteilen.¹⁹⁵ Ob diese Summen zu namhaften Umverteilungseffekten führen, hängt von den verwendeten Indizes ebenso ab wie von der Frage, was eigentlich das angestrebte Ziel ist und wie es definiert wird.¹⁹⁶ Die mit den Kohäsionspolitiken verfolg-

192 Schiek (Fn. 189), 404.

193 Treffend am Beispiel einer Analyse des österreichischen Antidiskriminierungsrechts *Suzan Topal-Gökceli/Clemens Kaupa*, Funktioniert Antidiskriminierungsrecht?, in: Barbara Blaha/Josef Weidenholzer (Hrsg.), *Gerechtigkeit: Beiträge zur Sozial-, Wirtschafts- und Bildungspolitik*, Wien: new academic press 2009, 29–42 (39): „Emanzipationsbewegungen [haben sich] deswegen herausgebildet, weil sie genau *nicht* von der ArbeiterInnenbewegung mitvertreten wurden, und sich die Interessenslage offensichtlich in einigen Bereichen nicht überschneiden hat“; deutlich auch Schiek (Fn. 189), 401: Antidiskriminierungsrecht „schützt vor Rechtsverletzungen, deren Schutz im Kollektiv der Arbeitnehmer- oder auch der Arbeitgeberkoalition eben nicht aufgehoben ist“.

194 KOM, Fragen und Antworten zum Legislativpaket zur EU-Kohäsionspolitik 2021–2027, Brüssel, 25. Juni 2021, IP/21/3058, mit Übersicht über die Fonds im Einzelnen und die zur Verfügung stehenden Summen.

195 Drei exemplarische *policy-cycle*-Analysen für die drei Förderzeiträume von 2000–2007, 2007–2014 und 2014–2020 bei Fenner (Fn. 29), 272–285, 298–302.

196 Aus Sicht der Humangeographie aufschlussreich *Tobias Chilla/Markus Neufeld*, *Harmonische Entwicklung? Zur Vielfalt und Widersprüchlichkeit der Bemühungen um Kohäsion*, Nachrichten der Akademie für Raumentwicklung in der Leibniz-Gemeinschaft 2014, 14–19; ich danke meiner Flensburger Kollegin *Sybille Bauriedl* für Hinweise auf die humangeographische Forschung zur Kohäsionspolitik.

ten Ziele sind außerordentlich vielfältig. Allein das Ziel des territorialen Zusammenhalts¹⁹⁷ wird in folgende, teils widersprüchliche Unterziele aufgegliedert: (1) Wachstumspolitik in einem wettbewerbsorientierten und polyzentrischen Europa, (2) räumlich ausgewogene Entwicklung und die Anbindung aller Regionen, (3) bessere Nutzung der territorialen Vielfalt und die Entwicklung endogener Potenziale, (4) Förderung von Regionen mit geografischen Besonderheiten, (5) nachhaltige Entwicklung, Umwelt und Klimawandel, (6) Entwicklung und Anwendung neuer, partizipativer Governance-Formen.¹⁹⁸ Wenn es um die Messung sozialer Ungleichheit bzw. ihren Abbau geht, gibt es eine Vielzahl komplexer und multidisziplinärer Verfahren.¹⁹⁹

Umverteilende Effekte etwa aus den wirtschaftlichen Zentren der EU in periphere Räume zu konstatieren, ist mithin keine triviale Aufgabe. Aus juristischer Sicht zu konstatieren ist der Bedarf an nachbarwissenschaftlich vermittelten Aufbereitungen, etwa der Politikwissenschaft, der politischen Ökonomie, der Humangeographie oder der Soziologie. Der Kohäsionspolitik und ihren Effekten widmet sich ein eigener Forschungszeit.²⁰⁰

2. Geldverteilung als Allheilmittel?: Das Beispiel Next Generation EU

Rechtliche Fragen stellen sich freilich beim jüngsten Vorschlag für ein neues Umverteilungsprogramm der EU: NextGenerationEU (NGEU).²⁰¹ Mit einem Volumen von über 800 Mrd. EUR macht diese befristetes Aufbauinstrument einen neuen Anlauf, eine gemeinsame Schuldenhaftung der EU einzuführen. Mit dem unmittelbaren Ziel, coronabedingte Schäden für Wirtschaft und Gesellschaft abzufedern, soll gleichzeitig ein Wandel zu

197 Dieses Ziel wurde im Vertrag von Lissabon neu aufgenommen, *Fenner* (Fn. 29), 282.

198 *Kai Böhme/Sabine Zillmer*, Was haben gleichwertige Lebensverhältnisse mit territorialer Kohäsion zu tun?, *Informationen zur Raumentwicklung* 2015, Heft 1, 11–22 (14).

199 Einführung bei *Ilse Helbrecht*, Sozialgeographie und soziale Ungleichheit, in: Rita Schneider-Sliwa/Boris Braun/Ilse Helbrecht/Rainer Wehrhahn (Hrsg.), *Humangeographie*, Braunschweig: Westermann 2021, 234–243.

200 Vgl. etwa die Beiträge in Simona Piattoni/Laura Polverari (Hrsg.), *Handbook on Cohesion Policy in the EU*, Cheltenham: Edward Elgar 2016; ich danke meinem Flensburger Kollegen *Ulrich Glassmann* für Hinweise auf die politökonomische Forschung zur Kohäsionspolitik.

201 Außendarstellung https://next-generation-eu.europa.eu/index_de (14.1.2024).

Klimagerechtigkeit und Digitalisierung stattfinden.²⁰² Als Ermächtigungsgrundlage stützt sich das Finanzierungsmodell auf Art. 122 Abs. 1 AEUV, „im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“.²⁰³ Nachdem mit dem Zweiten Senat des deutschen Bundesverfassungsgericht einer der mächtigsten Gegner unionsrechtlicher Neuerungen im Finanzsystem der EU keine durchschlagenden Einwände gegen das Programm geäußert hat,²⁰⁴ steht weiterer Widerstand nicht zu erwarten. So kreativ auch der Umgang mit den Kompetenznormen sein mag, ist der Mechanismus doch der altbekannte monetärer Umverteilung.

E. Kritische Bestandsaufnahme

I. Die „Hand des Midas“: Kommodifizierung und Verwandlung in „Wirtschaft“

Im Ausgangspunkt ist die Integration im Bereich der Wirtschaft aus historischen Gründen stark vorangeschritten, während soziale und politische Integration noch immer hinterherhinken. Die letzten Vertragsrevisionen haben hier Veränderungen erbracht, die es allerdings noch immer ermöglichen, ein Primat der Wirtschaftsunion zu behaupten und konkret in Art. 3 Abs. 3 EUV einen Vorrang des Unterabsatzes 1 zum Binnenmarkt im Vergleich zu den nachfolgenden Unterabsätzen 2 bis 4 anzunehmen. Zu beachten ist allerdings stets das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV, so dass es an den Mitgliedstaaten ist, hier für Veränderungen zu sorgen – oder eben nicht.

Das Primat der wirtschaftlichen Integration setzt einen Anreiz, genuin politische oder soziale Fragen als wirtschaftliche zu behandeln und sie damit in Wirtschaftsfragen zu verwandeln, wie die „Hand des Midas“.²⁰⁵ Gleichzeitig dient die Behauptung, bei der europäischen Integration hande-

202 Informationen der KOM: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/recovery-plan-europe_de (18.5.2023).

203 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates vom 14. Dezember 2020 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, ABl. 2020 L 424/1.

204 BVerfG, 15.4.2021, 2 BvR 547/21 (einstw. Anordnung); BVerfG, 6.12.2022, 2 BvR 547/21 (Hauptsacheentscheidung); Beschluss v. 31.10.2023, 2 BvE 4/21.

205 Inspiriert von *Ralf Poscher*, The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate, in: Jaap C. Hage/Dietmar von der Pforden (Hrsg.), *Concepts in Law*, Dordrecht: Springer 2009, 99–115.

le es sich „nur“ um ein wirtschaftliches Projekt, regelmäßig als Beschwichtigungsprogramm. Die Wirtschaftsintegration dient als „fall back-option“, wenn weiterreichende Integrationsschritte nicht im ersten Anlauf klappen. Die Gestaltung des Vertrags von Lissabon mit seiner betont technokratischen Sprache und dem Verzicht auf Verfassungsrhetorik ist ein Beispiel dafür, das sich im Einzelfall auch in der Verschiebung des Binnenmarktzieles in der Architektur des Art. 3 EUV niedergeschlagen hat.

Die Unterabsätze in Art. 3 Abs. 3 formulieren ein materielles Regelungsprogramm und definieren Ziele, derer sich die EU annehmen muss. Die Unterabsätze richten sich eher an die Rechtssetzungsinstitutionen als den EuGH, dem in Ermangelung klarer Untermaßgrenzen wenig an die Hand gegeben wird, um die Einhaltung von Mindeststandards gerichtlich überprüfen zu können. Die geringe verfassungsrechtliche Determination eröffnet einerseits Raum für politische Entscheidungsprozesse, definiert aber andererseits kein Mindestmaß.

II. Errungenschaften

Dennoch lässt sich auf der Haben-Seite verbuchen, dass eine kompetenzbedingt vorwiegend auf der Marktteilnahme beruhender Diskriminierungsschutz im europäischen Recht fest verankert ist. Nach dem hier vertretenen Legitimationsmodell wird damit zugleich die Grundlage für demokratische Inklusion durch Recht geschaffen, die in einer hoch diversifizierten Gesellschaft wie der europäischen unerlässlich ist, um gesellschaftliche demokratische Deliberation zu ermöglichen.

Die Kohäsionspolitik der EU hingegen funktioniert vor allem als Geldumverteilung über die Finanzinstrumente der verschiedenen Fonds. Diese bewegen nicht unerhebliche Summen und bewirken Umverteilung vom Zentrum in die Peripherie. Das Programm NGEU hat das Potential, noch weit größere Umverteilungseffekte zu bewirken. Zudem kann durch die gemeinsame Schuldenhaftung der EU und damit die indirekte gemeinsame Haftung der Mitgliedstaaten ein neuer Integrationsschritt erreicht werden.

Die makroökonomische Verfassung

Michael Ioannidis*

I. Situierung	443
1. Thematischer Aufriss	443
2. Zwischen nationaler Eigenverantwortlichkeit und unionaler Solidarität	446
3. Die Rechtsform in der WWU	450
II. Normbefund	453
III. Verfassungstheoretische Verortung	454
1. Verfassungswandel	455
2. Transformationen und das Konzept der Wirtschaftsverfassung	459
IV. Dogmatische Schlüsselfragen	462
1. „Die Union errichtet ...“: WWU-Recht außerhalb der Union?	463
2. „Die Union errichtet ...“: Die WWU als Ziel und die Ziele der WWU	468
3. „... eine Wirtschafts- und Währungsunion ...“: eine symmetrische WWU?	475
4. „... deren Währung der Euro ist“: eine einheitliche Währung der Union?	489
V. Deutungsvorschlag und Perspektiven	495

I. Situierung

1. Thematischer Aufriss

Die Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) ist ein Nachzügler im europäischen Verfassungsrecht. Vor 2010 gab es nur eine Handvoll EuGH-Urteile zu Titel VIII des AEUV, welcher der WWU gewidmet ist,¹ und keines der großen Handbücher über das Verfassungsrecht der Union behandelte sie gesondert, wenn überhaupt.² Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe: Erstens wurde die WWU als weniger relevant für die euro-

* Die in diesem Beitrag vertretenen Auffassungen sind alleine die des Autors und nicht solche der Europäischen Zentralbank. Für Hinweise und Kommentare danke ich den Mitautorinnen und Mitautoren dieses Bandes sowie Moritz Vinken.

1 EuGH Urteil v. 10.7.2003, Rs. C-11/00, ECLI:EU:C:2003:395 – *Kommission/EZB*; Urteil (Plenum) v. 13.7.2004, Rs. C-27/04, ECLI:EU:C:2004:436 – *Kommission/Rat*.

2 Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, London: Sweet & Maxwell 2005; Damian Chalmers/Adams Tomkin, *European Public Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007; Allan Rosas/Lorna Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, Oxford: Hart 2010. In der vorherigen Ausgabe dieses Bandes wurden im Kapitel „Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt“ einige der grundlegenden WWU-Regeln und -Prinzipien zusammen mit denen des Wettbewerbsrechts und des Binnenmarkts analysiert, Armin Hatje, *Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt*, in: Armin Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*:

päische Gesellschaft angesehen als beispielsweise die Errichtung des Binnenmarktes oder die Schaffung eines gemeinsamen Rechts-, Freiheits- und Sicherheitsraums. Zweitens wurde das Recht für ein weniger wichtiges Instrument für die Etablierung der Wirtschafts- und Währungsunion gehalten als Politik und Wirtschaft.

Nach 2010 hielt die WWU dann jedoch mit Nachdruck Einzug in den europäischen Verfassungsdiskurs. Die Schuldenkrise eröffnete eine Phase der europäischen Integration, die eine Aktivierung der Ausgabenbefugnisse der EU und eine größere Rolle für die Europäische Zentralbank (EZB) mit sich brachte. Die WWU-Regeln rückten so in den Mittelpunkt des Interesses der europäischen Gesellschaft: Entscheidungsträger, Gerichte, Wissenschaftler und EU-Bürger befassten sich mit den möglichen Bedeutungen von bis dahin fast unbekannten Bestimmungen wie Art. 125 Abs. 1 und Art. 123 Abs. 1 AEUV.

Die WWU-Regeln standen nicht nur im Zusammenhang mit der Eurokrise im Mittelpunkt, sondern prägten auch den Diskurs, als die Union versuchte, neue Herausforderungen wie die Covid-Pandemie, den Klimawandel und die Preisstabilität zu bewältigen. Ihre Auslegung wurde allmählich zum Mittelpunkt der Diskussion über die Gegenwart und die Zukunft der Union im Allgemeinen³ – ganz so, wie die rechtliche Auseinandersetzung über den Binnenmarkt in den 1960er- bis 1980er-Jahren für den Aufbau der europäischen Verfassungsstruktur von entscheidender Bedeutung war.

Die Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Vorschriften der WWU betraf fast alle grundlegenden Fragen der europäischen Integration, wie die der Kompetenzverteilung, der Solidarität, der Demokratie und der Grundrechte, und führte letztlich sogar zu der wichtigsten Anfechtung des Vorrangs des Unionsrechts selbst.⁴ Mit der Krise wurde auch ein neuer Korpus makroökonomischer Regeln in das EU-Recht eingeführt, der sich durch seine Komplexität, seinen weitreichenden Anspruch und

Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin: Springer 2009, 801–853. Siehe auch Matthias Ruffert, Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 134 (2009), 197–239.

3 Siehe dazu Jürgen Habermas, Zur Verfassung Europas: Ein Essay, Berlin: Suhrkamp 2011; Glienicker Gruppe (Armin von Bogdandy u.a.), Aufbruch in die Euro-Union, VerfBlog (18.10.2013); Damian Chalmers/Markus Jachtenfuchs/Christian Joerges (Hrsg.), The End of the Eurocrats' Dream: Adjusting to European Diversity, Cambridge: Cambridge University Press 2016; Stéphanie Hennette/Thomas Piketty/Guillaume Sacriste/Antoine Vauchez, How to Democratize Europe, Cambridge: Harvard University Press 2019.

4 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 5.5.2020, 2 BvR 859/15 u.a. – PSPP.

seine Undurchsichtigkeit auszeichnet. Wichtig ist, dass dieses post-Krisen WWU-Recht mehr war als eine Ergänzung der Verfassungsgrundlagen von Maastricht und Lissabon. Es hat vielmehr das unionale Verfassungsrecht auf Interpretationen verschoben, die vor der Krise nicht (oder weit weniger) plausibel waren.

Die Tatsache, dass sich die WWU-Regeln zu einem wichtigen Feld rechtlicher und politischer Auseinandersetzungen entwickelt haben, lädt dazu ein, die *makroökonomischen Verfassungsregeln* der Union als einen eigenen Teilbereich des EU-Wirtschaftsverfassungsrechts zu behandeln, der sich von den Regeln des Binnenmarktes und des Wettbewerbsrechts unterscheidet.⁵ Das makroökonomische Verfassungsrecht umfasst somit das Währungsrecht der Union und den Regeln über die makroökonomischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten sowie der Union selbst.

Der Begriff des makroökonomischen Verfassungsrechts dient als analytisches Instrument: Er soll helfen, das verfassungsrechtliche Material zu systematisieren und verfassungsrechtliche Fragen, die für diesen Teilbereich spezifisch sind, ans Licht zu bringen. Dieses Begriffsverständnis soll nicht bedeuten, dass die Regeln zur Organisation des Binnenmarktes und das Wettbewerbsrecht nichts mit der makroökonomischen Verfassung zu tun haben. So wirken sich auch die Grundfreiheiten auf die Struktur der Wirtschaft insgesamt aus, und ebenso spielt die Besteuerung eine Rolle bei der Errichtung des Binnenmarktes.⁶ Besonders wichtig für die Zwecke dieses Bandes ist vor allem, dass die in Art. 2 EUV aufgeführten Werte und die grundlegenden Ziele der Union gleichermaßen sowohl ihre makroökonomischen als auch ihre übrigen Wirtschaftsverfassungsregeln durchdringen.

Im Gegensatz zu den Grundfreiheiten oder den Wettbewerbsregeln zielen die makroökonomischen Verfassungsregeln jedoch nicht darauf ab, die

5 Kaarlo Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 178; Bruno de Witte, *EMU Law as Constitutional Law*, in: Fabian Amtenbrink/Christoph Herrmann (Hrsg.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford: Oxford University Press 2020, 278–292 (279). Für eine ausführliche Diskussion der Unterscheidung zwischen makroökonomischer und mikroökonomischer Verfassung siehe Klaus Tuori, *The European Central Bank and the European Macroeconomic Constitution: From Ensuring Stability to Fighting Crises*, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 6 ff.

6 Robert Schütze, *Fiscal Barriers in the Internal Market*, in: Alicia Hinarejos/Robert Schütze (Hrsg.), *EU Fiscal Federalism: Past, Present, Future*, Oxford: Oxford University Press 2023, 11–31; Edoardo Traversa/Elena Massegli, *The Harmonization of Indirect Taxes*, in: Alicia Hinarejos/Robert Schütze (Hrsg.), *EU Fiscal Federalism: Past, Present, Future*, Oxford: Oxford University Press 2023, 57–81.

Aktivitäten einzelner Wirtschaftsakteure, Unternehmen oder Einzelpersonen zu regulieren, und schaffen folglich keine individuellen Rechte und Pflichten. Aus rechtlicher Sicht besteht also ein wichtiger Unterschied zwischen dem mikro- und dem makroökonomischen Verfassungsrecht darin, dass Ersteres durch die Schaffung individueller Rechte und Pflichten – zu denken ist etwa an die Grundfreiheiten oder das Wettbewerbsrecht – auf die Wirtschaft einwirkt, während Letzteres ihre strukturellen Merkmale – etwa den Zinssatz und die öffentlichen Finanzen – regelt. Diese Unterscheidung, die auch die Makroökonomie als eigenständigen Bereich der Wirtschaftswissenschaften widerspiegelt,⁷ ermöglicht ein besseres Verständnis der spezifischen verfassungsrechtlichen Logik der WWU-Regeln. Sie trägt auch dazu bei, eine Reihe von Konflikten ans Licht zu bringen, die in der übrigen EU-Wirtschaftsverfassung in dieser Form nicht vorkommen, wie z.B. den systemprägenden Konflikt zwischen Eigenverantwortlichkeit und Solidarität.

2. Zwischen nationaler Eigenverantwortlichkeit und unionaler Solidarität

Das Prinzip der nationalen Eigenverantwortlichkeit besagt, dass die Mitgliedstaaten für ihre Handlungen verantwortlich sind und die Vorteile und Kosten dieser Handlungen tragen müssen. Der Grundsatz der nationalen Eigenverantwortlichkeit steht im Spannungsverhältnis zum Prinzip der Solidarität. Die Suche nach einem dauerhaften Gleichgewicht zwischen diesen beiden Grundsätzen hat die Denker und Praktiker der geteilten Souveränität seit den Zeiten der *Federalists* beschäftigt. Von der Ausarbeitung der US-Verfassung über das Lateinamerika des späten zwanzigsten Jahrhunderts bis hin zur EU des einundzwanzigsten Jahrhunderts war die Aufteilung der Mittel zwischen den verschiedenen Regierungsebenen eine treibende Kraft der Verfassungsgeschichte.⁸ Ein grundlegendes verfassungsrechtliches Dilemma bei diesen (beinahe) regelmäßig wiederkehrenden Überlegungen

7 Tuori (Fn. 5), 82 ff; Richard Baldwin/Charles Wyplosz, *The Economics of European Integration*, New York: McGraw-Hill Education 2015.

8 Timothy J. Goodspeed, *Bailouts in a Federation*, *International Tax and Public Finance* 9 (2002), 409–421; Emily D. Johnson/Ernest A. Young, *The Constitutional Law of State Debt*, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 7 (Special Issue) (2012), 117–162 (117); Jonathan Rodden, *Market Discipline and U.S. Federalism*, in: Peter Conti-Brown/David Skeel (Hrsg.), *When States Go Broke: The Origins, Context, and Solutions for the American States in Fiscal Crisis*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, 123–145.

ist die Frage, wie finanzielle Transfers aus Gründen der Solidarität und der Systemstabilität ermöglicht werden können, ohne einen *moral hazard* zu schaffen.⁹

In der EU war die nationale Eigenverantwortlichkeit seit Maastricht der vorherrschende Grundsatz und konzeptionelle Rahmen für die WWU.¹⁰ Gemäß der Maastrichter Vereinbarung wurde die Währungspolitik zu einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union, die hauptsächlich von der EZB über das Eurosystem ausgeübt wurde, während die Wirtschaftspolitik im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieb. Nationale Zuständigkeit bedeutete nationale Verantwortung in allen drei grundlegenden Dimensionen der öffentlichen Finanzen: Einnahmen, Ausgaben und Staatsverschuldung. Dies schuf eine Kompetenzverteilung, deren Grundgedanke in der viel genutzten Metapher zum Ausdruck kommt, dass jeder Mitgliedstaat „sein eigenes Haus in Ordnung bringen muss“.¹¹ Um die nationale Verantwortung im Bereich der Verschuldung zu gewährleisten, sahen die Verträge ein kompliziertes Geflecht aus Regeln vor, die den Märkten signalisieren sollten, dass die Mitgliedstaaten der Eurozone in der Regel die Marktkosten ihrer Wirtschaftspolitik *allein* tragen sollten.¹² Art. 125 Abs. 1 und 123 Abs. 1 AEUV sollten das Funktionieren der Marktdisziplin sicherstellen, indem sie die Finanzierung von Staatsschulden durch die Union, andere Mitgliedstaaten oder die EZB untersagen.

9 Rodden (Fn. 8), 124. Zum *moral hazard* als Schlüsselkonzept bei der Entwicklung des WWU-Rechts siehe Michael Ioannidis, Europe's New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed during the Eurozone Crisis, CML Rev. 53 (2016), 1237–1282 (1245–1247).

10 Michael Potacs, Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion und das Solidaritätsprinzip, EuR 2013, 133–145 (141).

11 Kenneth Dyson/Kevin Featherstone, The Road to Maastricht: Negotiating Economic and Monetary Union, Oxford: Oxford University Press 1999, 29.

12 Jörn Pipkorn, Legal Arrangements in the Treaty of Maastricht for the Effectiveness of the Economic and Monetary Union, CML Rev. 31 (1994), 263–291 (275); Jean-Victor Louis, Guest Editorial: The No-Bailout Clause and Rescue Packages, CML Rev. 47 (2010), 971–986 (978); Kai Hentschelmann, Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel: Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion, EuR 2011, 282–311 (285); Alberto de Gregorio Merino, Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: The Mechanisms of Financial Assistance, CML Rev. 49 (2012), 1613–1645 (1625); Alexandre de Streel, The Evolution of the EU Economic Governance since the Treaty of Maastricht: An Unfinished Task, MJ 20 (2013), 336–362 (349). Helmut Siekmann, Article 119 TFEU, in: Helmut Siekmann (Hrsg.), The European Monetary Union: A Commentary on the Legal Foundations, Oxford: Hart 2021, Rn. 29.

Nationale Eigenverantwortlichkeit steht so in einem Spannungsverhältnis zur unionalen Solidarität. Wird dem Grundsatz der Solidarität noch ein herausragender Platz in Art. 2 und 3 Abs. 3 AEUV eingeräumt, so findet er in Titel VIII des AEUV nur in Art. 122 Abs. 1 AEUV ausdrücklich Erwähnung. Art. 122 Abs. 2 AEUV enthält dagegen keinen Hinweis auf Solidarität und das, obwohl er die finanzielle Unterstützung der Mitgliedstaaten der Eurozone adressiert. Aus diesem Grund ist die vorherrschende Lesart des Art. 122 Abs. 2 AEUV, dass er eine solidarische (wenn auch streng begrenzte) Ausnahme vom Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit darstellt.¹³

Dieser in Art. 122 AEUV eingeräumte Status der Solidarität in der WWU als begrenzte und umschriebene Ausnahme zur Bewältigung von mit Naturkatastrophen vergleichbaren Ereignissen wurde während der Eurozonen- und der Covid-Krise grundlegend in Frage gestellt – und letztlich revidiert. Wie im Folgenden erörtert wird, setzten zunächst die Eurokrise und später die Covid-Krise eine breite Verfassungsdebatte in Gang, die das Verhältnis zwischen den beiden Prinzipien neu justierte. Diese Debatte fand sowohl auf der Ebene der Entscheidungen der politischen Institutionen und ihrer juristischen Berater als auch auf der Ebene der Rechtsprechung des EuGH statt.

Zunächst führte die Eurokrise zur Einführung eines neuen Solidaritätsparadigmas in der makroökonomischen Verfassung der EU, das als „bedingte Solidarität“ bezeichnet werden kann. Diesem Paradigma zufolge sollen die Mitgliedstaaten *nicht* allein gelassen werden, wenn sie in finanzielle Schwierigkeiten geraten, auch dann nicht, wenn sie dafür mitverantwortlich sind.¹⁴ Die Unterstützung manifestiert sich hierbei nicht in Form von Krediten nach Art des Internationalen Währungsfonds (IWF), sondern (auch) in Form solidarischer Transfers und Schuldenerlasse. Diese Solidarität ist jedoch an die streng kontrollierte Bedingung geknüpft, dass die Union die europäischen Gelder sinnvoll einsetzt, und insoweit daher bedingt. Die bedingte Solidarität stellt somit einen Mittelweg zwischen der vollen oder unbedingten Solidarität und der nationalen, individuellen Verantwortung für die öffentlichen Finanzen dar. Diese Entscheidung spiegelt sich in einer Reihe von Instrumenten wider, die während der Krisen in der Eu-

13 Potacs (Fn. 10), 139; Hentschelmann (Fn. 12), 289; Vestert Borger, How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area, EuConst 9 (2013), 7–36 (27).

14 Siehe im Einzelnen Vestert Borger, The Currency of Solidarity: Constitutional Transformation during the Euro Crisis, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 205 ff.

rozone angenommen wurden. Ihre Rezeption und juristische Ausarbeitung erfolgte durch den Gerichtshof in *Pringle*.¹⁵

Während der Covid-Krise wurde dann ein weiterer wichtiger Schritt in Richtung Solidarität unternommen. Der Begriff „Solidarität“ taucht sowohl am Anfang als auch am Ende der Erklärung der Euro-Gruppe vom 9. April 2020 auf,¹⁶ und die Kommissionspräsidentin von der Leyen bezeichnete SURE, das neue Instrument zur Gewährung günstiger Darlehen an EU-Mitgliedstaaten zur Unterstützung ihrer Kurzarbeitsregelungen, als „echte europäische Solidarität in Aktion“.¹⁷ SURE stützte sich auf Art. 122 AEUV und war im Gegensatz zu den Hilfen der Eurozone mit einer sehr geringen Konditionalität verbunden. Art. 122 AEUV ist auch die Rechtsgrundlage für die wichtigste Komponente des NextGenerationEU (NGEU) Programms.¹⁸ Auf der Ebene des EuGH kam der neue Solidaritätsrahmen der Finanztransfers am deutlichsten in den Fällen zur Rechtsstaatlichkeitskonditionalität zum Ausdruck. Im Gegensatz zum *Pringle*-Urteil, das noch einem Konditionalitätsansatz verpflichtet war, der die Idee „gesunder öffentlicher Finanzen“ und die Vermeidung von *moral hazards* widerspiegelte, wurde hier die Konditionalität durch den Rechtsrahmen des Vertrauens und der Solidarität neu aufgegangen.¹⁹

Das Solidaritätsprinzip, das auch als „wohlgemeintes Täuschungsinstrument“ kritisiert wird,²⁰ ist dabei natürlich kein neutraler Rechtsbegriff. An seiner Auslegung und Implementierung kristallisiert sich eine zutiefst politische Diskussion über den Transfer von Ressourcen innerhalb der Union. Das Aufkommen der Solidarität als wichtiger Auslegungsrahmen des WWU-Rechts ist aber keine begriffliche Innovation der juristischen

15 Siehe unten IV.3.

16 <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic>.

17 Rede von Kommissionspräsidentin von der Leyen zum Konjunkturprogramm und zur Resilienz in der Fundação Champalimaud 29. September 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_20_1772.

18 Verordnung (EU) 2020/2094 des Rates vom 14. Dezember 2020 zur Schaffung eines Aufbauminstruments der Europäischen Union zur Unterstützung der Erholung nach der COVID-19-Krise, ABl. 2020 L 433I/23. Zu beiden Instrumenten noch erneut unten, unter IV.3.a.

19 EuGH, Urteile v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rn. 129 – *Ungarn/Parlament und Rat*; Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 157 – *Polen/Parlament und Rat*.

20 Päivi Leino-Sandberg, Constitutional Imaginaries of Solidarity: Framing Fiscal Integration Post-NGEU, in: Ruth Weber (Hrsg.), *The Financial Constitution of European Integration*, Oxford: Hart 2023, 188.

Dienste der EU-Organen oder des Gerichtshofs. Vielmehr ist er verfassungsrechtlicher Ausdruck des Ergebnisses umfassender politischer Auseinandersetzungen auf der höchstmöglichen Ebene der Union, sowohl während der Eurokrise als auch nach der Covid-Pandemie.

3. Die Rechtsform in der WWU

„Integration durch Recht“ war *nicht* die verfassungsrechtliche Grundlage, auf der die WWU errichtet wurde. Im Gegensatz zu anderen Bereichen, in denen sich die Politik der Union aktiv in der Verabschiedung allgemeiner und abstrakter Regeln unter der Aufsicht des EuGH niedergeschlagen hat, wurde die WWU als ein Bereich mit begrenzter Rechtsproduktion konzipiert.

Jedoch folgte nach 2010 ein noch nie dagewesenes Streben nach Verrechtlichung in der WWU. Supranationales Recht wurde als ein grundlegendes disziplinierendes Element der neuen WWU angestrebt. Neue Regeln sollten erstens den Mitgliedstaaten konkretere Verpflichtungen auferlegen²¹ und zweitens die Durchsetzung bestehender Regeln durch quasi-automatische Sanktionen beschleunigen.²² Auch nach der Krise blieb und bleibt aber die Rolle des Rechts als Instrument der Integration in der WWU begrenzt. Das Fehlen allgemeiner und abstrakter Regeln ist nach wie vor die Regel. Darüber hinaus haben die Institutionen der Union nur zögerlich von ihren neu erworbenen „harten“ Sanktionsbefugnissen Gebrauch gemacht.²³ Die meisten Instrumente für die Zeit nach der Krise sind entweder konkret-individuell, wie z.B. Sanktionen und länderspezifische Empfehlungen, und/oder überhaupt nicht rechtsförmig, wie z.B. Länderberichte und makroökonomische Anpassungsprogramme sowie die operativen Maßnahmen der EZB. Das ikonische Instrument der Eurokrise, das *Memorandum of Understanding*, veranschaulicht am besten den Einsatz

21 Siehe im Einzelnen Francesco Costamagna/Alberto Miglio, Sanctions in the EMU Economic Pillar, in: Stefano Montaldo/Francesco Costamagna/Alberto Miglio (Hrsg.), *EU Law Enforcement*, London: Routledge 2021, 139–160.

22 Ibid., 148.

23 Dariusz Adamski, Objectives of the EMU, in: Fabian Amtenbrink/Christoph Herrmann (Hrsg.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford: Oxford University Press 2020, 214–258 (246–247).

von Instrumenten, die sich den in Art. 288 AEUV vorgesehenen rechtlichen Einstufungen entziehen.²⁴

Auch nach den Krisen ist die WWU viel weniger durch Instrumente strukturiert, die mit der Unterscheidung zwischen legal und illegal arbeiten, als vielmehr durch Instrumente, die wiederholte Iterationen zwischen der nationalen und der Unionsebene strukturieren und die europäischen Exekutiven quasi in einem gemeinsamen makroökonomischen Raum vereinen. Nicht die Autorität des Rechts, sondern die des Geldes ist das grundlegende Mittel der Integration in der WWU. Die Transfers der Union, sowohl im Rahmen der Notfallfinanzhilfe der Eurokrise als auch im Rahmen des Post-Covid-Regelungsrahmens, sind die grundlegenden Instrumente, mit denen die Union die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten lenkt. Dies geschieht sowohl durch die Zuweisung von Mitteln (über die Zweckbindung der Verwendung öffentlicher Mittel) als auch durch die Bedingungen, die an die Kaufkraft der EU geknüpft sind (Konditionalität).

Auch die gerichtliche Überprüfung von WWU-Entscheidungen bleibt aufgrund verschiedener ineinandergreifender verfassungsrechtlicher Hürden begrenzt: Die Informalität des Handelns der Union im makroökonomischen Bereich, die Tatsache, dass einige Handlungen außerhalb der EU-Rechtsordnung erfolgen, sowie ein begrenzter *locus standi* und ein zurückgenommener gerichtlicher Prüfungsmaßstab.²⁵ In einem der meistdiskutierten Fälle der Vorkrisenzeit der WWU akzeptierte der EuGH die Entscheidung des Rates, ein Defizitverfahren gegen Frankreich und Deutschland nicht weiter zu verfolgen.²⁶ ESM-Maßnahmen wie die oft umstrittenen *Memoranda of Understanding*, welche die Bedingungen für die finanzielle Unterstützung enthalten, können nicht mit einer Nichtigkeitsklage ange-

24 Claire Kilpatrick, On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts, *Oxford Journal of Legal Studies* 35 (2015), 325–353; Michael Ioannidis, EU Financial Assistance Conditionality after 'Two Pack', *ZaöRV* 74 (2014), 61–104.

25 Federico Fabbrini, The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective, *Berkley Journal of International Law* 32 (2014), 101–160; Alicia Hinarejos, The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective, Oxford: Oxford University Press 2015, 121 ff.; Menelaos Markakis, Accountability in the Economic and Monetary Union. Foundations, Policy, and Governance, Oxford: Oxford University Press 2020, 204 ff.; Allan Rosas, EMU in the Case Law of the Union Courts: A General Overview and Some Observations, *European Papers* 6 (2021), 1397–1414.

26 EuGH, Urteil v. 13.7.2004, Rs. C-27/04, ECLI:EU:C:2004:436, Rn. 88 – *Kommission/Rat*.

fochten werden.²⁷ Beschlüsse der Euro-Gruppe, auch wenn sie von großer Tragweite sind, gelten nach Ansicht des Gerichtshofs nicht als Handlungen eines Unionsorgans im Sinne von Art. 263 AEUV.²⁸ Der Gerichtshof hat auch die Überprüfung von WWU-Maßnahmen, einschließlich des OMT-Programms der EZB, mangels unmittelbarer Betroffenheit gemäß Art. 263 AEUV abgelehnt.²⁹ Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten und die Organe nicht erpicht darauf, Streitigkeiten vor den Gerichtshof zu bringen, und Art. 126 Abs. 10 AEUV schließt zudem die meisten Maßnahmen, die im Rahmen des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit erlassen werden, von der Zuständigkeit des EuGH aus.³⁰

Zwei Verfahren bleiben somit die wichtigsten Kanäle, über die Entscheidungen der WWU gerichtlich überprüft werden: Vorabentscheidungsersuchen und Schadensersatzklagen. In Anbetracht von Art. 2 EUV und dem Wert der Rechtsstaatlichkeit gibt die begrenzte Rolle der Nichtigkeitsklagen Anlass zur Sorge. Schadensersatzklagen, die gegen WWU-Entscheidungen für zulässig befunden wurden,³¹ zielen darauf ab, den Kläger für den ihm entstandenen materiellen Schaden zu kompensieren, aber sie stellen die Rechtmäßigkeit des Unionshandelns nicht wieder her – die Maßnahme bleibt bestehen. Sie erfordern außerdem das Überschreiten einer qualifizierten Schwelle der Rechtswidrigkeit, um erfolgreich zu sein. Auch Vorabentscheidungsverfahren haben sich als ein wichtiges Mittel erwiesen, um politische Anfechtungen vor den EuGH zu bringen.³² In diesem Verfahren

27 EuG, Beschlüsse v. 10.11.2014, Rs. T-289/13, ECLI:EU:T:2014:981 – *Ledra Advertising/Kommission und EZB*; Rs. T-293/13, ECLI:EU:T:2014:979 – *Theophilou/Kommission und EZB*; EuGH, Urteil v. 20.9.2016, verb. Rs. C-8/15 P bis C-10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701 – *Ledra Advertising u.a./Kommission und EZB*.

28 EuG, Beschluss v. 16.10.2014, Rs. T-327/13, ECLI:EU:T:2014:909 – *Mallis und Malli/Kommission und EZB*; Urteil v. 20.9.2016, verb. Rs. C-105/15 P bis C-109/15 P, ECLI:EU:C:2016:702 – *Mallis und Malli/Kommission und EZB*.

29 EuG, Beschlüsse v. 27.11.2012, Rs. T-541/10, ECLI:EU:T:2012:626 – *ADEDY u.a./Rat*; Rs. T-215/11, ECLI:EU:T:2012:627 – *ADEDY u.a./Rat*; Beschluss v. 10.12.2013, Rs. T-492/12, ECLI:EU:T:2013:702 – *von Storch u.a./EZB*; EuGH, Beschluss v. 29.4.2015, Rs. C-64/14 P, ECLI:EU:C:2015:300 – *von Storch u.a./EZB*.

30 Siehe jedoch Art. 8 SKS-Vertrag.

31 EuGH, *Ledra Advertising u.a./Kommission und EZB* (Fn. 27). Schadenersatzklagen werden auch durch den informellen Charakter einiger WWU-Organe, wie der Euro-Gruppe, behindert: Urteil v. 16.12.2020, verb. Rs. C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P und C-604/18 P, ECLI:EU:C:2020:1028, Rn. 93 – *Rat u.a./Chrysostomides u.a.*

32 EuGH, Urteil (Plenum) v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 – *Pringle*; Urteil v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – *Gauweiler u.a.*; Urteil v. 13.6.2017, Rs. C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448 – *Florescu u.a.*; Urteil v. 27.2.2018,

hat der EuGH die grundlegenden Verfassungsfragen der letzten zwanzig Jahre über die WWU behandelt.

II. Normbefund

Im Gegensatz zu dem, was auf nationaler Ebene üblich ist, ist die makroökonomische Verfassung der EU lang und detailliert. Der Kern der WWU umfasst 26 Artikel des AEUV (Art. 5 Abs. 1 und Art. 119–144) sowie zahlreiche Protokolle (Nr. 4 und 12–18). In Titel VIII des AEUV werden die Konturen sowohl der Wirtschafts- als auch der Währungsunion skizziert, aber nicht immer – und das ist in diesem Kontext von besonderer Bedeutung – in kohärenter Weise entwickelt. Die makroökonomische Verfassung der EU endet jedoch nicht mit den Bestimmungen von Titel VIII. Die Vorschriften über die eigenen öffentlichen Finanzen der Union, vor allem die Art. 310 bis 324 AEUV, sind ebenfalls Teil des WWU-Rechts im weiteren Sinne – denn die Union selbst ist ebenfalls als Teil der WWU zu betrachten, nicht nur die Mitgliedstaaten. Die Regeln des Primärrechts werden durch andere grundlegende Instrumente von verfassungsrechtlicher Bedeutung ergänzt. Dabei handelt es sich sowohl um Instrumente des Sekundärrechts wie die des Stabilitäts- und Wachstumspakts (SWP), des Eigenmittelbeschlusses und der Haushaltsordnung als auch um Instrumente des Völkerrechts wie den ESM-Vertrag und den Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion („Fiskalvertrag“).

Bestimmte Politikbereiche mit makroökonomischen Auswirkungen werden in verschiedenen Teilen des Primärrechts behandelt, z.B. in Titel XVIII in Bezug auf den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und in Titel IX hinsichtlich Fragen der Beschäftigung. Im Allgemeinen folgen diese Vorschriften ihren eigenen systemischen Überlegungen. In jüngerer Zeit sind einige dieser Regeln jedoch auch für die allgemeine makroökonomische Verfassung der WWU von zentraler Bedeutung gewesen,

Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*; Urteil v. 11.12.2018, Rs. C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – *Weiss u.a.*; *Sabine Saurugger/Clement Fontan*, The Judicialisation of EMU Politics: Resistance to the EU's New Economic Governance Mechanisms at the Domestic Level, *European Journal of Political Research* 58 (2019), 1066–1087.

insbesondere Art. 175 Abs. 3 AEUV, der eine grundlegende Rolle für die makroökonomische Politik der EU nach der Pandemie spielt.³³

Die Wurzeln von Art. 3 Abs. 4 EUV, der für diesen Beitrag zentralen Bestimmung, lassen sich in der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA)³⁴ finden, mit der die WWU als Ziel der Union in das Primärrecht aufgenommen wurde. Art. 3 Abs. 4 EUV, eine mit dem Vertrag von Lissabon eingeführte Neuerung, ist eine der wenigen Bestimmungen der Verträge, in denen der Begriff „Wirtschafts- und Währungsunion“ vorkommt.³⁵ Die Bezugnahme auf eine „Union“ in Art. 3 Abs. 4 EUV soll den spezifischen Bereich der Zusammenarbeit innerhalb der Union verdeutlichen und schafft damit keine separate Unterstruktur. Trotz seiner Spärlichkeit gibt er zusammen mit Art. 2 EUV das Ziel der WWU vor und hilft, die Entwicklung der spezifischen Regeln der WWU zu strukturieren und zu bewerten.³⁶

III. Verfassungstheoretische Verortung

Die Bestimmungen des Maastrichter Vertrags über die WWU wurden durch die Verträge von Amsterdam und Nizza inhaltlich nicht verändert. Der Vertrag von Lissabon hat die „Wirtschaftsregierung“ in der Eurozone gestärkt, ohne jedoch einen Paradigmenwechsel in der europäischen makroökonomischen Verfassung einzuleiten.³⁷ In Anbetracht der Tatsache, dass der Verfassungstext seit Maastricht nicht mehr grundlegend überarbeitet wurde und in den turbulenten letzten zwanzig Jahren im Wesentlichen unangetastet geblieben ist, ergeben sich zwei grundlegende Fragen aus verfassungstheoretischer Sicht: Erstens die Konzeptualisierung des Prozesses der Verfassungsentwicklung und zweitens die Diskussion darüber, wie sich die „neue“ makroökonomische Verfassung zu älteren Vorstellungen davon

33 Bruno de Witte, The European Union's COVID-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift, CML Rev. 58 (2021), 635–682 (659); Päivi Leino-Sandberg/Matthias Ruffert, Next Generation EU and its Constitutional Ramifications: A Critical Assessment, CML Rev. 59 (2022), 433–472 (448–450).

34 Siehe Helmut Siekmann, Exit, Exclusion, and Parallel Currencies in the Euro Area Institute for Monetary and Financial Stability. Working Paper Series No. 99 (2015), 1–26 (4–5).

35 Siehe auch Art. 66, Art. 121 Abs. 4, Art. 138 Abs. 1 AEUV und Art. 140 Abs. 1 AEUV.

36 Armin von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, Berlin: Suhrkamp 2022, 261–262.

37 Siehe Jean-Claude Piris, The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis, Cambridge: Cambridge University Press 2010, 301–307.

verhält, was *Wirtschaftsverfassung* ist, insbesondere im Hinblick auf die ordoliberalen Tradition, die einen Großteil des Konzepts geprägt hat.

1. Verfassungswandel

Die erste Frage beschäftigt sich mit dem Verhältnis oder vielmehr der Diskrepanz zwischen der dynamischen Entwicklung der europäischen Wirtschafts- und Währungspolitik und dem statisch verbliebenen Verfassungsrahmen. Einem Standpunkt zufolge ist die Entwicklung der WWU-Verfassung durch *Kontinuität* gekennzeichnet. Nach dieser Einschätzung, die am deutlichsten von *Bruno de Witte* vertreten wurde, sind die rechtlichen Neuerungen, die die Reaktionen auf die Eurokrise mit sich brachten, zwar bedeutsam, aber nicht transformativ.³⁸ Nach dieser Ansicht hat sich die Entwicklung der WWU immer innerhalb der „Grenzen und Möglichkeiten der Maastrichter Vorlage“ bewegt. Die gegenteilige Auffassung besagt, dass die seit 2010 eingetretenen Entwicklungen einen (weitreichenden) *Verfassungsbruch des Maastrichter Paradigmas darstellen*. Diese Auffassung wird von den Klägern gegen EU-Krisenmaßnahmen³⁹ vertreten und wurde vom Bundesverfassungsgericht in *Gauweiler*⁴⁰ und *Weiss*⁴¹ grundsätzlich akzeptiert. Diese Sichtweise speist sich auch aus der Kritik, dass die Entwicklungen nach 2010 die (sozialen) Grundrechte und das Demokratieprinzip systematisch verletzt haben und zudem die Grenzen überschreiten, die Maastricht den Befugnissen der Union in diesem Bereich gesetzt hatte.⁴² Nach einer dritten Sichtweise ist die Entwicklung der WWU seit 2010

38 *de Witte*, EMU Law as Constitutional Law (Fn. 5), 290. Siehe auch *ders.*, Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?, EuConst II (2015), 434; *ders.*, COVID-19 Recovery Plan (Fn. 33).

39 *Dietrich Murswiek*, Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht: "Euro-Rettungsschirm", Europäischer Stabilitätsmechanismus und Rettungsmaßnahmen der EZB, Baden-Baden: Nomos 2016; *Christoph Degenhart/Hans-Detlef Horn/Dietrich Murswiek/Markus C. Kerber*, Das Anleihenkaufprogramm APP der Europäischen Zentralbank vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Gerichtshof der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos 2021.

40 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats v.14.1.2014, 2 BvR 2728/13 u.a.

41 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats v. 18.7.2017, 2 BvR 859/15 u.a.; Urteil des Zweiten Senats v. 5.5.2020, 2 BvR 859/15 u.a.

42 *Andreas Fischer-Lescano*, Human Rights in Times of Austerity Policy: The EU Institutions and the Conclusion of Memoranda of Understanding, Baden-Baden: Nomos 2014; *Margot E. Salomon*, Of Austerity, Human Rights and International Institutions, ELJ 21 (2015), 521–545.

weder ein systematischer Verfassungsbruch noch ein „Weiter so“. Sie ist vielmehr eines der vielen Gesichter des *Strukturwandels* des europäischen öffentlichen Rechts.⁴³ Autoren, die dieser Ansicht folgen, verwenden den Begriff der *Transformation* in verschiedenen Varianten, um die Entwicklung der makroökonomischen Verfassung der EU zu erfassen – und ziehen dabei unterschiedliche Schlussfolgerungen und fordern unterschiedliche Reaktionen.⁴⁴

In diesem Kapitel wird der Begriff der Transformation in einem analytischen/deskriptiven Sinne verwendet, um Änderungen in der Bedeutung einer Verfassungsbestimmung, die ohne eine Änderung des eigentlichen Textes eintreten, im Sinne eines *Verfassungswandels* oder einer *Verfassungsentwicklung* zu begreifen.⁴⁵ Dies entspricht dem Begriffsgebrauch sowohl auf der Ebene nationaler Verfassungen⁴⁶ als auch auf der Ebene interna-

43 von Bogdandy (Fn. 36), 21.

44 Christian Joerges, Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation, GLJ (Special Issue EU Citizenship: Twenty Years On) 15 (2014), 985–1027 (1003) („a deep transformation of the European constitutional constellation“); Kaarlo Tuori/Klaus Tuori, The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 6 („Erschütterung vieler zentraler Maastrichter Prinzipien“); Agustín José Menéndez, Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?, ELJ 20 (2014), 127–141 („constitutional mutation“); Mark Dawson, The Euro Crisis and its Transformation of EU Law and Politics, in: Hertie School of Governance (Hrsg.), The Governance Report 2015, Oxford: Oxford University Press 2015, Kap. III („fundamental shift“); Mark Dawson/Floris de Witte, Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis, MLR 76 (2013), 817–844 (824) („new constitutional balance“).

45 Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden: Nomos 1982, 21, 254; Konrad Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Horst Ehmke/Joseph Kaiser/Wilhelm Kewenig/Karl Matthias Meessen/Wolfgang Rüfner (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin: Duncker & Humblot 1973, 123–141; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Nation, Europa, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1999, 144; Andreas Voßkuhle, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, in: Rainer Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, Berlin: Duncker & Humblot 2008, 203. Dazu im vorliegenden Kontext auch Bast/Kaiser, in diesem Band, I.2. und V.

46 Für einen vergleichenden Ansatz siehe Dawn Oliver/Carlo Fusaro, How Constitutions Change: A Comparative Study, Oxford: Hart 2011; Xenophon Contiades, Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USA, Abingdon: Routledge 2013. Für eine ökonomische Analyse siehe Stefan Voigt, Implicit Constitutional Change-Changing the Meaning of the Constitution Without Changing the Text of the Document, European Journal of Law and Economics 7 (1999), 197–224. In Deutschland wurden Verfassungsänderungen seit der Zeit des Kaiserreichs untersucht, Paul Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung: Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 16. März 1895, Dresden:

tionaler Verträge.⁴⁷ Anders als im Rahmen einer weiten Verfassungsauslegung steht bei der Transformation der ursprüngliche Inhalt der Verfassungsnorm den Verfassungsinterpreten nicht mehr als überzeugende Darstellung der das Gemeinwesen tatsächlich regierenden verfassungsrechtlichen Verpflichtungen zur Verfügung. Er wird durch einen neuen Inhalt ersetzt. Obwohl auch die Exekutive und andere Verfassungsakteure eine Rolle bei der Etablierung eines neuen Sinns in textungebundenen Verfassungsbestimmungen spielen, ist es in diesem Falle im Wesentlichen der Verfassungsrichter, der eine Verfassungsänderung sanktioniert, indem er die erfolgreiche Etablierung und Akzeptanz einer neuen, transformierten Bedeutung der Verfassungsnorm signalisiert und deren Verständnis für nachfolgende Fälle festlegt.⁴⁸ In der EU ist dies eine entscheidende Rolle des EuGH.

Viele der weitreichenden Entwicklungen im konstitutionellen Rahmen der WWU wurden als solche Transformationen konzeptualisiert,⁴⁹ wie z.B. die Änderung der übergeordneten Ziele der Union (von der Währungsstabilität zur Finanzstabilität und zur Stabilität der Eurozone),⁵⁰ der Methoden der Entscheidungsfindung (von der Gemeinschaftsmethode zum „neuen

Zahn & Jaensch 1895; Georg Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin: O. Häring 1906.

47 Julian Arato, *Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations*, *The Yale Journal of International Law* 38 (2013), 289–357.

48 Voigt (Fn. 46), 199; Rainer Wahl, *Verfassungsänderung – Verfassungswandel – Verfassungsinterpretation II*, in: ders., *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*, Berlin: Duncker & Humblot 2008, 65–78 (77–78). Nach der Etablierung der neuen Bedeutung im Sinne einer *vollendeten Tatsache*, wie sie Jellinek formuliert, wird den vorgetragenen und sanktionierten Akten eine verfassungsgebende Qualität zugeschrieben; Jellinek (Fn. 46), 21. Zur Kritik siehe Hesse (Fn. 45), 1, 38 ff. Diese Rolle der Gerichte wird häufig mit der Dysfunktionalität der formalen Verfassungsänderungsmechanismen verbunden, Bruce Ackerman, 2006 Oliver Wendell Holmes Lectures: *The Living Constitution*, *Harvard L. Rev.* 120 (2007), 1737, 1761, siehe auch 1743.

49 Für eine Zusammenfassung und Kommentar zu den verschiedenen Transformationsansätzen der Eurokrise siehe Thomas Beukers, *Legal Writing(s) on the Eurozone Crisis*, *EUI Working Paper LAW* 2015/11, 5 ff.

50 Tuori/Tuori (Fn. 44), 184; Tuori (Fn. 5), 257 ff.

Intergouvernementalismus⁵¹ und zum „neuen Supranationalismus“⁵²), des Charakters der Koordinierung (von einem regelbasierten System zu einem System, welches politische Entscheidungen⁵³ oder eine entrechtlichte Kontrolle durch die Verwaltung⁵⁴ erfordert), oder der Gewaltenteilung (von der parlamentarischen Kontrolle der Haushaltspolitiken zur Dominanz der Exekutive⁵⁵). Auch ohne Vertragsänderung⁵⁶ sehen sich Studierende des EU-Verfassungsrechts also einem anderen Feld gegenüber als ihre Kommilitonen vor 2010. Viele dieser transformativen Momente sind Teil eines umfassenderen Wandels der makroökonomischen Verfassung der EU von einem Modell, das im Wesentlichen darauf vertraute, dass die nationalen öffentlichen Finanzen durch die Marktkräfte diszipliniert werden, hin zu einem Modell, das den öffentlichen Institutionen (der Union) eine viel größere Rolle zuweist.⁵⁷ Dieser Transformationsprozess wird im Folgenden im Hinblick auf Art. 125 Abs. 1, 123 Abs. 1, 136 Abs. 1 und 310 Abs. 1 AEUV näher erläutert.

-
- 51 Uwe Puetter, New Intergovernmentalism: The European Council and its President, in: Federico Fabbrini (Hrsg.), What Form of Government for the European Union and the Eurozone?, Oxford: Hart 2015, 253–270; Christopher J. Bickerton/Dermot Hodson/Uwe Puetter, The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era, JCMS 53 (2015), 703–722. Siehe auch Nicole Scicluna, EU Constitutionalism in Flux: Is the Eurozone Crisis Precipitating Centralisation or Diffusion?, ELJ 18 (2012), 489–503 (500 ff.); Edoardo Chiti/Pedro Gustavo Texeira, The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis, CML Rev. 50 (2013), 683–708 (685 ff.); Tuori/Tuori (Fn. 44), 217.
- 52 Renaud Dehousse, The New Supranationalism, Paper prepared for presentation at the ECPR General Conference, Panel P298: Reflections on the Euro-crisis and the Future of Representative Democracy (26.8.2015).
- 53 Hinarejos (Fn. 25).
- 54 Christian Joerges, Three Transformations of Europe and the Search for a Way out of its Crisis, in: Christian Joerges/Carola Glinski (eds), The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance, Oxford: Hart 2014, 25–46.
- 55 Deirdre Curtin, Challenging Executive Dominance in European Democracy, MLR 77 (2014), 1–32; Chiti/Texeira (Fn. 51), 701; Dawson/de Witte (Fn. 44), 834; Leino-Sandberg/Ruffert (Fn. 33), 454–455.
- 56 Die Einführung des dritten Absatzes von Art. 136 AEUV hat im Wesentlichen dazu gedient, Rechtssicherheit für die Einrichtung des ESM zu schaffen.
- 57 Siehe im Detail Ioannidis, New Transformations (Fn. 9).

2. Transformationen und das Konzept der Wirtschaftsverfassung

Diese inhaltlichen Veränderungen der makroökonomischen Verfassung markieren auch einen Wandel in der Entwicklung des Konzepts der „Wirtschaftsverfassung“ selbst. Wie die gut dokumentierte Geschichte des Begriffs zeigt, wurde die Existenz einer Wirtschaftsverfassung im Rahmen politischer Auseinandersetzungen über das Verhältnis von Wirtschaft und Politik sowohl verteidigt als auch angezweifelt und teilweise sogar abgelehnt.⁵⁸ Für sozialistisch-demokratische Kommentatoren der Weimarer Verfassung bedeutete Wirtschaftsverfassung, dass die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten für die politische Macht konstitutiv wurden. Für *Carl Schmitt* war die Existenz einer solchen „echten Wirtschaftsverfassung“ nur Systemen wie dem kommunistischen Russland und dem faschistischen Italien vorbehalten.⁵⁹ Für die Ordoliberalen, deren Rezeption und Adaption des Konzepts der Wirtschaftsverfassung sich im Laufe der Zeit als am einflussreichsten erwies, ging es bei der Wirtschaftsverfassung im Wesentlichen um die Regeln, die einen freien und fairen Wettbewerb ermöglichen.⁶⁰ Diese dritte, ordolibérale Perspektive auf die Wirtschaftsverfassung, die sich sowohl gegen *Laissez faire* als auch gegen *Planisme* wendet, spiegelte sich schließlich in hohem Maße in den Vereinbarungen von Rom und Maastricht und ihrer wissenschaftlichen Analyse als „Wirtschaftsverfassung“ wider.⁶¹

Der begrenzte (und einschränkende), liberal ausgerichtete Geltungsbereich des wirtschaftlichen Primärrechts wurde von einigen Autoren dazu benutzt, das Argument zu stützen, dass es überhaupt keine EU-Wirtschafts-

58 *Knut Wolfgang Nörr*, 'Economic Constitution': On the Roots of a Legal Concept, *Journal of Law and Religion* 11 (1994–1995), 343–354; *David Jungbluth*, Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeturteil, Wiesbaden: Springer 2018; *Guillaume Grégoire*, The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles, in: *Guillaume Grégoire/Xavier Miny* (Hrsg.), *The Idea of Economic Constitution in Europe 2022*, 53–93.

59 *Carl Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen: Mohr 1931, 100.

60 *Franz Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, Baden-Baden: Nomos 2010 [1933], 303–306; *Franz Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 17 (1966), 75–151.

61 Siehe *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Europäische Wirtschaftsverfassung, in: *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Martin Illmer/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. II, Tübingen, Mohr Siebeck 2009.

verfassung gebe und dass die WWU, wie der Rest der EU, eher eine „subkonstitutionelle Ausprägung der administrativen Governance“ darstelle.⁶² Ein wesentlicher Grund, der WWU die Verfassungsqualität abzusprechen, ist nach dieser Auffassung das angebliche Fehlen einer von den Mitgliedstaaten unabhängigen Fähigkeit zur Mobilisierung von Ressourcen für die Erreichung öffentlicher Ziele.⁶³

Die Änderungen im makroökonomischen EU-Recht seit 2010 markieren eine wichtige Entwicklung in der theoretischen Debatte über die Verfassung der Union. Erstens klären sie die Frage nach der Existenz einer (makroökonomischen) EU-Wirtschaftsverfassung. Selbst für die Befürworter eines „robusten“ Konstitutionismuskonzepts, welche ablehnen, dass die Mobilisierung des ESM und der anderen Finanzierungssysteme, einschließlich der umfangreichen Mittel der EZB, während der Eurokrise ausreichend war, steht die EU mit ihren Post-Covid-Regelungen an der Schwelle zu einer echten konstitutionellen Transformation.⁶⁴

Zweitens laden diese Änderungen dazu ein, die Bedeutung der Wirtschaftsverfassung in Bezug auf die (ordo)liberale Tradition neu zu denken. Eine wichtige Entwicklung ist die Verlagerung der Bedeutung vom Wettbewerbsrecht und dem Binnenmarkt hin zu den WWU-Regeln. In der Tat war das Fehlen eines Schwerpunkts auf der Makroökonomie ein charakteristisches Element der ordoliberalen Konzeption der Wirtschaftsverfassung. Dies spiegelt das ordolibérale Verständnis der Wirtschaftsverfassung als eine Reihe von Regeln wider, die es privaten Akteuren ermöglichen sollen, auf der Grundlage eines effizienzorientierten Wettbewerbsumfelds zu agieren, und nicht als Regeln, die eine öffentliche Lenkung der Wirtschaft vorsehen. Die Idee der Wirtschaftsverfassung als ein limitierendes Instrument anstelle von Regeln, die öffentliche Befugnisse für ein aktiveres Eingreifen in die Wirtschaft festlegen, stand im Mittelpunkt der ursprünglichen

62 Peter L. Lindseth, *The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance*, in: Francesca Bignami (Hrsg.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 505–530 (522–525).

63 Peter L. Lindseth/Cristina Fasone, *The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance*, in: Guillaume Grégoire/Xavier Miny (Hrsg.), *The Idea of Economic Constitution in Europe: Genealogy and Overview*, Leiden: Nijhoff 2022, 507–538 (513, 516).

64 Nach dieser Auffassung würde die Umwandlung der EU in ein konstitutionelles Modell erfordern, dass die EU eine eigene Steuerbefugnis erhält, um eine höhere Kreditaufnahmekapazität zu ermöglichen, *ibid.*, 532.

WWU-Vereinbarung, die sich sowohl in dem Text der Finanzverfassung als auch in den Regeln über die EZB widerspiegelt.

Die Eurozonen- und die Covid-Krise markierten diesbezüglich einen wichtigen Wandel, indem sie wichtige Elemente öffentlicher Disziplin und einen politischen und administrativen Ermessensspielraum in die makroökonomische Verfassung einführten. Es gibt zwei Möglichkeiten, diese Entwicklungen aus der Perspektive des ordoliberalen Nachlasses der Wirtschaftsverfassung zu betrachten. Für einige Autoren weist der Inhalt der WWU-Politik nach der Eurokrise auf eine zunehmende Ordoliberalisierung der WWU hin.⁶⁵ Nach dieser Auffassung hat sich die Wirtschaftsverfassung Europas in eine Wettbewerbsordnung verwandelt, die in vielerlei Hinsicht dem nahekommt, was Ordoliberele, insbesondere Walter Eucken, im Sinn hatten, als sie von einem Rahmen für einen wirklich wettbewerbsfähigen Markt sprachen.⁶⁶ Dieser Ansatz lässt jedoch die Tatsache außer Acht, dass die während der Eurokrise ergriffenen spezifischen Maßnahmen selbst nicht verfassungsgebend waren. Vielmehr spiegelten sie die politischen Präferenzen des jeweiligen Zeitpunkts wider und waren – wie auch während und nach der Covid-Krise – Änderungen unterworfen. Die Neuauslegung von Verfassungsklauseln, die ein weites Verständnis des Preisstabilitätsmandats der EZB ermöglichte, sowie die weniger strenge Auslegung von Art. 125 Abs. 1 AEUV oder die Verschärfung der haushaltspolitischen und makroökonomischen Überwachung gemäß Art. 121 und 136 Abs. 1 AEUV markierten aber die Einführung eines hohen Maßes an politischem und administrativem Ermessen im verfassungsrechtlichen Gebäude der WWU.

Dieser Prozess begann bereits mit der Reform des SWP im Jahr 2005, nachdem die Nicht-Sanktionierung der französischen und deutschen Abweichungen vom SWP vom Gerichtshof als in den Ermessensspielraum des Rates fallend akzeptiert wurde.⁶⁷ Nach der Eurokrise wurden neue Elemente der Ermessensausübung eingeführt, auch in Form von Flexibili-

65 *Thomas Biebricher*, *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford: Stanford University Press 2019, 200 ff.; *ders.*, *Covid-19, War and the End of Neoliberalism*, in: Ruth Weber (Hrsg.), *The Financial Constitution of European Integration: Follow the Money?*, Oxford: Hart 2023, 93–110 (allerdings mit dem Hinweis, dass die NGEU mittel- und langfristig ein sehr viel unklarerer Potenzial hat).

66 *Biebricher*, *Political Theory* (Fn. 65), 209.

67 EuGH, *Kommission/Rat* (Fn. 26). *Peter Hilpold*, *Das Unionsrecht der repressiven Haushaltskontrolle*, in: Ulrich Hufeld/Christian Ohler (Hrsg.), *Europäische Wirtschafts- und Währungsunion*, Baden-Baden: Nomos 2022, 569–592 (575–576).

täts- und Ausweichklauseln.⁶⁸ Die wohl wichtigste Entwicklung auf dem Gebiet des makroökonomischen Verfassungsrechts nach der Krise war aber die Einrichtung einer makroökonomischen Verwaltung der Union und die Entstehung eines materiellen Korpus makroökonomischen Verwaltungsrechts. Anstatt den Verstoß gegen klar definierte Gesetze zu überwachen, ist die Union nun in einen Prozess der kontinuierlichen Steuerung der makroökonomischen Entscheidungsfindung eingebunden.⁶⁹ Unter diesem Gesichtspunkt löst sich die neue Wirtschaftsverfassung entscheidend von ihren zugrundeliegenden ordoliberalen Traditionen.⁷⁰

IV. Dogmatische Schlüsselfragen

Art. 3 Abs. 4 TEU ist eine sehr kurze Vorschrift. Sie bietet jedoch einen konzeptionellen Rahmen und eine kritische Folie, um einige der grundlegenden Fragen des WWU-Rechts zu behandeln. In den folgenden Unterabschnitten wird Art. 3 Abs. 4 EUV in vier Teilen behandelt, jeweils ausgehend von einem Teil dieser knappen Bestimmung, auch in der Absicht, das Spannungsverhältnis zwischen dem Verfassungstext des Art. 3 Abs. 4 EUV und den „nachgelagerten“ Regeln und der Praxis der WWU aufzuzeigen. Der erste Unterabschnitt befasst sich mit dem Recht der WWU in Form des Völkerrechts, der zweite mit den Zielen und Werten der WWU, der dritte mit der Asymmetrie zwischen Wirtschafts- und Währungsunion und der vierte mit der variablen Geometrie der WWU.

68 Siehe Art. 5 Abs. 1, 2, 7, 8, 10 der Verordnung (EG) Nr. 1466/97 des Rates vom 7. Juli 1997 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken, ABl. 1997 L 209/1. Dieser Ermessensspielraum wurde durch die Reform von 2024 verstärkt, die auch die Aufhebung der Verordnung 1466/97 durch die Verordnung 2024/1263 umfasste: Verordnung (EU) 2024/1263 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2024 über die wirksame Koordinierung der Wirtschaftspolitik und über die multilaterale haushaltspolitische Überwachung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1466/97 des Rates, ABl. L 2024/1263. Zum Ermessensspielraum als bestimmendes Element des SWP und des Sanktionsmechanismus der WWU siehe *Costamagna/Miglio* (Fn. 21), 148–150.

69 *Paul Dermine*, *The New Economic Governance of the Eurozone: A Rule of Law Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 45.

70 Für eine kritische Betrachtung dieser Entwicklung *Christian Joerges*, *Economic Constitutionalism and „The Political“ of „The Economic“*, in: Guillaume Grégoire/Xavier Miny (Hrsg.), *The Idea of Economic Constitution in Europe: Genealogy and Overview*, Leiden: Nijhoff 2022, 789–820.

1. „Die Union errichtet ...“: WWU-Recht außerhalb der Union?

Nach Art. 3 Abs. 4 EUV ist die WWU ein Ziel *der Union*. Das bedeutet erstens, dass die WWU – abgesehen von begrenzten Teilausnahmen⁷¹ – nur für Unionsmitglieder zugänglich ist. Zweitens, und das ist der wichtigere Punkt, besagt Art. 3 Abs. 4 EUV, dass die WWU ein Ziel ist, das von der Union und nicht von den Mitgliedstaaten parallel zur EU verfolgt wird. Diese zweite Frage, nämlich der Ort der grundlegenden WWU-Regeln – innerhalb oder außerhalb der Union –, wurde im Zusammenhang mit der Eurokrise besonders wichtig. Die Krise führte zur Verabschiedung einer Reihe von internationalen Instrumenten, die grundlegende Regeln des makroökonomischen EU-Rechts festlegten – darunter vor allem der ESM –, aber außerhalb der EU-Rechtsordnung situiert waren, was eine Form von „Euro-internationalem“ Recht darstellte.⁷² Die Ausbreitung dieser „Satellitenabkommen“⁷³ stellte die WWU vor große verfassungsrechtliche Herausforderungen.

In *Pringle* prüfte der Gerichtshof die Behauptungen, die Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets hätten durch den Abschluss des Vertrags zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag) in die Zuständigkeiten der Union im Währungs- oder Wirtschaftsbereich eingegriffen.⁷⁴ Die Währungspolitik als ausschließliche Zuständigkeit der

71 Der Euro wird von vier Staaten außerhalb der EU auf der Grundlage von Währungsvereinbarungen verwendet, nämlich von Andorra, Monaco, San Marino und dem Vatikan, siehe Währungsvereinbarung zwischen der Europäischen Union und dem Fürstentum Andorra, ABl 2011 C 369/1; Währungsvereinbarung zwischen der Europäischen Union und dem Fürstentum Monaco, ABl 2012 C 310/1; Währungsvereinbarung zwischen der Europäischen Union und der Republik San Marino, ABl 2012 C 121/5; Währungsvereinbarung zwischen der Europäischen Union und dem Staat Vatikanstadt, ABl 2010 C 28/13.

72 Zur Rolle dieser Abkommen als „Quasi-Instrumente“ des EU-Rechts siehe *Bruno de Witte*, Using International Law in the Euro Crisis: Causes and Consequences, ARENA Working Paper No. 4 (2013); *Bruno de Witte/Thibault Martinelli*, Treaties between EU Member States as Quasi-Instruments of EU Law, in: Marise Cremona/Claire Kilpatrick (Hrsg.), *EU Legal Acts: Challenges and Transformations*, Oxford: Oxford University Press 2015, 157–188. Siehe auch *de Gregorio Merino*, Legal Developments (Fn. 12), 1635 ff.

73 *de Witte*, EMU Law as Constitutional Law (Fn. 5), 288.

74 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 108. *Bruno de Witte/Thomas Beukers*, The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism Outside the EU Legal Order: *Pringle*, CML Rev. 50 (2013), 805–848; *Paul Craig*, *Pringle*: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology, MJ 20 (2013), 3–11; *Stanislas Adam/Francisco Javier Mena Parras*, The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of

Union könne nicht Gegenstand eines internationalen Abkommens sein. Der Gerichtshof stellte jedoch fest, dass die Tätigkeiten des ESM angesichts seiner Ziele und der ihm zur Verfügung stehenden Instrumente außerhalb der Währungspolitik lägen; die Auswirkungen des ESM auf die Preisstabilität könnten somit nur indirekt sein und seien daher akzeptabel.⁷⁵ In Bezug auf die Wirtschaftspolitik war die Antwort weniger eindeutig. Die Finanzhilfe des ESM ist nämlich an die Umsetzung weitreichender wirtschaftspolitischer Vorgaben geknüpft. Der Gerichtshof kam dennoch zu dem (umstrittenen) Schluss, dass eine solche Konditionalität keine Form der wirtschaftspolitischen Koordinierung darstelle.⁷⁶ Die Konditionalität des ESM sei in jedem Fall erforderlich, um die Einhaltung der EU-Maßnahmen zu gewährleisten, und die Kommission sei aktiv damit betraut, diese Kohärenz sicherzustellen.⁷⁷ Auf der Grundlage dieser Argumente entschied der Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten einen Stabilitätsmechanismus wie den ESM einrichten könnten.⁷⁸

In *Ledra*, dem zweiten Grundsatzurteil im Bereich des Euro-Völkerrechts, dehnte der Gerichtshof die Nabelschnur, die die EU und den ESM verbindet, auch auf die Grundrechte aus. Wie im ESM-Vertrag vorgesehen, „leiht“ sich der ESM EU-Institutionen, um seine Aufgaben zu erfüllen.⁷⁹ Diese EU-Institutionen „tragen“ ihre Grundrechtsverpflichtungen gemäß der Charta mit sich, auch wenn sie im Rahmen des ESM handeln.⁸⁰ Ver-

the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle, E.L.Rev. 38 (2013), 848–865; Pieter-Augustin Van Malleghem, Pringle: A Paradigm Shift in the European Union's Monetary Constitution, GLJ 14 (2013), 141–168.

75 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 93–98.

76 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. III. Zur Kritik siehe André Gilles, Die Konditionalität der Finanzhilfen für Eurostaaten, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 192–193.

77 Art. 13 Abs. 4 ESM-Vertrag und EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 112–113.

78 Mit der wichtigen Einschränkung, dass seine Funktionsweise mit dem EU-Recht und insbesondere mit den von der Union im Bereich der Koordinierung der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten erlassenen Maßnahmen vereinbar sein muss, EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 121.

79 Die Kommission, die EZB und der EuGH sind mit ESM-Funktionen außerhalb der (formellen) EU-Rechtsordnung betraut. Der Gerichtshof hat anerkannt, dass dies grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar ist, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 153 ff. Dazu Steve Peers, Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework, EuConst 9 (2013), 37–72; Paul Craig, Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance, EuConst 9 (2013), 263.

80 EuGH, *Ledra Advertising u.a./Kommission und EZB* (Fn. 27), Rn. 67 und 59; *Rat u.a./Chrysostomides u.a.* (Fn. 31), Rn. 96. Siehe Martin Nettesheim, Unionaler Grundrechtsschutz vor Austeritätspolitik?, EuZW 2016, 801–802; Paul Dermine, The End

säumt es die Kommission zu prüfen, ob die im Rahmen des ESM beschlossenen Darlehensvereinbarungen mit dem EU-Recht vereinbar sind, kann dies zu einer außervertraglichen Haftung der Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV führen.⁸¹

In diesem Lichte steht das Euro-Völkerrecht, welches einen völkerrechtlichen Rahmen zur WWU zu etablieren droht, in einem Spannungsverhältnis zu Art. 3 Abs. 4 EUV und den Werten von Art. 2 EUV. Klar ist, dass die Schaffung eines konkurrierenden institutionellen Rahmens für die wirtschaftliche und währungspolitische Zusammenarbeit außerhalb der EU als *Alternative* zur WWU im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 4 und 4 Abs. 3 EUV stünde.⁸² Hier kann jedoch insgesamt festgehalten werden, dass der Einsatz völkerrechtlicher Instrumente nicht so weit gediehen ist, dass er das Telos der WWU als *Unionsprojekt* in Frage stellt – und das ohne die Bedeutung intergouvernementaler Konsensbildung zu verkennen, insbesondere für die transformativen, konstitutionell prägenden Entscheidungen der WWU.⁸³

Verschiedene Aspekte verdeutlichen den engen Konnex zwischen den völkerrechtlichen Instrumenten und der WWU. Erstens gaben die EU-Institutionen im Rahmen der „zwischenstaatlichen Verhandlungen“ einen entscheidenden Anstoß für die Schaffung dieser internationalen Strukturen.⁸⁴ Darüber hinaus wurden sowohl der ESM als auch der Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion

of Impunity? The Legal Duties of 'Borrowed' EU Institutions under the European Stability Mechanism Framework, EuConst 13 (2017), 369–382. Die Rolle der Kommission als Hüterin des Unionsrechts auch im Zusammenhang mit dem ESM wurde in der Änderung des ESM-Vertrags förmlich aufgenommen, Art. 1 Abs. 20 lit. c des Vertrags zur Änderung des ESM-Vertrags. Der Änderungsvertrag ist noch nicht in Kraft getreten.

81 EuGH, *Rat u.a./Chrysostomides u.a.* (Fn. 31), Rn. 96.

82 Siehe auch *Peers* (Fn. 79), 71.

83 Zusammen mit der zunehmenden Bedeutung der Euro-Gruppe und des Europäischen Rates, siehe *Hinarejos* (Fn. 25), 88; *Bickerton/Hodson/Puetter* (Fn. 51); *Giuseppe Martinico*, Asymmetry or Dis-integration? A Few Considerations on the New 'Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union', EPL 19 (2013), 463–479; *Chiti/Texeira* (Fn. 51), 686–687.

84 Siehe *Sandrino Smeets/Alenka Jaschke/Derek Beach*, The Role of the EU Institutions in Establishing the European Stability Mechanism: Institutional Leadership under a Veil of Intergovernmentalism, JCMS 57 (2019), 675–691.

(SKS-Vertrag)⁸⁵ als Übergangslösungen konzipiert,⁸⁶ mit dem perspektivischen Ziel, in den EU-Rahmen integriert zu werden, auch wenn die Bemühungen in diese Richtung nicht erfolgreich waren.⁸⁷ Besonders hervorzuheben ist, dass sowohl der ESM-Vertrag als auch der SKS-Vertrag in der EU-Rechtsordnung verankert sind, und zwar durch spezifische Klauseln⁸⁸ und durch den Einsatz von EU-Institutionen, nämlich der Kommission, der EZB und des EuGH.⁸⁹ Auch wenn die zunehmend autonome Rolle des ESM bei der Gewährung von Finanzhilfen nun auch im geänderten ESM-Vertrag zum Ausdruck kommt, bleibt die Rolle der Kommission ent-

85 Der SKS-Vertrag wurde von fünfundzwanzig Mitgliedstaaten unterzeichnet, aber seine wichtigste Verpflichtung, der Fiskalpakt, bindet die Parteien des Euroraums sowie Bulgarien, Dänemark und Rumänien. Er legt ein Ziel für einen ausgeglichenen Haushalt fest (Art. 3 Abs. 1 SKS-Vertrag) und verpflichtet die Mitgliedstaaten, Haushaltsregeln in ihre innerstaatliche Rechtsordnung aufzunehmen (vorzugsweise auf Verfassungsebene; Art. 3 Abs. 2 SKS-Vertrag).

86 Siehe Art. 16 SKS-Vertrag.

87 Zur Einbeziehung des SKS-Vertrag siehe Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates mit Bestimmungen zur Stärkung der haushaltspolitischen Verantwortung und der mittelfristigen Ausrichtung der Haushalte in den Mitgliedstaaten, COM(2017) 824 final. Zur Einbindung des ESM siehe Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Errichtung des Europäischen Währungsfonds COM/2017/0827 final – 2017/0333 (APP), *Michael Ioannidis*, Towards a European Monetary Fund: Comments on the Commission's Proposal (2018), <https://eulawanalysis.blogspot.com>; *Menelaos Markakis*, The Reform of the European Stability Mechanism: Process, Substance, and the Pandemic, *Legal Issues of Economic Integration* 47 (2020), 359–384.

88 Siehe Art. 2, 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 SKS-Vertrag. Die beiden EU- und ESM-Regelungen sind auch über Verordnung (EU) Nr. 472/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über den Ausbau der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung von Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, die von gravierenden Schwierigkeiten in Bezug auf ihre finanzielle Stabilität betroffen oder bedroht sind, ABL 2013 L 140/1, insb. Art. 7 Abs. 1, miteinander verbunden.

89 Siehe Art. 13 Abs. 3 und 4, Art. 37 Abs. 3 und Erwägungsgrund 16 ESM-Vertrag, Art. 5 Abs. 2, 6, 8, 12 und 13 SKS-Vertrag. Im Einzelnen siehe *de Witte*, Using International Law (Fn. 72), 7–8; *Francesco Martucci*, Non-EU Legal Instruments (EFSF, ESM, and Fiscal Compact), in: *Fabian Amtenbrink/Christoph Herrmann* (Hrsg.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford: Oxford University Press 2020, 293–325 (321). Für eine empirische Diskussion über die Bedeutung der Rolle der Kommission siehe *Michael W. Bauer/Stefan Becker*, The Unexpected Winner of the Crisis: The European Commission's Strengthened Role in Economic Governance, *Journal of European Integration* 36 (2014), 213–229; *Eugénia da Conceição-Heldt*, Why the European Commission Is Not the "Unexpected Winner" of the Euro Crisis: A Comment on Bauer and Becker, *Journal of European Integration* 38 (2016), 95–100.

scheidend.⁹⁰ Abgesehen davon wird der Euro-Gipfel, das Treffen der Staats- und Regierungschefs der Eurozone und des Präsidenten der Europäischen Kommission, das durch Art. 12 SKS-Vertrag eingeführt wurde, vom Präsidenten des Europäischen Rates geleitet und findet häufig in einem „umfassenden Format“ statt, bei dem alle 27 Mitgliedstaaten vertreten sind. Zudem hat der Gerichtshof, wie bereits erwähnt, den Rückgriff auf den ESM von der Einhaltung des makroökonomischen Rechts der Union und der Grundrechte abhängig gemacht.

Unter dem Blickwinkel von Art. 2 EUV scheint der Wert der Rechtsstaatlichkeit durch die Anwendung des Völkerrechts für die Zwecke der WWU trotzdem problematisch. Die vom ESM verabschiedeten Instrumente gelten nicht als Rechtsakte der Union, die von den Unionsorganen, die zu ihrer Schaffung beigetragen haben, verabschiedet wurden, sondern als Instrumente des Völkerrechts.⁹¹ Auch die Eurogruppe, eine ursprünglich außerhalb des institutionellen Rahmens der Union geschaffene Einrichtung, auf die später im Primärrecht Bezug genommen wurde,⁹² ist nach Ansicht des EuGH nicht als Einrichtung der Union im Sinne von Art. 340 Abs. 2 AEUV, sondern als zwischenstaatliche Einrichtung einzustufen.⁹³ Im Rahmen des ESM üben die EZB und die Kommission keine eigene Entscheidungsbefugnis aus, und ihre Tätigkeit auf der Grundlage des ESM-Vertrags bindet allein den ESM.⁹⁴ Dies bedeutet, dass der EuGH nicht befugt ist, sie im Rahmen einer Nichtigkeitsklage zu beurteilen.⁹⁵ Wie bereits erörtert, ist

90 Wichtig ist, dass der ESM in die Gestaltung der Konditionalität einbezogen wird. Jedes künftige Memorandum of Understanding, in dem diese Konditionalität im Einzelnen festgelegt wird, muss nun auch vom geschäftsführenden Direktor des ESM und nicht nur von der Kommission unterzeichnet werden, siehe Art. 1 Abs. 21 lit. c, d und e des Vertrags zur Änderung des ESM-Vertrags. Der Änderungsvertrag ist noch nicht in Kraft getreten. Siehe *Jasper Aerts/Pedro Bizarro*, *The Reform of the European Stability Mechanism*, *Capital Markets Law Journal* 15 (2020), 159–174; *Markakis* (Fn. 87).

91 EuGH, *Mallis und Malli/Kommission und EZB* (Fn. 28), Rn. 57.

92 Art. 137 AEUV und Protokoll Nr. 14.

93 EuGH, *Rat u.a./Chrysostomides u.a.* (Fn. 31), Rn. 84. Zur Kritik siehe *Giacomo Rugge*, *The Euro Group's Informality and locus standi before the European Court of Justice*, *ZaöRV* 81 (2021), 917–936 (924–927); *Anastasia Karatzia/Menelaos Markakis*, *Financial Assistance Conditionality and Effective Judicial Protection*, *CML Rev.* 59 (2022), 501–542 (520–523).

94 EuGH, *Mallis und Malli/Kommission und EZB* (Fn. 28), Rn. 53.

95 *Martucci* (Fn. 89), 313. Zu den nach Art. 143 AEUV angenommenen MoU, die als Teil der Unionsrechtsordnung zu betrachten sind, siehe EuGH, *Florescu u.a.* (Fn. 32), Rn. 29–36.

dies jedoch keine Neuheit oder Besonderheit bei der Anwendung des Euro-Völkerrechts – das Fehlen eines wirksamen Rechtsbehelfs zur Nichtigerklärung von WWU-Instrumenten ist ein allgemeines Merkmal der unionalen makroökonomischen Verfassung.

2. „Die Union *errichtet* ...“: Die WWU als Ziel und die Ziele der WWU

Art. 3 Abs. 4 EUV legt die WWU als Ziel der Union fest. Zugleich ist die WWU selbst ein Instrument, das den Zielen der Union dient. Die mit der WWU zu verfolgenden Ziele sind nicht in Art. 3 Abs. 4 EUV aufgeführt, sondern werden in Art. 3 Abs. 3 EUV, der die Ziele der mikro- und makroökonomischen Verfassung der Union enthält, sowie in den Art. 119, 120 und 127 AEUV definiert.⁹⁶

a) Die Ziele der WWU

Solide öffentliche Finanzen sind ein Eckpfeiler des Verfassungsrahmens der Union, sowohl auf Unions- als auch auf nationaler Ebene. Auf Unionsebene ist in Art. 310 Abs. 1 AEUV der Grundsatz des ausgeglichenen Haushalts verankert. Bis vor kurzem wurde dieser Grundsatz so ausgelegt, dass er die Emission von Schulden der Union ausschließe.⁹⁷ Die Kreditaufnahme der Union zur Finanzierung des NGEU hat eine wichtige Entwicklung im Verständnis dieser Bestimmung markiert, die nun so ausgelegt wird, dass die Kreditaufnahme als externe zweckgebundene Einnahmen, selbst

96 Der EG-Vertrag sah bereits eine Reihe von Zielen für die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten vor. Schon vor der Errichtung der WWU war jeder Mitgliedstaat verpflichtet, seine Wirtschaftspolitik so zu betreiben, dass sie „unter Wahrung eines hohen Beschäftigungsstands und eines stabilen Preisniveaus das Gleichgewicht seiner Gesamtbilanz zu sichern und das Vertrauen in seine Währung aufrechtzuerhalten“ (Art. 104 EWGV). Die Gründung der WWU in Maastricht führte zu einer Neuformulierung dieser Ziele. Die Wirtschaftspolitik sollte „zur Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 [EGV]“ und „im Rahmen der in Artikel 103 Absatz 2 genannten Grundzüge [der Wirtschaftspolitik] durchgeführt werden. Dabei handeln die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft „im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und halten sich dabei an die in Art. 3a [EGV] genannten Grundsätze“ (Art. 102a EGV-Maastricht).

97 Für einen Überblick über die Argumente siehe *Leino-Sandberg/Ruffert* (Fn. 33), 450 ff.

in der Größenordnung des NGEU, zulässig ist, wenn sie durch eine „endgültige, unwiderrufliche und durchsetzbare Zahlungsverpflichtung der Mitgliedstaaten“ unterlegt ist.⁹⁸ Art. 311 AEUV schreibt vor, dass der Haushalt unbeschadet sonstiger Einnahmen vollständig aus Eigenmitteln finanziert wird. Auch in diesem Fall wurde die Anleihe der NGEU trotz ihres Umfangs und ihrer strukturellen Auswirkungen auf die Ausgaben der Union als „sonstige Einnahme“ eingestuft, da sie eine Ausnahme darstelle und auf Solidarität beruhe.⁹⁹

Das Ziel gesunder öffentlicher Finanzen wird durch zwei Mechanismen verfolgt:¹⁰⁰ Zum einen durch Vorschriften, die bestimmte Schulden- und Defizitgrenzen oder – im Falle der Union selbst – den Grundsatz des Haushaltsgleichgewichts vorschreiben; zum anderen durch Vorschriften, welche die Wirksamkeit des Marktmechanismus bei der Staatsverschuldung fördern, indem sie den Prozess erleichtern, durch den die Staatsverschuldung der einzelnen Mitgliedstaaten mit angemessenen Risikoprämien versehen wird. Das Ziel gesunder öffentlicher Finanzen war in diesem Kontext auch ein wichtiges Thema in der Rechtsprechung des EuGH. Indem er sicherstellte, dass die Mitgliedstaaten bei der Aufnahme von Schulden der Marktlogik unterworfen bleiben, soll Art. 125 Abs. 1 AEUV die Mitgliedstaaten zur Wahrung der Haushaltsdisziplin anhalten.¹⁰¹ In Anbetracht dieses Ziels verbietet Art. 125 Abs. 1 AEUV nicht die Gewährung eines finanziellen Beistands durch einen oder mehrere Mitgliedstaaten an einen Mitgliedstaat, der für seine Verpflichtungen gegenüber seinen Gläubigern verantwortlich bleibt, sofern die mit diesem Beistand verbundenen Bedingungen geeignet sind, diesen Mitgliedstaat zu einer soliden Haushaltspolitik zu veranlassen.¹⁰² In ähnlicher Weise hat der EuGH auch den Anwendungsbereich von Art. 123 Abs. 1 AEUV durch das Ziel der Förderung einer gesunden Haushaltspolitik definiert.¹⁰³

98 Alberto de Gregorio Merino, Follow the Money, Follow the Values, in: Ruth Weber (Hrsg.), *The Financial Constitution of European Integration: Follow the Money?*, Oxford: Hart 2023, 113–130 (116–117).

99 Ibid., 119.

100 Siehe Tuori (Fn. 5), 70 ff; Adamski (Fn. 23).

101 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 135.

102 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 137.

103 EuGH, *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 100. Diese Verpflichtung der EZB wird vom Gerichtshof auch mit Art. 119 Abs. 2 AEUV, Art. 127 Abs. 1 AEUV und Art. 282 Abs. 2 AEUV in Verbindung gebracht: *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 109–123; *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 107 und 129–144, 150–151, 157.

Die *Wahrung der Preisstabilität* ist ein Ziel der Wirtschafts-, Währungs- und Wechselkurspolitik und gilt sowohl für die Mitgliedstaaten als auch für die Union.¹⁰⁴ Für die Wirtschaftspolitik ist die Preisstabilität eines von mehreren gleichrangigen Zielen. In der Geldpolitik jedoch hat das Ziel der Preisstabilität Vorrang vor allen anderen.¹⁰⁵ Dieser Vorrang der Preisstabilität bedeutet erstens, dass sie das Hauptaugenmerk der EZB ist, und zweitens, dass sie im Falle eines Konflikts mit anderen Zielen Vorrang hat. Was unter Preisstabilität für die Zwecke der Geldpolitik gemäß Art. 127 Abs. 1 AEUV zu verstehen ist, wird von der EZB selbst festgelegt, die bei dieser Beurteilung über einen Ermessensspielraum verfügt.¹⁰⁶

Art. 127 Abs. 1 Satz 2 AEUV sieht ein weiteres spezifisches Ziel für die EZB vor, nämlich die *Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union*, um zur Verwirklichung der in Art. 3 EUV festgelegten Ziele der Union beizutragen.¹⁰⁷ Für die EZB ist dies ein zweitrangiges Ziel. Gemäß Art. 127 Abs. 1 AEUV verfolgt die EZB dieses Ziel „ohne Beeinträchtigung des Zieles der Preisstabilität“. Wie aus dem Wortlaut hervorgeht, beauftragt Art. 127 Abs. 1 Satz 2 AEUV die EZB nicht mit der unmittelbaren Unterstützung der in Art. 3 EUV festgelegten Ziele der Union, sondern mit der mittelbaren Unterstützung der Politiken, durch welche die zuständigen Organe diese Ziele konkretisiert haben. Das Sekundärziel der EZB unterscheidet sich von ihrem Primärziel vor allem durch den Umfang ihres Handelns. Das Mandat der EZB in Bezug auf die Wirtschaftspolitik der Union ist unterstützender Natur – im Gegensatz zu Art. 127 Abs. 1 Satz 1 AEUV, wel-

104 Art. 119 Abs. 2 und 3, 127 Abs. 1, 282 Abs. 2 AEUV und Art. 2 ESZB/EZB-Satzung. Auch in Art. 3 Abs. 3 EUV wird die Preisstabilität als eines der Ziele der Union genannt.

105 Art. 127 Abs. 1 AEUV.

106 Die Entscheidungen der EZB sind grundsätzlich gerichtlich überprüfbar, EuGH, *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 56. Was ein „hoher Grad an Preisstabilität“ für Konvergenzzwecke ist, wird jedoch letztlich vom Rat unter Bezugnahme auf die drei preisstabilsten Mitgliedstaaten festgelegt, Art. 140 Abs. 1 erster Gedankenstrich AEUV.

107 Siehe auch Art. 119 Abs. 2 AEUV, Art. 282 Abs. 2 AEUV und Art. 2 ESZB/EZB-Satzung. Siehe EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 165, und im Einzelnen *Michael Ioannidis/Sarah Jane Hlášková Murphy/Chiara Zilioli*, The Mandate of the ECB: Legal Considerations in the ECB's Monetary Policy Strategy Review, ECB Occasional Paper Series 276 (2021); *René Smits*, Elaborating a Climate Change-Friendly Legal Perspective for the ECB, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3913653> (29.8.2021), 19–20; *Chiara Zilioli/Michael Ioannidis*, Climate Change and the Mandate of the ECB: Potential and Limits of Monetary Contribution to European Green Policies, CML Rev. 59 (2022), 363–394 (369–375). Ausführlich auch *Bast/Kaiser*, in diesem Band, IV.3.

cher der EZB die Rolle eines (ausschließlichen) Entscheidungsträgers im Bereich der Gewährleistung der Preisstabilität zuweist.

Die *Finanzstabilität* wird in den Verträgen nicht ausdrücklich erwähnt. Der Begriff „Finanzstabilität“ wird zuweilen in einem weiten Sinne verwendet, um Ziele zu erfassen, die sich auf die Stabilität der Wirtschaft der Union als Ganzes beziehen, einschließlich der finanziellen Stabilität der Regierungen.¹⁰⁸ Wie im Folgenden erläutert wird, lässt sich dieses Ziel besser mit dem Begriff der „Stabilität der Eurozone“ erfassen. Im engeren Sinne bezieht sich die Finanzstabilität auf die „Stabilität des Finanzsystems“. Dies ist die in Art. 127 Abs. 5 AEUV verwendete Formulierung, die den Beitrag zur Finanzstabilität zu einem zusätzlichen Ziel der EZB neben der Preisstabilität und der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union macht. Finanzstabilität bedeutet in diesem Zusammenhang die Fähigkeit des Finanzsystems, unvorhersehbare Ereignisse oder Schocks ohne größere Störungen zu überstehen und seine Dienstleistungen für die Wirtschaft weiterhin zu erbringen.¹⁰⁹ Das Ziel der Finanzstabilität wird somit durch eine makroprudenzielle Politik verfolgt, die Entscheidungen beinhaltet, die das gesamte Finanzsystem oder wesentliche Teile davon betreffen und nicht nur einzelne Finanzinstitute. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Verfolgung der Finanzstabilität eine geteilte Zuständigkeit. Auf Unionsebene werden die damit verbundenen makroprudenziellen Ziele zum einen von der EZB verfolgt, sei es gemäß Art. 127 Abs. 5 AEUV (welcher der EZB nur eine beitragende Rolle zuspricht),¹¹⁰ oder im Rahmen der vom Unionsgesetzgeber gemäß Art. 5 Abs. 2 der SSM-Verordnung¹¹¹

108 Siehe Erwägungsgrund (6) des ESM-Vertrags.

109 Siehe Art. 10 Abs. 5 Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. 2014 L 225/1; William A. Allen/Geoffrey Wood, Defining and achieving financial stability, *Journal of Financial Stability* 2 (2006), 152–172 (160). Allgemein zu den Definitionen von Finanzstabilität siehe Garry J. Schinasi, Defining Financial Stability, IMF Working Paper WP/04/187 (2004); Fabian Amtenbrink, The (Potential) Contribution of the European Union's Fiscal Architecture to Financial Stability, *Journal of European Integration* 45 (2023), 203–221 (204–205).

110 Zum Umfang der Befugnisse der EZB in diesem Bereich siehe Yves Mersch, Financial Stability and the ECB, in: ECB (Hrsg.), ESCB Legal Conference 2018, Frankfurt a.M.: ECB 2018, 14–17.

111 Verabschiedet auf der Grundlage von Art. 127 Abs. 6 AEUV.

eingräumten besonderen Befugnisse.¹¹² Neben der EZB werden diese Ziele von weiteren Einrichtungen der Union wie dem Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) und der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) verfolgt, die beide auf der Grundlage von Art. 114 AEUV eingerichtet wurden.¹¹³

Das Ziel der *Stabilität der Eurozone* muss von der Finanzstabilität unterschieden werden. Auch dieses Ziel war nicht explizit Teil des Maastricht-Vertrags, erlangte aber während und nach der Krise in der Eurozone große Bedeutung, als es die Rolle des „übergeordneten Ziels“ oder „vorrangigen Ziels“¹¹⁴ der WWU beanspruchte. Im Jahr 2011 wurde das Konzept mit Art. 136 Abs. 3 AEUV in das Primärrecht aufgenommen.¹¹⁵ Dieses Ziel wurde vom EuGH in *Pringle* bestätigt, wo der Gerichtshof entschied, dass die Einhaltung der Haushaltsdisziplin auf Unionsebene zur Verwirklichung „eines übergeordneten Ziels“ beiträgt, nämlich zur „Wahrung der finanziellen Stabilität der Währungsunion“.¹¹⁶ Auf der Grundlage dieses „übergeordneten Ziels“ kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Zuständigkeiten

112 Siehe Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. 2013 L 176/1.

113 Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Einsetzung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABl. 2010 L 331/1. Zur Anwendung von Art. 114 AEUV auf Risiken für die Finanzstabilität siehe EuGH, Urteil v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 113–117 – *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*.

114 Siehe *Tuori/Tuori* (Fn. 44), 184 ff; *Tuori* (Fn. 5), 191 und 197–198 (dieser behandelt jedoch die Stabilität des Euro-Währungsgebiets zusammen mit der Finanzstabilität). Zur Unterscheidung zwischen der Stabilität des Euro und der Finanzstabilität siehe *Luca Lionello*, *The Pursuit of Stability of the Euro Area as a Whole: The Reform of the European Economic Union and Perspectives of Fiscal Integration*, Cham: Springer 2020, 52 ff.

115 Bereits im Beschluss des Europäischen Rates zur Änderung von Art. 136 AEUV ist die Verwendung der Begriffe „wirtschaftliche und finanzielle Stabilität der Union“, „Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets“ und „Finanzstabilität des gesamten Euro-Währungsgebiets“ unklar, siehe Erwägungsgründe (2) und (4) Beschluss 2011/199/EU des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung von Artikel 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, ABl. 2011 L 91/1. Siehe auch Art. 3, 12, 13 ESM-Vertrag.

116 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 135 (mit einem Unterschied zwischen der englischen und der deutschen Fassung des Urteils).

der Union die Einrichtung des ESM nicht verbieten.¹¹⁷ Nach Art. 125 Abs. 1 AEUV, so der EuGH, dürfe den ESM-Mitgliedern nur dann Unterstützung gewährt werden, wenn diese unabdingbar „für die Wahrung der Finanzstabilität des gesamten Euro-Währungsgebiets“ sei.¹¹⁸ Obwohl der Gerichtshof nicht ausdrücklich auf Art. 3 Abs. 4 EUV verwies, ist die „Stabilität der Eurozone“ ein Ziel, das in dieser Bestimmung eindeutig zum Ausdruck kommt. Indem die Union verpflichtet wird, eine Wirtschafts- und Währungsunion zu errichten, deren Währung der Euro ist, deckt Art. 3 Abs. 4 EUV Maßnahmen ab, die erforderlich sind, um den Zerfall der WWU und der einheitlichen Währung zu verhindern. *Pringle* und der ESM-Vertrag erweitern oder modifizieren nicht die Ziele der Union, sondern konkretisieren den normativen Gehalt von Art. 3 Abs. 4 EUV.

Die WWU ist auch den *allgemeinen Zielen von Art. 3 EUV* verpflichtet. Auf Art. 3 wird in den Art. 119 Abs. 1 und 120 sowie in Art. 127 Abs. 1 AEUV Bezug genommen. Nach Art. 120 AEUV richten die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik so aus, dass sie zur Verwirklichung der Ziele der Union im Sinne des Art. 3 EUV beiträgt, und zwar im Rahmen der in Art. 121 Abs. 2 AEUV genannten Grundzüge. Zusammengenommen verpflichten diese Bestimmungen die EU, bei der Festlegung ihre Wirtschaftspolitik weit gefasste Ziele zu berücksichtigen.¹¹⁹

b) Die WWU und die Werte von Art. 2 EUV

Die Werte des Art. 2 EUV sind sowohl auf EU-Ebene als auch auf der Ebene der Mitgliedstaaten relevant. Auf mitgliedstaatlicher Ebene hat sich die Relevanz von Art. 2 EUV für die WWU in der Möglichkeit manifestiert, ihre (zunehmend einflussreicheren) Instrumente zur Förderung und Verteidigung der Rechtsstaatlichkeit einzusetzen. Bereits während der Eurokrise wurden wirtschaftspolitische Maßnahmen eingesetzt, um Druck zur Stärkung schwacher Institutionen in Mitgliedstaaten mit systemischen

117 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 65 und 56. Der Gerichtshof verweist auch auf das Ziel der Stabilität des Euro, wenn er die Vereinbarkeit der Beteiligung der Kommission an den Aufgaben des ESM prüft, und betrachtet dies als unter Art. 17 Abs. 1 EUV fallend, wonach die Kommission „die allgemeinen Interessen der Union“ fördert (Rn. 164).

118 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 136 und 142.

119 Siehe dazu ausführlich *Goldmann*, in diesem Band.

Defiziten bei der Rechtsstaatlichkeit, etwa in der Verwaltung oder in der Justiz, auszuüben.¹²⁰

Die bisher wichtigste und umstrittenste Verbindung zwischen Art. 2 EUV und der makroökonomischen Verfassung ist die sogenannte Verordnung über die Konditionalität der Rechtsstaatlichkeit, die ein Konditionalitätsregime festlegt, das den Zugang zu Mitteln aus dem Unionshaushalt im Falle von Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit einschränkt.¹²¹ Der EuGH hatte die Rechtmäßigkeit der Verordnung in zwei Grundsatzurteilen zu beurteilen.¹²² Die grundlegende verfassungsrechtliche Frage in diesen Rechts-sachen war, ob Maßnahmen, die im Rahmen der makroökonomischen Verfassung der Union erlassen wurden, in diesem Fall Art. 322 Abs. 1 lit. a AEUV, der die Union ermächtigt, die Haushaltsvorschriften zu erlassen „in denen insbesondere die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sowie die Rechnungslegung und Rechnungsprüfung im Einzelnen geregelt werden“, zum Schutz vor Verstößen gegen das Rechtsstaatsprinzip eingesetzt werden können.

Zur Beantwortung dieser Frage hat der EuGH einige grundlegende Prinzipien aufgestellt, die das makroökonomische Verfassungsrecht mit den in Art. 2 EUV verankerten Werten verbinden. Der Gerichtshof stellt fest, dass der Unionshaushalt eines der wichtigsten Instrumente ist, um dem Grundsatz der Solidarität konkrete Gestalt zu verleihen. Diese Solida-

120 Siehe im Einzelnen *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, What has been done, What can be done, CML Rev. 51 (2014), 59–96; *Michael Ioannidis*, Weak Members and the Enforcement of EU Law, in: András Jakab/Dimitry Kochenov (Hrsg.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford: Oxford University Press 2017, 476–492. Die Einhaltung der CRS ist Teil der Bewertung der nationalen Konjunktur- und Resilienzpläne und der Auszahlung von Mitteln aus der RFF. Art. 19 Abs. 3 lit. b und Art. 24 Abs. 3 und 5 der Verordnung (EU) 2021/241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Februar 2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität, ABl. 2021 L 57/17.

121 Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Regelung der Konditionalität zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. 2020 L 4331/1. Siehe auch Mitteilung der Kommission K(2022) 1382 endg. vom 2. März 2022, Leitlinien für die Anwendung der Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 über eine allgemeine Regelung der Konditionalität zum Schutz des Unionshaushalts.

122 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 19); *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 19). Für Kommentare siehe *Marco Fisicaro*, Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation, EuConst 18 (2022), 334–356.

rität beruht auf dem gegenseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten in die verantwortungsvolle Verwendung dieser gemeinsamen Haushaltsmittel, ein Vertrauen, das wiederum „auf der Zusage jedes einzelnen Mitgliedstaats, seinen Verpflichtungen aus dem Unionsrecht nachzukommen und [...] die in Art. 2 EUV genannten Werte, zu denen der Wert der Rechtsstaatlichkeit zählt, dauerhaft zu achten.“¹²³ Diese Argumentationskette knüpft Transfers an die fortgesetzte Achtung der Werte des Art. 2 EUV durch die Empfänger und schafft damit die verfassungsrechtliche Mindestgrundlage, auf der öffentliche Mittel an Mitgliedstaaten innerhalb der Union transferiert werden können. Der (Nicht-)Transfer von Finanzmitteln kann jedoch nicht zur Erreichung von Zielen verwendet werden, die nicht mit einer makroökonomischen Rechtsgrundlage verbunden sind. Damit die Union den Zugang zu Mitteln aus dem Unionshaushalt beschränken kann, muss sie nachweisen, dass ein „tatsächlicher“ oder „hinreichend unmittelbarer“ Zusammenhang zwischen Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit und den tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen dieser Verstöße auf den EU-Haushalt besteht.¹²⁴ Transfers können nicht zur Sanktionierung von allgemeinen Defiziten in der Rechtsstaatlichkeit verwendet werden. Es besteht ein unvermeidliches Spannungsverhältnis zwischen dem Standpunkt des Gerichtshofs, dass Art. 2 EUV die Grundlage und *allgemeine* Kondition für das Transfersystem der Union ist, und dem Erfordernis eines „*tatsächlichen Zusammenhangs*“ zum Haushalt. Es bleibt abzuwarten, wie dieses Spannungsverhältnis in der Praxis gelöst wird, insbesondere wie die Kommission und der Gerichtshof das Erfordernis des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit und den Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung der Union oder den Schutz der finanziellen Interessen der Union auslegen werden.¹²⁵

3. „... eine Wirtschafts- und Währungsunion ...“: eine symmetrische WWU?

In Art. 3 Abs. 4 EUV wird die Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion proklamiert, wobei die beiden Komponenten der WWU scheinbar

123 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn. 129; *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn. 147.

124 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn. 147, 176, 244, 267; *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn. 165, 179, 215, 288, 299.

125 Vgl. EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn. 262; *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn. 299.

als gleichwertige Säulen behandelt werden. Eines der am häufigsten wiederkehrenden verfassungsrechtlichen Themen der WWU ist jedoch ihr asymmetrischer Charakter. Was die Zuständigkeiten der Union betrifft, so wurde die Währungspolitik in Maastricht als ausschließliche Zuständigkeit der Union definiert, die im Wesentlichen von einer supranationalen Institution, der EZB, verwaltet wird, während die wirtschaftliche Säule der WWU zwischenstaatlich und damit deutlich dezentraler konzipiert ist.

Die Asymmetrie zwischen der wirtschaftlichen und der währungspolitischen Säule der WWU hat zwei grundlegende verfassungsrechtliche Fragen aufgeworfen. Die erste ist die Abgrenzung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik. Die zweite ist die Tendenz, die Asymmetrie zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik durch eine Stärkung der Befugnisse der Union im wirtschaftlichen Teil der WWU zu überbrücken.

Die Abgrenzung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik war ein zentrales Thema in drei kanonischen Urteilen zum makroökonomischen EU-Verfassungsrecht: *Pringle*, *Gauweiler* und *Weiss*. Der oft wiederholte Ausgangspunkt dieser Diskussion, nämlich dass es keine klare Trennlinie zwischen den beiden Politikbereichen gibt,¹²⁶ ist hier natürlich ebenso zutreffend wie in vielen anderen Bereichen, die mehr als eine Zuständigkeit der Union betreffen. Wichtiger ist die Frage, wie der Gerichtshof angesichts dieser Schwierigkeit eine Unterscheidung vornimmt und wie diese unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 4 und Art. 2 EUV zu bewerten ist.

In allen drei Fällen hat der Gerichtshof in erster Linie das Ziel der infrage stehenden Entscheidung untersucht, um zu ermitteln, unter welchen Politikbereich diese fiel, wobei er auch die verwendeten Instrumente berücksichtigt hat.¹²⁷ In *Pringle* war entscheidend, dass das erklärte Ziel des ESM darin bestand, die Stabilität des Euroraums zu gewährleisten und nicht die Preisstabilität, die ein geldpolitisches Ziel ist. In den Urteilen *Gauweiler* und *Weiss* wandte der Gerichtshof zusätzlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die verfahrensrechtliche Pflicht zur angemessenen Rechtfertigung an.¹²⁸

Der Rechtsbegriff, der die enge Verbindung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik am besten widerspiegelt, ist der Begriff der „mittelbare Auswirkung“, welchen der Gerichtshof verwendet, um die sekundären Aus-

126 EuGH, *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 60.

127 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 53–55; *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 46; *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 53.

128 EuGH, *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 66 ff.; *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 71 ff.

wirkungen einer WWU-Maßnahme zu beschreiben. Bereits in *Pringle* entschied der Gerichtshof, dass „eine wirtschaftspolitische Maßnahme nicht allein deshalb einer währungspolitischen Maßnahme gleichgestellt werden [kann], weil sie mittelbare Auswirkungen auf die Stabilität des Euro haben kann“.¹²⁹ In *Gauweiler* und *Weiss* kam der Gerichtshof nach derselben Formel zu dem Schluss, dass das OMT und das PSPP, die beiden umstrittenen Anleihekaufprogramme der EZB, nicht als einer wirtschaftspolitischen Maßnahme gleichwertig angesehen werden können, nur weil sie „mittelbare Auswirkungen haben [können], die auch im Rahmen der Wirtschaftspolitik angestrebt werden können.“¹³⁰ Mittelbare Auswirkungen auf andere Politikbereiche sind nicht nur als unvorhersehbare Nebeneffekte zulässig, sondern auch dann akzeptiert, wenn es sich um vorhersehbare Folgen einer Maßnahme handelt, die zum Zeitpunkt ihres Erlasses wissentlich in Kauf genommen wurden.¹³¹ Der Gerichtshof hat den EU-Organen einen weiten Ermessensspielraum zugestanden und stellt an die Feststellung, dass Auswirkungen die Schwelle des „indirekten“ Effekts überschreiten, hohe Anforderungen.

Das Konzept der „mittelbaren Auswirkung“ hat sich somit für den Gerichtshof als nützlich erwiesen, um den in Art. 3 Abs. 4 EUV dargelegten Zusammenhang zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik verfassungsrechtlich zu konkretisieren.¹³² Er ist jedoch nicht unproblematisch. Die Konturen des Konzepts der „mittelbaren Auswirkung“ sind weniger klar als das vom Gerichtshof im Rahmen von Art. 114 AEUV angewandte Kriterium des „Schwerpunkts“. Des Weiteren hat die Rechtsprechung bisher nur wenige Kriterien für die Konkretisierung dieses Konzepts angeboten und sich stattdessen in erster Linie auf die erklärten Ziele der Entscheidungsträger konzentriert.¹³³

129 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 56.

130 EuGH, *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 61; siehe auch *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 52 und 58–59.

131 EuGH, *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 62–63.

132 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 56; *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 65–66. Siehe auch die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 26.10.2012 in Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:675 – *Pringle*, Rn. 85; Schlussanträge Generalanwalt Villalón vom 14.1.2015 in Rs. C-62/14 – *Gauweiler u.a.*, Rn. 127–131.

133 *Mark Dawson*, Quantitative Easing at the Court of Justice: Doing Whatever it Takes to Save the Euro: *Weiss* and Others, CML Rev. 56 (2019), 1005–1040 (2019). Im Detail und für einen Vergleich zwischen den beiden Tests siehe *Paul Dermine*, La Banque centrale européenne et le principe d'exclusivité: Les compétences de

Was die zweite Frage anbelangt, d.h. die „Asymmetrie“ zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik, so wurde dieser asymmetrische Charakter der WWU häufig als wirtschaftliche und verfassungsrechtliche Anomalie bezeichnet.¹³⁴ Für viele erfordert das Vorhandensein einer Asymmetrie quasi als automatischen Reflex ihre Korrektur. Die Existenz einer Asymmetrie in der WWU an sich beantwortet jedoch nicht die Frage, ob und in welchem Umfang die EU wirtschaftspolitische Kompetenzen ausüben sollte.¹³⁵ Die Herstellung einer vollständigen Symmetrie zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik, was bedeuten würde, die Wirtschaftspolitik zu einer ausschließlichen Zuständigkeit der EU zu machen, ist weder politisch machbar noch ein notwendiges Element des Fiskalföderalismus.

Im Bereich der Währungspolitik überträgt Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV der Union die ausschließliche Zuständigkeit hinsichtlich der Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist. Der Begriff „Währungspolitik“ wird im Vertrag in einem weiten und in einem engen Sinne verwendet. In dem weiten Sinne umfasst der Begriff „Währungspolitik“ alle Maßnahmen, die den Status des Euro als einheitliche Währung gewährleisten, die Festlegung und Durchführung einer einheitlichen Wechselkurspolitik sowie die Festlegung und Durchführung einer einheitlichen Geldpolitik.¹³⁶ Wie der Gerichtshof in der Rechtssache *Hessischer Rundfunk* entschieden hat, beschränkt sich die ausschließliche Zuständigkeit der Union im Bereich der Währungspolitik nicht auf die Maßnahmen der EZB nach Art. 127 AEUV („Geldpolitik“), sondern umfasst auch die regulatorische Dimension, die den Status des Euro als einheitliche Währung gewährleisten soll.¹³⁷ Beschlüsse, die unter Art. 128 AEUV fallen, der sich auf die Ausgabe des Euro bezieht und ihm unmittelbar den Status eines gesetzlichen Zahlungsmittels verleiht, und Art. 133 AEUV, der es dem EU-Gesetzgeber ermöglicht, die für die Verwendung des Euro als einheitliche Währung erforderlichen Maßnahmen festzulegen, sind ebenfalls Teil der Währungspolitik der Union *lato sensu*

l'Union européenne en matière de politique monétaire et de surveillance financière et leurs limites, CDE 57 (2021), 667–724.

134 Siehe z.B. den „Bericht der fünf Präsidenten“, vorgelegt von Jean-Claude Juncker in enger Zusammenarbeit mit Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi und Martin Schulz: Der Bericht der fünf Präsidenten: Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden (22.6.2015).

135 Siekmann (Fn. 34), 28–29.

136 EuGH, Urteil v. 26.1.2021, Rs. C-422/19, ECLI:EU:C:2021:63, Rn. 37 – *Hessischer Rundfunk*.

137 Ibid., Rn. 38–43.

und fallen somit in die ausschließliche Zuständigkeit der Union.¹³⁸ Was die interne Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Organen der Union anbelangt, so ist die EZB für die *Ausgabe* des Euro in seiner physischen Form als Banknote zuständig, wobei diese Befugnis auch andere Formen, wie die digitale Form, einschließen sollte.¹³⁹ Der Rat und das Parlament sind hingegen befugt, Maßnahmen zu erlassen, die die *Verwendung* des Euro als einheitliche Währung regeln.¹⁴⁰ Die Geldpolitik *im engeren Sinne* ist der EZB vorbehalten, die mit Instrumenten zur Steuerung der Geldmenge im Euroraum ausgestattet ist, um Preisstabilität zu gewährleisten oder die allgemeine Wirtschaftspolitik und die Finanzstabilität in der Union zu unterstützen.

Im Bereich der Wirtschaftsunion ist die grundlegende Organisationskategorie die der „Koordinierung“. Ausgehend von diesem Punkt hat die Union schrittweise mehr Befugnisse erhalten, in einem Prozess, der mit der Krise der Eurozone begann und sich als Reaktion auf die Covid-Krise drastisch entwickelt hat. Diese Entwicklung kennzeichnet sowohl die Ausgaben- als auch die Kontrollbefugnisse der Union.

a) Transfers

Die Frage, ob es wünschenswert oder sogar notwendig ist, in Teilen der Eurozone, die von einem asymmetrischen Schock stärker betroffen sind als andere, Transfers vorzunehmen, ist ein wiederkehrendes Thema in der politischen Ökonomie der WWU.¹⁴¹ Die begrenzte Wirksamkeit der nicht-

138 Den Mitgliedstaaten ist es somit verwehrt, Vorschriften zu erlassen, die die Eigenschaft von Euro-Banknoten als gesetzliches Zahlungsmittel regeln oder die Möglichkeit der Erfüllung einer Zahlungsverpflichtung in Euro-Bargeld generell in Frage stellen. Nationale Vorschriften können die Verwendung von Euro-Bargeld aus Gründen des öffentlichen Interesses und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einschränken: EuGH, *Hessischer Rundfunk* (Fn. 136), Rn. 58 und 78.

139 Gemäß Art. 128 Abs. 1 AEUV und Art. 16 Abs. 1 der ESZB/EZB-Satzung hat die EZB das ausschließliche Recht, die Ausgabe von Euro-Banknoten zu genehmigen. Die EZB und die nationalen Zentralbanken können solche Banknoten ausgeben. Auch wenn sich der Wortlaut dieser Klausel nur auf die physische Form des Euro bezieht, sollte sie so verstanden werden, dass sie für alle Formen von Zentralbankgeld gilt. Siehe *Seraina Grünewald/Corinne Zellweger-Gutknecht/Benjamin Geva*, Digital Euro and ECB Powers, CML Rev. 58 (2021), 1029–1056.

140 Unbeschadet der Befugnisse der EZB und nach Anhörung der EZB, Art. 133 AEUV.

141 *Céline Allard u.a.*, Toward a Fiscal Union for the Euro Area, International Monetary Fund Staff Discussion Note (September 2013); *David Howarth/Lucia Quaglia*,

fiskalischen Anpassungsmechanismen und insbesondere die begrenzte Mobilität der Arbeitskräfte oder das Fehlen einer vollwertigen Kapitalunion führten dazu, dass Transfers von der Union oder den Mitgliedstaaten an einzelne Mitgliedstaaten oder direkt an Einzelpersonen stärker in den Vordergrund rückten.

Die transferorientierten Instrumente der Römischen Verträge waren jedoch begrenzt und blieben es auch. In Maastricht setzte sich der Gedanke durch, dass die Mitglieder der Eurozone, die über ihre Steuereinnahmen hinausgehende Mittel benötigen, diese im Wesentlichen zu den von den Kapitalmärkten festgelegten Bedingungen erhalten sollten. Die Kosten des Geldes würden somit dezentral von den Marktteilnehmern festgelegt, die ihre Zinssätze entsprechend der nationalen Wirtschaftspolitik und der Kreditwürdigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten anpassen würden. Den Märkten wurde also sowohl eine Finanzierungs- als auch eine Disziplinierungsfunktion zugeschrieben.¹⁴²

Das marktorientierte Paradigma der Staatsfinanzierung wurde im Wesentlichen durch Art. 125 Abs. 1 AEUV garantiert, der auch als „No-bail-out-Klausel“ bezeichnet wird.¹⁴³ Diese Bestimmung wurde ursprünglich eingeführt, um den Märkten zu signalisieren, dass die Mitgliedstaaten der Eurozone, abgesehen von Ausnahmefällen,¹⁴⁴ die Marktkosten ihrer Wirtschaftspolitik selbst tragen sollten, ohne Unterstützung durch öffentliche Institutionen oder eine implizite Garantie für ihre Schulden durch die EU oder die übrigen Mitglieder zu erhalten.¹⁴⁵ Außer in Notfällen sollten auf dem Gebiet der Kreditvergabe weder die Gläubiger noch die Mitgliedstaaten Solidarität erwarten.

Art. 125 AEUV erhielt jedoch nach 2010 eine neue Bedeutung und wurde so ausgelegt, dass bedingte Übertragungen an die nationalen Haushalte möglich sind. Diese Änderung spiegelte die Grundsätze der Solidarität und

Failing Forward in Economic and Monetary Union: Explaining Weak Eurozone Financial Support Mechanisms, *Journal of European Public Policy* 28 (2021), 1555–1572; Paul De Grauwe, *Economics of Monetary Union*, Oxford: Oxford University Press 2022, 18–20.

142 Hentschelmann (Fn. 12), 284; Christoph Ohler, Article 125 TFEU, in: Helmut Siekmann (Hrsg.), *The European Monetary Union: A Commentary on the Legal Foundations*, Oxford: Hart 2021, Rn. 3.

143 Art. 143 AEUV erlaubt „gegenseitigen Beistand“ zu Mitgliedstaaten außerhalb des Euroraums.

144 Siehe Art. 122 AEUV.

145 Siehe Fn. 12.

das Ziel der Stabilität des Euro wider. Im Jahr 2011 wurde Art. 136 Abs. 3 AEUV nach dem vereinfachten Verfahren des Art. 48 Abs. 6 EUV in das Primärrecht aufgenommen, um die Einrichtung eines ständigen Finanzhilfemechanismus durch die Mitgliedstaaten zu ermöglichen.¹⁴⁶ Art. 136 Abs. 3 AEUV stellt somit einen Bruch mit dem Grundsatz der Eigenverantwortung dar, der in den Art. 123 ff. AEUV zum Ausdruck kommt, und verschiebt die WWU deutlich in Richtung der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten.¹⁴⁷

Vor allem aber wurde die neue Bedeutung von Art. 125 Abs. 1 AEUV vom EuGH in *Pringle* festgelegt. Zum einen vertrat Generalanwältin Kokott die Auffassung, dass eine weite Auslegung des Verbots des Art. 125 Abs. 1 AEUV zu dem „Solidaritätsgedanken“, wie er in der Präambel des EUV und in Art. 3 Abs. 3 EUV niedergelegt ist, „im Widerspruch“ stehe.¹⁴⁸ Und obwohl Solidarität vom Gerichtshof in *Pringle* nicht als Grundsatz für die Auslegung von Art. 125 Abs. 1 AEUV angeführt wird – das grundlegende Auslegungsziel des Gerichtshofs war die Stabilität des Euro und eine solide Haushaltspolitik¹⁴⁹ – kam der EuGH zu dem Schluss, dass Art. 125 Abs. 1 AEUV Finanzhilfen für die Mitgliedstaaten des Euroraums *nicht* verbietet.

Die spätere Praxis bei der Anwendung von Art. 125 Abs. 1 AEUV hat die Rolle der Solidarität bei der Auslegung dieses Artikels verstärkt. Was die Zinssätze und die Laufzeiten betrifft, so unterscheiden sich die vom ESM angebotenen Darlehen von denen, die in der Geschäftspraxis oder vom IWF angeboten werden.¹⁵⁰ Der ESM gewährt Darlehen zu wesentlich niedrigeren Zinssätzen und mit außergewöhnlich langen Laufzeiten im Vergleich zu denen, die der Markt oder internationale Institutionen wie der

146 Beschluss 2011/199/EU des Europäischen Rates (Fn. 115).

147 BVerfG, Urteil v. 12.9.2012, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 232 f; *Hannes Rathke*, Von der Stabilitäts- zur Stabilisierungsunion: Der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV, DÖV 2011, 753–761.

148 Generalanwältin Kokott (Fn. 132), Rn. 142. Nach Ansicht der Generalanwältin würde mit einer weiten teleologischen Auslegung von Art. 125 Abs. 1 AEUV der „Sinn und Zweck einer Union insgesamt in Frage gestellt“ (Rn. 143).

149 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 137.

150 *Dariusz Adamski*, National Power Games and Structural Failures in the European Macroeconomic Governance, CML Rev. 49 (2012), 1319–1364 (1331–1332). Für Louis und de Gregorio Merino scheint dies aus der Perspektive von Art. 125 Abs. 1 AEUV keinen Unterschied zu machen, solange es sich um Konditionalität handelt, *Louis*, No-Bailout Clause (Fn. 12), 985; *de Gregorio Merino*, Legal Developments (Fn. 12), 1627.

IWF anbieten würden.¹⁵¹ Der Unterschied zwischen dem vom ESM festgelegten Zinssatz und dem Zinssatz, den der Mitgliedstaat andernfalls auf dem Markt oder beim IWF aufnehmen würde, spiegelt ein Verständnis von Art. 125 Abs. 1 AEUV wider, das vom Solidaritätsprinzip geprägt ist.¹⁵² Über den vergünstigten Kreditzins hinaus wird die Verbindung zwischen dem Solidaritätsprinzip und Art. 125 Abs. 1 AEUV auch durch die Möglichkeit des Schuldenerlasses zum Ausdruck gebracht.¹⁵³

Art. 123 Abs. 1 AEUV verbietet die „monetäre Finanzierung“ der Haushalte der Mitgliedstaaten und der Union. Diese Bestimmung schließt die Möglichkeit aus, dass die EZB und die nationalen Zentralbanken Geld zur Finanzierung öffentlicher Ausgaben schaffen. Art. 123 Abs. 1 AEUV verbietet es der EZB und den nationalen Zentralbanken, nationale Schuldtitel direkt von den Mitgliedstaaten oder auf dem Sekundärmarkt zu erwerben, wenn sie in einer Weise betrieben werden, die den Zweck von Art. 123 Abs. 1 AEUV umgeht.¹⁵⁴ Wie Art. 125 Abs. 1 AEUV wurde auch diese „monetäre No-Bail-out-Klausel“ durch den Vertrag von Maastricht in das EU-Recht aufgenommen, auch um das marktwirtschaftliche Paradigma von Maastricht zu schützen¹⁵⁵ und das Paradigma der nationalen Verantwortung einzugrenzen, indem sichergestellt wird, dass die Mitgliedstaaten Kredite unter Marktbedingungen erhalten.¹⁵⁶

Auch dieses Verständnis hat sich nach 2010 weiterentwickelt. Die EZB ergriff eine Reihe von Maßnahmen, die den Ankauf von Staatsanleihen

151 <https://www.esm.europa.eu/assistance/greece/explainer-esm-and-efsf-financial-assistance-greece>.

152 Im Hinblick auf den größten ESM-Empfänger, Griechenland, wurden die jährlichen Einsparungen als „die größte Unterstützung und die größte Solidarität, die jemals einem Land in der Welt zuteil wurde“ bezeichnet: *Klaus Regling*, Pressekonferenz nach der Jahrestagung des ESM-Gouverneursrats, 13.6.2019, <https://www.esm.europa.eu/press-releases/klaus-regling-press-conference-after-annual-meeting-esm-board-governors>.

153 Siehe im Einzelnen *Jeromin Zettelmeyer/Christoph Trebesch/Mitu Gulati*, *The Greek Debt Restructuring: An Autopsy*, *Economic Policy* 28 (2013), 515–563 (534).

154 Siehe siebter Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 3603/93 des Rates vom 13. Dezember 1993 zur Festlegung der Begriffsbestimmungen für die Anwendung der in Artikel 104 und Artikel 104b Absatz 1 des Vertrages vorgesehenen Verbote, ABl. 1993 L 332/1; EuGH, *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 101.

155 *Jörn Axel Kämmerer*, Article 123 TFEU, in: Helmut Siekmann (Hrsg.), *The European Monetary Union: A Commentary on the Legal Foundations*, Oxford: Hart 2021, Rn. 2–5. Siehe auch Art. 21 Abs. 1 ESZB/EZB-Satzung.

156 Art. 21 Abs. 5 ESZB/EZB-Satzung; *Tuori* (Fn. 5), 187–189.

in großem Umfang beinhalteten.¹⁵⁷ In *Gauweiler* und *Weiss* hatte der Gerichtshof zu entscheiden, ob der Ankauf von Anleihen durch die EZB in ihrem Bemühen um Preisstabilität eine verfassungsrechtlich unzulässige Monetarisierung von Staatsschulden darstellte. Obwohl diese Programme nicht direkt gegen Art. 123 Abs. 1 AEUV verstoßen hätten, da Staatsanleihen nicht auf dem Primär-, sondern auf dem Sekundärmarkt gekauft wurden, könne man dennoch davon ausgehen, dass die Maßnahmen der EZB eine gleichwertige Wirkung hätten, nämlich „die Wirksamkeit des in Art. 123 Abs. 1 AEUV festgelegten Verbots in Frage [zu] stellen“.¹⁵⁸ Mit Blick auf das übergeordnete Ziel von Art. 123 Abs. 1 AEUV, die Mitgliedstaaten dazu anzuhalten, eine gesunde Haushaltspolitik zu befolgen und eine übermäßige Verschuldung oder überhöhte Defizite zu vermeiden,¹⁵⁹ entschied der Gerichtshof, dass das OMT-Programm die Prüfung von Art. 123 Abs. 1 AEUV bestehen könne, wenn es so konzipiert sei, dass es den Anreiz der Mitgliedstaaten zu einer soliden Haushaltspolitik nicht verringere.¹⁶⁰ Unter diesem Gesichtspunkt stellt *Gauweiler* eine neue Lesart von Art. 123 Abs. 1 AEUV dar. Durch die Auslegung von Art. 123 Abs. 1 in einer Weise, die es der EZB erlaubt, Anleihen der Mitgliedstaaten zu kaufen, um sie marktfähig zu halten und die Zinssätze niedrig zu halten,¹⁶¹ hat der EuGH der EZB

157 Die wichtigsten Maßnahmen sind das Wertpapiermarktprogramm (SMP) und seine Nachfolger, die Outright Monetary Transactions (OMT) und das Public Sector Purchase Programme (PSPP). Im Einzelnen über die Rolle der EZB während der Krise und insbesondere über ihre unkonventionellen Maßnahmen, *Thomas Beuwers*, *The New ECB and its Relationship with the Eurozone Member States*, CML Rev. 50 (2013), 1579–1620; *Oliver Morwinsky*, *Die Rolle der Europäischen Zentralbank in der Staatsschuldenkrise*, in: Hermann-Josef Blanke/Stefan Pilz (Hrsg.), *Die "Fiskalunion"*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 39–90; *Alexander Thiele*, *Die EZB als fiskal- und wirtschaftspolitischer Akteur?*, EuZW 2014, 694–699.

158 EuGH, *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 97; *Weiss u.a.* (Fn. 32), Rn. 106.

159 EuGH, *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 100. Für eine Auslegung dieses Urteils zugunsten eines größeren Ermessensspielraums der EU-Organe siehe *Matthias Goldmann*, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB*, MJ 23 (2016), 119–135, 122 ff.

160 EuGH, *Gauweiler u.a.* (Fn. 32), Rn. 109–113.

161 Die Fähigkeit der OMT, die Preise von Staatsanleihen zu verändern, ist gut dokumentiert, *Arvind Krishnamurthy/Stefan Nagel/Annette Vissing-Jorgensen*, *ECB Policies Involving Government Bond Purchases: Impact and Channels*, National Bureau of Economic Research Working Paper 23985 (2017); *Urszula Szczerbowicz*, *The ECB Unconventional Monetary Policies: Have They Lowered Market Borrowing Costs for Banks and Governments?*, *International Journal of Central Banking* 11 (2015), 91–127 (120); *Matteo Falagiarda/Stefan Reitz*, *Announcements of ECB Unconventional Programs: Implications for the Sovereign Spreads of Stressed Euro*

erlaubt, die Rolle eines Backstops zu übernehmen, eine Rolle, die parallel zu der einer „typischen“ Zentralbank verläuft.

Die dritte kritische Bestimmung zu Transfers der Union ist Art. 122 AEUV. Art. 122 Abs. 2 AEUV sieht eine Ausnahme von der No-bail-out-Klausel vor. Danach kann die Union Mitgliedstaaten unterstützen, die aufgrund von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Ereignissen, die sich ihrer Kontrolle entziehen, in Schwierigkeiten geraten sind, und damit dem Grundsatz der Solidarität Ausdruck verleihen.¹⁶² Obwohl diese Ausnahmeregelung anscheinend lediglich auf naturkatastrophenähnliche Situationen abzielt, wurde sie weit ausgelegt und nach 2010 in Anspruch genommen. Während der Eurokrise diente Art. 122 Abs. 2 AEUV als Rechtsgrundlage für den Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM), der 2010 als EU-Hilfsfonds eingerichtet wurde und seitdem von der Kommission verwaltet wird und Anleihen mit einer Garantie aus dem EU-Haushalt ausgibt.¹⁶³ Art. 122 AEUV wurde auch in größerem Umfang genutzt, um die Covid-Pandemie anzugehen – als er sich als „schlafende Schönheit“ der makroökonomischen Verfassung entpuppte.¹⁶⁴ Art. 122 AEUV diente als Rechtsgrundlage für die Schaffung eines Europäischen Instruments für die vorübergehende Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE), das Arbeitslosenhilfesystem der EU.¹⁶⁵ Die transformative Rolle von Art. 122 AEUV kommt nun auch im Zusammenhang mit der NGEU besser zur Geltung, indem er als Rechtsgrundlage für ihre grundlegende Komponente dient.¹⁶⁶ In diesem Zusammenhang fungiert er als (umschriebene und zeitlich begrenzte) Solidaritätsgrundlage

Area Countries, *Journal of International Money and Finance* 53 (2015), 276–295 (292).

162 Siehe im Detail *Merijn Chamon*, *The Use of Article 122 TFEU: Institutional Implications and Impact on Democratic Accountability*, European Parliament: Study commissioned by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the request of the AFCO Committee (2023), 1–49.

163 Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates vom 11. Mai 2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABl. 2010 L 118/1.

164 *de Gregorio Merino*, *Follow the Money* (Fn. 98), 122.

165 Verordnung (EU) 2020/672 des Rates vom 19. Mai 2020 zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE) im Anschluss an den COVID-19-Ausbruch, ST/7917/2020/INIT, ABl. 2020 L 159/1; *Michael Ioannidis*, *Between Responsibility and Solidarity: COVID-19 and the Future of the European Economic Order*, *ZaöRV* 80 (2020), 1–11.

166 Verordnung (EU) 2020/2094 des Rates (Fn. 18), ohne Angabe, welcher Absatz von Art. 122 AEUV konkret angewendet wird.

für groß angelegte Finanztransfers, die andernfalls mit dem Grundgedanken von Art. 125 Abs. 1 AEUV und den in Art. 311 Abs. 1 AEUV festgelegten Beschränkungen hätten in Konflikt geraten können.¹⁶⁷

b) Haushaltsdisziplin und makroökonomische Disziplin

Nach der Eurokrise wurden die haushaltspolitischen Verfassungsgrundlagen der EU, die eine Haushaltsdisziplin vorsehen, weiterentwickelt, um dem Recht und formellen Sanktionen eine größere Rolle einzuräumen – zumindest in der Theorie.¹⁶⁸ Das Geflecht der Vorschriften zur Kontrolle „gesunder öffentlicher Finanzen“ ist zunehmend komplexer und undurchsichtiger geworden. Der Grundpfeiler ist Art. 126 Abs. 1 AEUV, der von den Mitgliedstaaten verlangt, übermäßige Haushaltsdefizite zu vermeiden. Zusammen mit Verordnung 1467/1997 und Protokoll Nr. 12 bildet diese Bestimmung den „korrektiven Arm“ des SWP und legt die Regel fest, dass das Defizit unter 3 Prozent des BIP und der Schuldenstand grundsätzlich unter 60 Prozent des BIP bleiben sollte. Nach der Eurokrise wurden die Regeln zur Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgabe, übermäßige Defizite zu vermeiden, verschärft. Auf der Grundlage von Art. 121 AEUV nahm der Rat die Verordnungen 1466/97 (im Jahr 2024 durch Verordnung 2024/1263 ersetzt) und 473/2013 (nur für die Eurozone) an, die einen Mechanismus zur Überwachung der nationalen Haushalte (präventive Komponente) strukturieren. Diese Instrumente setzen Maßstäbe für die Finanzpolitik der Mitgliedstaaten: ein mittelfristiges Ziel, das für jeden Mitgliedstaat individuell berechnet wird, und eine Ausgabenrichtwert.¹⁶⁹ Die Überwachung

167 Chamon (Fn. 162), 28. Zu den Argumenten für die Unzulänglichkeit von Art. 122 AEUV siehe Leino-Sandberg/Ruffert (Fn. 33), 444; Claudia Wutscher, When Size Matters, in: Ruth Weber (Hrsg.), The Financial Constitution of European Integration, Oxford: Hart 2023, 131–144 (139).

168 Carlino Antpöhler, Emergenz der europäischen Wirtschaftsregierung: Das Six Pack als Zeichen supranationaler Leistungsfähigkeit, ZaöRV 72 (2012), 353–393; Antonio Estella, EU Fiscal Coordination: Past and Present, in: Alicia Hinarejos/Robert Schütze (Hrsg.), EU Fiscal Federalism: Past, Present, Future, Oxford: Oxford University Press 2023, 137–168.

169 Siehe insbesondere Art. 5 der Verordnung 1466/97 des Rates vom 7. Juli 1997 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken, ABl. 1997 L 209/1. Im Einzelnen, Jean-Paul Keppenne, EU Fiscal Governance on the Member States, in: Fabian Amtenbrink/Christoph Herrmann (Hrsg.), The EU Law of Economic and Monetary

der Einhaltung dieser Maßstäbe fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich des EuGH, sondern ist einem speziellen Mechanismus vorbehalten, der auf Reputations- und Finanzsanktionen beruht.¹⁷⁰ Auf der Grundlage von Art. 126 Abs. 14 AEUV harmonisiert die Richtlinie 2011/85/EU die nationalen Haushaltsverfahren mit dem Ziel, die „einheitliche Einhaltung der Haushaltsdisziplin“ zu gewährleisten.¹⁷¹

Maastricht hatte für die Union eine noch begrenztere Rolle in der nicht-budgetären makroökonomischen Politik vorgesehen, wie z.B. im Bereich der öffentlichen Verwaltung oder des Arbeitsmarktes. Gemäß Art. 5 Abs. 1 AEUV koordinieren die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik innerhalb der Union.¹⁷² Diese Bestimmung spiegelt Art. I-15 des Vertrags über eine Verfassung für Europa (VVE) wider, eine der am meisten diskutierten Bestimmungen im Europäischen Konvent und auf der Regierungskonferenz 2003–2004.¹⁷³ Die Formulierung ist das Ergebnis der „surrealen Debatte“¹⁷⁴ zwischen den Befürwortern einer Formel, die zum Ausdruck bringt, dass es den Staaten obliegt, ihre Wirtschaftspolitik innerhalb der Union zu koordinieren, und den Befürwortern der Auffassung, dass es Aufgabe der Union ist, die Politik der Mitgliedstaaten zu koordinieren. Die Einzelheiten der Koordinierung in der WWU sind in den Art. 120 bis 126 AEUV enthalten.

Art. 136 Abs. 1 AEUV, eine in Lissabon eingeführte Bestimmung, verpflichtet die Mitgliedstaaten der Eurozone, nach dem einschlägigen Verfahren unter den in Art. 121 und 126 AEUV genannten Maßnahmen, mit Ausnahme des Verfahrens nach Art. 126 Abs. 14 AEUV, Maßnahmen zur Verstärkung der Koordinierung und Überwachung ihrer Haushaltsdisziplin und zur Festlegung der Grundzüge der Wirtschaftspolitik zu erlassen. In *Pringle* bestätigte der EuGH die durchgängige Ausrichtung des Textes der makroökonomischen Verfassung auf die „Koordinierung“.¹⁷⁵

Union, Oxford: Oxford University Press 2020, 813–849 (822–824). Nach der Reform von 2024 siehe Art. 5 ff. Verordnung (EU) 2024/1263 (Fn. 68).

170 Siehe im Detail *Hilpold* (Fn. 67).

171 Erwägungsgrund (28).

172 Siehe auch Art. 2 Abs. 3 AEUV.

173 *Jean-Victor Louis*, Economic Policy under the Lisbon Treaty, in: Stefan Griller/Jacques Ziller (Hrsg.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien: Springer 2008, 285–298 (286).

174 *Jean-Victor Louis*, *The Economic and Monetary Union: Law and Institutions*, CML Rev. 41 (2004), 575–608 (582).

175 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 64. Siehe auch Urteil v. 12.11.2017, C-589/15, ECLI:EU:C:2017:663, Rn. 58 P – *Anagnostakis/Kommission*.

Die Koordinierung als Typologie der EU-Zuständigkeiten¹⁷⁶ lässt vieles offen, und ihre Bedeutung hat sich nach 2010 radikal verändert. Auf diesem dünnen konstitutionellen Eis hat die EU versucht, ihre Befugnisse im Bereich der nicht-fiskalischen Wirtschaftspolitik zu stärken. Die Krise von 2010 markierte die ersten wichtigen Änderungen in Bezug auf die Frage, was unter „Koordinierung“ fällt. Während im verfassungsrechtlichen Rahmen vor der Krise die Koordinierung eher die Begrenzung der Befugnisse der Union im makroökonomischen Bereich zum Ausdruck bringen sollte, erhielt sie schließlich eine Ermöglichungsfunktion. Das „Europäische Semester“, das in einer jährlichen Abfolge von Schritten strukturiert ist, macht die Konsolidierung der EU-Überwachungsbefugnisse in diesem Bereich sichtbar, während länderspezifische Empfehlungen (CSR), das Verfahren bei makroökonomischen Ungleichgewichten (MIP) und die Konditionalität der Finanzhilfen in diesem Zusammenhang zu entscheidenden Instrumenten wurden.

Die CRS, das Hauptinstrument des Europäischen Semesters, konzentrieren sich hauptsächlich auf nicht-fiskalische Themen, die von den Finanzen bis hin zu Bildung und öffentlicher Verwaltung reichen. Die CRS sind nicht rechtlich verbindlich, sondern schafft ein System, welches auf *peer review* sowie öffentliche Identifizierung von Problemen und Ermahnungen an die Empfänger-Mitgliedstaaten aufbaut. Letztendlich scheint aber ihre tatsächliche Wirksamkeit in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften, obwohl nur schwer messbar, begrenzt zu sein.¹⁷⁷ Jedoch wurden im Rahmen der Post-Covid-Vereinbarung die CRS zur Bedingung für den Erhalt von Mitteln gemacht.¹⁷⁸

176 Siehe im Einzelnen *Beate Braams*, Koordinierung als Kompetenzkategorie, Tübingen: Mohr Siebeck 2013; *Jürgen Bast/Florian Rödl*, Jenseits der Koordinierung? Zu den Grenzen der EU-Verträge für eine Europäische Wirtschaftsregierung, *EuGRZ* 39 (2012), 269–278.

177 *Leo Flynn*, Non-Fiscal Surveillance of the Member States, in: Fabian Amtenbrink/Christoph Herrmann (Hrsg.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford: Oxford University Press 2020, 850–877 (855).

178 Verordnung (EU) 2021/1060 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Juni 2021 mit gemeinsamen Bestimmungen für den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds Plus, den Kohäsionsfonds, den Fonds für einen gerechten Übergang und den Europäischen Meeres-, Fischerei- und Aquakulturfonds sowie mit Haushaltsvorschriften für diese Fonds und für den Asyl-, Migrations- und Integrationsfonds, den Fonds für die innere Sicherheit und das Instrument für finanzielle Hilfe im Bereich Grenzverwaltung und Visumpolitik, PE/47/2021/INIT, ABL 2021 L 231/159.

Die Einführung des Verfahrens bei einem makroökonomischen Ungleichgewicht (MIP) im Jahr 2011 stellte die bis zu diesem Zeitpunkt kühnste Ausweitung der EU-Befugnisse auf nicht-fiskalische Wirtschaftspolitiken dar. Die Verordnungen 1174/2011 und 1176/2011 erweitern die Überwachungs- und Sanktionsbefugnisse der Union in Politikbereichen außerhalb des SWP.¹⁷⁹ Das abgestufte Verfahren ermächtigt die Kommission zu einer eingehenden Überprüfung der nationalen Wirtschaftspolitik, die in den sogenannten Länderberichten dokumentiert wird, einem informellen, aber einflussreichen Instrument zur Strukturierung des Austauschs zwischen der EU und den Mitgliedstaaten in nicht-fiskalischen Angelegenheiten.¹⁸⁰ Wie in anderen Bereichen der makroökonomischen Verfassung folgt das von der Kommission verwendete Bewertungsvokabular nicht dem binären Code legal–illegal.¹⁸¹

Die tiefgreifendste Veränderung bei den nicht-fiskalischen Befugnissen der EU betrifft die Mitgliedstaaten, die Finanzhilfen erhalten. Während der Eurokrise wurden alle Formen der europäischen Finanzhilfe davon abhängig gemacht, dass der Empfängerstaat haushaltspolitische und makroökonomische Bedingungen erfüllt. Als Instrument der Eurozone wurde die Konditionalität formell in den neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV aufgenommen.¹⁸² Die Ausweitung der Befugnisse der EU wurde jedoch durch die EuGH-Entscheidungen in *Pringle* und *Gauweiler* sowie durch die Art und Weise, wie der Gerichtshof die „strengen Auflagen“ in Art. 125 Abs. 1 AEUV und auch das Mandat der EZB auslegte, verfassungsrechtlich sanktioniert.¹⁸³ Seit der Reform des mehrjährigen Finanzrahmens von 2013

179 Als „Ungleichgewichte“ werden „alle Trends, die zu makroökonomischen Entwicklungen führen, die sich nachteilig auf das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschaft eines Mitgliedstaats oder der Wirtschafts- und Währungsunion oder der Union insgesamt auswirken oder potenziell auswirken könnten“ definiert, Art. 2 Abs. 1 Verordnung 1176/2011. Die Definition von „übermäßigen Ungleichgewichten“ ist ebenfalls sehr weit gefasst, siehe Art. 2 Abs. 2 der Verordnung 1176/2011.

180 *Flynn* (Fn. 177), 861.

181 *Ibid.*, 861.

182 Art. 136 Abs. 3 AEUV erlaubt die Einrichtung eines Finanzhilfemechanismus wie des ESM, schreibt aber auch vor, dass „alle[] erforderlichen Finanzhilfen [...] strengen Auflagen unterliegen“. Diese Änderung wurde im Rahmen des vereinfachten Änderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 6 EUV vorgenommen (oben Fn. 115). Dazu *Bruno de Witte*, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, SIEPS European Policy Analysis No 6 (2011).

183 EuGH, *Pringle* (Fn. 32), Rn. 135–137, und im Einzelnen *Ioannidis*, *Responsibility and Solidarity* (Fn. 165).

erstrecken sich die Konditionalitätsvereinbarungen auf praktisch alle EU-Haushaltsrubriken und beziehen sich auf ein breites Spektrum politischer Ziele.¹⁸⁴

Die Konditionalität wurde nach der Anfangsphase der Covid-Krise im Rahmen der allgemeinen Hinwendung zur Auslegung makroökonomischer Regeln nach dem Solidaritätsprinzip neu interpretiert. Die einzige Voraussetzung für die Inanspruchnahme der ESM-Kreditlinie zur Unterstützung in der Pandemie war die Verpflichtung, diese zur Unterstützung der inländischen Finanzierung der direkten und indirekten Kosten im Zusammenhang mit der Covid-19-Krise zu verwenden.¹⁸⁵ Im Hinblick auf NGEU und um finanzielle Unterstützung im Rahmen der Konjunktur- und Resilienzfazilität (RRF) zu erhalten, müssen die EU-Mitgliedstaaten nationale Konjunktur- und Resilienzpläne (RRP) ausarbeiten, in denen sie ihre Investitions- und Reformpläne darlegen, und diese der Kommission vorlegen.¹⁸⁶ Die Vorgehensweise des Gerichtshofs mit Konditionalität in den Rechtsstaatlichkeitsfällen markierte die Wende zu einem neuen Rahmen der Konditionalität. Anstelle des Begriffs der „soliden Finanzen“, der in *Pringle* die Hauptrolle bei der Einbettung der Konditionalität in das makroökonomische Verfassungsrecht spielte, hat der Gerichtshof in diesem Zusammenhang die Begriffe des Vertrauens und der Solidarität gewählt, damit der Konditionalitätsmechanismus unter das Konzept der „Finanzvorschriften“ im Sinne von Art. 322 Abs. 1 lit. a AEUV fällt.¹⁸⁷

4. „... deren Währung der Euro ist“: eine einheitliche Währung der Union?

Währungsunionen werden in der Regel durch das Vorhandensein einer einzigen Währungseinheit mit dem Status eines gesetzlichen Zahlungsmittels und durch die Ernennung einer zentralen Behörde, in der Regel einer Zentralbank, zur Durchführung einer einheitlichen Geldpolitik definiert.¹⁸⁸ Im Gegensatz zur Wirtschaftspolitik erfordert Art. 3 Abs. 4 EUV also per

184 *Viorica Vita*, Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality, CYELS 19 (2017), 116–143.

185 Siehe im Detail *Ioannidis*, Responsibility and Solidarity (Fn. 165).

186 Am 17.9.2020 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Leitfaden zu diesem Thema sowie Vorlagen: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1658.

187 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn. 128–129.

188 Siehe *Charles Proctor*, Mann and Proctor on the Law of Money, 8. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2023, Abs. 24.3. Für eine andere Perspektive, die sich auf den monetären Föderalismus als ein System geteilter monetärer Befugnisse konzen-

Definition eine einheitliche Währung und eine einheitliche Währungspolitik der Union.

Art. 128 AEUV verleiht den Euro-Banknoten unmittelbar den Status eines gesetzlichen Zahlungsmittels und schließt damit den Umlauf anderer Geldeinheiten mit diesem Status innerhalb des Euroraums aus.¹⁸⁹ Der Euro ist auch unwiderruflich die Währung der Währungsunion. Diese Unwiderruflichkeit ist eine entscheidende Voraussetzung für die Schaffung von supranationalem Geld. Im Vertrag von Maastricht war die Unwiderruflichkeit ein verfassungsrechtlicher Topos für die Errichtung der WWU.¹⁹⁰ In Anbetracht der Vervollendung der Stufen, die zur WWU führten, verweist Art. 119 Abs. 2 AEUV nun auf die „einheitliche Währung, den Euro“, ohne deren unwiderruflichen Charakter ausdrücklich zu erwähnen. Sie ist jedoch nach wie vor ein Merkmal des Beschlusses über den Kurs, zu dem der Euro an die Stelle der Währungen der Mitgliedstaaten tritt, die der Eurozone beitreten.¹⁹¹ Die Errichtung einer Währungsunion selbst, die Bezugnahme auf eine „einheitliche“ Währung und die Übertragung der ausschließlichen Zuständigkeit für die Währungspolitik auf die Union setzen in jedem Fall den unwiderruflichen Charakter der WWU voraus.¹⁹² Wie bei allen anderen Politikbereichen in den Verträgen sieht das EU-Recht keine Möglichkeit des Austritts oder Ausschlusses aus der WWU oder aus dem Euro vor.¹⁹³ Ein Austritt aus der Union als Ganzes ist nur unter den Bedingungen des

triert, siehe Bruno Théret, Monetary Federalism as a Concept and its Empirical Underpinnings in Argentina's Monetary History, in: Georgina M. Gómez (Hrsg.), Monetary Plurality in Local, Regional and Global Economies, Abingdon: Routledge 2018, 84–113.

189 EuGH, *Hessischer Rundfunk* (Fn. 136), Rn. 44. Gesetzliches Zahlungsmittel eines auf eine Währungseinheit lautenden Zahlungsmittels bedeutet, dass dieses Zahlungsmittel bei der Begleichung einer auf dieselbe Währungseinheit lautenden Schuld zu ihrem vollen Nennwert mit schuldbefreiender Wirkung grundsätzlich nicht abgelehnt werden kann (Rn. 46). Siehe auch Empfehlung der Kommission vom 22. März 2010 über den Geltungsbereich und die Wirkungen des gesetzlichen Zahlungsmittels der Euro-Banknoten und -Münzen, ABl. 2010 L 83/70. Auf Euro lautende Münzen haben auf der Grundlage von Art. 11 der Verordnung (EG) Nr. 974/98 des Rates vom 3. Mai 1998 über die Einführung des Euro den Status eines gesetzlichen Zahlungsmittels, ABl. 1998 L 139/1.

190 Siehe Art. 3a Abs. 2, 109g, 109l Abs. 4 EGV; Art. 47 Abs. 3 und 52 ESZB/EZB-Satzung und das Protokoll über den Übergang zur dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion.

191 Art. 140 Abs. 3 AEUV.

192 Ulrich Häde, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 140 AEUV, Rn. 50 (vgl. aber Rn. 52).

193 Siekmann (Fn. 34).

Art. 50 EUV möglich. Erfüllt ein Mitgliedstaat zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr die Voraussetzungen für den Beitritt zur WWU, sind die in den Verträgen vorgesehenen Rechtsfolgen Sanktionen, Vertragsverletzungsverfahren oder die Einbehaltung von Transferleistungen der Union – nicht aber der Ausschluss.

Wichtig ist, dass die Unwiderruflichkeit der Währungsunion nicht nur eine rechtliche Regel ist. „Unwiderrufliche“ Währungsvereinbarungen gab es auch auf internationaler Ebene, wobei Bretton Woods auf eine internationale Verpflichtung zu festen Wechselkursen und eine begrenzte nationale Währungsautonomie abzielte. Vereinbarungen über feste Wechselkurse, die eher auf internationaler Zusammenarbeit als auf supranationaler Autorität beruhen, haben sich als zerbrechlich erwiesen.¹⁹⁴

Indem die WWU die Verpflichtung zu unwiderruflich festen Paritäten in den allgemeinen verfassungsrechtlichen Rahmen der EU einbezieht, stellt sie ein Währungssystem dar, das eher dem einer Föderation ähnelt als einer internationalen Währungsvereinbarung. Wie die Krisen in der Eurozone auf dramatische Weise gezeigt haben, macht der Beitritt zur WWU die Abkopplung von der gemeinsamen Währung nicht nur rechtlich, sondern auch politisch und wirtschaftlich zu einer unhaltbaren Entscheidung.

Dieser wichtige Unterschied, die verfassungsrechtliche und faktische Unwiderruflichkeit des Euro, ist für die Entwicklung der WWU von großer Bedeutung. Ohne eine rechtliche und praktische Austrittsmöglichkeit muss die Anpassung *innerhalb der WWU* erfolgen. Dies erforderte eine Reihe von Änderungen des WWU-Rahmens, die oben erörtert wurden: die Aktivierung der EZB, um die Einheitlichkeit des Euroraums zu gewährleisten, die Bereitstellung von Hilfe für die Mitgliedstaaten des Euroraums und die Versuche, die wirtschaftliche Überwachung der Mitgliedstaaten des Euroraums zu stärken.

In Art. 3 Abs. 4 EUV wird die WWU in erster Linie durch die Verwendung einer einheitlichen Währung in der Union definiert. Die EU-Mitgliedschaft führt jedoch nicht automatisch zur Mitgliedschaft in der Eurozone: Die Einführung des Euro erfordert die Erfüllung bestimmter Krite-

194 Selbst das EWS erwies sich für viele Mitglieder als nicht glaubwürdig, als es im September 1992 spekulativen Spannungen ausgesetzt war. Für einen Vergleich der Verpflichtungsarchitektur von Bretton Woods, des Goldstandards und des EWS siehe *Michael D. Bordo*, *The Gold Standard, Bretton Woods and Other Monetary Regimes: A Historical Appraisal*, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 75 (March/April 1993), 123–191.

rien und einen gesonderten Beschluss. Der Beschluss wird vom Rat auf Vorschlag der Kommission gefasst, der sich auf zwei Berichte der Kommission und der EZB stützt.¹⁹⁵

Art. 3 Abs. 4 EUV reflektiert jedoch das Ziel, dass die EU und der Euroraum letztendlich zusammenwachsen werden. Dies hat konkrete Auswirkungen. Erstens ist die Nichtteilnahme an der gemeinsamen Währung eine vorübergehende Ausnahme. Kapitel 5 des Titels VIII, in dem die für die nicht der Eurozone angehörenden Mitgliedstaaten geltenden Regeln festgelegt sind, trägt die vielsagende Überschrift „Übergangsbestimmungen“. Mitgliedstaaten, die nicht der Eurozone angehören, sind Mitgliedstaaten, für die eine Ausnahmeregelung gilt, und ihre Nichterfüllung der WWU-Kriterien muss mindestens alle zwei Jahre auf Initiative der Organe selbst bewertet werden.¹⁹⁶ Jede Abweichung vom Endziel des Art. 3 Abs. 4 EUV kann nur auf Primärrecht beruhen. Mit Ausnahme Dänemarks, das eine verfassungsrechtliche Ausnahmeregelung von dem allgemein geltenden Verfahren zur Einführung des Euro genießt,¹⁹⁷ sind alle Mitgliedstaaten verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die rechtlichen und wirtschaftlichen Konvergenzkriterien zu erfüllen, die in Art. 140 Abs. 1 AEUV festgelegt sind.¹⁹⁸

Die Mitgliedstaaten verfügen jedoch über einen Ermessensspielraum bei der Beurteilung des angemessenen Zeitpunkts für die Erfüllung der notwendigen Bedingungen, einschließlich der Teilnahme am Wechselkursmechanismus II (WKM II). In der Praxis bedeutet dies, dass Mitgliedstaaten wie Schweden, die sich dafür entschieden haben, die Erfüllung der Konvergenzkriterien aufzuschieben, nicht gegen das EU-Recht verstoßen.¹⁹⁹ Was jedoch mit Art. 3 Abs. 4 EUV und Art. 140 Abs. 1 AEUV unvereinbar wäre,

195 Art. 140 Abs. 1 und 2 AEUV.

196 Art. 140 Abs. 1 AEUV.

197 Für Dänemark wird das Verfahren nach Art. 140 AEUV nur auf seinen Antrag hin und nicht in den regelmäßigen Abständen von zwei Jahren eingeleitet, Art. 2 Protokoll Nr. 16 über einige Bestimmungen betreffend Dänemark, ABl. 2016 C 202/287. Siehe auch Abschnitt B Dänemark und der Vertrag über die Europäische Union, ABl. 1992 C 348/1. Selbst in diesem Fall könnten sich aus den Art. 3 Abs. 4 und 4 Abs. 3 EUV Verpflichtungen für Dänemark ergeben, das Ziel der Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion mit einer einheitlichen Währung nicht zu vereiteln, *Cornelia Manger-Nestler*, *The Architecture of EMU*, in: Fabian Amtenbrink/Christoph Herrmann (Hrsg.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford: Oxford University Press 2020, 191–213 (202).

198 *Louis*, *Economic and Monetary Union* (Fn. 174), 604.

199 Zur gegenteiligen Auffassung siehe *ibid.*, 605.

wäre die Rücknahme oder der Ausschluss von Fortschritten bei der Einführung des Euro. Zweitens sollte Art. 3 Abs. 4 EUV als starkes Argument gegen eine Renationalisierung der währungspolitischen Kompetenzen ohne Vertragsänderung verstanden werden. Ein Austritt aus der WWU unter Beibehaltung der Mitgliedschaft in der EU ist nicht zulässig.²⁰⁰

Solange nicht alle EU-Mitglieder die Kriterien erfüllen, haben die Union und die WWU keine einheitliche Währung; der Euro koexistiert mit den Währungen der Mitgliedstaaten außerhalb des Euroraums. Für die Mitgliedstaaten, die nicht an der Eurozone teilnehmen, gilt ein besonderes verfassungsrechtliches Regime. Erstens sind die Mitgliedstaaten, für die eine Ausnahmeregelung gilt, vom Anwendungsbereich bestimmter (der wichtigsten) Vorschriften über die Wirtschafts- und Währungsunion ausgenommen.²⁰¹ Zweitens gelten einige Bestimmungen, wie Art. 143 und 144 AEUV, nur für Mitgliedstaaten, für die eine Ausnahmeregelung gilt. Drittens gelten bestimmte Bestimmungen nur für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, was ihnen eine weitere Vertiefung der WWU ermöglicht.²⁰² Viertens ist die Teilnahme an bestimmten Instrumenten des Euro-Völkerrechts nur den Mitgliedstaaten der Eurozone vorbehalten.²⁰³

Dieses zweistufige System der WWU, mit und ohne Euro-Währung, hat sowohl inhaltliche als auch institutionelle Konsequenzen. Aus institutioneller Sicht spiegelt die Mitgliedschaft im Euroraum die Beteiligung an den grundlegenden Institutionen wider: der Euro-Gruppe, dem Euro-Gipfel, dem ESM und dem Eurosystem.²⁰⁴ In materieller Hinsicht sind die Mitgliedstaaten, für die eine Ausnahmeregelung gilt, von der Verabschiedung von Teilen der Grundzüge der Wirtschaftspolitik, die die Eurozone betreffen, sowie von den Zwangsmitteln zur Behebung übermäßiger Defizite,

200 Weitere Argumente lassen sich aus dem Hinweis auf die Unwiderruflichkeit des Euro ableiten, siehe Art. 140 Abs. 3 AEUV; *Helmut Siekmann*, Introduction, in: *Helmut Siekmann* (Hrsg.), *The European Monetary Union: A Commentary on the Legal Foundations*, Oxford: Hart 2021, Rn. 21.

201 Art. 139 Abs. 1 lit. c bis j und Abs. 3 AEUV (Währungsunion) sowie Art. 139 Abs. 1 lit. a bis b und Abs. 4 AEUV (Wirtschaftsunion); Art. 140 Abs. 3 AEUV.

202 Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 136–138 AEUV, die durch den Vertrag von Lissabon in Kapitel 4 des Titels VIII mit der Überschrift „Besondere Bestimmungen für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist“ zusammengefasst wurden. Die wichtigste Rechtsgrundlage für die weitere Entwicklung der Wirtschaftsunion, Art. 136 Abs. 1 AEUV, gilt somit nur für die Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets.

203 Siehe Art. 2 Abs. 1 ESM-Vertrag.

204 Art. 139 Abs. 3 und 4 AEUV. Zum Eurosystem siehe *Bast/Kaiser*, in diesem Band, IV.2.

von den Zielen und Aufgaben der EZB und den zur Verfolgung dieser Ziele erlassenen Rechtsakten ausgeschlossen. Mitgliedstaaten, für die eine Ausnahmeregelung gilt, genießen jedoch die besonderen Rechte der Art 143 und 144 AEUV, die eine Zahlungsbilanzhilfe im Krisenfall ermöglichen. Darüber hinaus erlaubt der in Lissabon eingeführte Art. 136 Abs. 1 AEUV den Mitgliedern der WWU, Maßnahmen zur Stärkung der Koordinierung und Überwachung ihrer Haushaltsdisziplin zu ergreifen und spezifische wirtschaftspolitische Leitlinien für sie festzulegen. Wichtige Strukturen der WWU, die auf einer anderen Grundlage als Art. 136 Abs. 1 AEUV angenommen wurden, betreffen automatisch die Mitgliedstaaten des Euroraums, bleiben aber für die freiwillige Teilnahme von Mitgliedstaaten außerhalb der Eurozone offen, auch vor der Einführung der gemeinsamen Währung. Dies gilt insbesondere für den einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) und den einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRM). Die Mitgliedstaaten des Euroraums nehmen automatisch am SSM teil, während die nicht dem Euroraum angehörenden Mitgliedstaaten eine „enge Zusammenarbeit“ mit dem SSM eingehen können.²⁰⁵ Diese Flexibilität ermöglicht eine schrittweise Einbindung der Mitgliedstaaten in bestimmte Strukturen der WWU, erhöht jedoch die Komplexität der Steuerung der Union erheblich, was sich auf die Transparenz und die Rechenschaftspflicht auswirkt.

Im Laufe der Zeit haben sich zwei gegensätzlichen Tendenzen in Bezug auf den Unterschied zwischen der Mitgliedschaft in der EU und im Euroraum herausgebildet. Einerseits deuten bestimmte Entwicklungen darauf hin, dass sich die Kluft zwischen dem Euroraum und dem Rest der EU vergrößert. Die Eurokrise in der Eurozone führte zu einer Vertiefung des Euroraums mit einer Reihe neuer Regeln, die nur für Mitglieder des Euroraums gelten. Die Intensität der Euro-Integration wurde auch durch die Einrichtung des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) verstärkt, der für die Bankenaufsicht im Euroraum zuständig ist.²⁰⁶ Andererseits hat der Brexit die wirtschaftliche (und politische) Bedeutung der nicht dem Euroraum angehörenden Mitgliedstaaten drastisch verringert, sodass die gemeinsame Währung die mit Abstand wichtigste Währung in der Union ist.

205 Art. 1 Abs. 2 SSM und Art. 7 SSM-Verordnung.

206 Mitglieder, die nicht dem Euroraum angehören, können jedoch eine „verstärkte Zusammenarbeit“ mit dem SSM eingehen. Bulgarien und Kroatien sind eine solche enge Zusammenarbeit eingegangen.

V. Deutungsvorschlag und Perspektiven

In den USA sind Verfassungsänderungen mit der Entwicklung des Verfassungssubjekts von den Staaten hin zu einem Volk verbunden. *Bruce Ackerman* zufolge war die Umgestaltung der US-Verfassung unumgänglich, weil die Amerikaner „ein national zentriertes Volk wurden, das mit einem staatenzentrierten System formaler Änderungen zu kämpfen hatte.“²⁰⁷ Diese Überlegung ist auch für die Entwicklung der makroökonomischen Verfassung der EU von Bedeutung. Hier spiegelt die Transformation den Übergang von einer makroökonomischen Verfassung, die ursprünglich mit den Mitgliedstaaten im Mittelpunkt konzipiert wurde, hin zu einer Verfassung wider, die die Makroökonomie einer europäischen Gesellschaft stärker reflektiert.

Diese Transformation war nicht nur rechtlich anspruchsvoll, sondern musste auch politische Kräfte überwinden, die in den national verankerten Legitimationsparadigmen der Maastrichter Verfassungstradition verhaftet blieben. Das eine Lager zeigt sich exemplarisch in der Rechtsprechung des BVerfG zu den ESM- und EZB-Maßnahmen, das andere im griechischen Referendum vom Juli 2015.

Mit der Forderung, dass der Deutsche Bundestag als *Haushaltsgesetzgeber* „frei von Fremdbestimmung“²⁰⁸ sein muss, übernimmt das BVerfG ein national orientiertes Konzept der demokratischen Rechenschaftspflicht, wenn es um wirtschaftspolitische Entscheidungen geht, selbst in Situationen, die unmittelbare Auswirkungen auf andere haben, wie z.B. die an Finanzhilfen geknüpften Auflagen. Die Befugnis des Deutschen Bundestages, das letzte Wort über die grenzüberschreitenden Transfers und ihre Bedingungen zu haben, ergibt sich nach Ansicht des BVerfG aus der „demokratischen Verankerung der Haushaltsautonomie“²⁰⁹ ein Vorschlag,

207 *Ackerman* (Fn. 48), 1743. Wie *Sujit Choudhry* feststellt, resultieren Transformationen „aus der Unfähigkeit der Regeln zur Verfassungsänderung, Momente konstitutiver Verfassungspolitik zu konstituieren und zu regulieren“: *Ackerman's Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective: Constitutional Moments as Constitutional Failures?*, I-CON 6 (2008), 193–230 (214).

208 BVerfG, 2 BvR 2728/13, Urteil v. 21. Juni 2016, Rn. 214. Siehe auch BVerfG, 2 BvR 1390/12, Urteil v. 18. März 2014, Rn. 161 f.; 2 BvR 2728/13, Urteil v. 14. Januar 2014, Rn. 28; 2 BvR 2728/13, Urteil v. 21. Juni 2016, Rn. 211–213; 2 BvR 1390/12, Urteil v. 12. September 2012, Rn. 109. Das BVerfG hat sich auch mit den Reaktionen auf die Eurokrise in BVerfG, BvR 987/10, Urteil v. 7. September 2011; 2 BvE 8/11, Urteil v. 28. Februar 2012; 2 BvE 4/11, Urteil v. 19. Juni 2012 befasst.

209 BVerfG, 2 BvR 2728/13, Urteil v. 21. Juni 2016, Rn. 214.

der vom Gedanken der demokratischen Kontrolle ausgeht, aber dennoch einseitig auf die nationalen Grenzen beschränkt ist.²¹⁰ Dasselbe Konzept einer innerstaatlichen Legitimation der Wirtschaftspolitik steht hinter dem griechischen Referendum vom Juli 2015. Dahinter steht die Überlegung, dass Reformen der Rentensysteme oder des Arbeitsmarktes allein Sache des griechischen Volkes sein sollten, auch wenn Misserfolge mit europäischen Geldern finanziert werden müssen.

Die makroökonomische Verfassung nach 2010 hat sich von diesen beiden Ansätzen drastisch entfernt. Einerseits spiegeln die neue Auslegung von Art. 125 Abs. 1 AEUV und die zunehmende Bedeutung von Art. 122 AEUV einen solidarischen Ansatz für Transfers wider, der sich entscheidend von der Konzeption der WWU auf der Grundlage der nationalen Zuständigkeit unterscheidet. Andererseits haben die Zentralisierung bestimmter Befugnisse im Wirtschaftsbereich und die weite Auslegung der Befugnisse der EZB im Währungsbereich das Koordinierungsmodell erheblich qualifiziert, sodass die öffentliche Gewalt auf Unionsebene ein viel zentraleres Element darstellt als zuvor.

Dies führt jedoch nicht zu einer Pfadabhängigkeit in Richtung einer stärker föderalen Struktur der WWU. Verschiedene Alternativen stehen offen. Eine Alternative wäre die geordnete Auflösung der WWU. In den letzten 15 Jahren hat es nicht an Stimmen gefehlt, die das Scheitern der WWU und des Euro prophezeit haben, darunter in den EU-Institutionen selbst. Überraschenderweise hat die makroökonomische Verfassung der EU der Union einen konstitutionellen Rahmen gegeben, der belastbar genug ist, um existenziellen Herausforderungen standzuhalten, und gleichzeitig flexibel genug, um es den politischen Kräften zu ermöglichen, Entscheidungen unter Druck und in einem Umfeld großer Unsicherheit zu treffen. Gleichzeitig hat er die Kräfte des nationalen Partikularismus gebremst. Im Gegensatz zu den nationalen makroökonomischen Verfassungen, deren grundlegende Funktion darin besteht, das Problem der Zeitinkonsistenz zu zähmen, muss die makroökonomische Verfassung der EU auch das Problem der Demos-Inkonsistenz angehen, d.h. sie muss die Solidarität zwischen Einheiten, die sich gegenseitig beeinflussen und abwägen, aber (noch) keinen Demos bilden – die europäische Gesellschaft – eindämmen und vermitteln. Trotz ihrer Unzulänglichkeiten und ungelösten Probleme hat die makroökonomische Verfassung der europäischen Gesellschaft ge-

210 Joerges (Fn. 54).

dient. Ihre Abschaffung sollte daher nicht das plausibelste Szenario sein. Zwei andere Möglichkeiten erscheinen wahrscheinlicher.

Die erste ist die Rückkehr zu einer Normalität des Typus Maastricht. In diesem Szenario werden die institutionellen und rechtlichen Neuerungen der Eurozonen-/Covid-Krisen in den Hintergrund treten. NGEU hat in der Tat eine zeitliche Begrenzung eingebaut, und die Kritik an der Rolle der EZB könnte ihren Rückzug hin zu einer konservativeren Auslegung ihres Mandats veranlassen.

Das zweite Szenario geht davon aus, dass sich die politischen Kräfte, die Transfers und direkte Ausgaben der Union akzeptieren, durchsetzen und eine Normalisierung der Regelungen für die Zeit nach den Krisen erreichen werden. Wenn dieses Szenario eintritt, werden eine dauerhafte fiskalische Kapazität der Union und eine gemeinsame Wirtschaftspolitik die Union, die möglicherweise eine größere Rolle bei der Steuererhebung einschließt, vor eine viel größere Legitimitäts herausforderung stellen. Transfers können die Anreize sowohl bei der Zuweisung wirtschaftlicher Ressourcen als auch bei der politischen Verantwortung dramatisch neu ausrichten.

Zwei Strategien können dazu beitragen, diese mit einer dauerhaften Verlagerung auf mehr Transfers verbundenen Risiken zu mindern: die Konzentration auf den Aufbau von Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten und die demokratische Kontrolle der Transfers. Vertrauen unterscheidet sich von Kontrolle dadurch, dass es eine Vermutung der Zustimmung zu den eigenen Handlungen schafft. Dazu ist es auf die Erfüllung struktureller Kriterien und nicht auf Mikromanagement angewiesen. Auf der Ebene der Union handelt es sich bei diesen Strukturelementen sowohl um wirtschaftliche Grundsätze als auch um die in Art. 2 EUV verankerten Werte. Aus dieser Perspektive sind die Entscheidung, die NGEU an das Europäische Semester zu binden, und das Beharren auf rechtsstaatlicher Konditionalität auch unter dem Gesichtspunkt der Solidarität gerechtfertigt.²¹¹

Die Transfers müssen auch auf *europäischer Ebene demokratisch* kontrolliert werden. Die Verwendung europäischer Gelder kann nicht allein eine nationale Angelegenheit sein; sie kann aber auch nicht nach dem Vorbild des IWF kontrolliert werden – wie während der Eurokrise. Ein

211 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn.129; *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 19), Rn.157; siehe bereits *Armin von Bogdandy/Justyna Łacny*, Suspension of EU Funds for Member States Breaching the Rule of Law: A Dose of Tough Love Needed?, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020–24.

rechenschaftspflichtiger Überwachungsmechanismus, eine „demokratische Troika“, ist notwendig. Die Gestaltung eines solchen Mechanismus ist eine grundlegende Aufgabe, die noch zu bewältigen ist. Die NGEU macht auch in diesem Bereich keine großen Fortschritte.²¹² Ob der WFA transparent und legitim genug sind, um die Bedingungen für den Zugang zum größten Anleiheprogramm der EU zu erörtern, ist zweifelhaft. Und der Europäische Rat ist möglicherweise ein zu hochrangiges politisches Forum, als dass die Mitglieder ihre Kollegen wirksam herausfordern könnten.²¹³ Wie *Pisani-Ferry* zu Recht anmerkt, besteht die Gefahr, dass der Prozess in einem bürokratischen Gezänk endet, das die Öffentlichkeit nicht entziffern kann und dabei den Populisten Munition liefert.²¹⁴

212 Gemäß dem endgültigen Kompromiss bewertet die Kommission die Erfüllung der relevanten Meilensteine und Ziele und holt die Stellungnahme des Wirtschafts- und Finanzausschusses (WFA, ein Ausschuss von Technokraten der nationalen Finanzministerien) ein, bevor sie sich an den Rat wendet. Auf Antrag eines Mitgliedstaates kann die Angelegenheit ausnahmsweise dem Europäischen Rat vorgelegt werden.

213 *Guntram Wolff*, Without Good Governance, the EU Borrowing Mechanism to Boost the Recovery Could Fail, Bruegel (15.9.2020), <https://www.bruegel.org/2020/09/without-good-governance-the-eu-borrowing-mechanism-to-boost-the-recovery-could-fail>.

214 *Jean Pisani-Ferry*, Europes Recovery Gamble, Bruegel (20.9.2020), <https://www.bruegel.org/2020/09/europes-recovery-gamble>.

Die Union in der Völkerrechtsordnung

Mehrdad Payandeh*

I. Einleitung: Wie Schiffe in der Nacht ...?	499
II. Bestandsaufnahme: Das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht als Thema des unionalen Außenverfassungsrechts	501
1. Unionales Außenverfassungsrecht: „Staatsrecht III“ ohne Staat	502
2. Art. 3 Abs. 5 EUV als außenverfassungsrechtliche Grundnorm	503
3. Systematik der Regelungen über das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht	510
III. Verfassungstheoretische Dimension: Monismus und Dualismus reloaded?	511
1. Die Emanzipation des Unionsrechts vom Völkerrecht	512
2. Die Konzeption des Rechtsordnungsverhältnisses: Monismus, Dualismus, Pluralismus?	516
3. Grundprinzipien der Ausgestaltung des Verhältnisses zur Völkerrechtsordnung	525
IV. Dogmatik: Strukturfragen des Verhältnisses von Unionsrecht und Völkerrecht	532
1. Anerkennung völkerrechtlicher Bindungen	532
2. Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben	538
3. Grenzen völkerrechtlicher Wirkungen im Unionsrecht	553
V. Bilanz: Ambivalenzen der völkerrechtsbezogenen Konstitutionalisierung des Unionsrechts	559
1. Analytische Ambivalenz	559
2. Normative Ambivalenz	560
3. Verfassungstheoretische Ambivalenz	562

I. Einleitung: Wie Schiffe in der Nacht ...?

Die Aussage, dass das Verhältnis zwischen der Europäischen Union und der Völkerrechtsordnung vielschichtig und komplex ist,¹ ist banal, aber sie trifft zu. Gegründet durch völkerrechtliche Verträge ist die Union selbst ein Geschöpf des Völkerrechts. Trotz der Einzigartigkeit der Union und der Besonderheiten des Unionsrechts wirken die völkerrechtlichen Wurzeln

* Für wertvolle Anmerkungen und Anregungen danke ich *Armin von Bogdandy*, *Jürgen Bast*, den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der am Max-Planck-Institut durchgeführten Workshops zum Unionsverfassungsrecht sowie *Heiko Sauer*. Für wertvolle Unterstützung bei der Überarbeitung und Durchsicht des Textes danke ich *Nikita Leonie Peck*.

1 Siehe etwa *Christiaan Timmermans*, *The EU and Public International Law*, *European Foreign Affairs Review* 4 (1999), 181–194 (181); daran anschließend *Violeta Moreno-Lax/Paul Gragl*, *The Quest for a (Fully-Fledged) Theoretical Framework: Co-Implication, Embeddedness, and Interdependency between Public International Law and EU Law*, *YBEL* 35 (2016), 455–470 (458); *Gráinne de Búrca*, *The ECJ and the International Legal Order: A Re-Evaluation*, in: *Gráinne de Búrca/Joseph H.H. Weiler* (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge: CUP 2012, 105–149 (108).

der europäischen Integration in der Unionsrechtsordnung fort: in der (völker)vertraglichen Konstruktion der Union ebenso wie in der völkerrechtlichen Prägung unionsrechtlicher Rechtsquellen, Prinzipien und Argumentationsfiguren. Gleichzeitig sind die Union und die Unionsrechtsordnung selbst in die internationale Gemeinschaft und die Völkerrechtsordnung eingebunden: Die Union ist Völkerrechtssubjekt, Partei völkerrechtlicher Verträge und Mitglied internationaler Organisationen.² Sie erschafft Völkerrecht, ist an Völkerrecht gebunden und kann Völkerrecht verletzen. Das Völkerrecht bildet zudem den Rahmen für die auswärtigen Beziehungen der Union zu internationalen Organisationen und Drittstaaten.³

Unionsrecht und Völkerrechtsordnung segeln damit nicht „wie Schiffe in der Nacht“ aneinander vorbei, wie es der ehemalige Generalanwalt *Miguel Poiares Maduro* treffend formuliert hat.⁴ Sie stehen vielmehr in einem engen und wechselseitigen Wirkungszusammenhang. Wie genau das Verhältnis zwischen Unionsrecht und Völkerrechtsordnung ausgestaltet ist, lässt sich allerdings nicht ohne weiteres bestimmen: Die Regelungen der Unionsverträge sind fragmentarisch,⁵ und die Rechtsprechung des EuGH lässt sich nur schwer zu einem kohärenten Gesamtbild zusammenfügen.⁶ In der wissenschaftlichen Diskussion wird die Frage selten umfassend in den Blick genommen, sondern vielmehr anhand einzelner dogmatischer Fragestellungen oder kontroverser Fallkonstellationen diskutiert: den innerunionalen Wirkungen des WTO-Rechts, dem Verhältnis zu vom UN-Sicherheitsrat beschlossenen Sanktionen oder den Grenzen der Einbindung der Union in das Regelungsgefüge der EMRK oder internationaler Investitionsschutzabkommen.

2 Ausführlich *Jed Odermatt*, *International Law and the European Union*, Cambridge: CUP 2021.

3 Hierzu *Ley*, in diesem Band, II.

4 GA *Maduro*, Schlussanträge v. 16.1.2008, Rs. C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:11, Rn. 22 – *Kadi I*.

5 *Pieter Jan Kuijper*, „It Shall Contribute to... the Strict Observance and Development of International Law...“, in: *Court of Justice of the European Union* (Hrsg.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague: Asser Press 2013, 589–613 (590); *Violeta Moreno-Lax*, *The Axiological Emancipation of a (Non-)Principle: Autonomy, International Law and the EU Legal Order*, in: *Inge Govaere/Sacha Garben* (Hrsg.), *The Interface Between EU and International Law*, Oxford: Hart 2019, 45–72 (46 f.).

6 *Pierre Pescatore*, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen*, FS Mosler, Berlin: Springer 1983, 661–689 (662 f.).

Eine verfassungsrechtliche Lesart der Unionsverträge legt einen anderen Zugriff nahe: Art. 3 Abs. 5 EUV erkennt unionsverfassungsrechtlich die Bedeutung des Völkerrechts an und stellt dieses in den Kontext des Außenverfassungsrechts der Union. Im Folgenden wird zunächst der unionsverfassungsrechtliche Gehalt dieser Vorgabe entfaltet und in den systematischen Zusammenhang mit den unionsrechtlichen Regelungen zum Völkerrecht im Übrigen gestellt (II.). Dann werden die theoretischen Prämissen, die dem unionsverfassungsrechtlich bestimmten Verhältnis zum Völkerrecht zugrunde liegen, in den Blick genommen (III.) und anschließend die dogmatischen Grundstrukturen zu dieser Frage untersucht (IV.). Auf dieser Grundlage lassen sich abschließend Grundaussagen über das Verhältnis der Union zum Völkerrecht treffen (V.).

II. Bestandsaufnahme: Das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht als Thema des unionalen Außenverfassungsrechts

Die rechtlichen Fragen rund um das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht sind an der Schnittstelle von zwei Teilrechtsgebieten des Europarechts angesiedelt: Sie betreffen einerseits das unionale Außenverfassungsrecht, werden aber selten systematisch als Teil dieser Thematik behandelt.⁷ Andererseits berühren sie Fragen der Rechtsquellenlehre und werden in diesem Zusammenhang diskutiert,⁸ wobei vielfach der Bezug zum weiteren Kontext des Außenverfassungsrechts verloren geht.⁹ Art. 3 Abs. 5 EUV bietet demgegenüber einen Anknüpfungspunkt für eine systematische Analyse des Verhältnisses von Unionsrecht und Völkerrecht: Die Vorschrift regelt nicht nur die Wirkungen des Völkerrechts in der Unionsrechtsordnung, sondern auch und vor allem das auswärtige Handeln der Union, und bietet damit die Möglichkeit, Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwi-

7 Zur Schwierigkeit der Systematisierung des Außenverfassungsrechts allgemein *Andreas von Arnould*, Das System der Europäischen Außenbeziehungen, in: *Andreas von Arnould/Marc Bungenberg* (Hrsg.), *Europäische Außenbeziehungen*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 12, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, § 1 Rn. 20 ff.

8 Exemplarisch *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim*, *Europarecht*, 9. Aufl., München: C.H. Beck 2021, § 9 Rn. 5 ff., Rn. 26 ff. und Rn. 152 ff.

9 Offen bleibt dieser Bezug etwa bei *Robert Uerpmann-Witzack*, *Völkerrechtliche Verfassungselemente*, in: *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 177–226.

schen diesen beiden Themenkomplexen offenzulegen.¹⁰ Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden untersucht, welche Fragestellungen das unionale Außenverfassungsrecht aufwirft und welche Rolle das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht dabei spielt (1.). Sodann wird den Funktionen von Art. 3 Abs. 5 EUV in diesem Zusammenhang nachgegangen (2.), bevor einzelne Vorschriften des Unionsverfassungsrechts, die sich zum Verhältnis zum Völkerrecht verhalten, systematisiert werden (3.).

1. Unionales Außenverfassungsrecht: „Staatsrecht III“ ohne Staat

In Anlehnung an das staatliche Außenverfassungsrecht lassen sich zwei Themenkomplexe unterscheiden:¹¹ Regelungen über die auswärtige Gewalt, die sowohl Kompetenz- und Verfahrensfragen als auch materielle Bindungen des auswärtigen Handelns umfassen,¹² sowie Vorgaben für die innerstaatliche Verarbeitung des Völkerrechts.¹³ Diese Systematik lässt sich auf das Außenverfassungsrecht der Union übertragen: Zum einen geht es um die Frage, welche Vorgaben das Unionsverfassungsrecht für das auswärtige Handeln der Union enthält.¹⁴ Regelungen über die Verbands- und Organkompetenzen der Union im Bereich der auswärtigen Gewalt und über die entsprechenden Willensbildungs- und Entscheidungsverfahren finden sich über die Unionsverträge verteilt.¹⁵ Art. 3 Abs. 5 EUV statuiert zudem

10 Hierzu bereits *Armin von Bogdandy/Maja Smrkolj*, *European Community and Union Law and International Law*, MPEPIL, Stand: Februar 2011, Rn. 37.

11 Diese Themenstellungen finden sich mit unterschiedlichen Systematisierungsansätzen und Schwerpunktsetzungen bei *Rudolf Geiger*, *Staatsrecht III*, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2018; *Michael Schweitzer/Hans-Georg Dederer*, *Staatsrecht III*, 12. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2020; *Heiko Sauer*, *Staatsrecht III*, 8. Aufl. 2024; *Christian Calliess*, *Staatsrecht III*, 4. Aufl. 2022; *Frank Schorkopf*, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen*, 2017.

12 Klare Differenzierung dieser beiden Teilaspekte bei *Sauer* (Fn. 11), § 4; weniger deutlich ausgeprägt etwa bei *Calliess* (Fn. 11), §§ 3 f.

13 Siehe *Geiger* (Fn. 11), §§ 33 ff.; *Sauer* (Fn. 11), §§ 6 f.; *Schweitzer/Dederer* (Fn. 11), § 4.

14 Hierzu *Daniel Thym*, *Auswärtige Gewalt*, in: *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 441–488.

15 Siehe Art. 37 EUV; Art. 216 AEUV; hierzu *Till Müller-Ibold*, *Das Recht der Außenbeziehungen*, in: *Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, § 12 Rn. 213 ff.

materielle Vorgaben für das auswärtige Handeln in Form von Werten,¹⁶ Zielen und Interessen, die in Art. 21 EUV sowie im Rahmen der einzelnen Politiken,¹⁷ zum Teil in Form spezifischer Zielvorgaben¹⁸ oder Handlungsaufträge,¹⁹ aufgegriffen und konkretisiert werden. Zum anderen geht es im Außenverfassungsrecht um die Frage, wie die Unionsrechtsordnung ihrerseits mit äußeren Vorgaben und Einflüssen, also mit dem Völkerrecht umgeht.²⁰

2. Art. 3 Abs. 5 EUV als außenverfassungsrechtliche Grundnorm

a) Das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht als Regelungsgegenstand von Art. 3 Abs. 5 EUV

Von diesen verschiedenen Regelungsgegenständen des unionalen Außenverfassungsrechts nimmt Art. 3 Abs. 5 EUV auf den ersten Blick nur die materiellen Vorgaben auswärtigen Handelns in Form von Werten, Zielen und Interessen in den Blick. Zu Kompetenz- und Verfahrensfragen verhält sich

-
- 16 In Art. 21 EUV synonym als „Grundsätze“ bezeichnet, siehe *Jörg Philipp Terhechte*, in: Ulrich Becker/Armin Hatje/Johann Schoo/Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2019, Art. 21 EUV, Rn. 4.
- 17 Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1, Art. 23 EUV (GASP); Art. 21 Abs. 3 UAbs. 1 EUV, Art. 205 AEUV (für die Politikbereiche im Übrigen); Art. 207 Abs. 1 S. 2 AEUV (Gemeinsame Handelspolitik); Art. 208 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV (Entwicklungszusammenarbeit); Art. 212 Abs. 1 S. 2 AEUV (sonstige Zusammenarbeit mit Drittländern) und Art. 214 Abs. 1 S. 1 AEUV (humanitäre Hilfe).
- 18 Art. 191 Abs. 1 AEUV (Bekämpfung des Klimawandels); Art. 194 Abs. 1 lit. b AEUV (Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit); Art. 206 f. AEUV für die Gemeinsame Handelspolitik (Entwicklung des Welthandels und Handelsliberalisierung), Art. 32, Art. 206 f. AEUV (Ausgestaltung der Zollunion); Art. 208 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV (Armutsbekämpfung in der Entwicklungszusammenarbeit) und Art. 214 Abs. 1 S. 2 AEUV (Zielbestimmungen im Bereich der humanitären Hilfe).
- 19 Art. 6 Abs. 2 EUV; Protokoll (Nr. 8) zu Art. 6 Abs. 2 EUV über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, ABL 2012 C 326/273 (Beitritt zur EMRK); Art. 8 EUV (Entwicklung besonderer Beziehungen zu den Nachbarstaaten); Art. 21 Abs. 1 UAbs. 2 EUV (Ausbau der internationalen Beziehungen zu Drittländern sowie regionalen und internationalen Organisationen); Förderung der Zusammenarbeit mit dritten Ländern und internationalen Organisationen in bestimmten Politikbereichen: Art. 165 Abs. 3, Art. 166 Abs. 3 AEUV (Bildung und Sport), Art. 167 Abs. 3 AEUV (Kultur), Art. 168 Abs. 3 AEUV (Gesundheit), Art. 171 Abs. 3 AEUV (Infrastrukturvorhaben), Art. 180 lit. b, Art. 186 AEUV (Forschung), Art. 191 Abs. 5 AEUV (Umwelt), Art. 196 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c AEUV (Katastrophenschutz).
- 20 Zur Systematik der entsprechenden Regelungen unten II.3.

die Vorschrift nicht, und auch für die Frage des Verhältnisses zum Völkerrecht ist ihr Regelungsgehalt eher dünn. Nach Art. 3 Abs. 5 EUV leistet die Union einen Beitrag zur „strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts, insbesondere zur Wahrung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen“. Hierauf aufbauend verpflichtet Art. 21 Abs. 1 EUV die Union auf die Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts im Rahmen ihres Handelns auf internationaler Ebene. Art. 21 Abs. 2 lit. b EUV sieht zudem die Festigung und Förderung des Völkerrechts als Ziel vor, das die Union im Rahmen ihrer auswärtigen Beziehungen verfolgen soll. Die Bezugnahme auf das Völkerrecht ist insoweit primär als Auftrag im Außenverhältnis, auf die Einhaltung des Völkerrechts durch die übrige Welt hinzuwirken, ausgestaltet, und regelt die Einhaltung des Völkerrechts durch die Union oder gar bestimmte Wirkungen in der Unionsrechtsordnung nicht explizit.

Gleichwohl lässt sich in ihr eine allgemeine Vorgabe zur Einhaltung des Völkerrechts sehen,²¹ wie dies nunmehr auch der EuGH tut.²² Auch wenn sich in der Genese der Vorschrift kein Bezug zu dieser Frage erkennen lässt,²³ ist Art. 3 Abs. 5 EUV doch sehr viel offener gegenüber dem Völkerrecht formuliert als seine Vorgängerfassungen, in denen das Völkerrecht keine Erwähnung fand und die EU sich vielmehr mit extrovertierter Stoß-

21 Siehe *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 8), § 9 Rn.152; *Werner Schroeder*, Customary International Law in the European Union Legal System, in: Fernando Lusa Bordin/Andreas Th. Müller/Francisco Pascual-Vives (Hrsg.), *The European Union and Customary International Law*, Cambridge: CUP 2022, 177–209 (179); *Philipp Tamblé*, Abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts als ordre public-Vorbehalt gegenüber dem Völkerrecht, Baden-Baden: Nomos 2021, 147 f.; *Helmut P. Aust*, Eine völkerrechtsfreundliche Union? Grund und Grenze der Öffnung des Europarechts zum Völkerrecht, *EuR* 2017, 106–121 (109); *Markus Kotzur*, Völkerrechtliche Grundlagen der Europäischen Union, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, § 12 Rn. 8; *Christoph Herrmann/Thomas Streinz*, Die EU als Mitglied der WTO, in: Andreas von Arnould/Marc Bungenberg (Hrsg.), *Europäische Außenbeziehungen*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 12, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, § 13 Rn. 137; *Koen Lenaerts/José A. Guitérrez-Fons/Stanislas Adam*, Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order, *ZaöRV* 81 (2021), 47–87 (57).

22 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, Rs. C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, Rn. 101 – *Air Transport Association of America*; Urteil v. 12.11.2019, Rs. C-363/18, ECLI:EU:C:2019:954, Rn. 48 – *Organisation juive européenne*.

23 *Alessandra Gianelli*, Customary International Law in the European Union, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti/Ramses A. Wessel (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden: Nijhoff 2012, 93–110 (94).

richtung das Ziel gab, ihre Identität auf internationaler Ebene zu behaupten.²⁴ Auch der systematische Vergleich von Art. 21 Abs. 1 EUV und Art. 3 Abs. 5 EUV spricht hierfür: Während Art. 21 Abs. 1 EUV auf das „Handeln der Union auf internationaler Ebene“²⁵ beschränkt ist, spricht Art. 3 Abs. 5 EUV weitergehend von den „Beziehungen zur übrigen Welt“.²⁶ Diese Beziehungen gehen über das auswärtige Handeln hinaus und umfassen auch den eigenen Umgang mit völkerrechtlichen Verpflichtungen. Völkerrechtsverletzungen begründen die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Union und können Reaktionen anderer Staaten und internationaler Akteure auslösen. Zudem beeinträchtigen sie die Glaubwürdigkeit und damit die Möglichkeiten der Union, als „normative power“²⁷ gegenüber anderen internationalen Akteuren auf die Einhaltung des Völkerrechts hinzuwirken.²⁸ Art. 3 Abs. 5 EUV erkennt diesen engen Zusammenhang zwischen dem auswärtigen Handeln und der eigenen Völkerrechtstreue der Union unionsverfassungsrechtlich an.

Art. 3 Abs. 5 EUV lässt sich damit als unionsverfassungsrechtliches Gebot der Einhaltung des Völkerrechts lesen. Allerdings ist dieses Bekenntnis zum Völkerrecht nicht absolut, sondern unterliegt Relativierungen:²⁹ Art. 3 Abs. 5 EUV stellt die Einhaltung des Völkerrechts neben verschiedene andere Ziele, die potenziell mit völkerrechtlichen Vorgaben kollidieren können, wie insbesondere die eigenen Werte und Interessen.³⁰ Art. 3 Abs. 5 EUV steht darüber hinaus in einem Spannungsverhältnis zu anderen unionsverfassungsrechtlichen Normen und ist damit offen für Einschrän-

24 Siehe Katja S. Ziegler, *International Law and EU Law: between Asymmetric Constitutionalisation and Fragmentation*, in: Alexander Orakhelashvili (Hrsg.), *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, 268–327 (292 f.).

25 Englisch: „Union’s action on the international scene“; französisch: „action de l’Union sur la scène internationale“.

26 Englisch: „relations with the wider world“; französisch: „relations avec le reste du monde“.

27 Ian Manners, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, JCMS 40 (2002), 235–258 (235); Thomas Diez, *The EU in a Changing World: In Defence of Normative Power 2.0*, *Marmara Journal of European Studies* 29 (2021), 1–20 (1).

28 Siehe Gráinne de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, *Harv. Int’l L. J.* 51 (2010), 1–49 (1); GA Maduro, *Kadi I* (Fn. 4), Rn. 22.

29 Rupert Dunbar, *Article 3(5) TEU a Decade on: Revisiting ‘Strict Observance of International Law’ in the Text and Context of Other EU Values*, *MJ* 28 (2021), 479–497 (479).

30 Aust (Fn. 21), 106 f.; Odermatt (Fn. 2), 253.

kungen und Relativierungen zur Durchsetzung anderer unionsverfassungsrechtlicher Anliegen.

b) Funktionen von Art. 3 Abs. 5 EUV: Systematisierung, Auslegung, Kritik

Nichtsdestotrotz weist Art. 3 Abs. 5 EUV das Potenzial zur unionsverfassungsrechtlichen Grundlagennorm (auch) für das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht auf: Erstens bildet Art. 3 Abs. 5 EUV einen Bezugspunkt für die Systematisierung des Außenverfassungsrechts. Die Vorschrift identifiziert die Einhaltung des Völkerrechts durch die Union als eigenständiges Anliegen und bildet damit einen Anknüpfungspunkt für die gemeinsame Analyse von Vorschriften, die sich hierzu verhalten. Zugleich stellt sie diese Vorschriften in den größeren Kontext des unionalen Außenverfassungsrechts und hebt dabei den Zusammenhang zwischen der Befolgung des Völkerrechts und dem auswärtigen Handeln der Union hervor.

Zweitens kann Art. 3 Abs. 5 EUV die Auslegung der über die Verträge verteilten Vorschriften zum Völkerrecht beeinflussen. Vor dem Hintergrund eines verfassungsrechtlichen Verständnisses, das die prägenden Verfassungsprinzipien hervorhebt und auch jenseits formaler Normenhierarchien unterschiedliche primärrechtsinterne „Normschichten“ und damit eine materielle Hierarchie im Unionsverfassungsrecht identifiziert,³¹ bildet Art. 3 Abs. 5 EUV die verfassungsrechtliche Zwischenschicht zwischen den allgemeinen Grundprinzipien des Art. 2 EUV und den Regelungen der Verträge im Übrigen und lässt sich daher für deren Verständnis und Auslegung fruchtbar machen.

Im Schrifttum wird dementsprechend im Rahmen konkreter dogmatischer Fragestellungen im Zusammenhang mit der unionalen Rezeption des Völkerrechts auf Art. 3 Abs. 5 EUV und das darin enthaltene Bekenntnis zum Völkerrecht zurückgegriffen.³² Konkrete Aussagen und Entscheidungen der Verträge können allerdings durch den Rückgriff auf das allgemei-

31 Hierzu *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.; siehe ferner *Christoph Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 227–277 (272); *Ulrich Hufeld*, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Kernelemente der europäischen Integration*, Baden-Baden: Nomos 2020, 239–270 (254 ff.).

32 Exemplarisch *Schroeder* (Fn. 21), 177 (zum Völkergewohnheitsrecht); *Thomas Giegerich*, in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, Bd. IV, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2023,

ne Bekenntnis zum Völkerrecht nicht unterlaufen werden. Art. 3 Abs. 5 EUV ist vielmehr seinerseits im Lichte der übrigen Vorschriften der Verträge zu verstehen und auszulegen. Als gerade im Bereich der auswärtigen Beziehungen mit beschränkten Kompetenzen ausgestattete politische Gemeinschaft definiert sich die Union nicht nur über die grundlegenden Prinzipien, die in Art. 2 und Art. 3 EUV normiert sind, sondern auch über die konkrete vertragliche Ausgestaltung, wie Art. 3 Abs. 6 EUV mit Blick auf die Kompetenzfrage betont. Die normativen Konturen des unionalen Außenverfassungsrechts ergeben sich aus dem Zusammenspiel von Verfassungsprinzipien und konkreteren Normierungen, in der Wechselbezüglichkeit von Deduktion und Induktion.

Drittens enthält Art. 3 Abs. 5 EUV über seine rechtsdogmatische Bedeutung hinaus kritisches Potenzial für die Beurteilung einzelner Regelungen und Entwicklungen des Unionsrechts. Die Vorschrift ist insofern zukunftsgerichtet und weist eine transformative Dimension auf.³³ Das gilt für das Wertbekenntnis des Art. 3 Abs. 5 EUV für das auswärtige Handeln der Union, das eine defizitäre tatsächliche Wertorientierung der unionalen Außenpolitik nicht nur als politisch oder moralisch, sondern auch als rechtlich kritikwürdig erscheinen lässt.³⁴ Dieses kritische Potenzial lässt sich auch für die Frage der Befolgung des Völkerrechts durch die Union fruchtbar machen.

c) Art. 3 Abs. 5 EUV und die Kernverfassung der Union

Versteht man Art. 3 Abs. 5 EUV als Grundnorm des unionalen Außenverfassungsrechts und als zentrales Gebot der Einhaltung des Völkerrechts durch die Union, so lässt sich die Vorschrift zudem systematisch im Regelungsgefüge der aus Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV bestehenden

Art. 216 AEUV, Rn. 220; Herrmann/Streinz (Fn. 21), Rn. 137 (zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung).

33 Zum transformativen Potenzial des Unionsverfassungsrechts Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.3.; Armin von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2022, 119 ff.

34 Siehe Joris Larik, Entrenching Global Governance: The EU's Constitutional Objectives Caught Between a Sanguine World View and a Daunting Reality, in: Bart van Vooren/Steven Blockmans/Jan Wouters (Hrsg.), The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension, Oxford: OUP, 2013, 7–22 (7).

Kernverfassung der Union³⁵ verorten. Am deutlichsten ausgeprägt ist der Zusammenhang zwischen Art. 3 Abs. 5 EUV und den Werten der Union, die in Art. 2 EUV verankert sind und deren Förderung Art. 3 Abs. 1 EUV zum wesentlichen Ziel der Union erklärt. Die im Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV enthaltene Bindung von Union und Mitgliedstaaten an das Recht lässt sich in diesem Licht nicht nur als Bindung an das Unionsrecht, sondern auch als Bindung an das Völkerrecht verstehen. Die beiden Dimensionen der Rechtsbindung werden durch die Bezugnahme von Art. 3 Abs. 5 EUV auf Art. 2 EUV in einen Zusammenhang gebracht. Art. 3 Abs. 5 EUV konkretisiert damit die Vorgaben des Art. 2 EUV. Gleichzeitig erfährt das Bekenntnis zum Völkerrecht durch die Aufnahme in die Kernvorschrift des Art. 2 EUV eine unionsverfassungsrechtliche Verstärkung.

Über die allgemeine Bindung an das Völkerrecht hinaus schlägt Art. 3 Abs. 5 EUV den Bogen zu zwei weiteren kernverfassungsrechtlichen Regelungsgehalten und verdeutlicht deren internationale Dimension: Erstens greift Art. 3 Abs. 5 EUV das Friedensgebot des Art. 3 Abs. 1 EUV auf und bringt damit – wie schon die Präambel, die von Frieden in Europa und in der Welt spricht – zum Ausdruck, dass nicht nur der Frieden zwischen den Mitgliedstaaten der EU gemeint ist, sondern der Frieden in seiner globalen Dimension.³⁶ Art. 3 Abs. 5 EUV konkretisiert dieses Ziel durch die Verpflichtung der Union, einen Beitrag zu Frieden und Sicherheit, aber auch zu anderen für den Frieden relevanten Bestrebungen wie der globalen nachhaltigen Entwicklung, der Solidarität und gerechtem Handel zu leisten. Vor allem aber verbindet die Vorschrift das Ziel der Wahrung und Förderung des Friedens mit den Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen.

Zweitens lenkt die außenverfassungsrechtliche Vorschrift des Art. 3 Abs. 5 EUV den Blick darauf, dass Art. 2 EUV die Wahrung der Menschenrechte als Wert der Union anerkennt. Entgegen der nahezu einhelligen Auffassung im Schrifttum, die im Kontext von Art. 2 EUV die Menschenrechte

35 Zu diesem Verständnis und seinen Implikationen von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.1.

36 Differenzierte historische Bewertung des Beitrags der europäischen Integration zu Frieden und internationaler Sicherheit bei *Kiran Klaus Patel*, *Projekt Europa: Eine kritische Geschichte*, München: C.H. Beck 2018, 65 ff., der unterscheidet zwischen dem (überschaubaren) Beitrag zu internationalem Frieden, dem (anfänglich sogar potentiell kontraproduktiven) Beitrag zum Frieden in Europa und dem (in seiner Bedeutung überbewerteten) Beitrag zum Frieden zwischen den Mitgliedstaaten der damaligen Gemeinschaften.

mit den Unionsgrundrechten gleichsetzt,³⁷ lässt sich Art. 2 EUV daher als Hervorhebung nicht nur der Unionsgrundrechte, sondern auch und vor allem der völkerrechtlich verankerten Menschenrechte, und zwar über die EMRK hinaus verstehen. Für dieses Verständnis spricht auch die Terminologie der Unionsverträge im Übrigen, die von Menschenrechten im Zusammenhang mit der EMRK³⁸ und dem auswärtigen Handeln der Union³⁹ sprechen, von Grundrechten, wenn es speziell um die Unionsgrundrechte geht.⁴⁰ Zum Verfassungskern der Union gehören damit nicht nur die Unionsgrundrechte, sondern auch die Menschenrechte in ihrer internationalen Dimension.

Weniger stark ausgeprägt ist demgegenüber der Bezug zwischen Art. 3 Abs. 5 EUV und Art. 1 EUV, doch auch insofern sind Verbindungslinien erkennbar: So findet die völkerrechtliche Grundierung der Union ihren Niederschlag in der Betonung des EU-Vertrags als Gründungsakt der Union in Art. 1 Abs. 1 EUV sowie in der Bestimmung der Verträge als Grundlage der Union in Art. 1 Abs. 3 S. 1 EUV. Zudem besteht ein Bezug zum Vorhaben der Europäischen Integration als solche, die Art. 1 Abs. 2 EUV als Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas bezeichnet. Denn rechtlich betrachtet war und ist diese Integration nur dadurch denkbar, dass sich das Unionsrecht vom Völkerrecht abgrenzt und emanzipiert.⁴¹ Das plausibilisiert Abschottungstendenzen der Unionsrechtsordnung ge-

37 Siehe *Rudolf Geiger/Lando Kirchmair*, in: Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur/Lando Kirchmair (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2023, Art. 2 EUV, Rn. 3; *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München: C.H. Beck, Stand: Mai 2020, Art. 2 EUV, Rn. 36; *Matthias Pechstein*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 2 EUV, Rn. 7; *Wolff Heintschel von Heinegg*, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2018, Art. 2 EUV, Rn. 11; *Jörg Philipp Terhechte*, in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2023, Art. 2 EUV, Rn. 29; *Christian Calliess*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 2 EUV, Rn. 28.

38 Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 EUV; Art. 218 Abs. 6 lit. a, Abs. 8 AEUV.

39 Art. 3 Abs. 5 EUV; Art. 21 Abs. 1, Abs. 2 lit. b EUV.

40 Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EUV; Art. 67 Abs. 1 AEUV (im Zusammenhang mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts); Art. 151 AEUV (im Kontext der Sozialpolitik mit Bezug auf die sozialen Grundrechte, die auch schon in der Präambel des EUV Erwähnung finden).

41 Dazu unten III.1.

genüber dem Völkerrecht und die Weigerung des EuGH, völkerrechtliche Vorgaben vollumfänglich und vorbehaltlos in die Unionsrechtsordnung zu überführen.⁴² Verortet man Art. 3 Abs. 5 EUV dergestalt in der Systematik der Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV, ist das Spannungsverhältnis zwischen Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtskepsis, das das Verhältnis zwischen Unionsrechtsordnung und Völkerrechtsordnung sowohl in verfassungstheoretischer Hinsicht prägt⁴³ als auch in den dogmatischen Grundstrukturen zum Ausdruck gelangt,⁴⁴ bereits in der unionalen Kernverfassung angelegt.

3. Systematik der Regelungen über das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht

Im Lichte von Art. 3 Abs. 5 EUV lassen sich die weiteren Vorschriften der Verträge, die Regelungen zum Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht enthalten, systematisieren: Erstens enthält das Primärrecht Regelungen über die Befolgung völkerrechtlicher Vorgaben. Hierzu zählen neben Art. 3 Abs. 5 EUV⁴⁵ Vorschriften, die sich allgemein auf das Völkerrecht⁴⁶ oder spezifisch auf die Charta der Vereinten Nationen beziehen.⁴⁷ Das Unionsrecht enthält zudem Kollisionsregeln zugunsten bestimmter völkerrechtlicher Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.⁴⁸ Durch Vorschriften über den anvisierten EMRK-Beitritt,⁴⁹ die Übernahme von Vorgaben der EMRK im Rahmen der Interpretation der Unionsgrundrechte⁵⁰ und die Anerkennung

42 Dazu unten III.3.a.

43 Dazu unten III.3.b.

44 Dazu unten IV.

45 Dazu oben II.2.

46 Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 2 lit. b EUV; Art. 214 Abs. 2 AEUV.

47 Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 2 lit. c EUV; Erklärung Nr. 13 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, ABl. 2012 C 326/337, 345; siehe auch Art. 42 Abs. 7 UAbs. 1 S. 1 EUV, wonach die Beistandspflicht der Mitgliedstaaten im Fall eines bewaffneten Angriffs im Einklang mit Art. 51 UN-Charta besteht, der das Recht auf kollektive Selbstverteidigung begründet, an weitere Voraussetzungen knüpft und begrenzt.

48 Art. 347, Art. 350 und Art. 351 AEUV.

49 Art. 6 Abs. 2 EUV; Protokoll (Nr. 8) zu Art. 6 Abs. 2 EUV über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, ABl. 2012 C 326/273.

50 Art. 6 Abs. 3 EUV; Art. 52 Abs. 3 GRCh.

eines möglicherweise weitergehenden Schutzniveaus der EMRK⁵¹ zielt das Unionsverfassungsrecht zudem auf größtmögliche Konformität und Kohärenz mit dem Konventionsregime ab.

Zweitens enthält das Unionsrecht Vorgaben über die innerunionalen Wirkungen des Völkerrechts, wenngleich die Regelungen fragmentarisch ausfallen und nur die Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge der Union ausdrücklich geregelt ist.⁵² Die geringe Normierungsdichte legt nahe, dass Grundsatzfragen über die innerunionalen Wirkungen des Völkerrechts – von der Frage, welche Völkerrechtsnormen erfasst werden, zu den Fragen ihrer innerunionalen Geltung, Anwendbarkeit und ihres Rangs – in erheblichem Maße auf Konkretisierung vor allem durch den EuGH angelegt und angewiesen sind.⁵³

Drittens stellt sich die Frage der Grenzen der Öffnung des Unionsrechts zum Völkerrecht mit Blick sowohl auf die Befolgung und Berücksichtigung bestehender völkerrechtlicher Bindungen als auch auf die Einbindung der Union in internationale Rechtsregimes. Insoweit enthält das Primärrecht nur punktuelle Regelungen etwa über den Ausschluss konkurrierender Streitbeilegungsmechanismen zwischen den Mitgliedstaaten.⁵⁴ Im Übrigen ist auch diese Frage stark durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt.

III. Verfassungstheoretische Dimension: Monismus und Dualismus reloaded?

Das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht wird durch konkrete positiv-rechtliche Vorgaben des Völkerrechts sowie vor allem des Unionsrechts bestimmt. Allerdings stehen hinter diesen rechtlichen Vorgaben theoretische Vorverständnisse, die auch in der Wissenschaft und der Rechtsprechung des EuGH ihren Ausdruck finden. Diese Grundannahmen tragen zum Verständnis von Dogmatik und Rechtsprechung bei und stellen zudem einen Maßstab für eine kritische Bewertung gerade der Rechtsprechung des EuGH bereit. Die verfassungstheoretisch bedeutsamste Weichenstellung besteht dabei in der Emanzipation des Unionsrechts von der Völkerrechts-

51 Art. 53 GRCh.

52 Art. 216 Abs. 2 AEUV; implizit auch Art. 218 Abs. 11 AEUV.

53 Jan Klabbers, *The European Union in International Law*, Paris: Pedone 2012, 72; Paul Gragl, *The Silence of the Treaties: General International Law and the European Union*, GYIL 57 (2015), 375–410 (375).

54 Art. 344 AEUV.

ordnung (1.), die die Frage nach dem konzeptionellen Verständnis des Verhältnisses der beiden Rechtsordnungen zueinander aufwirft (2.) sowie nach den Grundprinzipien, nach denen dieses Verhältnis ausgestaltet ist (3.).

1. Die Emanzipation des Unionsrechts vom Völkerrecht

a) Zweifel an der völkerrechtlichen Konzeption der Europäischen Union

Sowohl die ursprünglichen Europäischen Gemeinschaften als auch die Europäische Union wurden durch völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten geschaffen. Die Rechtswissenschaft hat die Europäische Union daher zunächst auch als internationale Organisation im völkerrechtlichen Sinne behandelt.⁵⁵ Die völkerrechtlichen Wurzeln des Europarechts wirken zudem nach wie vor im Unionsrecht fort:⁵⁶ Art. 1 Abs. 1 EUV bringt die vertragliche Grundlage der Union zum Ausdruck. Der Vertrag von Lissabon wurde beim Sekretariat der Vereinten Nationen als völkerrechtlicher Vertrag registriert,⁵⁷ und selbst die gescheiterte Europäische Verfassung hätte die Vertragsform beibehalten.⁵⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht betont den völkervertraglichen Charakter der Verträge.⁵⁹ Völkerrechtliche Normen, Prinzipien und Argumentationsfiguren wirken im Unionsrecht fort.⁶⁰ Überschneidungen zwischen Völkerrecht und Unionsrecht gibt es zudem durch die Entwicklung formal von der Union unabhängiger, aber eng mit ihr verbundener Institutionen auf völkerrechtlicher Grundlage wie den ESM-Vertrag und den Fiskalpakt.⁶¹

55 Siehe Anna Katharina Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 232 f.

56 Zur Vereinbarkeit von völkerrechtlicher Genese und autonomer Geltung Bast/von Bogdandy, in diesem Band, III.1.

57 UNTS 2702, I-47938.

58 Siehe nur Martin Nettesheim, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München: C.H. Beck, Stand: Mai 2023, Art. 1 EUV, Rn. 75; stärkere Betonung des Verfassungscharakters etwa bei Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel, *EU Constitutional Law*, Oxford: OUP 2021, Rn. 1.056 ff.

59 BVerfGE 89, 155 (200) – *Maastricht*; BVerfGE 123, 267 (271) – *Lissabon*.

60 Siehe exemplarisch EuGH, Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 – *Wightman*.

61 Ausführlich Hannes Rathke, *Sondervertragliche Kooperationen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019; zur verfassungsrechtlichen Behandlung als Teil des Unionsrechts BVerfGE

Gleichwohl hat sich die Wahrnehmung, dass das Europarecht ein Teilbereich des Völkerrechts ist, stark verändert.⁶² Das Europarecht wird heute als eigenes, in erheblichem Maße ausdifferenziertes Rechtsgebiet verstanden und behandelt.⁶³ Die Supranationalität des Unionsrechts bildet eine Besonderheit gegenüber dem klassischen Völkerrecht.⁶⁴ Nationale Verfassungen enthalten vielfach Sonderregelungen über die europäische Integration, die mit den Besonderheiten des Unionsrechts gegenüber dem Völkerrecht begründet werden.⁶⁵ In konzeptioneller Hinsicht wird versucht, die Besonderheiten der Union zwischen klassischer internationaler Organisation und Bundesstaat zu erfassen.⁶⁶

b) Loslösung vom Völkerrecht in der Rechtsprechung des EuGH

Besonders deutlich kommt die Absage an ein völkerrechtliches Verständnis des Unionsrechts in der Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck. In der *van Gend & Loos*-Entscheidung von 1963 betont der EuGH die Be-

131, 152 (199) – *Unterrichtungspflicht*; BVerfGE 153, 74 (145 f.) – *Einheitliches Patentgericht*.

- 62 Freilich gibt es nach wie vor Ansätze, die den völkerrechtlichen Charakter betonen, siehe etwa *Bruno de Witte*, *The European Union as an International Experiment*, in: Gráinne de Búrca/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge: CUP 2012, 19–56 (19); *Theodor Schilling*, *The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations*, *Harv. Int'l L. J.* 37 (1996), 389–410 (389). Auch verfassungsrechtliche Ansätze, die die nationalstaatliche Souveränität betonen, heben vielfach den völkerrechtlichen Charakter der Union hervor, siehe etwa *Christian Hillgruber*, *Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2013, § 32 Rn. 78 ff.
- 63 Zur Entwicklung *Mangold* (Fn. 55), 231 ff.; zum Verhältnis von Europarechts- und Völkerrechtswissenschaft *Ramses A. Wessel*, *Studying International Law and European Law: Confronting Perspectives and Combining Interests*, in: Inge Govaere/Sacha Garben (Hrsg.), *The Interface Between EU and International Law*, Oxford: Hart 2019, 73–97 (73).
- 64 Überblick bei *Jan Willem van Rossem*, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, in: Ramses A. Wessel/Steven Blockmans (Hrsg.), *Between Autonomy and Dependence*, The Hague: Springer 2013, 13–46 (24 ff.).
- 65 *Mattias Wendel*, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 44 ff.
- 66 Zu den unterschiedlichen Deutungsangeboten *Ferdinand Weber*, *Formen Europas – Rechtsdeutung, Sinnfrage und Narrativ im Rechtsdiskurs um die Gestalt der Europäischen Union*, *Der Staat* 55 (2016), 151–179 (151).

sonderheiten der Gemeinschaftsrechtsordnung, um die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts im innerstaatlichen Recht zu begründen, bezeichnet das Gemeinschaftsrecht aber noch als eine „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“.⁶⁷ Damit entfernt sich der Gerichtshof von einem klassischen völkerrechtlichen Ansatz, wie ihn die Regierungen von drei Mitgliedstaaten und der Generalanwalt im Verfahren vertreten hatten,⁶⁸ und geht den ersten Schritt zu einem supranationalen, verfassungsrechtlichen Ansatz.⁶⁹ Gleichzeitig akzeptiert er den völkerrechtlichen Ursprung des Europarechts⁷⁰ und sagt sich noch nicht vollständig von einem völkerrechtlichen Verständnis los.⁷¹

In der *Costa/E.N.E.L.*-Entscheidung von 1964 geht der Gerichtshof dann einen Schritt weiter, spricht davon, dass das Gemeinschaftsrecht eine „eigene Rechtsordnung“ sei und betont deutlicher den Unterschied zu „gewöhnlichen internationalen Verträgen“.⁷² In der Formulierung ist die spätere Entwicklung zu einem expliziten verfassungsrechtlichen Verständnis⁷³ angelegt, das die Loslösung von völkerrechtlichen Vorstellungen noch deutlicher hervorhebt.⁷⁴ Auch in der Sache entfernen sich die vom EuGH 1963 und 1964 entwickelten Grundsätze der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs von einem völkerrechtlichen Verständnis der Einwirkungen internationalen Rechts in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.⁷⁵ Die

67 EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25 – *van Gend & Loos*.

68 Siehe *Eric Stein*, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *AJIL* 75 (1981), 1–27 (6).

69 *Ulrich Haltern*, *Europarecht*, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Rn. 596; restriktivere Lesart bei *de Witte* (Fn. 62), 38 f.

70 *Pierre Pescatore*, *Van Gend en Loos*, 3 February 1963 – A View from Within, in: Miguel Poiares Maduro/Loïc Azoulay (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford: Hart 2010, 3–8 (5).

71 *Franz C. Mayer*, *Van Gend en Loos*: The Foundation of a Community of Law, in: Miguel Poiares Maduro/Loïc Azoulay (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford: Hart 2010, 16–25 (20).

72 EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, S. 1269 – *Costa/E.N.E.L.*; siehe *Haltern* (Fn. 69), Rn. 994; die Ambivalenz der Formulierung betont *Jan Klabbers*, *Straddling the Fence: The EU and International Law*, in: Damian Chalmers/Anthony Arnall (Hrsg.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford: OUP 2015, 52–73 (58); zustimmend noch BVerfGE 22, 293 (295).

73 Siehe erstmals EuGH, Urteil v. 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 – *Les Verts/Parlament*.

74 *Joseph H.H. Weiler*, *The Transformation of Europe*, *Yale L. J.* 100 (1991), 2403–2483 (2407).

75 Siehe *Haltern* (Fn. 69), Rn. 589 ff.; *Jörg Philipp Terhechte*, *Prinzipienordnung der Europäischen Union*, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Europäi-*

Autonomie des Unionsrechts vom Völkerrecht gehört seitdem zu den etablierten Argumentationsfiguren des EuGH.⁷⁶

c) Verfassungstheoretische Implikationen

Die Herausbildung einer eigenständigen Rechtsordnung mit Autonomie nicht nur gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, sondern auch gegenüber dem Völkerrecht lässt sich als Ausdruck eines Konstitutionalisierungsprozesses deuten.⁷⁷ Sie beruht auf den Besonderheiten des Unionsrechts im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht, grenzt dieses von „gewöhnlichen“ völkerrechtlichen Bindungen ab und impliziert die Herausbildung einer autonomen Unionsrechtsordnung gegenüber dem Völkerrecht. Auf dieser Grundlage stellt sich das Unionsrecht nicht als Teilbereich des Völkerrechts dar, dessen Verhältnis zu anderen völkerrechtlichen Normen und Normkomplexen sich nach völkerrechtlichen Maßstäben und Prinzipien bemisst.⁷⁸ Die Unionsrechtsordnung beansprucht vielmehr, ihr Verhältnis zu völkerrechtlichen Bindungen und die Wirkungen des Völkerrechts in der Unionsrechtsordnung selbst regeln zu können.

Damit unterscheidet sich die Unionsrechtsordnung nicht nur graduell, sondern kategorial von Teilrechtsgebieten des Völkerrechts, die sich untereinander nicht als eigenständige Rechtsordnungen, sondern als Regelungskomplexe innerhalb der Völkerrechtsordnung begegnen: In der wirkmächtigen Debatte über die Fragmentierung der Völkerrechtsordnung wird erkennbar davon ausgegangen, dass verschiedene völkerrechtliche Regelungskomplexe keine unterschiedlichen *Rechtsordnungen* darstellen, sondern

ches Organisations- und Verfassungsrecht, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, § 14 Rn. 35.

76 Dazu unten IV.3.

77 Siehe *Anne Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 244 ff.; *Heiko Sauer*, *Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte*, JZ 2019, 925–935 (935); *Jan Willen van Rossem*, *The EU at Crossroads: A Constitutional Inquiry into the Way International Law Is Received within the EU Legal Order*, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti/Ramses A. Wessel (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden: Nijhoff 2012, 59–89 (81 ff.).

78 *Samantha Besson*, *European Legal Pluralism after Kadi*, EuConst 5 (2009), 237–264 (240).

Rechtsregimes innerhalb der Völkerrechtsordnung, sodass Normkonflikte nach Maßgabe völkerrechtlicher Kollisionsregeln zu behandeln sind.⁷⁹

Auch wenn das Unionsrecht aus der Perspektive des Völkerrechts als regionales Völkerrecht wahrgenommen wird,⁸⁰ tritt es dem Völkerrecht mit dem Anspruch einer eigenständigen Rechtsordnung gegenüber und ist insofern strukturell mit einer innerstaatlichen Rechtsordnung vergleichbar.⁸¹ Auch der EuGH spricht von unterschiedlichen Rechtsordnungen⁸² und bezeichnet das Unionsrecht als interne und autonome Rechtsordnung.⁸³

2. Die Konzeption des Rechtsordnungsverhältnisses: Monismus, Dualismus, Pluralismus?

Mit der Anerkennung der Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung nicht nur gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, sondern auch gegenüber dem Völkerrecht, stellt sich die Frage, wie dieses Verhältnis konzeptionell ausgestaltet ist.

79 ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), Rn. 21 ff., Rn. 26. Nur in Fußnote 244 spricht die ILC von der „WTO legal order“, womit allerdings ersichtlich keine Anerkennung als dem Völkerrecht im Übrigen eigenständig entgegengesetzte Rechtsordnung gemeint ist, sondern das WTO-Recht als Teilrechtsgebiet des Völkerrechts.

80 Siehe ILC (Fn. 79), Rn. 218 f.

81 Siehe von Bogdandy/Smrkolj (Fn. 10), Rn. 3; Koen Lenaerts/Eddy de Smijter, The European Union as an Actor under International Law, YBEL 19 (1999), 95–138 (137); Moreno-Lax/Gragl (Fn. 1), 459 ff.; Aust (Fn. 21), 110; Kuijper (Fn. 5), 590; mit kritischer Stoßrichtung Bardo Fassbender, Triepel in Luxemburg – Die dualistische Sicht des Verhältnisses zwischen Europarecht und Völkerrecht in der „Kadi-Rechtsprechung“ des EuGH als Problem des Selbstverständnisses der Europäischen Union, DÖV 2010, 333–341 (339).

82 EuGH, Urteil v. 16.11.2011, Rs. C-548/09 P, ECLI:EU:C:2011:735, Rn. 100 – *Bank Mellat Iran*.

83 EuGH, Urteil v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 317 – *Kadi I*; siehe auch Europäisches Parlament, Entschließung vom 2.10.1997 zu den Beziehungen zwischen dem Völkerrecht, dem Gemeinschaftsrecht und dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten, A4–0278/97, ABl. C 325/26, Rn. 14; noch weiter gehend GA Maduro, *Kadi I* (Fn. 4), Rn. 21: „municipal legal order of trans-national dimensions“.

a) Monismus und Dualismus als theoretische Grundkonzeptionen

Aus völkerrechtlicher Sicht stellt sich das Verhältnis zunächst strukturell vergleichbar dem Verhältnis zu innerstaatlichen Rechtsordnungen dar: Das Völkerrecht verhält sich grundsätzlich nicht zu seinen Wirkungen in der innerstaatlichen Rechtsordnung, lässt allerdings nicht zu, dass innerstaatliche Regelungen zur Begründung für die Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen herangezogen werden.⁸⁴ Nichts anderes gilt im Ausgangspunkt für das Verhältnis zur Unionsrechtsordnung.⁸⁵ Aus der Perspektive des Unionsrechts ist die Frage hingegen komplexer. Sie wird in Anlehnung an den klassischen theoretischen Diskurs zum Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht anhand des Gegensatzpaars von Monismus und Dualismus verhandelt.⁸⁶ Auf der Grundlage einzelner Anknüpfungspunkte in den Verträgen, vor allem aber einzelner Aussagen und Ansätze des EuGH vertreten einige ein grundsätzlich monistisches Verständnis des Unionsrechts gegenüber dem Völkerrecht.⁸⁷ Andere sehen insbesondere in der EuGH-Rechtsprechung ein klares Bekenntnis zum Dualismus⁸⁸ und kontrastieren dieses mit dem monistischen Verständnis im Verhältnis des Unionsrechts zu den

84 James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. Aufl., Oxford: OUP 2019, 48 f.

85 EU-spezifische Klauseln in völkerrechtlichen Verträgen stellen diesen Befund nicht in Frage, siehe dazu Paz Andrés Sáenz de Santa María, *The European Union and the Law of Treaties: A Fruitful Relationship*, EJIL 30 (2019), 721–751 (743 ff.); Odermatt (Fn. 2), 69 f.

86 Dazu Andreas von Arnould, *Völkerrecht*, 5. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2023, Rn. 502 ff.; Crawford (Fn. 84), 45 ff.; ausführlich Christine Amrhein-Hofmann, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, Berlin: Duncker & Humblot 2003.

87 Kirsten Schmalenbach, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 216 AEUV, Rn. 32; Lenaerts/de Smijter (Fn. 81), 104 ff.; Pescatore (Fn. 6), 680 ff.; Helen Keller, *Rezeption des Völkerrechts*, Berlin: Springer 2003, 253 ff.; Silja Vöneky/Britta Beylage-Haarmann, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München: C.H. Beck, Stand: Oktober 2016, Art. 216 AEUV, Rn. 27; Rudolf Mögele, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 216 AEUV, Rn. 49; Haltern (Fn. 69), Rn. 1813; Christian Tomuschat, *Case Note*, CML Rev. 43 (2006), 537–551 (545); Allan Rosas, *The European Court of Justice and Public International Law*, in: Jan Wouters/André Nollkaemper/Erika de Wet (Hrsg.), *The Europeanisation of International Law*, Den Haag: Asser 2008, 71–86 (75); Kuijper (Fn. 5), 592.

88 Klabbers (Fn. 53), 72; Oppermann/Classen/Nettesheim (Fn. 8), § 38 Rn. 34; Theodore Konstadinides, *Customary International Law as a Source of EU Law: A Two-Way Fertilization Route?*, YBEL 35 (2016), 513–532 (513 f.); Fassbender (Fn. 81), 336 ff.

mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.⁸⁹ Zum Teil wird von einem gemischt dualistisch-monistischen Verständnis gesprochen.⁹⁰

Die unterschiedlichen Einordnungen deuten die konzeptionellen Unschärfen des Gegensatzes von Monismus und Dualismus an: Zum Teil bezieht sich der Gegensatz – in enger Anbindung an die Konzeption des Monismus bei *Hans Kelsen*⁹¹ – auf die theoretische Frage, ob wir es mit einer oder zwei (oder mehr) Rechtsordnungen zu tun haben, und ist dabei eng mit der Frage des Geltungsgrunds des Rechts verbunden.⁹² Zum Teil charakterisieren die Begriffe hingegen die konkreten Mechanismen der Einbindung des Völkerrechts in das nationale Recht bzw. das Unionsrecht.⁹³ Monismus steht dabei für eine weitgehend automatische Einbeziehung und zum Teil für den Vorrang des Völkerrechts, Dualismus für die Erforderlichkeit eines separaten Rechtsanwendungsbefehls oder Transformationsakts und zum Teil für einen untergeordneten Rang des Völkerrechts.

Diese Erwägungen beruhen allerdings bereits auf der Prämisse, dass Völkerrecht und nationales Recht (bzw. Unionsrecht) voneinander getrennte Rechtsordnungen darstellen, und damit auf einem dualistischen Verständnis im geltungstheoretischen Sinne.⁹⁴ Nur vor dem Hintergrund eines solchen Verständnisses lässt sich eine Kennzeichnung des Verhältnisses als Mischform zwischen Monismus und Dualismus verstehen. Ebenso wie

89 *Andreas Bergmann*, Zur Souveränitätskonzeption des Europäischen Gerichtshofs, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 198, 241 ff.; *Ferdinand Weber*, Die Identität des Unionsrechts im Vorrang, JZ 2022, 292–301 (296); *Anne Peters*, Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung des Verhältnisses, ZÖR 65 (2010), 3–63 (21).

90 *Thym* (Fn. 14), 458.

91 *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig/Wien: Deuticke 1934, 138 ff.; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien: Deuticke 1960, 328 ff.; *Hans Kelsen*, Principles of International Law, New York: Rinehart & Co 1952, 401 ff.

92 Siehe *Andreas Funke*, Umsetzungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, 74 ff.; *Ramses A. Wessel*, Reconsidering the Relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti/Ramses A. Wessel (Hrsg.), International Law as Law of the European Union, Leiden: Nijhoff 2012, 7–34 (13).

93 Siehe *Funke* (Fn. 92), 81; *Armin von Bogdandy*, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law, I-CON 6 (2008), 397–413 (399 f.); *Wessel* (Fn. 92), 13.

94 Treffend *Klabbers* (Fn. 53), 71: „all states are, at least for starters, dualists“.

mit Blick auf das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht⁹⁵ gilt daher für das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht, dass der Aussagegehalt einer Kennzeichnung als monistisch oder dualistisch regelmäßig unscharf ist und sein analytischer Ertrag überschaubar bleibt. Für den konzeptionellen Zugang zu der Frage bedeutsam ist allerdings die wesentliche Prämisse des Dualismus, dass Völkerrecht und Unionsrecht im Ausgangspunkt getrennte Rechtsordnungen darstellen und dass die Union die innerunionalen Wirkungen des Völkerrechts autonom bestimmen kann.⁹⁶

b) Geringe Aussagekraft der EuGH-Rechtsprechung

Der geringe Aussagegehalt dieser Theorieangebote zeigt sich auch in dem Versuch, einzelne Aussagen des EuGH als Ausdruck eines monistischen oder dualistischen Ansatzes zu verstehen. So geht der EuGH davon aus, dass die Union vorbehaltlich anderweitiger Regelungen im Völkerrecht dazu befugt ist, frei darüber zu entscheiden, welche Wirkungen völkerrechtliche Verträge in der innerunionalen Rechtsordnung haben.⁹⁷ In dieser Aussage kommt mit der Vorstellung, dass Völkerrecht und Unionsrecht zwei unterschiedliche Rechtsordnungen darstellen, eine wesentliche Prämisse des Dualismus zum Ausdruck.⁹⁸ Zu den Mechanismen der Einwirkungen des Völkerrechts in die Unionsrechtsordnung verhält sich diese Aussage allerdings nicht.

Auch die vom EuGH seit der *Haegeman*-Entscheidung von 1974 betonte Prämisse, dass völkerrechtliche Verträge einen integrierenden⁹⁹ bzw. integralen¹⁰⁰ Bestandteil der Unionsrechtsordnung bilden, steht nicht im

95 Crawford (Fn. 84), 47; Jan Klabbers, *International Law*, 3. Aufl., Cambridge: CUP 2021, 326.

96 So auch Kotzur (Fn. 21), Rn. 8.

97 EuGH, Urteil v. 26.10.1982, Rs. 104/81, ECLI:EU:C:1982:362, Rn. 17 f. – *Kupferberg*; Urteil v. 23.11.1999, Rs. C-149/96, Rn. 34 f., ECLI:EU:C:1999:574 – *Portugal/Rat*; *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 49; siehe auch GA Maduro, *Kadi I* (Fn. 4), Rn. 23.

98 Siehe Klabbers (Fn. 95), 326; Peters (Fn. 89), 21.

99 EuGH, Urteil v. 30.4.1974, Rs. 181/73, ECLI:EU:C:1974:41, Rn. 2/6 – *Haegeman II*; *Kupferberg* (Fn. 97), Rn. 13.

100 EuGH, Urteil v. 3.6.2008, Rs. C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312, Rn. 53 – *Intertanko*; Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125, Rn. 30 – *Lesoochránárske zoskupenie VLK*; Urteil v. 15.3.2012, Rs. C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, Rn. 39 – *SCF*; zur Terminologie Thym (Fn. 14), 457.

Widerspruch hierzu:¹⁰¹ Diese Formulierung lässt sich als Ausdruck einer monistischen Vorstellung verstehen, da sie eine automatische Überführung des Völkerrechts in das Unionsrecht impliziert.¹⁰² Sie lässt sich aber auch dualistisch erklären, wenn man die vom EuGH angenommene Wirkung auf eine unionsrechtliche Anordnung zurückführt, die man in Art. 216 Abs. 2 AEUV oder im Beschluss des Rates zum Abschluss des völkerrechtlichen Vertrags (Art. 218 Abs. 6 AEUV) sehen kann.¹⁰³ Für die Qualifizierung des Ansatzes des EuGH als monistisch oder dualistisch ist insofern weniger die Aussage des EuGH relevant als vielmehr das jeweilige Verständnis von Monismus oder Dualismus, mit dem man sich der Aussage nähert.

Als wenig fruchtbar erweist sich vor diesem Hintergrund der Versuch, die *Kadi*-Rechtsprechung von EuG und EuGH als monistisch oder dualistisch zu qualifizieren. So wird vielfach der Ansatz des EuG zur Kontrolle der durch den UN-Sicherheitsrat verhängten Individualsanktionen als monistisch bezeichnet, die vom EuGH im Rechtsmittelverfahren vollzogene Kehrtwende hingegen als dualistisch.¹⁰⁴ Bei genauer Betrachtung ist diese Charakterisierung allerdings zweifelhaft: In seiner ersten *Kadi*-Entscheidung von 2005 begründete das EuG die Ablehnung einer vollumfänglichen Kontrolle von Verordnungen, die Vorgaben des UN-Sicherheitsrates umsetzen, in der Tat zunächst völkerrechtlich: Es betonte die völkerrechtliche Verbindlichkeit von Resolutionen des Sicherheitsrates und den Vorrang der

101 So aber *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 8), § 38 Rn. 34.

102 *Lenaerts/Van Nuffel* (Fn. 58), Rn. 26.001; *Schmalenbach* (Fn. 87), Rn. 32; *Bjørn Kunoy*, The Jurisdiction of the ECJ to Review the Legality of the Transposition of an International Act in the EC Legal Order, *Nordic J. Int'l L.* 76 (2007), 19–37 (21 f.); *Mögele* (Fn. 87), Rn. 49; *Besson* (Fn. 78), 246; *Timmermans* (Fn. 1), 189; *Kotzur* (Fn. 21), Rn. 8; *Fassbender* (Fn. 81), 337; *Enzo Cannizzaro*, The Neo-Monism of the European Legal Order, in: *Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti/Ramses A. Wessel* (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden: Nijhoff 2012, 35–58 (36 ff.).

103 Siehe *Giegerich* (Fn. 32), Rn. 210; *Christoph Ohler*, Die Verhängung von „smart sanctions“ durch den UN-Sicherheitsrat – eine Herausforderung für das Gemeinschaftsrecht, *EuR* 2006, 848–865 (862 f.); zur geringen Aussagekraft von Art. 216 Abs. 2 AEUV *Marc Bungenberg*, in: *Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje*, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 218 AEUV, Rn. 122.

104 Siehe *de Búrca* (Fn. 28), 2, 31 ff.; *Besson* (Fn. 78), 250 ff.; *Fassbender* (Fn. 81), 336 ff.; *Stefanie Schmahl*, Effektiver Rechtsschutz gegen „targeted sanctions“ des UN-Sicherheitsrats?, *EuR* 2006, 566–576 (574); *Juliane Kokott/Christoph Sobotta*, The *Kadi* Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?, *EJIL* 23 (2012), 1015–1024 (1017 ff.); *Giegerich* (Fn. 32), Rn. 213; *Kotzur* (Fn. 21), Rn. 9; *Moreno-Lax* (Fn. 5), 54.

Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten aus der UN-Charta nach Art. 103 UN-Charta.¹⁰⁵ Die Relevanz dieser völkerrechtlichen Vorgaben für die damalige Europäische Gemeinschaft begründete das EuG aber europarechtlich: unter Berufung auf Art. 351 AEUV und Art. 347 AEUV und unter Annahme einer europarechtlich begründeten Bindung an die UN-Charta kraft Funktionsnachfolge.¹⁰⁶

Das EuG begründete die Bedeutung des Völkerrechts für die Gemeinschaftsrechtsordnung und die Einschränkung seiner Kontrollbefugnis somit vorrangig mit gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen.¹⁰⁷ Ein monistisches Verständnis im Sinne einer automatischen und mit Vorrang ausgestatteten Geltung des Völkerrechts in der Gemeinschaftsrechtsordnung lässt sich in der Begründung des EuG nicht erkennen. Soweit die Entscheidung als monistisch bezeichnet wird, bezieht sich diese Qualifizierung auf die Grundtendenz des EuG, die auf der Anerkennung der Bindung der Gemeinschaft an die UN-Charta und der auf Konfliktvermeidung bemühten Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Übrigen beruht. Das hat aber nichts mit einem monistischen Verständnis des Rechtsordnungsverhältnisses zu tun, sondern ist Ausdruck eines völkerrechtsfreundlichen (Vor-)Verständnisses des Gemeinschaftsrechts.

In seiner *Kadi I*-Entscheidung von 2008 stellte der EuGH noch konsequenter als Generalanwalt *Maduro*¹⁰⁸ das Gemeinschaftsrecht in den Mittelpunkt der Prüfung. Er betonte, dass die Gemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft sei, in der die gerichtliche Kontrolle und die Grund- und Menschenrechte zu den Verfassungsgrundsätzen gehörten, die auch durch völkerrechtliche Vorgaben nicht relativiert werden könnten.¹⁰⁹ In Abgrenzung zum EuG hob er zudem hervor, dass sich die gerichtliche Kontrolle ausschließlich auf den angegriffenen Gemeinschaftsrechtsakt, also die Verordnung, mit der die Sanktionsentscheidungen des Sicherheitsrates im Gemeinschaftsrecht umgesetzt werden, und nicht auf die Resolution des Sicherheitsrates beziehe.¹¹⁰ Die Pflicht zur Berücksichtigung des Völkerrechts könne eine Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle nicht begründen, da die grundlegenden Grundsätze der Gemeinschaft Vorrang beanspruchten

105 EuG, Urteil v. 21.9.2005, Rs. T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, Rn. 181–189 – *Kadi I*.

106 EuG, *Kadi I* (Fn. 105), Rn. 190–204; kritisch hierzu *Ohler* (Fn. 103), 863 f.

107 Siehe insofern auch GA *Maduro*, *Kadi I* (Fn. 4), Rn. 18.

108 GA *Maduro*, *Kadi I* (Fn. 4), Rn. 25 ff.; zur Einordnung *Haltern* (Fn. 69), Rn. 1848 ff.

109 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 281–285.

110 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 286.

und da die UN-Charta, wenn sie für die Gemeinschaft verbindlich wäre, innergemeinschaftlich nur einen Rang unterhalb des Primärrechts hätte.¹¹¹

Die *Kadi I*-Entscheidung des EuGH trägt insofern dualistische Züge, als sie die Prämisse, dass Völkerrecht und Europarecht zwei separate Rechtsordnungen darstellen, klarer zum Ausdruck bringt als das EuG.¹¹² Dieser Ansatz erlaubt es dem EuGH, sich auf die Prüfung des angegriffenen Gemeinschaftsrechtsakts zu beschränken und die völkerrechtlichen Implikationen nur mittelbar in den Blick zu nehmen.¹¹³ Allerdings begründet auch das EuG die Berücksichtigung der Vorgaben des Sicherheitsrats mit gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen und aus den Verträgen heraus, auch wenn seine Ausführungen zum Völkerrecht freischwebender und weniger klar an europarechtliche Normen rückgebunden sind als die Entscheidung des EuGH. Der Unterschied zwischen den beiden Entscheidungen liegt weniger in abweichenden konzeptionellen Verständnissen vom Verhältnis zwischen Europarecht und Völkerrecht als vielmehr in unterschiedlichen Vorverständnissen dahingehend, wie weit das Europarecht inhaltlich die Vorgaben des Völkerrechts aufnehmen und eigene Grundsätze zur Wahrung der Integrität der Völkerrechtsordnung zurückstellen soll. Wo sich das EuG sowohl im Hinblick auf die Anerkennung einer Bindung an die UN-Charta als auch den Vorrang des völkerrechtlich Gebotenen in der konkreten Konstellation als integrationsoffen und völkerrechtsfreundlich präsentiert, überwiegen in der Begründung des EuGH das Motiv der Abschottung gegenüber dem Völkerrecht und die Betonung der verfassungsrechtlichen Grundsätze.

Zudem enthält bereits die *Kadi I*-Entscheidung die vorsichtige Andeutung eines Verzichts auf gerichtliche Kontrolle UN-determinierten Unionsrechts, sollten sich auf UN-Ebene effektive Rechtsschutzstrukturen herausbilden.¹¹⁴ Ein Zeichen der Rücksichtnahme auf das UN-System lässt sich

111 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 291–309.

112 Noch deutlicher EuGH, *Bank Melli Iran* (Fn. 82), Rn. 100.

113 Kritisch Haltern (Fn. 69), Rn. 1841 ff.; zustimmend Heiko Sauer, Rechtsschutz gegen völkerrechtsdeterminiertes Gemeinschaftsrecht? – Die Terroristenlisten vor dem EuGH, NJW 2008, 3685–3688 (3686 f.).

114 Siehe insofern auch GA Maduro, *Kadi I* (Fn. 4), Rn. 44, 54. Ob man der Entscheidung einen derartigen „Solange-Ansatz“ entnehmen kann, wird unterschiedlich beurteilt, dafür etwa Mehrdad Payandeh/Heiko Sauer, UN Sanctions and EU Fundamental Rights, I-CON 7 (2009), 306–315 (314); Kokott/Sobotta (Fn. 104), 1018 f.; Antonios Tzanakopoulos, The Solange Argument as a Justification for Disobeying the Security Council in the *Kadi* Judgments, in: Matej Avbelj/Filippo Fontaneli/Giuseppe Martinico (Hrsg.), *Kadi on Trial*, London: Routledge 2014, 121–134

auch darin sehen, dass der EuGH die Wirkungen der angegriffenen Verordnung für drei Monate aufrechterhalten hat.¹¹⁵ In der *Kadi II*-Entscheidung von 2013 zeigt sich der EuGH tendenziell konzilianter gegenüber dem Völkerrecht,¹¹⁶ wenngleich er in der Sache daran festhält, dass das Unionsverfassungsrecht eine vollständige Grundrechtskontrolle von Sekundärrechtsakten verlangt.¹¹⁷ Die Ansätze von EuG und EuGH im Fall *Kadi* unterscheiden sich daher eher graduell als kategorial und lassen sich nicht mit dem Gegensatz von Monismus und Dualismus erklären.

c) Pluralistische Konzeptionen als Alternative?

Für das Verständnis des Verhältnisses von Unionsrecht und Völkerrecht erweist sich der Erklärungsgehalt des Theorienstreits zwischen Monismus und Dualismus damit als begrenzt.¹¹⁸ Als Alternativangebote werden daher pluralistische Theorien unterbreitet,¹¹⁹ die ihrerseits äußerst heterogen ausfallen.¹²⁰ Pluralistische Deutungsangebote erfassen die Komplexi-

(129 ff.); *Piet Eeckhout*, *EU External Relations Law*, 2. Aufl., Oxford: OUP 2011, 418 ff.; dagegen etwa *de Búrca* (Fn. 28), 42 ff.; *Daniel Halberstam/Eric Stein*, *The UN, the EU and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order*, *CML Rev.* 46 (2009), 13–72 (66 ff.); *Besson* (Fn. 78), 254.

115 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 373–376.

116 Ausführliche Würdigung bei *Halter* (Fn. 69), Rn. 1876 ff.

117 EuGH, Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518 – *Kadi II*.

118 So auch von *Bogdandy* (Fn. 93), 397; *Sauer* (Fn. 77), 930; *Schroeder* (Fn. 21), 181 ff.; *Eeckhout* (Fn. 114), 374; *Achilles Skordas*, *Völkerrechtsfreundlichkeit as Comity and the Disquiet of Neoformalism: a Response to Jan Klabbers*, in: Panos Koutrakos (Hrsg.), *European Foreign Policy*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, 115–144 (118); *Nele Yang*, *Die Leitentscheidung*, Berlin: Springer 2018, 117.

119 Grundlegend *Neil MacCormick*, *Beyond the Sovereign State*, *MLR* 56 (1993), 1–18; *Neil MacCormick*, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, *ELJ* 1 (1995), 259–266 (259); *Neil Walker*, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *MLR* 65 (2002), 317–359 (317); *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism*, Oxford: OUP 2010; siehe ferner die Beiträge in: Gráinne de Búrca/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge: CUP 2012; Matej Avbelj/Jan Komárek (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart 2012; Gareth Davis/Matej Avbelj (Hrsg.), *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2018.

120 Überblick bei *Franz C. Mayer*, *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, *VVDStRL* 75 (2016), 7–64 (30 ff.); zur Rechtspluralismusdebatte über die spezifische europäische Mehrebenenendimension hinaus *Ralf Seinecke*, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015.

tät der Unionsrechtsordnung, da sie nicht nur ihre Eigenständigkeit, sondern auch den wesensprägenden Verbundcharakter mit den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und zum Teil auch mit dem Völkerrecht und insbesondere der EMRK erfassen können.¹²¹ Sie betonen nicht die Unterscheidung, sondern die Wechselwirkungen zwischen und Überlappungen von Rechtsordnungen.¹²² Fragen nach dem Rangverhältnis verschiedener Rechtsordnungen und Rechtsnormen werden vielfach ausgeblendet, kollidierende Geltungsansprüche unterschiedlicher Rechtsnormen werden hingenommen.¹²³ Statt Vorrangbestimmungen stehen Mechanismen der Interaktion, wechselseitigen Offenheit und Rücksichtnahme im Vordergrund.¹²⁴ Rechtsordnungsübergreifende materielle Rechtsgehalte rücken in den Fokus.¹²⁵ Ein pluralistischer Zugang zum Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht kann die Komplexität des Verhältnisses offen und ohne Fokus auf Hierarchie- und Rangfragen in den Blick nehmen.¹²⁶

Die Ausblendung von Vorrang- und Hierarchiefragen ist sowohl Stärke als auch Schwäche pluralistischer Ansätze. Sie befreit von der Fokussierung auf geltungstheoretisch aufgeladene, vorverständnisangereicherte und letztlich nicht rein rechtlich zu beantwortende Letztentscheidungsfragen. Gleichzeitig vernachlässigt sie für die Lösung und Bewertung von Normkonflikten und damit für die rechtliche Entscheidung konkreter Streitfälle wesentliche Fragen.¹²⁷ Über die konkrete Ausgestaltung des Verhältnisses der Rechtsordnungen zueinander sagt ein pluralistisches Verständnis für sich genommen wenig aus, wenngleich die Betonung von Interaktionsmechanismen zwischen den Rechtsordnungen den Fokus auf die entscheidenden Fragen richtet. Das stellt den analytischen Wert pluralistischer Ansätze nicht in Frage, zeigt aber ihre Grenzen auf.

121 Siehe *von Bogdandy* (Fn. 33), 58 f.; *Kotzur* (Fn. 21), Rn. 8; im Kern der auf das Unionsrecht bezogenen Pluralismusdebatte geht es allerdings um das Verhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, siehe etwa *Mayer* (Fn. 120), 23 ff.; gegen eine Übertragung auf das Verhältnis von Unionsrecht und Völkerrecht etwa *Besson* (Fn. 78), 261 ff. unter Verweis auf die defizitäre demokratische Legitimation des Völkerrechts.

122 Siehe *von Bogdandy* (Fn. 93), 401; *Besson* (Fn. 78), 258 f.

123 *Wessel* (Fn. 92), 26 f.

124 Siehe *Mayer* (Fn. 120), 28 ff.

125 *Besson* (Fn. 78), 259.

126 Siehe *von Bogdandy* (Fn. 93), 400; *de Búrca* (Fn. 28), 31; *Peters* (Fn. 89), 21; *Halberstam/Stein* (Fn. 114), 13.

127 Siehe *van Rossem* (Fn. 64), 23 f.; *Wessel* (Fn. 92), 30 f.; *von Arnould* (Fn. 7), § 1 Rn. 106.

3. Grundprinzipien der Ausgestaltung des Verhältnisses zur Völkerrechtsordnung

Größere Bedeutung als theoretischen Großkonzepten kommt daher der konkreten Ausgestaltung des Verhältnisses zum Völkerrecht durch die Unionsrechtsordnung zu. Dabei handelt es sich grundsätzlich um eine Frage der positiv-rechtlichen Ausgestaltung des Unionsrechts und damit um ein dogmatisches und kein theoretisches Thema. Hinter den einzelnen Regelungen der Unionsverträge und vor allem hinter den einzelnen Rechtsprechungslinien des EuGH stehen aber theoretische Grundannahmen, die auf unterschiedliche Weise in der Dogmatik zum Ausdruck gelangen und als Verständnis- und Reflexionsmatrix dienen können, um das geltende Recht zu systematisieren, zu erklären und zu kritisieren. Dabei lassen sich Prinzipien der Abschottung des Unionsrechts vom Völkerrecht (a) von Prinzipien der Integration des Unionsrechts in die Völkerrechtsordnung (b) unterscheiden, was die Frage nach dem Verhältnis dieser Prinzipien zueinander aufwirft (c).

a) Prinzipien der Abschottung: Autonomie und Verfassungsidentität

In verschiedenen Regelungen der Unionsverträge, vor allem aber in einzelnen Rechtsprechungslinien des EuGH zu völkerrechtlichen Bindungen der Union und ihrer innerunionalen Umsetzung kommt eine tendenziell introvertierte, die Unionsrechtsordnung vor völkerrechtlichen Einwirkungen abschottende Stoßrichtung zum Ausdruck. In verfassungstheoretischer Hinsicht finden entsprechende Ansätze ihre Grundlage in der Aufrechterhaltung und Betonung der Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung. Der Ursprung der Emanzipation vom Völkerrecht in den Grundsatzentscheidungen *van Gend & Loos* sowie *Costa/E.N.E.L.* verweist auf den Zusammenhang mit der Durchsetzung und Bewahrung der Unionsrechtsordnung gegenüber den Mitgliedstaaten. Die Distanz zum Völkerrecht betont die Eigenheiten des Unionsrechts und zielt darauf ab, den Mitgliedstaaten und insbesondere mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichten zu erschweren, das Unionsrecht unter Berufung auf seinen völkerrechtlichen Charakter und die damit verbundene Indifferenz gegenüber innerstaatlichen Wirkungen herauszufordern. Eine „harte Linie“ gegenüber dem Völkerrecht kann damit dazu dienen, die Autonomie und den Selbststand gegenüber den

Mitgliedstaaten zu betonen.¹²⁸ Da insbesondere der Vorrang und die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts gerade in Abgrenzung zum Völkerrecht erklärt und begründet werden, könnte eine zu starke Nähe oder gar Unterordnung des Unionsrechts unter das Völkerrecht diese Prinzipien des Unionsrechts in Zweifel ziehen.¹²⁹ Die zum Teil starke Betonung der völkerrechtlichen Prägung der EU, wie sie sich etwa in der Rechtsprechung mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte zur europäischen Integration ausmachen lässt, aber auch in Stimmen im Schrifttum, die damit den Vorrang des Nationalstaats und des staatlichen Rechts vor dem Unionsrecht begründen wollen,¹³⁰ plausibilisiert die Befürchtung, dass die Wahrnehmung der Union als internationale Organisation und des Unionsrechts als Teilgebiet des Völkerrechts die argumentative Abkehr gerade vom Vorrang des Unionsrechts begünstigen könnte.

Zudem lassen sich die supranationalen Besonderheiten des Unionsrechts wie insbesondere die unmittelbare Wirkung und der Anwendungsvorrang auch nur durch die Besonderheiten des Unionsrechts im Übrigen rechtfertigen: Die im Vergleich zum Völkerrecht erhöhte demokratische Legitimation des Unionsrechts, die stärker formalisierten Rechtsetzungsprozesse und die weiter reichenden Rechtsschutzmechanismen sind Grundlage für die Akzeptanz der weitgehenden Einwirkungen des Unionsrechts in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Die Einwirkung des Völkerrechts auf das Unionsrecht kann aber dazu führen, dass das Völkerrecht an den supranationalen Wirkungen des Unionsrechts teilhat und damit im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten eine normative Aufwertung erfährt.¹³¹ Eine zu weitgehende Einwirkung des Völkerrechts auf das Unionsrecht würde die Frage aufwerfen, ob supranationale Wirkungen des Unionsrechts insofern legitim erscheinen und dauerhaft auf die Akzeptanz der Mitgliedstaaten hoffen können.

Ein weiterer Rechtfertigungsansatz für die Betonung der Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung gegenüber dem Völkerrecht liegt im Schutz der wesentlichen Strukturmerkmale des Unionsrechts vor völkerrechtlichen

128 Siehe *van Rossem* (Fn. 64), 30 m.w.N.; *Christina Eckes*, International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?, in: Marise Cremona/Anne Thies/Ramses A. Wessel (Hrsg.), *The EU and International Dispute Settlement*, Oxford: Hart 2017, 161–190 (162 ff.).

129 *Moreno-Lax* (Fn. 5), 50 f.

130 Siehe etwa *Hillgruber* (Fn. 62), Rn. 78 ff.; *Peter Michael Huber*, Strukturen in der nationalen und europäischen Verfassung, AöR 148 (2023), 24–49 (38).

131 Dazu unten IV.2.d.

Einwirkungen. In diesem Sinne zielt die Autonomie-Rechtsprechung des EuGH im Kern darauf ab, wesentliche Verfassungsstrukturprinzipien wie den Vorrang und die Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts gegenüber Relativierungen durch völkerrechtliche Vorgaben sowie internationale Gerichte und Streitbeilegungsmechanismen zu schützen.¹³² Verfassungstheoretisch lässt sich diese Form von Verfassungsstrukturschutz durch Autonomie dem Grunde nach aus dem Verfassungscharakter der Union rechtfertigen.¹³³ Autonomie ist insofern die Grundlage für die Aufrechterhaltung der Einheit der Unionsrechtsordnung und ihrer wesentlichen Funktionsbedingungen.¹³⁴

Über den Schutz der verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien hinaus kann die Abschirmung gegenüber dem Völkerrecht dem Schutz materieller Verfassungsgehalte dienen. Im Schrifttum wird insofern von Verfassungssubstanzschutz,¹³⁵ dem Schutz der Verfassungsidentität¹³⁶ oder wesentlicher Verfassungsgrundsätze¹³⁷ gesprochen. Anders als im Zusammenhang mit dem Vorrang des Unionsrechts oder seiner unmittelbaren Wirkung handelt es sich insofern um materielle Prinzipien wie die Unionsgrundrechte und das Rechtsstaatsprinzip, die vor Relativierungen geschützt werden sollen. Auch diese Schutzrichtung erscheint in verfassungstheoretischer Hinsicht grundsätzlich legitim. Durch die Hervorhebung materieller Verfassungsgehalte und ihre Immunisierung gegen internationale Einflüsse formt die Union ihre spezifische Identität.¹³⁸ Allerdings muss die Berechtigung entsprechender Restriktionen und Vorbehalte im Einzelfall und im Lichte der Vorgaben des positiven Unionsrechts gesehen werden. Die Betonung der Verfassungsidentität gegenüber dem Völkerrecht kann zudem potenziell

132 Dazu unten IV.3.a.

133 Sauer (Fn. 77), 932; kritisch Moreno-Lax (Fn. 5), 61 ff.

134 Siehe van Rossem (Fn. 64), 18 f.; Lenaerts/Guitérrez-Fons/Adam (Fn. 21), 87; Niederschlag findet dieser Gedanke auch in EuGH, Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 33 f. – *Achmea*.

135 Sauer (Fn. 77), 931 f.

136 Christian Tietje/Clemens Wackernagel, Enforcement of Intra-EU ICSID Awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration, *World Investment & Trade* 16 (2015), 205–247 (212); Cassandra Wetz, Funktionen von Verfassungsidentität als gerichtliches Konzept in der Europäischen Union, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 205 ff.

137 Tamblé (Fn. 21), der allerdings hierunter auch Grundsätze fasst, die hier als Verfassungsstrukturen bezeichnet werden.

138 Haltern (Fn. 69), Rn. 1792; Wetz (Fn. 136), 19 ff.

zu Völkerrechtsverletzungen führen, auf deren Vermeidung das positive Unionsrecht grundsätzlich abzielt.

Hinter Prinzipien, die auf die Abschottung des Unionsrechts von völkerrechtlichen Einflüssen ausgerichtet sind, steht regelmäßig zugleich das Interesse des EuGH, seine eigene institutionelle Stellung als Rechtsprechungsorgan im Unionsrecht zu stärken und gegen Konkurrenzansprüche internationaler Streitbeilegungsmechanismen zu verteidigen. Die Legitimität dieser Erwägung darf nicht vorschnell dadurch in Frage gestellt werden, dass der EuGH auch im eigenen institutionellen Interesse entscheidet und auf den Erhalt seines Einflusses und seiner Macht im europäischen Verfassungsgerichtsverbund abzielt.¹³⁹ Der EuGH ist vielmehr die „institutionelle Seite der Rechtseinheit in der EU“,¹⁴⁰ durch die Verfassungsstruktur und Verfassungssubstanz erst effektiv geschützt werden können.¹⁴¹ Positivrechtlich ist diese Funktion der „Garantie der Verfasstheit“¹⁴² in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EUV angelegt und in Art. 47 GRCh unionsgrundrechtlich abgesichert.

b) Prinzipien der Integration: Internationale Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit

Sowohl den Unionsverträgen als auch der Rechtsprechung des EuGH lassen sich aber auch stärker auf die Integration der Union in die internationale Gemeinschaft ausgerichtete Elemente entnehmen. In verfassungstheoretischer Perspektive lässt sich dabei an Diskussionen über Konzepte offener Staatlichkeit anknüpfen, wie sie etwa für das Grundgesetz diskutiert

139 Differenzierte Bewertung bei Bruno de Witte, A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union, in: Marise Cremona/Anne Thies (Hrsg.), The European Court of Justice and External Relations Law, Oxford: Hart 2016, 33–46 (46).

140 So Sauer (Fn. 77), 929.

141 Siehe auch Christina Eckes, International Law as Law of the EU: The Role of the European Court of Justice, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti/Ramses A. Wessel (Hrsg.), International Law as Law of the European Union, Leiden: Nijhoff 2012, 353–378 (353); Haltern (Fn. 69), Rn. 1727.

142 Franz C. Mayer, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München: C.H. Beck, Stand: Februar 2019, Art. 19 EUV, Rn. 18 ff.

werden.¹⁴³ Diese offene Staatlichkeit zielt zum einen darauf ab, internationale Kooperation zu ermöglichen, was die Eingehung völkerrechtlicher Bindungen einschließt; zum anderen soll sie die innerstaatliche Beachtung bestehender völkerrechtlicher Bindungen gewährleisten. Insofern lassen sich ein Prinzip der internationalen Offenheit und ein Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit unterscheiden.¹⁴⁴

Diese mit Blick auf staatliche Rechtsordnungen entwickelten Konzepte der internationalen Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit eignen sich auch, um die Ausrichtung einzelner unionsverfassungsrechtlicher Normen sowie Ansätze in der EuGH-Rechtsprechung zu erfassen. Die auf Integration der Union in die internationale Ordnung ausgerichteten Prinzipien lassen sich indes weniger leicht verfassungstheoretisch erklären und rechtfertigen. Während die Prinzipien der Abschottung zumindest im Grundsatz aus dem Verfassungscharakter der Unionsrechtsordnung fließen und in gewissem Umfang notwendig sind, um sowohl die Verfassungsstrukturen als auch die Verfassungssubstanz zu erhalten, lassen sich aus dem Verfassungscharakter als solchem kaum Vorgaben für die internationale Offenheit oder Völkerrechtsfreundlichkeit der Union ableiten. Allenfalls aus dem Wesen der Union folgt das grundsätzliche Gebot einer gewissen internationalen Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit:¹⁴⁵ Denn ungeachtet seiner Besonderheiten und der im Vergleich zum Völkerrecht weiterreichenden Durchsetzungsmechanismen ist das Unionsrecht ebenso wie das Völkerrecht auf die Befolgung durch die Mitgliedstaaten und die Kooperation mitgliedstaatlicher Institutionen angewiesen. Ein von der Union ausgehendes Signal, dass völkerrechtliche Verpflichtungen vernachlässigt werden können, erwiese sich als potenziell fatal für die Bereitschaft der

143 Grundlegend *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen: Mohr 1964; *Christian Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2013, § 226 Rn. 1 ff.; *Peter Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat, in: Friedrich Kaulbach/Werner Krawietz (Hrsg.), Recht und Gesellschaft, FS für Helmut Schelsky, Berlin: Duncker & Humblot 1978, 141–178; Überblick bei *Karl-Peter Sommermann*, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II, Heidelberg: C.F. Müller 2008, § 14; *Rainer Wahl*, Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen, JuS 2003, 1145–1151 (1145 ff.); *Sauer* (Fn. 11), § 2 Rn. 1 ff.

144 Zu dieser Unterscheidung *Tomuschat* (Fn. 143), Rn. 9.

145 Ähnlich *Eeckhout* (Fn. 114), 374 f.

Mitgliedstaaten zur Einhaltung ihrer unionsrechtlichen Verpflichtungen.¹⁴⁶ Dass diese Befürchtung nicht nur theoretischer Natur ist, zeigt sich darin, dass das Bundesverfassungsgericht in der *Lissabon*-Entscheidung den verfassungsgerichtlich statuierten Souveränitäts- und Identitätsvorbehalt gegenüber dem Unionsrecht explizit mit dem Ansatz des EuGH im Fall *Kadi* vergleicht.¹⁴⁷

Die Union stellt zudem in ihrem Kern einen Zusammenschluss zur gemeinsamen Verfolgung von Interessen und Zielen durch die Mitgliedstaaten und die mitgliedstaatlichen Gesellschaften dar, sodass es widersprüchlich wäre, wenn sie sich der weitergehenden internationalen Kooperation zur Verfolgung gemeinsamer Ziele verschließen würde. Ferner folgt aus dem Charakter der Union als Verbund souveräner Staaten, dass die völkerrechtlichen Bindungen der Staaten bestehen bleiben und auf der Ebene des Völkerrechts nicht durch das Unionsrecht verdrängt werden. Dass die Mitgliedstaaten mit der Gründung der Union Verletzungen des Völkerrechts in Kauf genommen hätten, wird sich kaum sagen lassen. Schließlich lässt sich mit Blick auf die in vielfacher Hinsicht völkerrechtsfreundlich ausgestalteten Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten von Ansätzen einer gemeineuropäischen Verfassungstradition offener Verfassungsstaatlichkeit ausgehen, die für eine entsprechende Offenheit auch des Unionsverfassungsrechts streiten.¹⁴⁸

Wenngleich sich also aus dem Verfassungscharakter und den Spezifika der europäischen Integration eine gewisse verfassungstheoretische Präferenz für die internationale Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit der Union begründen lässt, sind diese Prinzipien der Integration doch stärker als die Prinzipien der Abschottung auf eine positiv-rechtliche Verankerung im Unionsverfassungsrecht angewiesen: Insbesondere Art. 3 Abs. 5 EUV enthält eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung sowohl für die internationale Kooperation nach außen als auch für die Beachtung des Völkerrechts nach innen.¹⁴⁹ Weitere affirmative Bezugnahmen auf das Völkerrecht bekräftigen die völkerrechtsfreundliche Ausrichtung des Unionsverfassungsrechts.¹⁵⁰ Die unionsverfassungsrechtliche Normierung der Völkerrechtssubjektivität sowie außenpolitischer Kompetenzen, Verfahren

146 Siehe *Dunbar* (Fn. 29), 481.

147 BVerfGE 123, 267 (401) – *Lissabon*; hierzu *Fassbender* (Fn. 81), 340; *Tamblé* (Fn. 21), 211 ff.

148 *Aust* (Fn. 21), 110 f.

149 Dazu oben II.2.

150 Dazu oben II.3.

und Institutionen konstituieren die Union zudem als außenpolitischen Akteur und implizieren ihre außenpolitische Handlungsfähigkeit.

c) Auflösung des Spannungsverhältnisses

Zum Verhältnis der Prinzipien der Abschottung und der Prinzipien der Integration lässt sich aus verfassungstheoretischen Erwägungen weder abstrakt noch mit Blick auf konkrete Fragestellungen eine Vorrangrelation statuieren. Die konkrete Ausgestaltung und Auflösung des Spannungsverhältnisses ist vielmehr eine Frage des positiven Rechts. Sie kann dynamisch ausfallen und sich zu unterschiedlichen Zeitpunkten in der Entwicklung der europäischen Integration unterschiedlich darstellen, und zwar sowohl aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung als auch durch die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH.¹⁵¹ Angesichts der verfassungstheoretischen Plausibilität sowie der Verankerung im positiven Recht spricht viel für die Annahme einer Schwebelage zwischen den beiden verfassungstheoretischen Polen, die niemals vollumfänglich aufgelöst wird.

In diesem Sinne lassen sich auch Kommentare aus dem Schrifttum verstehen, die gerade mit Blick auf die introvertierte Autonomie-Rechtsprechung anmahnen, dass der Gerichtshof eine Abwägung zwischen den konkurrierenden und kollidierenden Anliegen vornehmen,¹⁵² die verbindlichen Vorgaben des Völkerrechts berücksichtigen¹⁵³ und einen Ausgleich zwischen dem Schutz der Verfassung(sstruktur) und der internationalen Handlungsfähigkeit herstellen müsse.¹⁵⁴ Weitere Vorgaben für die Auflösung des Spannungsverhältnisses lassen sich dem positiven Recht entnehmen, etwa durch Vorgaben, die bestimmte Teilbereiche des Völkerrechts wie die UN-Charta hervorheben oder die Einbindung in bestimmte völkerrechtliche Regime wie die EMRK vorgeben.

151 Kotzur (Fn. 21), Rn. 5.

152 Siehe van Rossem (Fn. 64), 31 ff.

153 Tietje/Wackernagel (Fn. 136), 241; Tamblé (Fn. 21), 149.

154 Sauer (Fn. 77), 932.

IV. Dogmatik: Strukturfragen des Verhältnisses von Unionsrecht und Völkerrecht

Im Lichte der verfassungstheoretischen Überlegungen können nun die Grundstrukturen der unionsverfassungsrechtlichen Dogmatik zum Verhältnis zum Völkerrecht in den Blick genommen werden. Dabei lässt sich unterscheiden zwischen den völkerrechtlichen Bindungen der Union (1.), ihrer innerunionalen Umsetzung (2.) und den Grenzen der Eingehung völkerrechtlicher Bindungen sowie der Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben (3.).

1. Anerkennung völkerrechtlicher Bindungen

An welche völkerrechtlichen Normen die Union gebunden ist, regelt das Primärrecht explizit nur für völkerrechtliche Verträge der Union (a), nicht aber für völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten (b) und für Völkergewohnheitsrecht (c).

a) Völkerrechtliche Verträge der Union

Art. 216 Abs. 2 AEUV ordnet eine Bindung der Union an die von der Union geschlossenen völkerrechtlichen Verträge in Parallele zur völkerrechtlichen Bindung an.¹⁵⁵ Der EuGH erstreckt diese Bindungswirkung auf Handlungen und Beschlüsse von Organen, die durch einen völkerrechtlichen Vertrag errichtet wurden, wie insbesondere Assoziierungsräte.¹⁵⁶ Im Fall von gemischten Abkommen bezieht sich die Bindungswirkung grundsätzlich nur auf den Teil des Abkommens, der in den Zuständigkeitsbereich der Union fällt.¹⁵⁷ Die Regelung des Art. 216 Abs. 2 AEUV ist damit zwar völkerrechtsfreundlich, drückt mit der Bindung an völkerrechtliche Verträge aber auch nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit aus. Zum Teil wird die

155 Oppermann/Classen/Nettesheim (Fn. 8), § 38 Rn. 33.

156 EuGH, Urteil v. 14.12.1989, Rs. 30/88, ECLI:EU:C:1989:422, Rn. 13 – *Griechenland/Kommission*; Urteil v. 20.9.1990, Rs. C-192/89, ECLI:EU:C:1990:322, Rn. 9 – *Sevince*; Urteil v. 21.1.1993, Rs. C-188/91, ECLI:EU:C:1993:24, Rn. 17 – *Deutsche Shell*.

157 Siehe EuGH, Urteil v. 19.3.2002, Rs. C-13/00, ECLI:EU:C:2002:184, Rn. 14 – *Kommission/Irland*; ambivalent hingegen Urteil v. 11.9.2007, Rs. C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496, Rn. 31 – *Merck*; dazu *van Rossem* (Fn. 77), 72 ff.; zum Ganzen *Schmalenbach* (Fn. 87), Rn. 42 ff.

Norm als Anknüpfungspunkt für ein weitergehendes völkerrechtsfreundliches Verständnis des Unionsverfassungsrechts, etwa im Hinblick auf die innerunionalen Wirkungen des Völkerrechts, verstanden.¹⁵⁸

b) Völkerrechtliche Verträge der EU-Mitgliedstaaten

aa) Unmittelbare Bindung der Union an völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten

Demgegenüber geht der EuGH davon aus, dass völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten nicht automatisch auch die Union binden.¹⁵⁹ Das überzeugt nicht nur völkerrechtlich, weil die Union keine Partei dieser Abkommen ist, sondern auch unionsrechtlich vor dem Hintergrund der begrenzten Kompetenzen der Union und der Konsequenzen, die damit verbunden wären, den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu geben, jenseits der insbesondere in Art. 218 AEUV vorgesehenen Verfahren völkerrechtliche Pflichten der Union zu begründen. Die grundsätzliche Ablehnung der Übernahme völkerrechtlicher Bindungen der Mitgliedstaaten ist damit Ausdruck der Autonomie der Unionsrechtsordnung,¹⁶⁰ ohne dass es zu Spannungen mit dem Völkerrecht kommt.

Als völkerrechtsfreundlich erweist sich hingegen die Anerkennung der Möglichkeit einer Funktionsnachfolge der Union in die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Eine solche hat der EuGH 1972 im Fall *International Fruit Company* für das GATT 1947 aufgrund des erkennbaren Willens der Mitgliedstaaten und der Übernahme der mit der Zoll- und Handelspolitik

158 Siehe etwa *Eeckhout* (Fn. 114), 374 f.

159 EuGH, Urteil v. 4.5.2010, Rs. C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, Rn. 61 – *TNT Express Nederland BV*; Urteil v. 17.7.2014, Rs. C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101, Rn. 20 – *Qurbani*; zum Sonderfall des Abschlusses eines Vertrages durch einen Mitgliedstaat auf der Grundlage einer Autorisierung oder im Interesse der Union siehe *Marise Cremona*, Member States Agreements as Union Law, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti/Ramses A. Wessel (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden: Nijhoff 2012, 291–324 (303 ff.); *Allan Rosas*, The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States, *Fordham Int'l L. J.* 34 (2011), 1304–1345 (1327 ff.); siehe insbesondere EuGH, Urteil v. 31.3.1971, Rs. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32, Rn. 69 ff. – *AETR*; Urteil v. 16.1.2003, Rs. C-439/01, ECLI:EU:C:2003:31, Rn. 23 f. – *Libor Cipra*.

160 Siehe *van Rossem* (Fn. 64), 21.

verbundenen Aufgaben durch die damalige Gemeinschaft angenommen.¹⁶¹ Allerdings bejaht der EuGH eine derartige Funktionsnachfolge nur im Fall eines vollständigen Befugnisübergangs von den Mitgliedstaaten auf die Union im entsprechenden vom völkerrechtlichen Vertrag geregelten Sachbereich.¹⁶² Eine Bindung der Union an Verträge der Mitgliedstaaten lehnt der EuGH daher regelmäßig ab.¹⁶³ Anders als zuvor das EuG¹⁶⁴ bejaht der EuGH in der *Kadi I*-Entscheidung¹⁶⁵ auch keine (partielle) Funktionsnachfolge im Hinblick auf die Charta der Vereinten Nationen.

Der restriktive Ansatz des EuGH ist innerhalb der Logik des Kriteriums der Funktionsnachfolge stimmig.¹⁶⁶ Allerdings stellt sich die Frage, ob nicht das Kriterium der Funktionsnachfolge selbst zu eng gewählt ist.¹⁶⁷ Gerade mit Blick auf die Vereinten Nationen wird kritisch angemerkt, dass der EuGH in der *Kadi I*-Entscheidung das unionsverfassungsrechtliche Bekenntnis zur UN-Charta vernachlässige.¹⁶⁸ Diese Kritik ist in der Sache berechtigt, begründet aber nicht, warum die Bezugnahme auf die UN-Charta in den Unionsverträgen zu einer unmittelbaren und vollumfänglichen Bindung der Union führen soll. Weder die einzelnen Vorschriften noch der Gedanke der Völkerrechtsfreundlichkeit begründen zwingend

161 EuGH, Urteil v. 12.12.1972, verb. Rs. 21/72 bis 24/72, ECLI:EU:C:1972:115, Rn. 10 ff. – *International Fruit Company*; siehe zudem Urteil v. 19.11.1975, Rs. 38/75, ECLI:EU:C:1975:154, Rn. 21/22 – *Nederlandse Spoorwegen*; bestätigt in Gutachten 2/15 v. 16.5.2017, ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 248 – *Freihandelsabkommen mit Singapur*.

162 EuGH, *Intertanko* (Fn. 100), Rn. 48. Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Union für die Handelspolitik, die Direktinvestitionen mit umfasst (Art. 207 Abs. 1 S. 1 AEUV; Art. 3 Abs. 1 lit. c) AEUV), geht der EuGH davon aus, dass die Union Verträge zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten eigenständig durch den Abschluss eines Abkommens mit dem Drittstaat ersetzen kann, siehe *Freihandelsabkommen mit Singapur* (Fn. 161), Rn. 248 ff.

163 Siehe zum Marpol-Übereinkommen EuGH, Urteil v. 14.7.1994, Rs. C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296 – *Peralta*, Rn. 16; *Intertanko* (Fn. 100), Rn. 47 ff.; zum Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr *TNT Express Nederland BV* (Fn. 159), Rn. 62; zum Chicagoer Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 62 ff.; zum Warschauer Abkommen Urteil v. 22.10.2009, Rs. C-301/08, ECLI:EU:C:2009:649, Rn. 25 ff. – *Bogiatzi*; zu Menschenrechtsabkommen *Sarah Schadendorf*, Die UN-Menschenrechtsverträge im Grundrechtsgefüge der Europäischen Union, EuR 2015, 28–49 (32 ff.).

164 EuG, *Kadi I* (Fn. 105), Rn. 193 ff.

165 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 281 ff.

166 *Klabbers* (Fn. 53), 75.

167 Kritisch etwa *Eeckhout* (Fn. 114), 399 f.

168 Siehe *Giegerich* (Fn. 32), Rn. 262 ff.

eine unmittelbare Bindung kraft Funktionsnachfolge. Völkerrechtsfreundliche Ergebnisse können auch über die Annahme mittelbarer Wirkungen der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten erreicht werden.

bb) Unionsrechtlicher Dispens zugunsten völkervertraglicher Verpflichtungen

Völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten entfalten mittelbare Wirkungen in der Unionsrechtsordnung zunächst dadurch, dass die Unionsverträge die Mitgliedstaaten punktuell von unionsrechtlichen Verpflichtungen freistellen, wenn ein Konflikt mit dem Völkerrecht besteht: Art. 350 AEUV stellt insofern eine Sonderregelung für die Benelux-Union und die Belgisch-Luxemburgische Wirtschaftsunion dar. Strukturell bedeutsamer ist Art. 347 3. Var. AEUV, der impliziert, dass ein Mitgliedstaat von unionsrechtlichen Vorgaben abweichen kann, wenn dies zur Erfüllung einer Verpflichtung, die dieser im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Friedens und der internationalen Sicherheit übernommen hat, erforderlich ist. Hier von werden insbesondere verbindliche Beschlüsse des UN-Sicherheitsrates, etwa zur Durchführung von Wirtschaftsembargos, erfasst.¹⁶⁹

Als auf den ersten Blick besonders völkerrechtsfreundlich erweist sich Art. 351 Abs. 1 AEUV. Die Vorschrift lässt Abweichungen vom Unionsrecht zugunsten mitgliedstaatlicher Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen, die aus der Zeit vor der EU-Mitgliedschaft stammen, zu. Damit beinhaltet das Unionsverfassungsrecht tendenziell weitreichende Möglichkeiten zur Auflösung von Konflikten zwischen Unionsrecht und Völkerrecht zugunsten des Völkerrechts. Entscheidend ist freilich, wie diese Möglichkeiten interpretiert und gehandhabt werden. Insofern erweist sich die EuGH-Rechtsprechung als äußerst restriktiv.¹⁷⁰

Der EuGH beschränkt erstens Art. 351 AEUV auf vertragliche Verpflichtungen von EU-Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten und wendet die Norm nicht im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten an.¹⁷¹ Das ist

169 *Calliess* (Fn. 37), Art. 347 AEUV, Rn. 8.

170 Ausführlich *Klabbers* (Fn. 53), 58 ff., an dessen Analyse sich die folgenden Ausführungen orientieren.

171 EuGH, Urteil v. 27.2.1962, Rs. 10/61, ECLI:EU:C:1962:2, S. 23 – *Kommission/Italien*; Urteil v. 22.9.1988, Rs. 286/86, ECLI:EU:C:1988:434, Rn. 17 f. – *Deserbais*; *Bogiatzi* (Fn. 163), Rn. 19.

im Grundsatz völkerrechtlich unproblematisch, weil die europäischen Verträge als zeitlich nachfolgend von den völkervertraglichen Verpflichtungen zwischen den Mitgliedstaaten abweichen können. Allerdings wird dadurch die Integrität der betroffenen Verträge insgesamt relativiert, vor allem da Verträge sich nicht stets als Bündel bilateraler Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedstaaten begreifen lassen.¹⁷²

Zweitens engt der EuGH den Anwendungsbereich von Art. 351 Abs. 1 AEUV durch ein restriktives Verständnis der Alt-Verträge, auf die sich die Vorschrift erstreckt, ein: Änderungen von Verträgen schließen eine Anwendung von Art. 351 Abs. 1 AEUV regelmäßig aus.¹⁷³ Der EuGH geht zudem recht großzügig davon aus, dass ältere Verträge durch neue Verträge verdrängt werden, sodass Art. 351 Abs. 1 AEUV keine Anwendung mehr findet.¹⁷⁴

Drittens betont der EuGH, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 351 Abs. 2 AEUV Maßnahmen ergreifen müssen, um der Unvereinbarkeit von Alt-Verträgen mit dem Unionsrecht abzuweichen, und geht dabei sogar von einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Kündigung aus, soweit eine solche völkerrechtlich möglich ist.¹⁷⁵ Das Unionsrecht akzeptiert konfligierendes Völkerrecht danach nur vorübergehend und nur nach Maßgabe des Unionsrechts.¹⁷⁶

Viertens beschränkt der EuGH im Rahmen der *Kadi*-Rechtsprechung Art. 351 Abs. 1 AEUV insofern, als die Vorschrift keine Abweichung von grundlegenden Prinzipien des Unionsrechts ermöglichen soll.¹⁷⁷ Damit marginalisiert der EuGH Art. 351 AEUV erheblich,¹⁷⁸ wenngleich sich hierfür mit dem Schutz der Verfassungsstruktur und Verfassungssubstanz gute Gründe anführen lassen.

172 Kritisch daher *Klabbers* (Fn. 53), 58 ff.; *Lenaerts/de Smijter* (Fn. 81), 114 ff.

173 EuGH, Urteil v. 5.11.2002, Rs. C-467/98, ECLI:EU:C:2002:625, Rn. 39 – *Kommission/Dänemark*.

174 EuGH, Urteil v. 14.10.1980, Rs. 812/79, ECLI:EU:C:1980:231, Rn. 22 – *Burgoa*; Urteil v. 2.8.1993, Rs. C-158/91, ECLI:EU:C:1993:332, Rn. 18 ff. – *Levy*.

175 EuGH, Urteil v. 14.9.1999, Rs. C-170/98, ECLI:EU:C:1999:411, Rn. 38 ff. – *Kommission/Belgien* (allerdings gestützt auf Sekundärrecht); Urteil v. 4.7.2000, Rs. C-62/98, ECLI:EU:C:2000:358, Rn. 33 f. – *Kommission/Portugal*; Urteil v. 4.7.2000, Rs. C-84/98, ECLI:EU:C:2000:359, Rn. 50 ff. – *Kommission/Portugal*; Urteil v. 3.3.2009, Rs. C-249/06, ECLI:EU:C:2009:119, Rn. 34 ff. – *Kommission/Schweden*.

176 *Kuijper* (Fn. 5), 591.

177 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 302 ff.

178 *Haltern* (Fn. 69), Rn. 1854; *van Rossem* (Fn. 77), 75 f.; *Matthias Kottmann*, *Introvertierte Rechtsgemeinschaft*, Berlin: Springer 2014, 259 ff.; *Klabbers* (Fn. 53), 58 ff.

cc) Berücksichtigung völkervertraglicher Verpflichtungen der Mitgliedstaaten

Der EuGH nimmt zudem eine allgemeine Pflicht der Unionsorgane zur Berücksichtigung völkerrechtlicher Bindungen der Mitgliedstaaten an, insbesondere mit Blick auf die Charta der Vereinten Nationen.¹⁷⁹ Diese Verpflichtung begründet er sowohl völkerrechtlich mit dem gewohnheitsrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben als auch unionsrechtlich mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV.¹⁸⁰ Die Berücksichtigung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Mitgliedstaaten erfolgt dabei vorrangig im Interesse der Mitgliedstaaten, erweist sich aber gleichwohl als völkerrechtsfreundlich, da insofern völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten unionsrechtliche Relevanz erhalten, auch wenn die Union selbst völkerrechtlich nicht gebunden ist.

Die Tragweite auch dieses Ansatzes ist allerdings begrenzt. Er erschöpft sich im Wesentlichen in der Berücksichtigung der völkerrechtlichen Bindungen der Mitgliedstaaten bei der Auslegung des Unionsrechts. Unklar ist, inwieweit der EuGH ein unionsrechtlich für richtig befundenes Auslegungsergebnis im Lichte völkerrechtlicher Bindungen der Mitgliedstaaten revidieren würde. Die Rechtsprechung ist eher zurückhaltend,¹⁸¹ selbst mit Blick auf internationale Menschenrechtsabkommen: Der EuGH hat zwar bereits früh betont, dass diese bei der Herleitung von Unionsgrundrechten als allgemeine Rechtsgrundsätze zu berücksichtigen sind,¹⁸² sich in der Praxis allerdings fast ausschließlich auf die EMRK bezogen.¹⁸³ Dieser selektive Ansatz zum völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz kommt nun-

179 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 291 ff.

180 EuGH, *Intertanko* (Fn. 100), Rn. 52.

181 Restriktiv etwa *Qurbani* (Fn. 159), wo der EuGH trotz unionsrechtlicher Überlagerung des Asyl- und Migrationsrechts sowie der Unionsgrundrechte keinen Anknüpfungspunkt für die unionsrechtliche Relevanz einer Vorschrift der Genfer Flüchtlingskonvention sieht; kritisch auch *Moreno-Lax* (Fn. 5), 65 ff.

182 EuGH, Urteil v. 14.5.1974, Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 13 – *Nold*; Urteil v. 13.12.1979, Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 15 – *Hauer*.

183 Ausführlich *Schadendorf* (Fn. 163), 28 ff.; *Franz C. Mayer*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München: C.H. Beck, Stand: Juli 2010, Nach Art. 6 EUV: Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze, Rn. 25; *Bruno de Witte*, *The European Union in the International System of Human Rights Protection: Solo Singer or Voice in the Choir?*, in: Emmanuelle Bribosia/Isabelle Rorive (Hrsg.), *Human Rights Tectonics*, Cambridge: Intersentia 2018, 225–241 (231 ff.); einzelne Ausnahmen bei *Moreno-Lax* (Fn. 5), 68.

mehr auch in Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 3 und Abs. 4 GRCh zum Ausdruck, die die EMRK und die Verfassungsüberlieferungen als Rechts-erkenntnisquellen für die Auslegung der Unionsgrundrechte benennen, nicht aber andere völkerrechtliche Vorgaben. Menschenrechtsabkommen jenseits der EMRK sind nach der Grundrechte-Charta nur im Rahmen des Günstigkeitsprinzips des Art. 53 GRCh relevant. Das volle Potenzial der universellen Menschenrechte wird insofern nicht ausgeschöpft.

c) Völkergewohnheitsrecht

Der EuGH geht zudem in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Union an Völkergewohnheitsrecht gebunden ist.¹⁸⁴ Eine explizite Anordnung dieser Bindungswirkung enthält das Unionsverfassungsrecht allerdings nicht. Dass Art. 3 Abs. 5 EUV, auch vom EuGH,¹⁸⁵ ein entsprechender Bedeutungsgehalt beigemessen wird, ist daher bereits Ausdruck eines völkerrechtsfreundlichen Vorverständnisses der Unionsrechtsordnung.

2. Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben

Für die Frage des Verhältnisses von Unionsrecht und Völkerrecht ist nicht nur relevant, inwiefern das Unionsrecht völkerrechtliche Bindungen anerkennt und ermöglicht, sondern auch, wie es die Umsetzung des Völkerrechts innerhalb der Unionsrechtsordnung gewährleistet. In Anknüpfung an die Dogmatik des innerstaatlichen Rechts lässt sich insofern zwischen innerunionaler Geltung (a), Anwendbarkeit (b) und Rang völkerrechtlicher Normen (c) unterscheiden. Ausdruck des Verbundcharakters der Unions-

184 Angedeutet bereits in EuGH, Urteil v. 4.12.1974, Rs. 41/74, ECLI:EU:C:1974:133, Rn. 21/23 – *van Duyn*; implizit in Urteil v. 27.9.1988, verb. Rs. 89/85 u.a., ECLI:EU:C:1988:447, Rn. 15 ff. – *Zellstoff*; dann Urteil v. 24.11.1992, Rs. C-286/90, ECLI:EU:C:1992:453, Rn. 9 f. – *Poulsen*; Urteil v. 16.6.1998, Rs. C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293, Rn. 45 f. – *Racke*; *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 101; Urteil v. 21.12.2016, Rs. C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:973, Rn. 81 ff. – *Front Polisario*; Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-266/16, ECLI:EU:C:2018:118, Rn. 47 – *Western Sahara Campaign UK*.

185 EuGH, *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 101; ebenso *Schroeder* (Fn. 21), 178 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 8), § 38 Rn. 36; *Gianelli* (Fn. 23), 102 ff.; *Konstadinides* (Fn. 88), 519; *Carolyn Damm*, Die Europäische Union im universellen Völkergewohnheitsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 173 ff.

rechtsordnung ist zudem, dass völkerrechtliche Bindungen der Union Wirkungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen entfalten (d).

a) Geltung in der Unionsrechtsordnung

Völkerrechtliche Verträge erlangen durch die Bindungsanordnung des Art. 216 Abs. 2 AEUV innerunionale Geltung und bilden einen integrierenden bzw. integralen Bestandteil des Unionsrechts.¹⁸⁶ Zum Teil wird insofern von einer Transformation ausgegangen, zum Teil ein Vollzugsbefehl angenommen, zum Teil wird die Einbeziehung über den Ratsbeschluss nach Art. 218 Abs. 6 AEUV konstruiert, zum Teil werden eine generelle Transformation oder ein genereller Vollzugsbefehl nach Art. 216 Abs. 2 AEUV angenommen.¹⁸⁷ Ungeachtet dieser konzeptionellen Fragen ist die innerunionale Geltung des die Union bindenden Völkerrechts generell anerkannt.¹⁸⁸ Der EuGH erstreckt sie auch auf das Völkergewohnheitsrecht.¹⁸⁹

b) Anwendbarkeit in der Unionsrechtsordnung

Für die effektive Durchsetzung völkerrechtlicher Normen von zentraler Bedeutung ist die Frage, welche Wirkungen sie in der Unionsrechtsordnung entfalten, ob sie einen Prüfungsmaßstab für die Gültigkeit von Unionsrechtsakten darstellen und ob Individuen sich auf sie berufen können. Zu dieser Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit (*direct effect*)¹⁹⁰ verhält sich das Völkerrecht regelmäßig nicht.¹⁹¹ Die Unionsrechtsordnung hat dementsprechend einen erheblichen Spielraum, den sie völkerrechtsfreundlicher oder restriktiver ausgestalten kann.

186 EuGH, *Haegeman II* (Fn. 99), Rn. 2/6; dazu oben III.2.b.

187 Zum Meinungsspektrum *Schmalenbach* (Fn. 87), Rn. 31.

188 *Wessel* (Fn. 92), 19 f.

189 EuGH, *Racke* (Fn. 184), Rn. 46; hierzu *Uerpmann-Wittzack* (Fn. 9), 182 ff.; *Schroeder* (Fn. 21), 187 ff.

190 Zur Terminologie *Heiko Sauer*, Die innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen – Begriffliche und dogmatische Klärungen, EuR 2004, 463–477 (464 f.).

191 Siehe *von Arnould* (Fn. 86), Rn. 502; EuGH, *Kupferberg* (Fn. 97), Rn. 17. Völkerrechtliche Verträge können allerdings Regelungen über die innerstaatlichen (bzw. innerunionalen) Wirkungen enthalten und diese explizit ausschließen oder begrenzen, wie etwa Art. 30.6 des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA).

aa) Völkerrechtliche Verträge

In der Entscheidung *International Fruit Company* von 1972 hat der EuGH die Frage aufgeworfen, ob sich Individuen auf das GATT berufen können, um die Gültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts in Frage zu stellen. Maßgeblich hierfür seien Sinn, Aufbau und Wortlaut des Abkommens.¹⁹² An dieser frühen Entscheidung fällt erstens auf, dass der EuGH die Frage der Eignung einer völkerrechtlichen Norm für die unmittelbare Anwendbarkeit mit der Frage verknüpft, ob die Vorschrift ein subjektives Recht Einzelner begründet. Zweitens stellt der EuGH maßgeblich auf das Abkommen als solches ab und differenziert nicht klar zwischen einzelnen Bestimmungen des Abkommens.

In späteren Entscheidungen entfaltet der EuGH ein zweistufiges Prüfprogramm:¹⁹³ In der *Kupferberg*-Entscheidung von 1982 thematisiert der EuGH mit Blick auf ein Freihandelsabkommen zwischen der EWG und Portugal zunächst, ob das Abkommen als solches nach seiner Rechtsnatur oder Systematik der Anerkennung unmittelbarer Wirkungen entgegensteht, bevor er im zweiten Schritt prüft, ob die Vorschrift, auf die sich eine Partei vor Gericht berufen wollte, unbedingt und hinreichend klar gefasst ist, um unmittelbare Wirkungen zu entfalten.¹⁹⁴ Dabei betont der EuGH, dass die Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit zur Erfüllung völkervertraglicher Verpflichtungen beitragen kann. Die zweistufige Prüfung und die darin entwickelten Kriterien hat der EuGH in der Folge bestätigt.¹⁹⁵ Er hat insbesondere Vorschriften von Freihandelsabkommen¹⁹⁶ sowie Asso-

192 EuGH, *International Fruit Company* (Fn. 161), Rn. 19 f.

193 Siehe *von Bogdandy/Smrkolj* (Fn. 10), Rn. 10; *Aust* (Fn. 21), 112; *Klabbers* (Fn. 53), 76 f.

194 EuGH, *Kupferberg* (Fn. 97), Rn. 9 ff.

195 Siehe etwa EuGH, Urteil v. 30.9.1987, Rs. 12/86, ECLI:EU:C:1987:400, Rn. 14 – *Demirel*; Urteil v. 14.12.2000, verb. Rs. C-300/98 und C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688, Rn. 42 ff. – *Dior*; *Intertanko* (Fn. 100), Rn. 45; *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 53 f.; *SCF* (Fn. 100), Rn. 43 ff.; Urteil v. 18.3.2014, Rs. C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, Rn. 85 f. – *Z*.

196 EuGH, *Kupferberg* (Fn. 97), Rn. 27.

ziierungsabkommen¹⁹⁷ unmittelbare Anwendbarkeit zugesprochen.¹⁹⁸ Die Rechtsprechung des EuGH ist insofern als völkerrechtsfreundlich bezeichnet worden.¹⁹⁹

Von erheblicher Zurückhaltung geprägt ist hingegen die viel diskutierte Rechtsprechung zum WTO-Recht, in der der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT,²⁰⁰ des TRIPS²⁰¹ und anderer WTO-Abkommen weitgehend verneint.²⁰² Diese Zurückhaltung begründete der EuGH in der Grundsatzentscheidung *International Fruit Company* wesentlich mit der „Geschmeidigkeit“ der Bestimmungen des GATT, das im Fall von Konflikten maßgeblich auf gegenseitige Konsultationen und Verhandlungen abstelle.²⁰³

An dieser Rechtsprechung hat der EuGH auch nach der Gründung der WTO und der damit verbundenen Reform des Streitbeilegungssystems im Rahmen der Uruguay-Runde festgehalten.²⁰⁴ In der Grundsatzentscheidung *Portugal/Rat* erkennt der EuGH zwar an, dass der Streitbeilegungsmechanismus im Rahmen der WTO entschieden gestärkt worden sei, betont aber weiterhin den hohen Stellenwert von Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien.²⁰⁵ Die Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit des WTO-Rechts würde die Möglichkeiten für politische Verhand-

197 EuGH, Urteil v. 5.2.1976, Rs. 87/75, ECLI:EU:C:1976:18, Rn. 26 – *Conceria Daniele Bresciani*; Urteil v. 29.4.1982, Rs. 17/81, ECLI:EU:C:1982:129, Rn. 27 – *Pabst & Richarz KG*; Urteil v. 5.7.1994, Rs. C-432/92, ECLI:EU:C:1994:277, Rn. 27 – *The Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food*.

198 Zu den Hintergründen *Marc Maresceau*, *The Court of Justice and Bilateral Agreements*, in: *Court of Justice of the European Union* (Hrsg.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague: Asser 2013, 693–717 (693).

199 So etwa *Eeckhout* (Fn. 114), 374.

200 EuGH, *International Fruit Company* (Fn. 161), Rn. 19 ff.; Urteil v. 12.12.1995, Rs. C-469/93, ECLI:EU:C:1995:435, Rn. 26 ff. – *SIOT*; Urteil v. 1.3.2005, Rs. C-377/02, ECLI:EU:C:2005:121, Rn. 39 ff. – *Van Parys*; Urteil v. 9.9.2008, verb. Rs. C-120/06 P und C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:476, Rn. 111 ff. – *FIAMM*.

201 EuGH, *Portugal/Rat* (Fn. 97), Rn. 42 ff.; *Dior* (Fn. 195), Rn. 44; Urteil v. 16.11.2004, Rs. C-245/02, ECLI:EU:C:2004:717, Rn. 54 – *Anheuser-Busch*; *SCF* (Fn. 100), Rn. 46.

202 Ausführlich *Herrmann/Strein* (Fn. 21), Rn. 116 ff.

203 EuGH, *International Fruit Company* (Fn. 161), Rn. 21 ff.; aus der Folgerechtsprechung etwa Urteil v. 24.10.1973, Rs. 9/73, ECLI:EU:C:1973:110, Rn. 29 f. – *Schlüter*; Urteil v. 5.10.1994, Rs. C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367, Rn. 104 ff. – *Deutschland/Rat*.

204 Zur Kritik *Klabbers* (Fn. 53), 77 ff.

205 EuGH, *Portugal/Rat* (Fn. 97), Rn. 36 ff.

lungslösungen beeinträchtigen²⁰⁶ und die Handlungsspielräume der Unionsorgane einengen.²⁰⁷ Zudem spreche der dem WTO-Recht zugrunde liegende Grundsatz der Gegenseitigkeit gegen die Annahme einer unmittelbaren Anwendbarkeit, da auch die wichtigsten Handelspartner der EU die innerstaatliche Anwendbarkeit des WTO-Rechts nicht anerkennen.²⁰⁸

Zum innerunionalen Prüfungsmaßstab wird das WTO-Recht nur mittelbar, wenn das Sekundärrecht ausdrücklich auf spezielle WTO-Vorschriften verweist (*Fediol*-Ausnahme)²⁰⁹ oder wenn der Unionsgesetzgeber erkennbar seine Verpflichtungen aus dem WTO-Recht erfüllen wollte (*Nakajima*-Ausnahme).²¹⁰ Auch diese Gegenausnahmen handhabt der EuGH restriktiv und hat nur in wenigen Fällen einen Unionsrechtsakt wegen Verstoßes gegen das WTO-Recht aufgehoben.²¹¹

Für die restriktive Rechtsprechung des EuGH wird angeführt, dass sie handelspolitische Spielräume der Union offenhalte,²¹² eine Besserstellung von Handelspartnern gegenüber der EU vermeide²¹³ und im Einklang mit der Position anderer Unionsorgane sowie der Mitgliedstaaten stehe.²¹⁴ Kritische Stimmen werfen dem EuGH hingegen vor, die Struktur des WTO-Rechts und insbesondere des Streitbeilegungsmechanismus zu verkennen, die Bindung an das WTO-Recht sowie individuelle Rechte zugunsten handelspolitischer Erwägungen zu opfern und die Autonomie der Unionsrechtsordnung über das Völkerrecht zu stellen.²¹⁵

206 EuGH, *Portugal/Rat* (Fn. 97), Rn. 40.

207 EuGH, *FIAMM* (Fn. 200), Rn. 130.

208 EuGH, *Portugal/Rat* (Fn. 97), Rn. 42 ff.

209 EuGH, Urteil v. 22.6.1989, Rs. 70/87, ECLI:EU:C:1989:254, Rn. 20 – *Fediol*; *Portugal/Rat* (Fn. 97), Rn. 49.

210 EuGH, Urteil v. 7.5.1991, Rs. C-69/89, ECLI:EU:C:1991:186, Rn. 29 f. – *Nakajima*; *Van Parys* (Fn. 200), Rn. 40; *FIAMM* (Fn. 200), Rn. 112.

211 Siehe etwa EuGH, Urteil v. 9.1.2003, Rs. C-76/00 P, ECLI:EU:C:2003:4, Rn. 53 ff. – *Petrobub*.

212 Mögele (Fn. 87), Rn. 69 ff.; *Hélène Ruiz Fabri*, Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations?, EJIL 25 (2014), 151–173 (151); *Eeckhout* (Fn. 114), 375 f.; *Kuijper* (Fn. 5), 604 f.; ausführliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung bei *von Bogdandy* (Fn. 93), 404 ff.

213 Instrukтив *Armin von Bogdandy/Tilman Makatsch*, Kollision, Koexistenz oder Kooperation? Zum Verhältnis von WTO-Recht und europäischem Außenwirtschaftsrecht in neueren Entscheidungen, EuZW 2000, 261–268 (266 f.).

214 *Keller* (Fn. 87), 492 ff.; siehe auch *Kottmann* (Fn. 178), 252.

215 Siehe etwa *Herrmann/Streinz* (Fn. 21), Rn. 121 ff.; *Sauer* (Fn. 190), 463; *Klabbers* (Fn. 53), 79.

Die restriktive WTO-Rechtsprechung des EuGH ist zwar nicht völkerrechtswidrig, erschwert aber die Geltendmachung von Verstößen gegen das WTO-Recht. Auch die anerkannten Ausnahmen von der Absage an die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts sowie die Berücksichtigung des WTO-Rechts im Rahmen der Auslegung²¹⁶ können dieses Defizit angesichts der auch insofern eher zurückhaltenden Rechtsprechung des EuGH nicht kompensieren.²¹⁷ Konsultationen und Verhandlungen im Rahmen des WTO-Systems schwächen die Problematik ab, ohne sie gänzlich beseitigen zu können.

Die restriktive Rechtsprechung des EuGH zielt auf den Schutz der Autonomie der Unionsrechtsordnung²¹⁸ in der Form des Verfassungsschutzabstandes ab und lässt sich insofern dem Grunde nach rechtfertigen. Das Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit spricht allerdings zumindest für eine großzügigere Handhabung der Gegenausnahmen sowie eine stärkere Bedeutung der Auslegung des Unionsrechts in Orientierung am WTO-Recht.²¹⁹ Zudem sollte der EuGH die unmittelbare Wirkung des WTO-Rechts in der Konstellation akzeptieren, in der ein EU-Mitgliedstaat einen Verstoß von Sekundärrecht gegen WTO-Recht geltend macht.²²⁰ Anders als in Konstellationen, in denen Unternehmen sich vor der Unionsgerichtsbarkeit auf WTO-Recht berufen, ist die Gefahr einer Instrumentalisierung des WTO-Rechts gegen das Unionsrecht hier geringer. Zudem haben die Mitgliedstaaten in dieser Konstellation aufgrund ihrer eigenen Bindung an das WTO-Recht ein gewichtiges Interesse an der Möglichkeit der Geltendmachung von Verletzungen des WTO-Rechts, sodass auch die unionsverfassungsrechtlich angezeigte Rücksichtnahme auf die völkerrechtlichen Ver-

216 EuGH, Urteil v. 10.9.1996, Rs. C-61/94, ECLI:EU:C:1996:313, Rn. 52 – *Kommission/Deutschland; Anheuser-Busch* (Fn. 201), Rn. 42.

217 *Herrmann/Streinz* (Fn. 21), Rn. 132 ff.; anders *Mario Mendez*, *The Legal Effects of EU Agreements*, Oxford: OUP 2013, 243 ff.

218 Siehe GA Léger, Schlussanträge v. 6.4.2006, Rs. C-351/04, ECLI:EU:C:2006:236, Rn. 79 ff. – *Ikea Wholesale*; *Christoph Herrmann*, Case Note, CML Rev. 45 (2008), 1507–1518 (1516); *Antonello Tancredi*, On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body's Decisions in the EU Legal Order, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti/Ramses A. Wessel (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden: Nijhoff 2012, 249–268 (264 ff.).

219 Siehe *Mendez* (Fn. 217), 248 f.

220 So auch von *Bogdandy/Makatsch* (Fn. 213), 267; dagegen *Eeckhout* (Fn. 114), 295 f.; *Anne Peters*, *The Position of International Law within the European Community Legal Order*, GYIL 40 (1997), 9–77 (66 ff.).

pflchtigungen der Mitgliedstaaten für eine Kontrolle von Sekundärrechtsakten am Maßstab des WTO-Rechts spricht.²²¹

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive löst sich zudem ein vermeintlicher Wertungswiderspruch auf,²²² der darin liegt, dass der EuGH zwar nicht das Unionsrecht, wohl aber mitgliedstaatliches Handeln am Maßstab des WTO-Rechts prüft.²²³ Diese unterschiedliche Behandlung entspricht der Rationalität der EuGH-Rechtsprechung: Da es weder um die Überprüfung von Unionsrechtsakten noch um eine Bindung der EU geht, besteht in dieser Konstellation kein Bedarf, die Verfassungsstruktur gegenüber dem WTO-Recht abzuschirmen. Die Union hat vielmehr ein eigenes Interesse daran, gegen mitgliedstaatliche Verstöße gegen das WTO-Recht, für die sie als Union haftet,²²⁴ vorzugehen.

Die verfassungsrechtliche Perspektive plausibilisiert zudem die Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit von Assoziations- und Freihandelsabkommen.²²⁵ Im Fall dieser bilateralen Abkommen mit Drittländern geht es vorwiegend um die Überprüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen und nur selten um die Vereinbarkeit von Unionsrechtsakten mit den entsprechenden völkerrechtlichen Verträgen.²²⁶ Das betont auch der EuGH, wenn er die WTO-Rechtsprechung mit dem stark ausgeprägten Grundsatz der Gegenseitigkeit im Welthandelsrecht rechtfertigt und diesen mit den eher asymmetrisch ausgestalteten Abkommen der EU mit Drittländern kontrastiert.²²⁷ Zudem bestehen zumindest im Rahmen der klassischen Assoziations- und Freihandelsabkommen keine konkurrierenden Streitbeilegungsmechanismen, gegen die der EuGH seine institutionelle Stellung verteidigen müsste.

221 *Tancredi* (Fn. 218), 267 f.; *Pieter Jan Kuijper/Marco Bronckers*, WTO Law in the European Court of Justice, CML Rev. 42 (2005), 1313–1355 (1342 ff.).

222 *So Herrmann/Streinz* (Fn. 21), Rn. 130 f. m.w.N.; *Filippo Fontanelli*, GATS the Way / I Like It: WTO Law, Review of EU Legality and Fundamental Rights, ESIL Reflections Vol. 10, Iss. 2 (3.6.2021), 1–12; *Kuijper* (Fn. 5), 605.

223 Siehe EuGH, *Kommission/Deutschland* (Fn. 216); Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, Rn. 68 ff. – *Kommission/Ungarn*.

224 *Herrmann/Streinz* (Fn. 21), Rn. 115.

225 Zu diesem Befund *Marise Cremona*, External Relations of the European Union: The Constitutional Framework for International Action, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 3. Aufl., Oxford: OUP 2021, 431–479 (451); *Klabbers* (Fn. 53), 81 ff.; *Lenaerts/de Smijter* (Fn. 81), 112 f.; *Keller* (Fn. 87), 515 ff., 585 f.

226 *Cremona* (Fn. 225), 452; *Mendez* (Fn. 217), 107 ff.; *Klabbers* (Fn. 53), 81 ff.; relativierend *Aust* (Fn. 21), 113.

227 EuGH, *Portugal/Rat* (Fn. 97), Rn. 42.

Jenseits von bilateralen Abkommen und WTO-Recht hat der EuGH die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Vielzahl anderer Vorschriften völkerrechtlicher Verträge thematisiert. Dem Seerechtsübereinkommen hat er insgesamt die Eignung zur unmittelbaren Anwendbarkeit abgesprochen, da dieses keine Rechte einzelner Personen begründe.²²⁸ Die Verpflichtungen aus dem Kyoto-Protokoll erachtete der EuGH als inhaltlich nicht unbedingt und hinreichend bestimmt.²²⁹ Besonders problematisch ist der Umgang des EuGH mit dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, dessen unmittelbare Anwendbarkeit der EuGH daran scheitern lässt, dass die Vertragsstaaten nach Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens Maßnahmen zur Umsetzung ergreifen müssen, woraus der EuGH auf den programmatischen Charakter der vertraglichen Pflichten schließt.²³⁰ Dabei verkennt er, dass Menschenrechtsabkommen regelmäßig sowohl unmittelbar anwendbare Vorgaben enthalten als auch auf legislative und administrative Umsetzung angelegt sind.²³¹ Dass die Vorschriften des Abkommens nicht hinreichend bestimmt seien, kann vor dem Hintergrund der konkretisierenden Praxis des Behindertenrechtsausschusses nicht überzeugen. Der EuGH ignoriert zudem, dass ein fakultatives Individualbeschwerdeverfahren für die Rechte aus dem Übereinkommen besteht, das sowohl den konkreten rechtlichen Gehalt bekräftigt als auch die Existenz subjektiver Rechte.

Obwohl es durchaus Gründe für die Zurückhaltung in der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit völkervertraglicher Normen gibt, schießt der restriktive Ansatz des EuGH über das Ziel hinaus. Die nicht konsequent durchgehaltene und in der Sache stark ergebnisorientiert angewandte zweistufige Prüfung verschiebt den Fokus auf allgemeine Erwägungen zum Charakter eines Vertrages und lenkt von der eigentlich entscheidenden Frage der Tauglichkeit spezifischer Vorgaben für eine unmittelbare Anwendbarkeit ab.²³² Auch die Voraussetzung, dass die vertragliche Norm subjektive Rechte begründen muss, wird nicht kohärent gehandhabt: Sie steht teils im Zentrum der Argumentation²³³ und wird teils überhaupt

228 EuGH, *Intertanko* (Fn. 100), Rn. 54 ff.; zur Kritik *Eeckhout* (Fn. 114), 382 f.

229 EuGH, *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 74 ff.

230 EuGH, *Z* (Fn. 195), Rn. 87 ff.

231 Kritisch auch *de Witte* (Fn. 183), 234 f.; *Moreno-Lax* (Fn. 5), 64.

232 Kritisch auch *Cremona* (Fn. 225), 452; *Giegerich* (Fn. 32), Rn. 238; *Besson* (Fn. 78), 247; *Kottmann* (Fn. 178), 247.

233 Siehe etwa EuGH, *Intertanko* (Fn. 100), Rn. 54 ff.

nicht genannt.²³⁴ Zudem ist nicht ersichtlich, warum eine unbedingte und hinreichend bestimmte völkerrechtliche Norm nicht als objektiv-rechtliche Verpflichtung unmittelbar als Prüfungsmaßstab für Unionsrechtsakte in Betracht kommen soll, sondern hierfür ein subjektives Recht vorausgesetzt wird.²³⁵ Das gilt schon deshalb, weil die Frage der Vereinbarkeit von Unionsrechtsakten mit dem Völkerrecht vielfach von Mitgliedstaaten vor den EuGH gebracht wird, und es in diesem prozessualen Rahmen keine Rolle spielen kann, ob eine Völkerrechtsnorm subjektive Rechte begründet oder nicht.

bb) Völkergewohnheitsrecht

Auch der Umgang des EuGH mit der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht erweist sich als stark abhängig vom Einzelfall und wenig kohärent.²³⁶ Obwohl es zahlreiche Fälle gibt, in denen der EuGH sich auf völkergewohnheitsrechtliche Normen bezieht, hat er bislang keine klaren Maßstäbe dafür entwickelt, unter welchen Voraussetzungen Völkergewohnheitsrecht unmittelbar anwendbar ist.²³⁷ Ein Grund hierfür liegt darin, dass in zahlreichen Fällen kein Verstoß von Unionsrechtsakten gegen Völkergewohnheitsrecht im Raum stand, sondern sich die Unionsrechtsakte im Lichte des Völkergewohnheitsrechts auslegen ließen. Soweit der EuGH etwa zu dem Ergebnis gelangt, dass die Erstreckung des räumlichen Anwendungsbereichs eines Unionsrechtsakts über das Gebiet der Union hinaus,²³⁸ auf außerhalb des Unionsgebiets ansässige Unternehmen,²³⁹ auf in einem Drittstaat registrierte Schiffe²⁴⁰ oder auf ein völkerrechtlich einem Vertragsstaat nicht zugewiesenes Territorium²⁴¹ völkergewohnheits-

234 Siehe etwa EuGH, *The Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food* (Fn. 197), Rn. 23 ff.

235 Siehe *Thym* (Fn. 14), 459; *Herrmann/Streinz* (Fn. 21), Rn. 117; *Cannizzaro* (Fn. 102), 45 ff.

236 *Schroeder* (Fn. 21), 187.

237 Siehe *von Bogdandy/Smrkolj* (Fn. 10), Rn. 24; *Schroeder* (Fn. 21), 200; für die Übertragung der mit Blick auf völkerrechtliche Verträge entwickelten Maßstäbe *Lenaerts/de Smijter* (Fn. 81), 126.

238 EuGH, Urteil v. 24.11.1993, Rs. C-405/92, ECLI:EU:C:1993:906, Rn. 12 ff. – *Mondiet*; Urteil v. 27.2.2002, Rs. C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122, Rn. 31 ff. – *Weber*.

239 EuGH, *Zellstoff* (Fn. 184), Rn. 14 ff.

240 EuGH, *Poulsen* (Fn. 184), Rn. 21 ff.

241 EuGH, *Front Polisario* (Fn. 184), Rn. 86 ff.

rechtlich unzulässig ist, lässt er diese Wertung in die Auslegung des Sekundärrechtsaktes einfließen. Soweit für die Auslegung eines Abkommens der EU die völkergewohnheitsrechtlich geltenden Regeln über völkerrechtliche Verträge zur Anwendung gelangen,²⁴² handelt es sich ebenfalls nicht um einen Fall unmittelbarer Anwendbarkeit. Dem Völkergewohnheitsrecht kommt dann die Funktion zu, den Inhalt eines Abkommens zu bestimmen. Nur inzident spielt das Völkergewohnheitsrecht auch im Fall *Racke* eine Rolle, in dem die Frage der Suspendierung eines völkerrechtlichen Vertrages aufgrund des völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatzes *clausula rebus sic stantibus* im Raum stand.²⁴³

Aus der Perspektive der Völkerrechtsfreundlichkeit ist die EuGH-Rechtsprechung problematisch: Erstens weicht der EuGH der Befassung mit Völkergewohnheitsrecht aus, wenn er davon ausgeht, dass eine inhaltsgleiche Norm des Unionsrechts besteht. In diesem Sinne hat das EuG in der Rechtssache *Opel Austria* die Frage nach den Vorwirkungen eines noch nicht in Kraft getretenen völkerrechtlichen Vertrages nicht anhand des völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben entschieden, wie er für die Vorwirkungen völkerrechtlicher Verträge in Art. 18 WVK seinen Niederschlag gefunden hat, sondern nach Maßgabe des unionsrechtlich verankerten Vertrauensschutzbots.²⁴⁴

Zweitens erweist sich die Handhabung des Völkergewohnheitsrechts durch den EuGH in inhaltlicher Hinsicht als problematisch. Viel kritisiert ist etwa die Anwendung des Grundsatzes *clausula rebus sic stantibus* im Fall *Racke*, in dem der EuGH ohne hinreichende Problematisierung von der restriktiven Handhabung dieses Grundsatzes in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs und in der Völkerrechtspraxis abweicht.²⁴⁵

Problematisch ist drittens, dass der EuGH die Einhaltung des Völkergewohnheitsrechts durch die Unionsorgane nur auf offensichtliche Fehler kontrollieren will.²⁴⁶ Der Verweis auf die mangelnde Bestimmtheit des Völkergewohnheitsrechts erkennt sowohl etablierte völkergewohnheitsrechtliche Grundsätze als auch die Bedeutung von Rechtserkenntnisquellen für die Identifikation des Völkergewohnheitsrechts. Völkergewohnheitsrecht ist

242 EuGH, Urteil v. 25.2.2010, Rs. C-386/08, ECLI:EU:C:2010:91, Rn. 39 ff. – *Brita*.

243 EuGH, *Racke* (Fn. 184); *Lenaerts/de Smijter* (Fn. 81), 126.

244 EuG, Urteil v. 22.1.1997, Rs. T-115/94, ECLI:EU:T:1997:3, Rn. 90 ff. – *Opel Austria*.

245 Kritisch auch *Klabbers* (Fn. 53), 88 f.; relativierend *Skordas* (Fn. 118), 133 ff.

246 EuGH, *Racke* (Fn. 184), Rn. 52; *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 110; kritisch auch *Moreno-Lax* (Fn. 5), 54; zustimmend *Eeckhout* (Fn. 114), 394; *Damm* (Fn. 185), 230 ff.; *Kuijper* (Fn. 5), 603 f.

nicht per se unbestimmter oder komplexer als Vertragsrecht.²⁴⁷ In den vom EuGH zu entscheidenden Fällen ging es zudem oft um Konstellationen, in denen eine Vorschrift eines völkerrechtlichen Vertrages als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht zur Anwendung gelangte,²⁴⁸ sodass der Einwand mangelnder Bestimmtheit kaum überzeugt. Zudem vernachlässigt der EuGH die Bedeutung gerichtlicher Entscheidungen für die Identifikation und Konturierung des Völkergewohnheitsrechts und vergibt damit die Chance, sich in den Dienst der Völkerrechtsordnung zu stellen und Einfluss auf die Gestaltung des Völkergewohnheitsrechts zu nehmen.²⁴⁹ Da auch die Prinzipien der Autonomie und der Verfassungsidentität einer umfassenden Berücksichtigung des Völkergewohnheitsrechts als Prüfungsmaßstab für das Handeln der Unionsorgane nicht entgegenstehen, streitet die Völkerrechtsfreundlichkeit für einen weitergehenden Ansatz des EuGH zum Völkergewohnheitsrecht als Bestandteil der Unionsrechtsordnung.

cc) Völkerrechtsfreundliche Auslegung

Der EuGH hat schon früh völkerrechtlich verbindliche Vorgaben als „nützliches Hilfsmittel“ für die Auslegung des Unionsrechts angesehen,²⁵⁰ Unionsrecht „im Lichte“ des einschlägigen Völkerrechts ausgelegt²⁵¹ und betont, dass die für die Union verbindlichen völkerrechtlichen Verträge bei der Auslegung des Unionsrechts heranzuziehen sind.²⁵² Ob die einschlägigen völkerrechtlichen Normen unmittelbar anwendbar sind, ist dabei nicht relevant.²⁵³ Diese Vorgaben hat der EuGH später zu einer Pflicht zur völ-

247 *Schroeder* (Fn. 21), 203.

248 *Pieter Jan Kuijper*, Customary International Law, Decisions of International Organisations and Other Techniques for Ensuring Respect for International Legal Rules in European Community Law, The European Court of Justice and Public International Law, in: Jan Wouters/André Nollkaemper/Erika de Wet (Hrsg.), *The Europeanisation of International Law*, Den Haag: Asser 2008, 87–106 (95).

249 Siehe *von Arnould* (Fn. 7), § 1 Rn. 113; allgemein zum Einfluss der EU auf die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht *Odermatt* (Fn. 2), 33 ff.; *Ramses A. Wessel*, Flipping the Question: The Reception of EU Law in the International Legal Order, *YBEL* 35 (2016), 533–561 (544 ff.).

250 EuGH, Urteil v. 26.4.1972, Rs. 92/71, ECLI:EU:C:1972:30, Rn. 6 – *Interfood*.

251 EuGH, *Poulsen* (Fn. 184), Rn. 9; ferner *Petro tub* (Fn. 211), Rn. 57.

252 EuGH, Urteil v. 17.10.1995, Rs. C-70/94, ECLI:EU:C:1995:328, Rn. 23 – *Werner*; Urteil v. 17.10.1995, Rs. C-83/94, ECLI:EU:C:1995:329, Rn. 24 – *Leifer*.

253 *Federico Casolari*, Giving Indirect Effect to International Law Within the EU Legal Order: The Doctrine of Consistent Interpretation, in: Enzo Cannizzaro/Paolo

kerrechtskonformen Auslegung ausgebaut²⁵⁴ und auf völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten, an die die Union nicht gebunden ist, erstreckt.²⁵⁵

Die Anerkennung eines unionsrechtlichen Gebots völkerrechtskonformer Auslegung des Unionsrechts ist insofern völkerrechtsfreundlich, als sie im Grundsatz die Beachtung völkerrechtlich verbindlicher Vorgaben ermöglicht. Unabhängig von der schwierig zu bewertenden Frage, welchen Einfluss die völkerrechtskonforme Auslegung tatsächlich auf die Spruchpraxis des EuGH hat, weist allerdings bereits die Konzeption des EuGH auch restriktive Momente auf: Der EuGH begründet das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung nicht mit dem Anliegen der Einhaltung des Völkerrechts, sondern vielmehr mit der innerunionalen Normenhierarchie, in der völkerrechtliche Verträge einen Rang zwischen Primärrecht und Sekundärrecht einnehmen.²⁵⁶ Die Berücksichtigung der völkerrechtlichen Verträge der Mitgliedstaaten begründet der EuGH über das Gebot der Loyalität gegenüber den Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 EUV.²⁵⁷ Die auf den unionsinternen Vorrang des Völkerrechts vor dem Unionssekundärrecht abstellende Begründung ermöglicht insbesondere keine völkerrechtskonforme Auslegung des Primärrechts, wie das EuG es in aller Deutlichkeit in der *Microsoft*-Entscheidung zum Ausdruck gebracht hat.²⁵⁸ In anderen Entscheidungen spricht der EuGH hingegen allgemeiner von der Auslegung des Unionsrechts oder betont, dass die Befugnisse der Unionsorgane unter Beachtung des Völkerrechts ausgeübt werden müssen.²⁵⁹ Die Verankerung des Gebots völkerrechtsfreundlicher und völkerrechtskonformer Auslegung in Art. 3 Abs. 5 EUV²⁶⁰ legt demgegenüber nahe, dass das gesam-

Palchetti/Ramses A. Wessel (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden: Nijhoff 2012, 395–416 (403).

254 EuGH, *Kommission/Deutschland* (Fn. 216), Rn. 52; Urteil v. 1.4.2004, Rs. C-286/02, ECLI:EU:C:2004:212, Rn. 33 – *Bellio F.lli*; Urteil v. 19.2.2009, Rs. C-228/06, ECLI:EU:C:2009:101, Rn. 59 – *Soysal*; Urteil v. 11.4.2013, verb. Rs. C-335/11 und C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222, Rn. 29 – *HK Danmark*; Z (Fn. 195), Rn. 72.

255 EuGH, Urteil v. 23.10.2001, Rs. C-510/99, ECLI:EU:C:2001:559, Rn. 25 – *Tridon*; *Intertanko* (Fn. 100), Rn. 52; restriktiver Urteil v. 24.6.2008, Rs. C-188/07, ECLI:EU:C:2008:359, Rn. 84 ff. – *Commune de Mesquer*.

256 So deutlich EuGH, *Kommission/Deutschland* (Fn. 216), Rn. 52.

257 So deutlich *Intertanko* (Fn. 100), Rn. 52, wobei der EuGH allerdings auch auf den völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben rekurriert.

258 EuG, Urteil v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 798 – *Microsoft*.

259 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 291; Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10, ECLI:EU:C:2012:630, Rn. 44 – *Ungarn/Slowakei*; Urteil v. 5.4.2022, Rs. C-161/20, ECLI:EU:C:2022:260, Rn. 32 – *Kommission/Rat*.

260 *Giegerich* (Fn. 32), Rn. 220; *Herrmann/Strein* (Fn. 21), Rn. 137.

te Unionsrecht einschließlich des Primärrechts unter Berücksichtigung von und im Einklang mit dem Völkerrecht ausgelegt werden muss.²⁶¹ Auch dann kann das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung die Völkerrechtskonformität des Unionsrechts allerdings nicht umfassend gewährleisten.²⁶²

c) Rang in der Unionsrechtsordnung

Völkerrechtliche Verträge der Union nehmen nach allgemeiner Auffassung in der Unionsrechtsordnung einen Rang zwischen Primärrecht und Sekundärrecht ein.²⁶³ Dasselbe gilt dem EuGH zufolge für das Völkergewohnheitsrecht,²⁶⁴ sodass insofern ein Gleichlauf zwischen Vertrags- und Gewohnheitsrecht besteht.²⁶⁵ Für völkerrechtliche Verträge folgt der Vorrang vor dem Sekundärrecht aus der Bindung der Unionsorgane nach Art. 216 Abs. 2 AEUV.²⁶⁶ Der Vorrang des Primärrechts vor völkerrechtlichen Verträgen wird mit Art. 218 Abs. 11 AEUV begründet, wonach der EuGH im Wege eines Gutachtenverfahrens über die Vereinbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages mit dem Primärrecht entscheidet.²⁶⁷ Zwingend ist diese Lesart allerdings nicht, da Art. 218 Abs. 11 AEUV eine Überprüfung nur für *geplante* völkerrechtliche Abkommen vorsieht und nur für diese anordnet, dass sie im Fall eines ablehnenden Gutachtens nicht in Kraft treten können, soweit sie oder die Unionsverträge nicht geändert werden. Zu bestehenden völkervertraglichen Bindungen der Union verhält sich die Vorschrift nicht. Auch Art. 216 Abs. 2 AEUV schließt nicht aus, dass das Völkerrecht Relevanz auf Ebene des Primärrechts entfaltet, da die Norm nur die Bindung der Unionsorgane und nicht die Rangfrage regelt. Der EuGH prüft gleichwohl auch bestehende völkerrechtliche Verträge auf ihre Vereinbarkeit mit

261 So auch *Martin Nettesheim*, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, 737–772 (761 f.); *Herrmann/Streinz* (Fn. 21), Rn. 139; *Müller-Ibold* (Fn. 15), Rn. 11.

262 *Jan Klabbers*, Völkerrechtsfreundlich? International Law and the Union Legal Order, in: Panos Koutrakos (Hrsg.), *European Foreign Policy*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, 95–114 (113).

263 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 306 ff.

264 EuGH, *Racke* (Fn. 184), Rn. 40 ff.; *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 101 f.

265 *Schroeder* (Fn. 21), 190 ff.; *Damm* (Fn. 185), 184 ff.

266 EuGH, *Air Transport Association of America* (Fn. 22), Rn. 50.

267 EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 308 f.; *Kuijper* (Fn. 5), 591.

dem Unionsrecht.²⁶⁸ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Unionsorgane beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge der Bindung an das Primärrecht unterliegen²⁶⁹ und durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge nicht die in Art. 48 EUV verankerte Hoheit der Mitgliedstaaten über das Vertragsrecht übergehen dürfen.²⁷⁰

Die Verortung des Völkerrechts im Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht ist damit zwar nicht zwingend, lässt sich aber plausibel begründen. Die Gefahr des Auseinanderfallens von völkerrechtlichen Pflichten und primärem Unionsrecht lässt sich durch das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung des Primärrechts abmildern, nicht aber beseitigen. Ähnliches gilt für die Möglichkeit, die Wirkungen eines Urteils, mit dem der Beschluss des Rates zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages für nichtig erklärt wird, zeitlich so zu begrenzen, dass eine Völkerrechtsverletzung vermieden wird.²⁷¹

d) Unionsrechtsvermittelte Wirkungen des Völkerrechts in den Mitgliedstaaten

Das Unionsrecht verleiht dem für die Union verbindlichen Völkerrecht besondere Schlagkraft dadurch, dass es sich nicht nur zu den innerunionalen Wirkungen verhält, sondern auch zu den Wirkungen in den Mitgliedstaaten und diese für die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union in Dienst nimmt. Da die Mitgliedstaaten weitgehend für den Vollzug von Unionsrecht verantwortlich sind, zielt dieser Ansatz darauf ab, die völkerrechtliche Haftung der Union für Völkerrechtsverletzungen der Mitgliedstaaten zu vermeiden, sichert aber gleichzeitig die Integrität der Völkerrechtsordnung ab.²⁷² Da das Völkerrecht integraler Bestandteil der

268 EuGH, Urteil v. 9.8.1994, Rs. C-327/91, ECLI:EU:C:1994:305 – *Frankreich/Kommission*; Urteil v. 10.3.1998, Rs. C-122/95, ECLI:EU:C:1998:94 – *Deutschland/Rat*; Gutachten 1/75 v. 11.11.1975, ECLI:EU:C:1975:14, S. 1361 – *Lokale Kosten*; Gutachten 3/94 v. 13.12.1995, ECLI:EU:C:1995:436, Rn. 22 – *Rahmenabkommen über Bananen*; hierzu *Mendez* (Fn. 217), 62 ff. und 288 ff.

269 *Giegerich* (Fn. 32), Rn. 217.

270 *Konrad Lachmayer/Stine von Förster*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 216 AEUV, Rn. 24.

271 EuGH, Urteil v. 30.5.2006, verb. Rs. C-317/04 und C-318/04, ECLI:EU:C:2006:346, Rn. 71 ff. – *Parlament/Rat*; positivere Einschätzung bei *Kuijper* (Fn. 5), 599.

272 *Giegerich* (Fn. 32), Rn. 226; *Timmermans* (Fn. 1), 188.

Unionsrechtsordnung ist, führt das Anliegen des Schutzes der Verfassungsstruktur in dieser Konstellation zu einem Gleichlauf von unionsrechtlichem und völkerrechtlichem Interesse: Die Durchsetzung des Völkerrechts gegenüber den Mitgliedstaaten dient der strukturellen Integrität der Unionsrechtsordnung.

Für völkerrechtliche Verträge der Union ordnet Art. 216 Abs. 2 AEUV eine Bindung der Mitgliedstaaten an die völkerrechtlichen Bindungen der Union an und geht damit unionsrechtlich über die völkerrechtliche Bindungswirkung hinaus. Die Erfüllung der völkervertraglichen Pflichten der Union durch die Mitgliedstaaten wird damit zur unionsrechtlichen Pflicht,²⁷³ deren Verletzung im Vertragsverletzungsverfahren geltend gemacht werden kann.²⁷⁴ Im Fall gemischter Abkommen erstreckt sich die Bindungsanordnung auf den Teil, der in die Zuständigkeit der Union fällt, die Bindung der Mitgliedstaaten im Übrigen folgt unmittelbar aus dem Völkerrecht.²⁷⁵ Die supranationale Wirkung erstreckt sich auch auf das die Union bindende Völkergewohnheitsrecht als Teil der Unionsrechtsordnung.²⁷⁶ Zudem erreicht die Bindung der Union an das Völkergewohnheitsrecht die Mitgliedstaaten mittelbar, da das Unionsrecht im Einklang mit dem Völkergewohnheitsrecht ausgelegt und angewendet wird und die Mitgliedstaaten somit an Unionsrecht gebunden sind, das bereits völkerrechtliche Impulse aufgenommen hat.

Über die Verbindung mit dem Unionsrecht und seinem Anwendungsvorrang²⁷⁷ erfährt das Völkerrecht, das in den meisten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen keinen uneingeschränkten Vorrang genießt, damit zumindest punktuell eine Rangaufwertung. Dieser Effekt zeigt sich insbesondere, wenn sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Union selbst Vertragsparteien sind. So führte der in Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehene Beitritt der Union zur EMRK nicht nur zur völkerrechtlichen Bindung der Union, sondern auch zu einer Bindung der Mitgliedstaaten, die am Anwendungs-

273 EuGH, *Kupferberg* (Fn. 97), Rn. 13.

274 EuGH, *Demirel* (Fn. 195), Rn. 9; *Kommission/Irland* (Fn. 157), Rn. 14; Urteil v. 30.5.2006, Rs. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, Rn. 80 ff. – *Kommission/Irland*; hierzu *Mendez* (Fn. 217), 291 ff.

275 *Vöneky/Beylage-Haarmann* (Fn. 87), Rn. 52.

276 *Schroeder* (Fn. 21), 189 f.

277 *Giegerich* (Fn. 32), Rn. 215; *Lachmayer/von Förster* (Fn. 270), Rn. 23; *Mögele* (Fn. 87), Rn. 60.

vorrang des Unionsrechts teilhat.²⁷⁸ Auch für andere völkerrechtliche Normen und Rechtsfragen wird das Potenzial unionsrechtlich aufgewerteten Völkerrechts gesehen.²⁷⁹

Die im Unionsverfassungsrecht angelegte und vom EuGH vorangetriebene Erstreckung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union auf die Mitgliedstaaten hat damit eine völkerrechtsfreundliche Ausrichtung: Denn wenn das Völkerrecht einen integralen Bestandteil der Unionsrechtsordnung bildet, richten sich seine Auslegung und seine Wirkweise nach unionsrechtlichen Vorgaben.²⁸⁰

3. Grenzen völkerrechtlicher Wirkungen im Unionsrecht

Grenzen sowohl hinsichtlich der Berücksichtigung bestehender völkerrechtlicher Vorgaben als auch im Hinblick auf die Eingehung neuer völkerrechtlicher Bindungen bestehen sowohl zum Schutz struktureller (a) als auch materieller Verfassungsgehalte (b).²⁸¹

a) Schutz struktureller Verfassungsgehalte

Der Schutz struktureller Verfassungsgrundsätze wie insbesondere des Vorrangs und der einheitlichen Geltung des Unionsrechts wird vor allem in der Autonomie-Rechtsprechung mit Blick auf die Einbindung in internationale Streitbeilegungsmechanismen thematisiert. Danach untersagt der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung, dass internationale Streitbeilegungsmechanismen über unionsrechtliche Fragen entscheiden können,²⁸² solange nicht sichergestellt ist, dass der EuGH mit etwaigen

278 Siehe *Thomas Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2022, Kap. 2 Rn. 38 ff.

279 Zur Aarhus-Konvention *Felix Lange*, Verbandsklagerechte und das Bundes-Klimaschutzgesetz, AöR 147 (2022), 264–296 (281 ff.); zur Grundrechtsberechtigung *Florian Becker/Simon Meyer*, Die Grundrechtsberechtigung ausländischer juristischer Personen im Lichte von Europarecht und Völkerrecht, AöR 147 (2022), 311–360 (344 ff.).

280 *Klabbers* (Fn. 262), 100; *Kottmann* (Fn. 178), 245.

281 Zu dieser Unterscheidung bereits oben III.3.a.

282 EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 35 – *EWI I*; Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 184 – *EMRK II*.

Auslegungsfragen befasst wird.²⁸³ Institutionell geht es somit um potenzielle Aufweichungen des Monopols des EuGH zur verbindlichen Auslegung von Unionsrecht. Vor diesem Hintergrund hat der EuGH das erste EWR-Abkommen,²⁸⁴ das Beitrittsabkommen zur EMRK²⁸⁵ und die Errichtung eines Europäischen Patentgerichts²⁸⁶ gestoppt und auch darüber hinaus der Nutzung von Streitbeilegungsmechanismen jenseits der Unionsgerichtsbarkeit enge Grenzen gezogen.²⁸⁷ Das Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada (CETA) hat der EuGH hingegen trotz der Einbindung von CETA-Gericht und CETA-Rechtsmittelinstanz für unionsrechtskonform erachtet, da das Unionsrecht keinen Prüfungsmaßstab im Verfahren vor den CETA-Gerichten darstelle und diese auch nicht zur Auslegung des Unionsrechts berechtigt seien.²⁸⁸ Der EuGH betont allerdings, dass die Einbindung in die CETA-Gerichtsbarkeit nicht zu Einschränkungen des demokratischen Gestaltungsspielraums der Unionsorgane führen darf, und unterstellt diese unionsgrundrechtlichen Bindungen.²⁸⁹

Auch wenn sich die Autonomie-Rechtsprechung dem Grunde nach rechtfertigen lässt,²⁹⁰ bietet sie im Einzelnen doch Anlass für Kritik: Erstens ist nicht immer klar, inwiefern die vom EuGH kritisierten Entwicklungen tatsächlich die Autonomie und die spezifische Wirkweise des Unionsrechts beeinträchtigen. Die Befürchtungen des EuGH hinsichtlich möglicher Be-

283 EuGH, *EMRK II* (Fn. 282), Rn. 239 ff.; Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 78 ff. – *Europäisches Patentgericht*; *Achmea* (Fn. 134), Rn. 31 ff.

284 EuGH, *EWR I* (Fn. 282); nach Nachbesserungen des EWR-Abkommens und Verzicht auf einen EWR-Gerichtshof (zugunsten einer geteilten Zuständigkeit zwischen dem EuGH und einem EFTA-Gerichtshof) dann gebilligt in Gutachten 1/92 v. 10.4.1992, ECLI:EU:C:1992:189 – *EWR II*; hierzu *Werner Schroeder*, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002, 1–534 (366 ff.); *de Witte* (Fn. 139), 37 f.

285 EuGH, *EMRK II* (Fn. 282); zuvor bereits die Skepsis in Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140 – *EMRK I*, in dem der EuGH den Beitritt zur EMRK noch mangels unionsrechtlichem Kompetenztitel für unzulässig erachtete.

286 EuGH, *Europäisches Patentgericht* (Fn. 283).

287 EuGH, Urteil v. 30.5.2006, Rs. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345 – *MOX Plant*; *Achmea* (Fn. 134); Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, Rn. 42 ff. – *Komstroy*.

288 EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 126 f., 130 ff. – *CETA*; skeptisch hierzu *von Arnau* (Fn. 7), § 1 Rn. 99; zur Abgrenzung der CETA-Entscheidung von der Autonomie-Rechtsprechung *Lenaerts/Guitérrez-Fons/Adam* (Fn. 21), 63 ff.

289 EuGH, *CETA* (Fn. 288), Rn. 156, 189 ff.

290 Dazu oben III.3.a.

eintrachtigungen in Folge des EMRK-Beitritts erscheinen zumindest überzogen.²⁹¹ Wenig überzeugend sind auch die Vorbehalte des EuGH gegenüber dem Europäischen Patentgericht, das in seiner Zuständigkeit stark beschränkt und zudem in das Vorabentscheidungsverfahren eingebunden gewesen wäre.²⁹² Auch in der Rechtssache *Achmea* zieht der EuGH aus der eher marginalen Bedrohung seiner Interpretationshoheit den weitgehenden Schluss der Unzulässigkeit von Investitionsschiedsgerichten zwischen den Mitgliedstaaten.²⁹³

Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die Autonomie des Unionsrechts und damit der exklusive Kontrollzugriff des EuGH in einem Spannungsverhältnis zur internationalen Offenheit stehen.²⁹⁴ Auch wenn sich in verfassungstheoretischer Hinsicht weder eine Vorrangrelation bilden lässt noch klare Vorgaben hinsichtlich der Auflösung dieses Spannungsverhältnisses bestehen, erweist sich die weitgehende Ausblendung des unionsverfassungsrechtlich abgesicherten Interesses der Union an außenpolitischen Handlungsspielräumen und einer internationalen Einbindung als problematisch.

Drittens muss die allenfalls schwach positiv-rechtlich rückgebundene Autonomie-Rechtsprechung im Lichte der konkreten Vorgaben des Unionsverfassungsrechts bewertet werden. Auch wenn sich die Vorbehalte des EuGH zum Teil auf Art. 344 AEUV stützen lassen, ist die Reichweite dieser Vorschrift begrenzter als es die Rechtsprechung des EuGH nahelegt. Sie bezieht sich ausschließlich auf Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten über Unionsrecht. Dass Art. 344 AEUV die Einbindung der Union in internationale Regelungszusammenhänge schon dann untersagen will, wenn die Möglichkeit besteht, dass internationale Gerichte oder Streitbeilegungsmechanismen sich zur Auslegung von Unionsrecht verhalten *könnten*, ohne dass dabei eine Bindung an die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH sichergestellt wäre, ist das Ergebnis einer weiten Auslegung, die

291 Zur Kritik statt vieler *Mattias Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß, NJW 2015, 921–926 (921); *Rudolf Streinz/Walther Michl*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 6 EUV, Rn. 19 f.; partielle Verteidigung bei *Daniel Halberstam*, „It’s the Autonomy, Stupid!“ A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, GLJ 16 (2015), 105–146 (105); *Haltern* (Fn. 69), Rn. 1739 ff.; *Eckes* (Fn. 128), 171 ff.

292 Zur Kritik *Matthias Müller*, Begrenzte Möglichkeit der Gründung eines Europäischen Patentgerichts, EuR 2011, 575–579 (576 f.); *de Witte* (Fn. 139), 43 f.

293 Zur Kritik nur *Andrej Lang*, Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach *Achmea*, EuR 2018, 525–560 (534).

294 Siehe *de Witte* (Fn. 139), 34; *Moreno-Lax* (Fn. 5), 69 ff.

der unionsverfassungsrechtlichen Grundentscheidung für die internationale Offenheit nicht hinreichend Rechnung trägt.

Der EuGH vernachlässigt zudem die unionsverfassungsrechtliche Vorgabe der Beachtung des Völkerrechts, wenn er in der *MOX Plant*-Entscheidung anderweitige zwischenstaatliche Streitbeilegungsverfahren kategorisch und unter Inkaufnahme von Völkerrechtsverletzungen untersagt.²⁹⁵ Die weite Lesart von Art. 344 AEUV,²⁹⁶ wonach nicht nur unionsrechtliche Streitigkeiten, sondern auch Streitigkeiten, die neben dem Unionsrecht primär andere Rechtsregime betreffen, erfasst werden, weist eine erhebliche überschießende Tendenz auf.²⁹⁷ In der *Komstroy*-Entscheidung geht der EuGH sogar noch einen Schritt weiter, wenn er betont, dass ein von der Union geschlossener völkerrechtlicher Vertrag Teil des Unionsrechts wird, sodass jede Auslegung dieses Vertrags durch ein internationales Gericht oder Schiedsgericht eine Auslegung von Unionsrecht darstellt.²⁹⁸ Die eigentlich völkerrechtsfreundliche Vorstellung, dass völkerrechtliche Abkommen integraler Bestandteil des Unionsrechts werden, wendet der EuGH damit gegen das Völkerrecht.²⁹⁹

Im Zusammenhang mit dem EMRK-Beitritt vermag zudem die weite Lesart des Art. 344 AEUV angesichts des unionsverfassungsrechtlichen Beitrittsgebots des Art. 6 Abs. 2 EUV nicht zu überzeugen. Selbst wenn man zusätzlich Art. 1 des Protokolls Nr. 8 zum Vertrag von Lissabon berücksichtigt, wonach im Rahmen des Beitritts dafür Sorge getragen werden muss, dass die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts erhalten bleiben, muss im Rahmen der Prüfung der konkreten Beitrittsmodalitäten das Erfordernis eines politischen Kompromisses mit den Vertragspartnern eine Rolle spielen, was in der Rechtsprechung des EuGH jedoch keinen hinreichenden Niederschlag findet. Die unionsverfassungsrechtlich verbindliche Vorgabe des Art. 6 Abs. 2 EUV streitet für mehr Zurückhaltung bei der Kontrolle des Beitrittsabkommens.³⁰⁰

295 Haltern (Fn. 69), Rn. 550 f.; Sauer (Fn. 77), 933.

296 Lenaerts/Gutiérrez-Fons/Adam (Fn. 21), 72 ff.

297 So auch de Witte (Fn. 139), 40 f.

298 EuGH, *Komstroy* (Fn. 287), Rn. 48 ff.; kritisch Ulrich Karpenstein/Roya Sangi, Investitionsschutz vor nationalen Gerichten – Zur Zukunft der Energiecharta, NJW 2021, 3228–3232 (3229).

299 Jan Asmus Bischoff, Du sollst keine anderen Götter haben neben mir: Der EuGH auf Konfrontationskurs mit dem Völkerrecht, ZEuP 2022, 950–962 (961).

300 Wendel (Fn. 291), 923.

b) Schutz materieller Verfassungsgehalte

Materielle Grenzen unionsinterner Wirkungen des Völkerrechts hat der EuGH in drei Rechtsprechungslinien entwickelt: Erstens hat der EuGH in der *Kadi*-Rechtsprechung materielle Grenzen der Befolgung völkerrechtlicher Vorgaben aus unionalen Verfassungsgrundsätzen abgeleitet.³⁰¹

Materielle Verfassungsgehalte werden zweitens im Rahmen der Autonomie-Rechtsprechung, in deren Fokus eigentlich der Schutz struktureller Verfassungsgehalte steht, thematisiert. So bringt der EuGH im zweiten Gutachten zum EMRK-Beitritt nicht nur den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts gegen Relativierungen durch das Beitrittsabkommen in Stellung, sondern auch das Schutzniveau der Grundrechte-Charta, dessen Bestand durch Art. 53 EMRK nicht hinreichend abgesichert sei.³⁰² Auch gegenüber internationalen Streitbeilegungsmechanismen bringt der EuGH rechtsstaatliche und unionsgrundrechtliche Vorgaben in Stellung.³⁰³

Drittens greift der EuGH in Fällen, in denen die Vereinbarkeit eines von der Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrages mit dem Unionsrecht gerügt wird, auf materielle Verfassungsgehalte zurück.³⁰⁴ Dabei geht es oft um die Frage, ob die Union für den Abschluss eines Vertrags zuständig war³⁰⁵ oder ob das richtige Organ im Rahmen des Vertragsschlussverfahrens gehandelt hat.³⁰⁶ Im Streit über die Bananenmarktordnung hat der EuGH aber auch einen Beschluss des Rates über den Abschluss eines WTO-Abkommens wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot für teilnichtig erklärt.³⁰⁷

Die EuGH-Rechtsprechung ermöglicht somit, dass ein für die Union verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag für unvereinbar mit dem Unionsrecht erklärt wird. Eine entsprechende Entscheidung stellt zwar die völkerrechtliche Bindung nicht in Frage,³⁰⁸ führt aber potenziell zu einem Aus-

301 Dazu oben III.2.b.

302 EuGH, *EMRK II* (Fn. 282), Rn. 189.

303 EuGH, *CETA* (Fn. 288), Rn. 137, 162 ff. und 189 ff.

304 Zu dieser Möglichkeit neben Art. 218 Abs. 11 AEUV oben IV.2.c.

305 Siehe EuGH, *Parlament/Rat* (Fn. 271).

306 Siehe EuGH, *Frankreich/Kommission* (Fn. 268).

307 EuGH, *Deutschland/Rat* (Fn. 268), Rn. 62.

308 *Bungenberg* (Fn. 103), Rn. 106.

einanderfallen von völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Rechtslage.³⁰⁹ Keine Abhilfe kann insofern die grundsätzlich vom EuGH anerkannte Möglichkeit schaffen, die Wirkung der Nichtigerklärung eines unionalen Zustimmungsakts zeitlich zu begrenzen.³¹⁰ Denn anders als Verfahrensfehler im Abschlussverfahren lassen sich materielle Einwände gegen einen völkerrechtlichen Vertrag allenfalls durch eine Änderung des Primärrechts beseitigen.

Völkerrechtsfreundliches Potenzial besteht allerdings in einer Beschränkung des materiell-rechtlichen Prüfungsmaßstabs. Während der EuGH im Rahmen der präventiven Vereinbarkeitskontrolle im Gutachtenverfahren nach Art. 218 Abs. 11 AEUV das beabsichtigte Abkommen vollumfänglich auf seine Vereinbarkeit mit dem gesamten Primärrecht überprüft,³¹¹ finden sich in der Rechtsprechung zur Überprüfung bereits abgeschlossener Abkommen Anhaltspunkte für eine nur begrenzte Kontrolle. Eine entsprechende Andeutung findet sich bereits in der Entscheidung zur Bananemarktordnung, in der der EuGH nicht nur auf einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot abstellt, sondern zudem ausführt, dass dieses zu den „elementaren Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts“ gehört.³¹² In der *Kadi*-Entscheidung beschränkt der EuGH die Überprüfung noch deutlicher auf Verfassungsgrundsätze.³¹³ Auch dass er die Bereitschaft signalisiert, von unionsgrundrechtlichen Anforderungen Abstriche zu machen, soweit sich auf UN-Ebene ein adäquates Rechtsschutzniveau etablieren sollte, lässt sich in diese Richtung deuten.³¹⁴

Wenngleich es sich dabei noch nicht um eine gefestigte Rechtsprechung handelt und der Gerichtshof in der *CETA*-Entscheidung zwischen dem

309 *Eeckhout* (Fn. 114), 289 f.; anders *Astrid Epiney*, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, *EuZW* 1999, 5–11 (10), der zufolge der völkerrechtliche Vertrag trotz Aufhebung des unionalen Mitwirkungsaktes nicht nur völkerrechtlich, sondern auch unionsrechtlich verbindlich sein soll.

310 EuGH, Urteil v. 7.3.1996, Rs. C-360/93, ECLI:EU:C:1996:84, Rn. 32 ff. – *Parlament/Rat*; *Parlament/Rat* (Fn. 271), Rn. 73 f.

311 Siehe EuGH, Gutachten 1/08 v. 30.11.2009, ECLI:EU:C:2009:739, Rn. 108 – *GATS*; *Kirsten Schmalenbach*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 218 AEUV, Rn. 39.

312 EuGH, *Deutschland/Rat* (Fn. 268), Rn. 62; diese Einschränkung betonend auch *Wolfgang Weiß*, Vertragliche Handelspolitik der EU, in: Andreas von Arnould/Marc Bungenberg (Hrsg.), *Europäische Außenbeziehungen*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 12, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, § 12 Rn. 159.

313 Siehe EuGH, *Kadi I* (Fn. 83), Rn. 285, 303 f.

314 Dazu oben III.2.b.

expliziten Verweis auf Art. 2 EUV und der Prüfung des gesamten Primärrechts oszilliert,³¹⁵ lassen sich Ansätze einer Beschränkung auf wesentliche, die Verfassungsidentität der Union prägende Verfassungsgrundsätze als Grenze der Berücksichtigung von Völkerrecht erkennen.³¹⁶ Darin liegt eine Abweichung von der normenhierarchischen Vorstellung, dass die völkerrechtlichen Verträge dem Primärrecht strikt untergeordnet sind, die sich mit dem unionsverfassungsrechtlichen Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit aus Art. 3 Abs. 5 EUV begründen lässt.³¹⁷

V. Bilanz: Ambivalenzen der völkerrechtsbezogenen Konstitutionalisierung des Unionsrechts

In der Gesamtschau erweist sich der unionsverfassungsrechtliche Zugang zum Völkerrecht in mehrfacher Hinsicht als ambivalent.

1. Analytische Ambivalenz

Dass die Antwort auf die Frage, wie völkerrechtsfreundlich das Unionsrecht und insbesondere die Rechtsprechung des EuGH ist, differenziert und kontextsensibel ausfallen muss, belegen bereits die sehr unterschiedlichen Einschätzungen: Zahlreiche Stimmen bezeichnen den EuGH als im Grundsatz völkerrechtsfreundlich.³¹⁸ Insbesondere Personen aus dem Umfeld der Unionsorgane und des EuGH selbst betonen, dass der EuGH das Völkerrecht sehr ernst nimmt,³¹⁹ und charakterisieren seinen Ansatz als ausgewogen und offen.³²⁰ Andere heben demgegenüber die völkerrechtsskeptischen Momente in der EuGH-Rechtsprechung stärker hervor. Die EU agiere nur in-

315 Siehe die Ambivalenz in EuGH, *CETA* (Fn. 288), Rn. 110.

316 *Tamblé* (Fn. 21), 346 ff.

317 Siehe insofern auch GA Bot, Schlussanträge zum Gutachten 1/17 v. 29.1.2019, ECLI:EU:C:2019:72, Rn. 173 ff.; *Gianelli* (Fn. 23), 105 f.; *Enzo Cannizzaro*, The Value of the EU International Values, in: Wybe Douma u.a. (Hrsg.), *The Evolving Nature of EU External Relations Law*, The Hague: Springer 2021, 3–18 (8 f.).

318 *Cannizzaro* (Fn. 102), 57; *Kuijper* (Fn. 5), 610 f.; *Eeckhout* (Fn. 114), 435 f., der allerdings eine zunehmende Völkerrechtsskepsis in der Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung sieht.

319 Siehe etwa *Lenaerts/de Smijter* (Fn. 81), 137.

320 *Timmermans* (Fn. 1), 184 ff.; *Rosas* (Fn. 87), 84; *Lenaerts/Guitérrez-Fons/Adam* (Fn. 21), 57 f.

soweit völkerrechtsfreundlich, wie es ihrem eigenen Interesse entspreche.³²¹ Der EuGH lasse ein instrumentelles Verständnis vom Völkerrecht erkennen und berufe sich primär auf das Völkerrecht, um Unionsrecht gegenüber den Mitgliedstaaten durchzusetzen, nicht aber als Prüfungsmaßstab für Unionsrecht.³²² So wird etwa die *Kadi*-Entscheidung zum Teil als Affront gegenüber dem Völkerrecht verstanden,³²³ zum Teil wird ihr positives Potenzial für eine stärkere menschenrechtliche Ausrichtung des Sanktionsregimes des Sicherheitsrates betont.³²⁴

Vor diesem Hintergrund ist dem Befund von *Jan Klabbers*, dass das Verhältnis der Union zum Völkerrecht ambivalent ist, uneingeschränkt zuzustimmen.³²⁵ Das Unionsrecht ist weder vollumfassend völkerrechtsfreundlich noch völkerrechtsskeptisch. Das Ausmaß der Völkerrechtsfreundlichkeit der Union lässt sich kaum sinnvoll bemessen oder mit einzelnen Nationalstaaten vergleichen. Das ist auch insofern wenig verwunderlich, als das Unionsverfassungsrecht sein Verhältnis zum Völkerrecht nur fragmentarisch regelt und auch der EuGH keinen umfassenden, kohärenten Ansatz zu den Wirkungen des Völkerrechts in der Unionsrechtsordnung entwickelt hat.³²⁶ In analytischer Hinsicht muss der Fokus daher auf einzelnen Fragestellungen, dogmatischen Figuren und Rechtsprechungslinien liegen, die sich auf ihre Völkerrechtsfreundlichkeit befragen lassen, dabei aber auch im Gesamtkontext der Rechtsprechungsentwicklung gesehen werden müssen.³²⁷

2. Normative Ambivalenz

Die Rechtsprechung des EuGH wird vielfach – zum Teil explizit, zum Teil implizit – am Maßstab der Völkerrechtsfreundlichkeit gemessen und

321 *Klabbers* (Fn. 53), 53 f.; *Bruno de Witte*, International Law as a Tool for the European Union, *EuConst* 5 (2009), 265–283 (265).

322 Siehe von *Bogdandy/Smrkolj* (Fn. 10), Rn. 39.

323 Statt vieler *Fassbender* (Fn. 81), 336 ff.; *Moreno-Lax* (Fn. 5), 54.

324 Statt vieler *Lenaerts/Guitérrez-Fons/Adam* (Fn. 21), 60 f.; *Skordas* (Fn. 118), 141 f.

325 *Klabbers* (Fn. 72), 52; siehe auch *Moreno-Lax* (Fn. 5), 47.

326 *Moreno-Lax/Gragl* (Fn. 1), 456; *de Búrca* (Fn. 1), 108.

327 *Jan Klabbers*, The Validity of EU Norms Conflicting with International Obligations, in: Enzo Cannizzaro/Paolo Palchetti/Ramses A. Wessel (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden: Nijhoff 2012, 111–132 (130 f.).

kritisiert.³²⁸ Für diese normative Perspektive sprechen gute Gründe: Verletzungen und Relativierungen des Völkerrechts stellen die Normativität der mit nur schwachen Durchsetzungsmechanismen ausgestatteten Völkerrechtsordnung in Frage, entfalten negative Vorbildfunktion und erschweren die Verwirklichung von völkerrechtlich verbürgten Gemeinschaftsinteressen. Sie stehen in einem auch normativen Spannungsverhältnis zum von der EU beanspruchten positiven Einfluss auf die Völkerrechtsordnung.³²⁹ Gleichwohl lässt sich ein bedingungsloser Vorrang des Völkerrechts vor dem Unionsrecht nicht ohne weiteres begründen: Die Bewahrung der Integrität der Unionsrechtsordnung ist ein legitimes Anliegen. Und dass völkerrechtliche Gebote auch problematisch sein können, zeigen die der *Kadi*-Rechtsprechung zugrunde liegenden Sanktionen des Sicherheitsrates, die nicht nur unionsgrundrechtlich, sondern auch aus der Sicht staatlicher Grundrechtsgarantien sowie internationaler Menschenrechte problematisch waren und sind.

Diese normative Ambivalenz schlägt sich in der Dogmatik des Unionsverfassungsrechts nieder. Art. 3 Abs. 5 EUV lässt sich als unionsverfassungsrechtliches Bekenntnis zum Völkerrecht verstehen und bietet damit einen normativen Anknüpfungspunkt etwa für das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung und die innerunionale Bedeutung des Völkergewohnheitsrechts. Die Vorschrift weist darüber hinaus ein transformatives Potenzial auf und kann als Grundlage für eine Kritik der bisweilen isolationistischen und abschottenden Rechtsprechung des EuGH dienen.³³⁰ Das klare Bekenntnis zum Völkerrecht, das an anderen Stellen des Primärrechts wiederholt und bekräftigt wird, bietet einen Anknüpfungspunkt für einen unionsverfassungsrechtlichen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit,³³¹ der die bestehenden völkerrechtsfreundlichen Elemente der Praxis bekräftigt und legitimiert. Gleichwohl lässt sich dem Unionsverfassungsrecht kein Gebot eines absoluten Vorrangs des Völkerrechts in der Unionsrechtsordnung entnehmen. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ist im Lichte differenzierterer primärrechtlicher Regelungen zur Einbindung des Völkerrechts zu sehen und auf Ausgleich mit anderen unionsverfassungsrechtlichen Anliegen angelegt.

328 Exemplarisch *Aust* (Fn. 21), 118 ff.; *Terhechte* (Fn. 75), Rn. 62 f.; mit Blick auf Sonderregeln für die EU *Magdalena Ličková*, *European Exceptionalism in International Law*, EJIL 19 (2008), 463–490 (463).

329 Exemplarisch *Timmermans* (Fn. 1), 194; *Odermatt* (Fn. 2), 5, 246 f.

330 *Cannizzaro* (Fn. 317), 9.

331 *Aust* (Fn. 21), 106; *Tamblé* (Fn. 21), 146.

3. Verfassungstheoretische Ambivalenz

Der unionale Zugriff auf das Völkerrecht erweist sich auch in verfassungstheoretischer Hinsicht als ambivalent. Die Emanzipation vom Völkerrecht bildet eine Voraussetzung für die Konstitutionalisierung des Unionsrechts. Das Anliegen, das Unionsrecht gegenüber dem Völkerrecht zu behaupten, um die verfassungsstrukturellen Besonderheiten des Unionsrechts gegenüber Relativierungen von außen zu verteidigen und damit die Grundlage für die Wirkungen des Unionsrechts im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zu bewahren, ist legitim. Gleichzeitig ist es im institutionellen Eigeninteresse der Union und des EuGH, den Respekt vor dem Völkerrecht zu betonen. Auf den ersten Blick paradox, bei näherer Betrachtung aber wesensimmanent ist damit, dass die Identität der Union einerseits durch die Abgrenzung zum Völkerrecht geprägt ist, gleichzeitig aber das Unionsverfassungsrecht der Beachtung des Völkerrechts eine identitätsprägende Dimension beimißt.³³²

Dass es in der Debatte zunehmend nicht nur um die Verteidigung der Verfassungsstruktur, sondern auch um materielle Grundentscheidungen der Unionsverfassung geht, spiegelt den Fortschritt der europäischen Konstitutionalisierung wider. Zugleich kommt der Verteidigung der Verfassungsstruktur in der Autonomie-Rechtsprechung nach wie vor ein zentraler Stellenwert zu. Darin mag man auch ein Indiz dafür sehen, dass die Unionsrechtsordnung nicht in gleichem Maße gefestigt ist wie eine staatliche Verfassungsordnung, die sich durch völkerrechtliche Einflüsse nicht in gleichem Maße bedroht sehen muss. Insofern wäre es ein Zeichen konstitutioneller Reife der Union, wenn der EuGH auch um den Preis konkurrierender Deutungsansprüche gelassener auf die Einbindung der Union in internationale Streitbeilegungszusammenhänge reagieren würde.

332 *Cremona* (Fn. 225), 469.

Verfassungsstruktur

Die Mitgliedstaaten als Glieder der Union

Robert Schütze*

I. Einleitung	565
II. Mitgliedstaatlichkeit: Begriff und Antinomien	567
1. Theoretische Vorüberlegungen: Bünde und ihre Mitglieder	567
2. Textliche Vorüberlegungen: Die EU und ihre Mitglieder	571
III. Normstruktur und Normengeflecht: Artikel 4 EUV	577
1. Historische Entwicklung und Aufbau der Vorschrift	577
2. Systematische Verortung der Vorschrift in den EU-Verträgen	580
IV. Dogmatische Schlüsselfragen zu Artikel 4 EUV	583
1. Art. 4 Abs. 2 und die Gleichheit der Mitgliedstaaten	583
2. Art. 4 Abs. 2 und der Schutz nationaler Identitäten	587
3. Art. 4 Abs. 3 und das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit	594
V. Kritischer Schluss	603

I. Einleitung

Was bedeutet „Mitgliedstaatlichkeit“ in der Europäischen Union, und welche Rechte und Pflichten ergeben sich aus diesem Status diesseits und jenseits der EU-Verträge?

Die Idee der Mitgliedstaatlichkeit evoziert geradezu unmittelbar eine rechtliche Antinomie, denn hier werden (souveräne) „Staaten“ als „Mitglieder“, also (nicht-autonome) Teile einer höheren öffentlichen Ordnung gedacht. Diese Doppelstellung der Glied-Staaten lässt sich am besten durch ein föderales Verständnis der Union und ihrer Mitgliedstaaten auflösen, und Art. 4 EUV ist deshalb eine der föderalen Kernvorschriften der Europäischen Union.¹ Als allgemeinste Vorschrift über den Status der

* Ich danke insbesondere Jürgen Bast und Ferdinand Weber für Gedanken und Kommentare zu diesem Kapitel.

1 Für ein föderales Verständnis der EU siehe *Koen Lenaerts*, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *Am. J. Comp. L.* 38 (1990), 205–263; *Armin von Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden: Nomos 1999, und *Robert Schütze*, *From Dual to Cooperative Federalism*, Oxford: Oxford University Press 2009. Zur föderalen Rolle des Art. 4 EUV speziell *Barbara Guastaferrro*, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, in: Robert Schütze/Takis Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of European Union Law*, Vol. I, Oxford: Oxford University Press 2018, 350–382, und *Ole Due*, *Article 5 du traité CEE: Une disposition de caractère fédéral?*, in: Frank Emmert (Hrsg.), *European*

EU-Mitgliedschaft nahm und nimmt sie eine zentrale Rolle bei der Herausbildung ungeschriebener Verfassungsgrundsätze der Union ein.²

Textlich verbürgt Art. 4 EUV dabei ausdrücklich die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und die Achtung ihrer jeweiligen nationalen Identitäten (Absatz 2); er beinhaltet und kodifiziert aber auch den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Absatz 3), den man ebenso in zahlreichen föderalen Verfassungsordnungen als Strukturprinzip vorfindet. Insbesondere auf das letztgenannte Prinzip hat sich der Europäische Gerichtshof in der Vergangenheit regelmäßig bezogen, um textlich unterdeterminierten Rechtspflichten dogmatisch Gestalt und Substanz zu geben. Paradebeispiel hier sind – zuallererst – jene ungeschriebenen Rechtspflichten der Mitgliedstaaten, die für die dezentrale Umsetzung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten entwickelt wurden. Sie durchdringen nahezu alle Bereiche der Staatlichkeit (Gesetzgebung, Exekutive, Rechtsprechung); und dennoch bedeutet Mitgliedschaft keine unionale „Organschaft“, sondern die *Staatlichkeit* der Mitglieder setzt hier der institutionellen und funktionalen Integration über Art. 4 EUV verfassungsrechtliche Grenzen.

Der vorliegende Beitrag möchte die wesentlichsten Problematiken und Probleme der Vorschriften des Art. 4 EUV beleuchten. Es beginnt mit einigen generellen Überlegungen zum Begriff der „Mitgliedstaatlichkeit“ in föderalen Ordnungen, und rekonstruiert dann anhand der relevanten Vorschriften des EUV den Begriff der Mitgliedschaft in der Europäischen Union (Teil II.). Es folgt, ganz im Sinne dieses Studienbuches, eine historisch-systematische Verortung der Vorschrift im positiv-rechtlichen Normengeflecht der Verträge (Teil III.). In einem dritten Schritt werden dogmatische Schlüsselfragen analysiert, die Art. 4 EUV in den vergangenen Jahrzehnten aufgeworfen hat (Teil IV.). Ein letzter Teil fasst die wichtigsten Thesen zusammen und eröffnet einen Blick auf die Zukunftsperspektiven und (unausgereiften) Verfassungspotentiale der Vorschrift.

Community Law, Collected Courses of the Academy of European Law II/1, Oxford: Oxford University Press 1991, 15–35.

2 Die Vorschrift hat beeindruckende Monographien hervorgebracht: Marc Blanquet, *L'article 5 du Traité CEE*, Paris: LGDJ 1994; Armin Hatje, *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2001; und Marcus Klammert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

II. Mitgliedstaatlichkeit: Begriff und Antinomien

1. Theoretische Vorüberlegungen: Bünde und ihre Mitglieder

a) Rechtssemantik: Vertragsparteien, Bundesstaaten

Der Begriff Mitgliedstaat wird divers verwendet und gebraucht. Er findet sich illustrativ in der Charta der Vereinten Nationen (UN-Charta), welche textlich ausdrücklich zwischen „Mitgliedstaaten“ und „Nichtmitgliedstaaten“ unterscheidet.³ Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) dagegen vermeidet den Begriff aus historischen Gründen.⁴ Es unterscheidet zwar zwischen Einzelstaaten als „Vertragsparteien“ und der Gesamtheit aller Staaten als – in Großbuchstaben – „VERTRAGSPARTEIEN“;⁵ aber erst die Gründung der Welthandelsorganisation (WTO) ermöglichte hier den Begriff des „Mitglieds“.⁶ Dennoch ist der Begriff Mitgliedstaat für klassische internationale Organisationen eher unüblich.⁷

Vertrauter ist er dagegen in föderalen Gebilden, aber auch hier ist die Terminologie nicht einheitlich. Die Verfassung der Vereinigten Staaten (1789) spricht beispielsweise weder von Mitgliedern noch von Mitgliedstaaten, sondern einzig von „Staaten“. Die semantische Qualifizierung dieser Staaten als Mitglied-Staaten war nämlich ursprünglich unnötig, da die Union sich selbst historisch nicht als Bundes-Staat verstand und die Union der Vereinigten *Staaten* konsequent im grammatikalischen Kollektivplural gedacht wurde.⁸ Dass die Staaten der Union dennoch keine gewöhnlichen

3 Art. 32 und 56 UN-Charta. Letztere Vorschrift kommt dabei Art. 4 EUV am nächsten: „Alle Mitgliedstaaten verpflichten sich, gemeinsam und jeder für sich mit der Organisation zusammenzuarbeiten, um die in Art. 55 [Zusammenarbeit auf wirtschaftlichem und sozialem Gebiet] dargelegten Ziele zu erreichen.“

4 Robert Schütze, From the „Closed“ to the „Open“ Commercial State: A Very Brief History of International Economic Law, JIEL 19 (2017), 495–524 (519–520).

5 Beispielsweise in Art. XXX Abs. 2 GATT 1947.

6 Der Text der WHO benutzt dabei ausschließlich den Begriff „Mitglied“ und gebraucht den Begriff „Mitgliedstaaten“ nur im Zusammenhang mit den Staaten der Europäischen Union.

7 Der Nordatlantikvertrag benutzt z.B. den Begriff der „(Vertrags-)Partei“, und die Europäische Menschenrechtskonvention den Begriff der „Hohen Vertragspartei“.

8 Die Verfassung der USA benutzt den Begriff „Vereinigte Staaten“ im Plural (z.B. in Art. III (3): „Treason against the United States, shall consist only in levying war against them.“); diese Pluralform verschwand umgangssprachlich erst mit dem amerikanischen Bürgerkrieg im 19. Jahrhundert: Daniel J. Boorstin, *The Americans: The National Experience*, London: Weidenfeld & Nicolson 1966, 402–403. Das Pluralsubjekt „Vereinigte

völkerrechtlichen Staaten mehr waren, sondern Mitglieder einer neuen öffentlichen Ordnung, wird jedoch schnell Gemeinplatz des amerikanischen Verfassungsrechts.⁹

Die deutsche Verfassungstradition bedient sich des Begriffs „Bundesstaaten“, im grammatikalischen Plural, zunächst für die Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes (1815).¹⁰ Die Verfassung des Deutschen Reiches (1871) übernimmt diese Terminologie und sprach daher weiterhin von den „Mitgliedern“ des Reiches als Bundesstaaten.¹¹ Erst mit der Weimarer Reichsverfassung (1919) werden diese Mitglieder in „Länder“ umbenannt; das neue Reich beanspruchte nun, einer im Kaiserreich begonnenen Tradition folgend, den Begriff des Bundesstaates, im grammatikalischen Singular, für sich selbst. Nach der faschistisch-unitarischen Tragödie des Dritten Reiches übernimmt das Grundgesetz (1949) diese terminologische Konvention.¹² Der Bund in der Bundesrepublik ist der deutsche Bundesstaat, der sich aus Ländern oder „Bundesländern“ zusammensetzt. Auch in der Schweiz ist der Bund der Bundesstaat, der aus „Kantonen“ als Mitgliedern gebildet ist.

b) Mitgliedstaaten: Teil-Souveränität, Teil-Staaten

Der Terminus Mitgliedstaat vereint, wie oben angedeutet, zwei inhaltlich entgegengesetzte Ideen des modernen Rechtsdenkens in einer scheinbar unauflösbaren Antinomie: denn ein politisches Gebilde wird hier als *Staat*, also als ein souveränes Ganzes,¹³ andererseits aber auch als abhängiges *Glied* eines größeren Gemeinwesens mehrerer Staaten charakterisiert. Dieser Antinomie entspringt ein verfassungsrechtliches Spannungsverhältnis, das alle föderalen Ordnungen in ihrem Innen- und Außenbereich mit philosophischen Formelkompromissen zu lösen versuchen.

Staaten“ besteht allerdings theoretisch weiterhin auf Französisch und Deutsch, daher: „*les États-Unis*“ und „*die Vereinigten Staaten*“.

9 James Madison, The Federalist No. 39, in: Alexander Hamilton/James Madison/John Jay, The Federalist, Cambridge: Cambridge University Press 2003, 181 (Übers. d. Verf.).

10 Art. 13 Deutsche Bundesakte: „In allen Bundesstaaten wird eine Landständige Verfassung stattfinden.“

11 Art. 3 Reichsverfassung 1871.

12 Art. 20 Abs. 1 GG.

13 Zur Verbindung „Staat“ und „Souveränität“ im klassischen Völkerrecht siehe *Emer de Vattel*, Das Völkerrecht oder Grundsätze des Naturrechts, angewandt auf das Verhalten und die Angelegenheiten der Staaten und Staatsoberhäupter, Tübingen: Mohr 1959.

Der historisch bekannteste Formelkompromiss ist hier die Idee der *Teilsouveränität*, wonach die Mitgliedstaaten souveräne Einzelrechte an die Union abtreten und die Souveränität zwischen beiden als geteilt angesehen wird.¹⁴ Dieses Verständnis herrscht noch heute in den Vereinigten Staaten von Amerika vor: „Die Vereinigten Staaten sind souverän in Bezug auf alle tatsächlich abgetretenen Regierungsbefugnisse. Jeder Staat in der Union ist souverän in Bezug auf alle vorbehaltenen Befugnisse.“¹⁵ Der Bund und seine Staaten werden daher konsequent als gleichberechtigt angesehen: „Die Befugnisse der Zentralregierung und des Einzelstaates, obwohl beide innerhalb derselben territorialen Grenzen bestehen und ausgeübt werden, sind dennoch getrennte und unterschiedliche Souveränitäten, die in ihren jeweiligen Bereichen getrennt und unabhängig voneinander handeln.“¹⁶ Ein ähnlicher Formelkompromiss findet sich in der Schweizer Bundesverfassung: „Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.“¹⁷

Die deutsche Verfassungslehre hat sich dieser semantischen Lösung jedoch traditionell verweigert.¹⁸ Hier wird der Bundesstaat als einzig souveräner Staat postuliert und die Länder werden zu nicht-souveränen Staaten degradiert.¹⁹ Was aber dann rechtfertigt die Klassifizierung der Bundesländer als „Staaten“?

Die Suche nach einem verfassungsrechtlichen Kriterium, das (föderale) Mitgliedstaaten von (unitarischen) Verwaltungseinheiten unterscheidet, führte die deutsche Bundesstaatslehre hier zunächst zu den ausschließli-

14 Eine Diskussion dieser föderalen Konzeption findet sich u.a. in Robert Schütze, *Federalism as Constitutional Pluralism*, in: Matej Avbelj/Jan Komárek (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart 2012, 185–211.

15 U.S. Supreme Court, *Chisholm v State of Georgia*, 2 U.S. 419 (1793), 435 (Übers. d. Verf.).

16 U.S. Supreme Court, *Ableman v Booth*, 62 U.S. 506 (1859), 516 (Übers. d. Verf.).

17 Art. 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1999.

18 Statt vieler: Roman Lehner, *Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

19 Die unitarische Partei der deutschen Staatsrechtlehre argumentiert daher, dass die einst souveränen Gründerstaaten ihre Souveränität im Akt der Gründung verloren hätten und, durch die Bundesverfassung, als (nicht-souveräne) Mitgliedstaaten wiedergegründet worden seien; siehe Albert Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 1892, 802–803.

chen Gesetzgebungsbefugnissen.²⁰ Denn in den Worten *Jellineks*: „Soweit die bundesgewaltfreie Sphäre der Gliedstaaten reicht, aber auch nur soweit, ist ihr Charakter als Staaten gewahrt.“²¹ In einer seiner ersten Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht diese Sicht bestätigt.²² Nach der herrschenden deutschen Meinung sind die Länder demnach nicht nur Staaten *honoris causa*;²³ die Bundesländer sind – wie der Bund als Gesamtstaat – Staaten mit eigener Verfassungsautonomie.²⁴

Die zwei Formelkompromisse der Teilsouveränität (USA) und der Teilstaatlichkeit (BRD) verflochten sich hier in einem gemeinsamen Gedanken: Sowohl der Bund als auch seine Glieder besitzen autonome Hoheitsmacht, die durch eigene Verfassungen – im Plural – konstituiert und begrenzt wird. Dieser *Verfassungpluralismus* kann zwar durch Homogenitätsprinzipien eingeeht sein;²⁵ dennoch haben die Gliedstaaten, um mit dem Bundesverfassungsgericht zu sprechen, „grundsätzlich das Recht, in ihre Verfassung nicht nur Staatsfundamentalnomen aufzunehmen, die das Bundesverfassungsrecht nicht kennt, sondern auch Staatsfundamentalnomen, die mit den entsprechenden Staatsfundamentalnomen der Bundesverfassung nicht übereinstimmen.“²⁶

20 *Georg Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Goldbach: Keip 1996, 43–44: „Das Wesen eines zu eigenem Rechte zustehenden Herrschaftsrechts besteht also darin, dass auf einem begrenzten Gebiete staatlicher Tätigkeit eine öffentlich-rechtliche Corporation berechtigt ist, innerhalb desselben die regelnden Normen in letzter Instanz, mit Ausschluß einer Controale einer höheren Macht, zu erlassen. Eine solche Corporation lässt sich nach dem Vorangehenden unter dem Begriff „Staat“ juristisch subsumieren.“

21 *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, Berlin: Springer 1922, 772.

22 BVerfGE 1, 14 (34) – *Südweststaat*: „Die Länder sind als Glieder des Bundes Staaten mit eigener – wenn auch gegenständlich beschränkter – nicht vom Bund abgeleiteter, sondern von ihm anerkannter staatlicher Hoheitsmacht.“

23 Das sah *Hänel* (Fn. 19), 802–803, noch kritischer: „Damit ist entschieden, dass die Einzelstaaten, gemessen am Einheitsstaat, Staaten nicht sind. (...) Der Sache nach aber ist die Bezeichnung des Einzelstaates als Staat eine Erweiterung des Begriffes, die gerade das an erster und oberster Stelle entscheidende Merkmal eliminiert, welches das charakteristische Wesen der Erscheinung, für die der Begriff gebildet wurde, ausmacht: die Souveränität.“

24 BVerfGE 36, 342 (360) – *Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz*: „Das Eigentümliche des Bundesstaates ist, daß der Gesamtstaat Staatsqualität und daß die Gliedstaaten Staatsqualität besitzen.“

25 *Holger Hestermeyer*, Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen, Tübingen: Mohr Siebeck 2019.

26 BVerfGE 36, 342 (361) – *Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz*; für die USA siehe U.S. Supreme Court, *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849).

Die *Teil-Souveränität* oder *Teil-Staatlichkeit* trifft den Begriff des Mitgliedstaats jedoch nur in seinem vertikalen Verhältnis zum Bund. Ein weiterer wichtiger Aspekt der Mitgliedstaatlichkeit muss hinzukommen. Er besteht m.E. in der Fundamentaltransformation des *horizontalen* Binnenverhältnisses der Gliedstaaten untereinander. Diese werden nämlich durch die föderale Ordnung untereinander und ineinander geöffnet: Das Verhältnis der Gliedstaaten untereinander ist danach nicht mehr ein völkerrechtliches, sondern es wird „internalisiert“ zu einem intra-staatlichen Verhältnis. Dies bedeutet insbesondere, dass Gesetzgebungsakte, Verwaltungsakte und gerichtliche Urteile eines Mitgliedstaates potenziell in allen anderen Mitgliedstaaten Gültigkeit beanspruchen können und sollen. Mitgliedstaatlichkeit steht also in der amerikanischen und deutschen Föderalismustradition auch für einen horizontalen intrastaatlichen Monismus, durch den „ausländische“ Mitgliedstaatsakte inländischen gleichgesetzt werden.

2. Textliche Vorüberlegungen: Die EU und ihre Mitglieder

a) Kontraktualistische und naturalistische EU-Modelle

Ein erster verfassungstextlicher Verweis auf den Doppelcharakter der EU Mitgliedstaaten, als (autonome) Staaten und (nichtautonome) Glieder der Union, findet sich bereits in Art.1 EUV, der zwischen den „HOHEN VERTRAGSPARTEIEN“ einerseits, und den „Mitgliedstaaten“ andererseits unterscheidet.²⁷ Denn der Gründungsakt der Union wird hier zunächst souveränen Völkerrechtssubjekten zugeschrieben, die sich – in einem ersten Schritt – als Parteien eines völkerrechtlichen Vertrags *untereinander* in die Union einbinden (EU-Gesellschaftsvertrag). Erst in einem zweiten Schritt – als nunmehr verwandelte Mitgliedstaaten – übertragen sie der Union bestimmte Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele (EU-Herrschaftsvertrag).

Die Verwandlung vormalig souveräner Staaten in Mitgliedstaaten wird hier also textlich als Ergebnis eines *Kollektivaktes* aller Vertragsstaaten beschrieben, denn nur der kollektive Wille der Vertragsparteien erschafft die Union.²⁸ Erst durch diesen Gesamtakt wird der Status des EU-Mitgliedstaats

27 Zu Art.1 EUV und seiner Stellung und Bedeutung in den EU-Verträgen siehe *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band.

28 Ähnlich wie das GATT verwendet der EUV deshalb Großbuchstaben für den Kollektivplural „HOHE VERTRAGSPARTEIEN“ in Art.1 EUV, um den Begriff von den

tes erschaffen. Dieser Status scheint nun, wenn man dieser zweistufigen Lesart des Art. 1 EUV folgt, auch losgelöst von der vertikalen Übertragung mitgliedstaatlicher Hoheitsrechte an die Union, denn erst die Mitgliedstaaten, so der Wortlaut der Vorschrift, übertragen diese. Hier könnte man folglich ein erstes textliches Argument für die Existenz von Rechten und Pflichten jenseits der unionalen Herrschaftskompetenzen (Art. 5 EUV) finden,²⁹ wenn man den Status der Mitgliedschaft – begründet durch den EU-Gesellschaftsvertrag – selbst schon als ein Rechtsverhältnis ansieht.

Diese kontraktualistische Lesart des Art. 1 EUV läuft allerdings kommunitaristischen Deutungen entgegen, die versuchen, aus dem Verweis auf eine europäische Gesellschaft in Art. 2 EUV direkt rechtliche Normen abzuleiten.³⁰ Denn wenn auch hier nicht auf den historisch-naturalistischen Begriff der Europäischen Gesellschaft zurückgegriffen wird, der im 19. Jahrhundert den Rechtsstatus des europäischen Völkerrechts zu garantieren hatte,³¹ so wohnt dem Gedanken *ubi societas, ibi ius* doch die Konsequenz inne, nicht die Gründerstaaten und ihre Union, sondern eine beide umschließende europäische Wertegesellschaft als Urquelle allen Europarechts zu denken.³²

Gegen diese alternative Lesart spricht allerdings wohl, dass die in Art. 2 EUV genannte Wertegemeinschaft sich geographisch-politisch nicht mit den Mitgliedstaaten und ihrer Europäischen Union deckt. Denn die hier genannten Werte sind weder ausschließlich Europäische noch unionale und können oder sollen auch von Nicht-Mitgliedstaaten geteilt werden.³³ Wertegemeinschaft und Rechtsgemeinschaft sind folglich in den EU-Verträ-

einzelnen „Hohen Vertragsparteien“ abzugrenzen. Letzterer findet sich in Art. 54 Abs. 1 EUV; siehe auch Art. 357 AEUV.

29 Zu Art. 5 EUV siehe *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.2.

30 *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2022, 154–155; *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band. Für beide Autoren sind die „Werte“ in Art. 2 EUV gleichzeitig Rechtsgrundsätze. Eine interessante Kritik dieser Gleichsetzung findet sich bei *Martin Nettesheim*, Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung, EuR 57 (2022), 525–545.

31 *Robert Schütze*, German Idealism after Kant: Nineteenth-Century Foundations of International Law, J. History Int'l L. 25 (2023), 105–141.

32 *von Bogdandy* (Fn. 30), 18: „So bildet die Gesellschaft nach Art. 2 EUV die ultimative soziale Referenz des europäischen Rechts.“ Siehe auch *von Bogdandy/Bast*, in der Einleitung zu diesem Band.

33 Siehe Art. 49 EUV. Systematisch besonders deutlich war die Funktion des Art. 2 EUV als Vorbedingung zur Mitgliedschaft im (gescheiterten) EU-Verfassungsvertrag (VV), denn hier statuierte Art. I-1 VV die Gründung der Union und stellte sofort in seinem zweiten Absatz fest: „Die Union steht allen europäischen Staaten offen, die ihre Werte

gen nicht identisch; und erstere kann daher logischerweise auch nicht als Ur-Rechts-Quelle des Europarechts gedacht werden.

Erst durch die Vermittlung der (moralischen und gesellschaftlichen) Werte in Art. 2 EUV über *rechtliche* Grundätze der Union werden jene für die Union und ihre Mitgliedstaaten rechtsverbindlich. Nach Art. 3 Abs. 1 EUV ist die Union daher beauftragt, ihre Werte zu *fördern*,³⁴ und in Art. 13 Abs. 1 EUV ist die *Verrechtlichung* der Werte über den institutionellen Rahmen der Union explizit vorgesehen. Denn hier heißt es: „Die Union verfügt über einen institutionellen Rahmen, der zum Zweck hat, *ihren Werten Geltung zu verschaffen* ...“³⁵ Von einem dogmatisch-systematischen Standpunkt her ist es daher besser, nicht die europäische Gesellschaft in Art. 2 EUV, sondern die Mitgliedstaatlichkeit in Art. 1 EUV, als Angelpunkt vieler ungeschriebener Rechte und Pflichten „aus der Natur der Sache“ zu begreifen. Dies scheint auch jüngst vom EuGH bestätigt.³⁶

Diese Rechte und Pflichten werden jedoch unzweifelhaft durch Art. 2 EUV substanziell angereichert. Denn jener benennt die fundamentalen Werte, die sowohl dem (völkerrechtlichen) Gesellschaftsvertrag als auch dem (verfassungsrechtlichen) Herrschaftsvertrag normativ zu Grunde liegen. Sie sind „Vorbedingungen“ einer Mitgliedschaft,³⁷ „Geschäftsgrundlage“³⁸ des Gesellschaftsvertrages, und geben zudem der „Union als Rechtsgemeinschaft schlechthin ihr Gepräge“ und ihre „Identität“.³⁹

achten und sich verpflichten, sie gemeinsam zu fördern.“ Selbst Nachbarstaaten, die keine Mitgliedschaft anstreben, sollen die Werte der Union achten, siehe Art. 8 EUV.

34 Zu Art. 3 Abs. 1 EUV siehe *Weber*, in diesem Band.

35 Hervorh. d. Verf. Die englische, französische und italienische Version ist weniger direkt und verweist nur auf ein „fördern“ („promote its values“, „promouvoir ses valeurs“, „promuovere i valori“). Dass diese „Förderung“, im Sinne eines „Geltung verschaffen“, über konkretere Rechtsnormen vermittelt werden muss, wird vom Gerichtshof angenommen. Für den in Art. 2 EUV genannten Wert der Rechtsstaatlichkeit ist die konkrete Rechtsnorm Art. 19 EUV: EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*. Für den Wert der Demokratie ist eine konkretisierende Rechtsnorm in Art. 10 EUV angenommen worden: EuGH, Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-502/19, ECLI:EU:C:2019:115, Rn. 63 – *Junqueiras Vies*.

36 EuGH, Urteil v. 16.2.2022, Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 169 – *Polen/Parlament u. Rat*: „unmittelbar aus ihrer Zugehörigkeit zur Union ergibt“.

37 Zu Art. 2 EUV als „Vorbedingung für den Beitritt“ siehe EuGH, Urteil v. 18.5.2021, verb. Rs. C-83/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 161 – *Asociația „Forumul Judecătorelor din România“*.

38 *Christian Calliess*, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 2 EUV, Rn. 33.

39 EuGH, *Polen/Parlament u. Rat* (Fn. 36), Rn. 145 u. 268.

b) Veränderungen der Unionsmitgliedschaft

Die analytisch-philosophische Unterscheidung zwischen Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag kann auch die EU-Vorschriften zur Vertragsänderung und zur wechselnden Mitgliedschaft erhellen. Denn auch wenn Art. 48 EUV auf die Einstimmigkeit jeder formalen Vertragsänderung besteht, handeln hier nicht die HOHEN VERTRAGSPARTEIEN des Art. 1 EUV, sondern – so textlich unzweifelhaft – die *Mitgliedstaaten*.⁴⁰ Diese Unterscheidung macht Sinn, denn die europäische Verfassungsordnung hat eine kalte Revision der Verträge durch ihre (völkerrechtlichen) Gründerstaaten kategorisch abgelehnt – selbst wenn alle Vertragsparteien dieser zustimmen würden.⁴¹ Die Mitgliedstaaten handeln folglich im Rahmen des Art. 48 EUV immer *unter* der Unionsverfassung und können diese nur als Mitglieder der Union formal ändern. Art. 48 EUV bezieht sich daher immer nur auf Veränderungen des EU-Herrschaftsvertrags und nicht auf den ihm vorausgehenden EU-Gesellschaftsvertrag.

Eine gewisse Vermischung beider Vertragsformen findet sich allerdings in der Erweiterungsvorschrift des Art. 49 EUV. Dessen gedoppeltes Ratifikationsverfahren steht nämlich, verfassungsrechtlich und symbolisch, für den doppelten und gleichzeitigen Beitritt eines Drittstaates zum europäischen Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag. Als Vorbedingung der Mitgliedschaft nennt die Vorschrift dabei explizit die Achtung und Förderung der Grundwerte der Union (Art. 2 EUV). Dieses zeitlich vorgelagerte Homogenitätsgebot muss damit erst recht während der Mitgliedschaft gelten;⁴² der EuGH hat daher konsequent ein verfassungsrechtliches „Rückschrittverbot“ aus Art. 49 EUV abgeleitet.⁴³ Die normativen (Vor-)Bedingungen der Mitgliedschaft dürfen nicht nachträglich untergraben werden. Eine Verletzung derselben muss zur Aussetzung der aktiven Mitgliedschaft nach Art. 7 EUV führen – allerdings betrifft die Aussetzung nun nur den

40 Im vereinfachten Vertragsänderungsverfahren ist es sogar „nur“ der Europäische Rat.

41 Robert Schütze, EC Law and International Agreements of the Member States: An Ambivalent Relationship?, CYELS 9 (2007), 387–440 (410–416).

42 EuGH, Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 63 – *Wightman*.

43 EuGH, Urteil v. 20.4.2021, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, Rn. 60–64 – *Repubblika*; für eine kritische Bewertung dieses Urteils siehe Julian Scholtes, Constitutionalising the End of History? Pitfalls of a Non-Regression Principle for Article 2 TEU, EU-Const 19 (2023), 59–87.

EU-Herrschaftsvertrag, da die EU-Mitgliedschaft also solche nicht berührt wird.⁴⁴

Genau das Gegenteil ist bei Art. 50 EUV der Fall. Letzterer bestätigt in seinem Absatz 1 zunächst die kontraktualistische Lesart der Mitgliedschaft, die individuell-staatlich aufgekündigt werden kann: „Jeder Mitgliedstaat kann im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften beschließen, aus der Union auszutreten.“⁴⁵ Die Einseitigkeit dieser Rücktrittserklärung mag erstaunen; sie ist jedoch ein logisch-normativer Reflex des völkerrechtlichen Gesellschaftsvertrages der Union. Da jeder Mitgliedstaat eben auch „Staat“ ist, kann die EU-Mitgliedschaft einseitig aufgelöst werden. Dieses einseitige Austrittsrecht berührt allerdings das Herrschaftsverhältnis der (verbleibenden) Mitgliedstaaten mit der Union generell nicht. Die (verkleinerte) Union ist *keine* Rechtsnachfolgerin der „alten“ Union; sie ist mit ihr identisch.

c) EU-Mitgliedstaatlichkeit: Status und Substanz

Was nun bedeutet Mitgliedstaatlichkeit, in Status und Substanz,⁴⁶ konkret im europäischen Verfassungsrecht?

Die Mitgliedstaaten der Union sind historisch „Staaten“,⁴⁷ doch diese Staatlichkeit bedeutet heute nicht mehr uneingeschränkte Souveränität. Dies hat der Europäische Gerichtshof in einer Reihe wegweisender Entscheidungen der 1960er Jahre bestätigt. In der Rechtssache *van Gend & Loos* heißt es dementsprechend, „dass die [Union] eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, *ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben*“.⁴⁸

44 Zur Natur und Weite des Art. 7 EUV siehe *Franzius*, in diesem Band.

45 Nicht geregelt in den EU-Verträgen ist der *nicht*-freiwillige Ausschluss aus der Union. Eine systematische Verletzung des EU-Gesellschaftsvertrages in Art. 1 EUV kann hier allerdings zu einer völkerrechtlichen Trennung über Art. 60 Abs. 2 lit. a (i) WVRK führen, so *Martin Nettesheim*, Ein Ausschluss aus der EU ist als Ultima-Ratio-Maßnahme möglich, *VerfBlog* (2.11.2021). Der EuGH hat dies allerdings in *Wightman* (Fn. 42) nicht so gesehen, Rn. 65 u. 67.

46 Vgl. *Paul Craig*, EU Membership: Formal and Substantive Dimensions, *CYELS* 22 (2020), 1–31; siehe nun auch *Till Patrik Holterhus/Ferdinand Weber* (Hrsg.), *Handbuch Europäische Souveränität*, Tübingen: Mohr Siebeck 2024.

47 Art. 4 Abs. 2 EUV spricht von den „grundlegenden Funktionen *des Staates*“ (Hervorh. d. Verf.).

48 EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *van Gend & Loos*.

Diese Souveränitätseinschränkungen kommen dabei speziell durch die Unionsprinzipien des Vorrangs und der Sperrwirkung zum Ausdruck. Denn die Union herrscht nicht nur über ihre Staaten, sondern – wie Staaten – auch über Individuen, ihre Bürger.⁴⁹

Die Souveränitätsteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten berührt auch das völkerrechtliche Außenverhältnis der Mitgliedstaaten zu Drittstaaten. Denn insbesondere da, wo die Hoheitsrechte der Union ausschließlicher Natur sind, haben die Mitgliedstaaten ihre äußere Souveränität – zum Teil – verloren.⁵⁰ Dennoch werden die EU-Mitgliedstaaten weiterhin *als Staaten* mit eigener Völkerrechtspersönlichkeit und autonomen – wenn auch begrenzten – Vertragsabschlusskompetenzen wahrgenommen und behandelt. Doch selbst in Bereichen, in welchen die Union und ihre Mitgliedstaaten noch parallel völkerrechtlich auftreten können, hat die EU-Mitgliedschaft potenziell einschneidende Konsequenzen, und der EuGH schließt daraus konsequent, dass EU-Mitgliedstaaten nicht mehr „normale“ souveräne Vertragsparteien gegenüber Drittstaaten sein können.⁵¹

Die Einschränkung souveräner Hoheitsrechte der EU-Mitgliedstaaten betrifft aber nicht nur ihr vertikales Verhältnis zur Union. Auch das *horizontale* Binnenverhältnis der Mitgliedstaaten untereinander ist durch die EU-Verträge fundamental transformiert. Insbesondere nach dem *Cassis de Dijon*-Urteil des Europäischen Gerichtshofes besteht an der horizontalen Öffnung der Mitgliedstaaten untereinander und ineinander kein Zweifel.⁵² Hier bestätigte der Gerichtshof, dass die Gesetzgebung jedes Mitgliedstaates prinzipiell auch in allen anderen Mitgliedstaaten gültig ist; und auch wenn es für dieses Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bisher nur wenige ausdrückliche verfassungsrechtliche Entsprechungen für die zweite und dritte Gewalt gegeben hat, so kann man auch hier eine stete Entwicklung hin zur horizontalen Öffnung aller gliedstaatlichen Gewalten sehen. Die

49 Diese „Unionsbürger“ verlieren ihre Rechte allerdings wieder, wenn ihr Mitgliedstaat sich entschließt, die EU zu verlassen. Die Bürgerrechte sind also über die Mitgliedstaatlichkeit *mediatisiert*, EuGH, Urteil v. 9.6.2022, Rs. C-673/20, ECLI:EU:C:2022:449, Rn. 57 – *Préfet du Gers*.

50 Robert Schütze, *Foreign Affairs and the EU Constitution: Selected Essays*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 209–236.

51 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 194 – *EMRK Beitritt II*.

52 EuGH, Urteil v. 20.12.1979, Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 – *Cassis de Dijon*.

Mitgliedstaaten *teilen* also ihre Souveränitätsrechte nicht nur vertikal mit der Union, sondern auch horizontal mit allen anderen Mitgliedstaaten.⁵³

Aber zurück zum Norminhalt des Art. 4 EUV und dem allgemeinen Status der EU-Mitgliedschaft. Die EU-Verträge garantieren hier explizit – dem Wortlaut des Art. 4 EUV folgend – den Status der Gleichheit der Mitgliedstaaten und deren „jeweilige nationale Identität“ (Absatz 2). Gerade diese zwei verfassungsrechtlichen Garantien scheinen für einen mitgliedstaatlichen *status negativus* bestimmend. Die Vorschrift beinhaltet aber auch das Prinzip loyaler Zusammenarbeit (Absatz 3), auf dessen Grundlage sich ein mitgliedstaatlicher *status positivus* ergeben könnte. Beide Statusaspekte der Mitgliedschaft werden ausführlich im Teil IV. dieses Beitrags behandelt werden. Der Einfluss der Mitgliedstaaten auf die Willensbildung der Union und damit die Frage des mitgliedstaatlichen *status activus* wird erst in weiteren Kapiteln dieses Studienbuches näher behandelt.

III. Normstruktur und Normengeflecht: Artikel 4 EUV

1. Historische Entwicklung und Aufbau der Vorschrift

Das zentrale verfassungsrechtliche Verhältnis des Art. 4 EUV ist das *Verbandsverhältnis* der Union und ihrer Mitgliedstaaten.⁵⁴ Es betrifft also weder die Hohen Vertragsparteien (in Groß- oder Kleinbuchstaben) noch die mitgliedstaatlichen Vertreter im Europäischen Rat oder Ministerrat.⁵⁵ Art. 4 EUV bricht dieses Verbandsverhältnis dabei in drei verfassungsrechtliche Aspekte auf und gliedert sich dementsprechend in drei Absätze, die jeweils einen Verfassungsgrundsatz statuieren.

53 Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist ein föderales Prinzip – es existiert nur zwischen den Mitgliedstaaten und nur für die Mitgliedstaaten; siehe Robert Schütze, Third Country Goods in the EU Internal Market, in: Fabian Amtenbrink u.a. (Hrsg.), The Law of the EU Internal Market and the Future of European Integration, Cambridge: Cambridge University Press 2019, 200–214.

54 Art. 4 Abs. 3 EUV behandelt aber auch das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander; dazu unten in IV.3.a.

55 Weder im Europäischen Rat noch im Rat der EU agieren die Mitgliedstaaten als solche; zur Unterscheidung siehe EuGH, Urteil v. 18.2.1970, Rs. 38/69, ECLI:EU:C:1970:11, Rn. 10–11 – *Kommission/Italien*. Zum Konzept der unionalen Autorenschaft Robert Schütze, The Morphology of Legislative Power in the European Community: Legal Instruments and the Federal Division of Powers, YBEL 25 (2006), 91–151 (98–106).

Art. 4 Abs.1 EUV verweist, erstens, auf den Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung. Demnach verbleiben „[a]lle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten ... bei den Mitgliedstaaten“. Diese (partielle) Vorwegnahme eines Strukturprinzips des EU-Herrschaftsvertrages, das in Art.5 Abs.2 EUV speziell behandelt wird,⁵⁶ ist seit dem Lissabonner Vertrag neu. Der Text des (gescheiterten) Europäischen Verfassungsvertrages kannte diesen vorausseilenden Querverweis noch nicht. Warum er in letzter Minute eingefügt wurde, ist nicht ersichtlich.⁵⁷ Er ist wohl bloß der rote Teppich, auf dem der zweite Verfassungsgrundsatz im folgenden Absatz präsentiert werden sollte.

Art. 4 Abs. 2 EUV findet seinen Ursprung in ex-Art. F (Maastricht) EUV. Dieser besagte kurz: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, deren Regierungssysteme auf demokratischen Grundsätzen beruhen.“ Der Amsterdamer Vertrag verkürzte diese Formulierung noch in ex-Art. 6 Abs. 3 (Amsterdam) EUV: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten.“ Der Lissabonner Vertrag hat das darin enthaltene Prinzip jedoch wieder semantisch angereichert. Den Vorschlägen der Arbeitsgruppe V des Europäischen Konvents folgend, versucht Art. 4 Abs. 2 EUV heute, bestimmte Kernbereiche nationaler Staatlichkeit vom Einfluss des Europarechts zu immunisieren.⁵⁸

Dabei schlug die Arbeitsgruppe des Konvents ursprünglich vor, zwischen zwei Aspekten nationaler Verantwortlichkeit zu differenzieren: Einerseits bezog man sich auf die „grundlegenden Strukturen und wesentlichen Funktionen eines Mitgliedstaates“, andererseits sollte der Begriff aber auch „die wesentlichen staatspolitischen Entscheidungen und sozialen Werte eines Mitgliedstaates“ betreffen.⁵⁹ Die Endversion des Verfassungskonvents konzentrierte sich dann allerdings lediglich auf den ersten Aspekt, und die

56 Art. 4 Abs.1 EUV nimmt den zweiten Satz dieser Vorschrift vorweg.

57 *Jean-Claude Piris* erklärt ihn leider nicht in seinem „The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis“, Cambridge: Cambridge University Press 2010, 36.

58 European Convention, Final Report of Working Group V, CONV 375/1/02, 10; siehe auch ebd., 11: „By clarifying in TEU [Amsterdam] Article 6(3) what constitutes the national identity of a Member State, it seems possible to meet the main concerns expressed in the Working Group and elsewhere of safeguarding the role and importance of the Member States in the Treaty while at the same time allowing the necessary margin of flexibility.“

59 Ebd., 11.

darauffolgende Regierungskonferenz fügte dem noch die „Gleichheit der Mitgliedstaaten“ hinzu.⁶⁰

Drei potenziell miteinander verbundenen Garantien lassen sich deshalb aus dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 EUV in der geltenden Fassung herleiten: Die Union achtet zunächst die „Gleichheit“ der Mitgliedstaaten vor den Verträgen; sie achtet, ferner, ihre „jeweilige nationale Identität“; und sie achtet, letztlich auch allgemein, die „grundlegenden Funktionen des Staates“, wobei drei staatliche Funktionen speziell genannt sind: „territoriale Unversehrtheit“, „öffentliche Ordnung“ und, besonders unterstrichen, die „nationale Sicherheit“. Weitergehende staatspolitische Entscheidungen oder Werte werden nicht erwähnt.

Der dritte und älteste in Art. 4 EUV niedergelegte Verfassungsgrundsatz findet sich in Absatz 3. Dieser wiederum findet seinen Ursprung in ex-Art. 5 EWGV, der das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit ursprünglich festlegte.⁶¹ Der Verweis auf die Gegenseitigkeit der loyalen Zusammenarbeit in Unterabsatz 1 ist zwar erst durch den Lissabonner Vertrag explizit in die Vorschrift eingeführt worden,⁶² doch hatte der EuGH diese Gegenseitigkeit schon früh in seinem Fallrecht betont.⁶³ Die folgenden zwei Unterabsätze beziehen das Loyalitätsprinzip dennoch eher einseitig auf die Mitgliedstaaten. Danach sollen die Mitgliedstaaten – positiv gewendet – alle geeigneten Maßnahmen ergreifen, die zur Erfüllung der EU-Verträge beitragen; und sie müssen – negativ gewendet – all jene Maßnahmen unterlassen, die der Verwirklichung der Ziele der Union im Weg stehen könnten.

60 Piris (Fn. 57), 85–86: „During the 2003–4 IGC, some delegations (Portugal in particular) desired that the Treaty should establish a ‘principle of equality between Member States of the Union’. This appeared to be unacceptable for a number of delegations. They rightly stressed that such a principle did not exist within the Union legal order. (...) The Union is not a classic international organisation between states; it is a union both of states and of citizens. The final compromise was to refer to the ‘equality of Member States before the Treaties’ (Article 4(2) TEU), which is a formulation already used by the Court of Justice in its case law and which, therefore, did not give rise to any legal concern.“

61 Seinen Vorgänger findet er in ex-Art. 5 EWGV: „Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Sie erleichtern dieser die Erfüllung ihrer Aufgabe. Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten.“

62 Über die Doppeldeutigkeit des Wortes „gegenseitig“ siehe unten, IV.3.a.

63 EuGH, Beschluss v. 6.12.1990, Rs. C-2/88 Imm., ECLI:EU:C:1990:440 – *Zwartveld*.

2. Systematische Verortung der Vorschrift in den EU-Verträgen

a) Normativer Standort in den „Gemeinsamen Bestimmungen“

Art. 4 EUV befindet sich – das ist sicherlich keine Überraschung – zwischen Art. 3 EUV (Ziele der Union) und Art. 5 EUV (Kompetenzregeln). Der systematische Sinn dieser Verortung ist dabei nicht unmittelbar einsehbar. Der E(W)G-Vertrag folgte noch einer anderen Verfassungslogik. Nach der Vorschrift über die Aufgaben der Gemeinschaft (Art. 2 EGV) und deren Aktivitäten (Art. 3 EGV) kam es hier zur Definition der Unionsorgane (Art. 4 EGV); und erst dieser Bestimmung schloss sich nun die (ursprüngliche) Loyalitätsklausel in Art. 5 EGV an. Diese römische Vertragssystematik ließ die Mitgliedstaaten als dezentrale oder funktionale „Organe“ der Union erscheinen, die – neben den zentralen Unionsorganen (Kommission, Rat usw.) – die Aufgaben der Union zu erfüllen hatten.

Diese Vertragssystematik bestand bis zum Nizzaer Vertrag fort.⁶⁴ Erst der (gescheiterte) Verfassungsvertrag und der ihn ersetzende Lissabonner Vertrag durchbrechen sie, indem sie das Verbandsverhältnis der Union zu ihren Mitgliedstaaten nun unmittelbar den Zielvorschriften in Art. 3 EUV nachfolgen lassen. Ein Grund dafür liegt sicherlich in der Verschmelzung der älteren Loyalitätsklausel mit der hinzugefügten Identitätsklausel im neuen Art. 4 EUV. Interessant ist dabei, dass sich Art. 4 EUV nun *vor* die Kompetenzvorschrift des Art. 5 EUV geschoben hat. Ein mögliches Motiv dieser neuen Systematik könnte die Idee gewesen sein, den Status der Mitgliedschaft vom EU-Herrschaftsvertrag, also den Kompetenzen der Union, besser abzugrenzen.

Doch spricht gerade Art. 4 Abs. 1 EUV gegen diese Lesart, denn letzterer stellt ja nun wieder das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung dem Restgehalt des Art. 4 EUV voran. Folgt man also einer Status-Lesart des Art. 4 EUV, die auf den EU-Gesellschaftsvertrag in Art. 1 EUV aufbaut, so stellt Absatz 1 einen Fremdkörper innerhalb dieser Vorschrift dar. Wäre es hier nicht logischer gewesen, den Unionszielen die Kompetenzvorschriften des Art. 5 EUV direkt nachfolgen zu lassen? Die Berufung aller drei Grundprinzipien des Art. 5 EUV auf die Ziele der Union ist in der Tat besonders stark; der herrschaftsbegrenzende Charakter der Kompetenzen für die Umsetzung der Unionsziele hätte hier unterstrichen werden können.

64 Die Logik nach dem Nizzaer Vertrag war: Art. 7 EGV: Organe der Union; Art. 8 EGV: EZB; Art. 9 EGV: Europäische Investitionsbank, und dann Art. 10 EGV: Mitgliedstaaten als Organe der Union.

Ein besserer Platz für Art. 4 EUV wäre dann entweder direkt nach Art. 2 EUV (um die Status-Verpflichtungen der Union und ihrer Mitgliedstaaten zu unterstreichen); oder, der älteren Vertragslogik folgend, wieder nach Art. 13 EUV. Im letzten Fall würde Art. 4 Abs. 2 EUV dann eine vorrangig institutionell-formale Bedeutung annehmen (siehe unten, IV.2.b).

b) Konkretisierungsstufen der Vorschrift in den Verträgen

Abgesehen von seinem direkten Verweis auf Art. 5 EUV strahlt Art. 4 EUV auf zahlreiche weitere Vorschriften des EUV und AEUV nach „unten“ aus.

Ein erster direkter Verweis auf die Vorschrift findet sich in Art. 14 AEUV, nach welchem „[u]ngeschadet des Artikels 4 [EUV]“ sowohl die Union als auch ihre Mitgliedstaaten für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse, Sorge zu tragen haben. Die grundlegende Funktion des Staates, öffentliche Güter und Dienste zur Verfügung zu stellen, wird im Protokoll Nr. 26 „Über Dienste von Allgemeinem Interesse“ weiter ausgeführt. Und auch der eher unbekannte Art. 345 AEUV scheint in diese Stoßrichtung wirken zu wollen.

Eine indirekte Konkretisierung der Verfassungsprinzipien in Art. 4 Abs. 2 EUV könnte man auch in den verschiedenen Ausnahmebestimmungen zu den Grundfreiheiten der EU-Verträge sehen, durch die die Mitgliedstaaten ihre nationalen öffentlichen Interessen verteidigen können. So gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit z.B. eben nur „vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen“;⁶⁵ und die Niederlassungsfreiheit findet auf „Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung [nationaler] öffentlicher Gewalt verbunden sind“, prinzipiell keine Anwendung.⁶⁶

Besondere Schutzvorschriften für Kernbereiche nationaler Staatlichkeit oder grundlegender Staatsfunktionen finden sich auch in anderen Teilen des AEUV. So gilt z.B. für die europäische Sozialpolitik, dass sie „nicht die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen“, berühren kann.⁶⁷ Und auch jene Kompetenzbestimmungen, die einen „Ausschluss jeglicher Harmoni-

⁶⁵ Art. 45 AEUV.

⁶⁶ Art. 51 AEUV.

⁶⁷ Art. 153 Abs. 4 AEUV; siehe auch Art. 168 Abs. 7 AEUV im Bereich der EU-Gesundheitspolitik.

sierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“ vorschreiben, können als von Art. 4 Abs. 2 EUV inspiriert angesehen werden.⁶⁸ Letztlich verweist auch die Präambel der EU-Charta, wenn auch ohne Art. 4 Abs. 2 EUV beim Namen zu nennen, auf die „Achtung der Vielfalt der Kulturen und Traditionen der Völker Europas sowie der nationalen Identität der Mitgliedstaaten und der Organisation ihrer staatlichen Gewalt auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene“.⁶⁹

Konkrete Ausdrücke des Loyalitätsprinzips in Art. 4 Abs. 3 EUV finden sich schließlich in den Vertragsvorschriften zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, wo die Idee der „Loyalität und gegenseitigen Solidarität“ besonders stark akzentuiert ist, beispielsweise in Art. 24 Abs. 3 EUV.⁷⁰

Aber auch den AEUV durchdringt das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit – insbesondere im Kontext der Koordinations- und Ergänzungskompetenzen der Union. Erstere verpflichten die Mitgliedstaaten, z.B. im Bereich der Wirtschaftspolitik, darauf, ihre Politiken so auszurichten, dass sie „zur Verwirklichung der Ziele der Union im Sinne des Artikel 3 [EUV] ... beitragen“.⁷¹ Im Gegenzug muss die Union im Bereich ihrer Ergänzungskompetenzen die Mitgliedstaaten bei der Durchführung ihrer Maßnahmen unterstützen.⁷² Diese Unterstützung ist dabei auch institutioneller Natur: So kann die Union im Rahmen der Zusammenarbeit nationaler Verwaltungsbehörden diese bei der „Verbesserung der Fähigkeit ihrer Verwaltung zur Durchführung des Unionsrechts unterstützen“.⁷³

Für Art. 4 EUV gilt dabei immer: in Anwesenheit einer konkreteren verfassungsrechtlichen Loyalitätspflicht tritt die allgemeine Vorschrift des Art. 4 Abs. 3 EUV subsidiär zurück.⁷⁴

68 Art. 19 Abs. 2, Art. 79 Abs. 4, Art. 84, Art. 153 Abs. 2 lit. a, Art. 165 Abs. 4, Art. 166 Abs. 4, Art. 167 Abs. 5, Art. 168 Abs. 5, Art. 173 Abs. 3, Art. 189 Abs. 2, Art. 195 Abs. 2, Art. 196 Abs. 2, Art. 197 Abs. 2 AEUV.

69 So die dritte Erwägung der Präambel der EU-Grundrechtscharta.

70 Siehe auch Art. 42 Abs. 3 EUV.

71 Art. 120 AEUV.

72 Art. 6 AEUV.

73 Art. 197 Abs. 2 AEUV; siehe auch Art. 222 AEUV.

74 EuGH, Urteil v. 17.5.1994, Rs. C-18/93, ECLI:EU:C:1994:195, Rn. 18 – *Corsica Ferries*.

IV. Dogmatische Schlüsselfragen zu Artikel 4 EUV

Lässt man die Stellung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 4 Abs.1 EUV als Fremdkörper außen vor,⁷⁵ dann verbleiben drei Schlüsselfragen für eine Tiefenanalyse der Vorschrift. Erstens, was konkret bedeutet die von Art. 4 Abs. 2 EUV garantierte Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen, und welche dogmatischen Konsequenzen hat die Europäische Union aus diesem Prinzip gezogen? Zweitens, welche dogmatischen Schutzmechanismen hat die Union entwickelt, um die jeweiligen nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten vor einer unionalen Homogenisierung zu wahren? Und drittens, durch welche dogmatischen Formen gelangt das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs.3 EUV konkret zum Ausdruck, und in welchen Bereichen hat es das geschriebene Unionsverfassungsrecht besonders stark beeinflusst und ergänzt?

1. Art. 4 Abs. 2 und die Gleichheit der Mitgliedstaaten

Die (souveräne) Gleichheit der Staaten ist ein Strukturprinzip des modernen Völkerrechts.⁷⁶ Es gilt, wenngleich in abgewandelter Form, aber auch in föderalen Ordnungen. So hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten die formale Gleichheit aller amerikanischen Gliedstaaten explizit betont: „Eine Kardinalregel, die allen Beziehungen der Staaten zueinander zugrunde liegt, ist die der Rechtsgleichheit.“⁷⁷ Und: „Die Gleichheit der verfassungsmäßigen Rechte und Befugnisse ist der Zustand, in dem sich alle Staaten der Union, alte wie neue, befinden.“⁷⁸ Ähnlich hat sich das deutsche Bundesverfassungsgericht in einer seiner ersten Entscheidungen zum bundesrepublikanischen Föderalismus ausgedrückt: „Als Glieder des Bundes besitzen die Länder, soweit positive verfassungsrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen, den gleichen Status; sie stehen einzeln und gleichberechtigt nebeneinander[.]“⁷⁹

75 Zu dieser Frage *Jürgen Bast*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 5 EUV, Rn. 2 ff., Rn. 34 ff.

76 Art. 2 Abs. 1 UN-Charta.

77 U.S. Supreme Court, *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907), 97 (Übers. d. Verf.).

78 U.S. Supreme Court, *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911) 575 (Übers. d. Verf.).

79 BVerfGE 1, 299 (314) – *Wohnungsbauförderung*.

Diese Idee der Gleichheit der Mitgliedstaaten *vor der Verfassung* ist es, die wir in Art. 4 Abs. 2 EUV antreffen.⁸⁰ Der ausdrückliche Verweis auf diese Gleichheit ist eine Frucht des Lissabonner Vertrages, allerdings finden sich schon frühe Hinweise auf dieses unionale Strukturprinzip in der älteren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. In der Rechtssache *Kommission/Italien* führte der Gerichtshof beispielsweise aus:

„Der Vertrag erlaubt es den Mitgliedstaaten, die Vorteile der [Union] für sich zu nutzen, er erlegt ihnen aber auch die Verpflichtung auf, deren Rechtsvorschriften zu beachten. Stört ein Staat aufgrund der Vorstellung, die er sich von seinem nationalen Interesse macht, einseitig das mit der Zugehörigkeit zur [Union] verbundene Gleichgewicht zwischen Vorteilen und Lasten, *so stellt dies die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor dem Gemeinschaftsrecht in Frage und schafft Diskriminierungen für die einzelnen, und zwar in erster Linie für die Staatsangehörigen des Staates, der sich außerhalb des Gemeinschaftsrechts stellt.*“⁸¹

Die hier angesprochene Verbindung zwischen mitgliedstaatlicher Gleichheit und unionsrechtlichem Vorrang hat ihren dogmatischen Ursprung in der berühmten Rechtssache *Costa/E.N.E.L.*;⁸² sie hat aber erst kürzlich eine gewisse Renaissance in Rechtsprechung und Lehre erfahren.⁸³

Dennoch ist die systematische Verankerung des Unionsvorrangs in Art. 4 Abs. 2 EUV dogmatisch verfehlt.⁸⁴ Erstens ist der formale Adressat des Absatzes die *Union* und nicht die Mitgliedstaaten;⁸⁵ und zweitens könnte die staatliche Gleichheit gerade auch – als souveräne Gleichheit – ohne

80 Zu dieser Frage *Astrid S. Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, Kehl: Engel 1990, und jetzt auch *Andreas Haratsch*, Die Gleichheit der Mitgliedstaaten in den Institutionen und Entscheidungsverfahren der Europäischen Union, EuR 55 (2020), 471–500; *Monica Claes*, The Equality of the Member States, in: Katja Ziegler u.a. (Hrsg.), Research Handbook on General Principles in EU Law, Cheltenham: Edward Elgar 2022, 99–117.

81 EuGH, Urteil v. 7.2.1973, Rs. 39/72, ECLI:EU:C:1973:13, Rn. 24 – *Kommission/Italien* (Hervorh. d. Verf.).

82 EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, S. 1270 – *Costa/E.N.E.L.*

83 *Federico Fabbrini*, After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States, GLJ 16 (2015), 1003–1021; *Koen Lenaerts* u.a., Exploring the Autonomy of the European Legal Order, ZaöRV 81 (2021), 47–87; *David Preßlein*, Der absolute Anwendungsvorrang des Unionsrechts als Garantie der Gleichheit der Mitgliedstaaten in der Europäischen Union?, EuR 57 (2022), 688–710; *Ferdinand Weber*, Die Identität des Unionsrechts im Vorrang, JZ 2022, 292–301.

84 A.A. *Fabbrini* und *Lenaerts* (Fn. 83).

85 So zu Recht *Weber* (Fn. 83).

das Prinzip des Unionsvorrangs bestehen. Denn das Gleichheitsargument wendet sich potentiell gegen die Union, wenn eine Mehrzahl der Mitgliedstaaten sich entscheiden sollte, eine EU-Regelung nicht korrekt anzuwenden. (Hier stellt die ungleiche Anwendung des EU-Rechts ein Argument für seine gesamte Nichtanwendung dar.) Deshalb hat der EuGH – völlig zu Recht – schon in seinen frühen Entscheidungen auf die *nicht*-multilaterale Natur des EU-Rechts verwiesen, dessen *gesetzliche* Befehlsmaterie nichts mit der Anwendung oder Nichtanwendung durch einen oder mehrere Mitgliedstaaten zu tun haben kann:

„Ein [reziproker] Zusammenhang zwischen den Verpflichtungen der Rechtsunterworfenen kann jedoch für das [Unionsrecht] nicht anerkannt werden, denn der Vertrag schafft nicht nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den verschiedenen Rechtssubjekten, für die er gilt, sondern er stellt eine neue Rechtsordnung auf, nach der sich die Befugnisse, Rechte und Pflichten der Rechtssubjekte sowie die zur Feststellung und Ahndung etwaiger Rechtsverletzungen erforderlichen Verfahren bestimmen.“⁸⁶

Und, zeitgenössischer:

„[Es] ist darauf hinzuweisen, dass ein Mitgliedstaat die Nichterfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht mit dem Hinweis rechtfertigen kann, andere Mitgliedstaaten kämen ihren Verpflichtungen ebenfalls nicht nach.“⁸⁷

Wenn nun aber die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen und die Gleichheit der Mitgliedstaaten keine Rolle bei der Begründung des Unionsvorrangs spielen kann, was kann die „Gleichheit“ in Art. 4 Abs. 2 EUV dann dogmatisch bedeuten? Sie bedeutet keinesfalls souveräne oder absolute Gleichheit.⁸⁸ Die EU-Verträge erlauben nämlich beachtliche verfassungsrechtliche Ungleichheiten zwischen den Mitgliedstaaten in der Form zahlreicher primärrechtlicher Sondervorschriften und einzelstaatlicher *Opt-outs*.⁸⁹ Forma-

86 EuGH, Urteil v. 13.11.1964, verb. Rs. 90/63 und 91/63, ECLI:EU:C:1964:80, S. 1344 – *Kommission/Luxemburg u. Belgien*.

87 EuGH, Urteil v. 19.11.2009, Rs. C-118/07, ECLI:EU:C:2009:715, Rn. 48 – *Kommission/Finnland*.

88 A.A. Claes (Fn. 80), 99: „The EU remains a union of states characterised by sovereign equality: the Member States are equally sovereign.“

89 Deirdre Curtin, The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17–69.

le Ungleichheiten findet man auch in den institutionellen Vorschriften der EU-Verträge über die Zusammensetzung der Unionsorgane – sogar für solche Organe, die die Mitgliedstaaten direkt repräsentieren sollen.⁹⁰ Auch kann man nicht von einem Verfassungsgebot materieller Gleichheit der Mitgliedstaaten sprechen, wie dies z.T. das deutsche Verfassungsrecht kennt. Denn die unionsrechtlichen Vorschriften über einen vertikalen oder horizontalen Finanzausgleich sind rudimentär,⁹¹ und auch die unionale Solidaritätsklausel ist gerade nicht auf materielle Gleichheit ausgerichtet.⁹²

Dennoch besteht unzweifelhaft eine formale Gleichheit der (Mitglied-)Staaten in der Art, dass jeder Staat – als Hohe Vertragspartei und als Mitgliedstaat – allen primärrechtlichen Unterschieden in den EU-Verträgen *individuell* zustimmen muss. Daraus allerdings ein Verbot nicht-einstimmiger formaler Vertragsänderungen ableiten zu wollen, wäre verfehlt. Denn auch wenn das Einstimmigkeitserfordernis in Art. 48 EUV die Gleichheit der Mitgliedstaaten besonders schützt, so wird diese Gleichheit eben doch auch von allen Mehrheitsentscheidungen respektiert, die nicht auf die demographische Größe (oder andere Ungleichheiten) zwischen den Mitgliedstaaten abstellen. In der Tat: solange das „ein Mitgliedstaat, eine Stimme“-Prinzip bei Vertragsänderungen gilt, gilt auch der Gleichheitssatz! Ein Einstimmigkeitserfordernis kann also dogmatisch nicht aus der postulierten Gleichheit der Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 2 EUV abgeleitet werden, nicht einmal bei Vertragsänderungen.

Eine verfassungsrechtliche Annäherung an das Prinzip der Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen ist wohl am besten in Analogie zu Art. 9 EUV zu suchen.⁹³ Denn wie die Gliedstaaten national-juristische Mitglieder der Union sind, so sind die Bürger letztendlich auch individuell-natürliche „Mitglieder“ derselben. Und für diese Bürger garantiert Art. 9 EUV deren Gleichheit über eine abstrakte Rechtspflicht, die die Union auf „ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ verpflichtet. Das bedeutet für die Mit-

90 Man denke hier nur an die Stimmengewichtung der Mitgliedstaaten im Rat (vor Lissabon). Es bestehen aber auch nach dem Lissabonner Vertrag weiterhin erhebliche Unterschiede bei der sekundären Stimmengewichtung aufgrund des Erfordernisses, dass die zustimmenden Mitgliedstaaten „zusammen mindestens 65 % der Bevölkerung der Union ausmachen“ müssen (Art. 16 Abs. 4 EUV).

91 Zum europäischen Fiskalföderalismus siehe Alicia Hinarejos/Robert Schütze (Hrsg.), *EU Fiscal Federalism*, Oxford: Oxford University Press 2023.

92 Art. 222 AEUV.

93 Zu Art. 9 EUV siehe *Kadelbach*, in diesem Band.

gliedstaaten zum einen, dass alle Vorschriften der EU-Verträge und des abgeleiteten EU-Rechts die gleiche Bedeutung gegenüber allen Mitgliedstaaten haben müssen und dass die Union diese Vorschriften in gleicher Weise und mit gleicher Aufmerksamkeit auf die Mitgliedstaaten anwendet.⁹⁴ Eine Anwendungsdiskriminierung zwischen „alten“ und „neuen“ Mitgliedstaaten widerspräche also Art. 4 Abs. 2 EUV.⁹⁵

2. Art. 4 Abs. 2 und der Schutz nationaler Identitäten

Der Schutz der (Teil)Staatlichkeit der Gliedstaaten und damit auch ihrer spezifischen Identität ist ein Ansinnen vieler klassischer Föderationen.

In den USA wurde dieser Schutz ursprünglich durch die Verfassungsphilosophie des dualen Föderalismus garantiert.⁹⁶ Nach dessen Niedergang verlegte der Gerichtshof die dogmatische Schutzfunktion dann in den Zehnten Zusatzartikel der U.S. Verfassung, der die Einwirkung des Bundes auf die „traditionellen staatlichen Aufgaben“ der Gliedstaaten verbieten sollte.⁹⁷ Heute ist dieser Schutz allerdings fast ausschließlich formaler Natur: der Bund darf den Gliedstaaten *als Staaten* nichts befehlen,⁹⁸ aber eine Garantie substantieller Kompetenzbereiche für die Mitgliedstaaten sieht die amerikanische Verfassungslehre nicht mehr vor.⁹⁹

Anders sieht es noch die deutschen Bundesstaatslehre;¹⁰⁰ aber das Versprechen eines reservierten Bereichs formaler Staatlichkeit und Identität ist

94 *Lenaerts u.a.* (Fn. 83), 70: „All provisions of EU law are to have the same meaning and are to be applied in the same fashion throughout the EU.“

95 EuGH, Urteil v. 26.6.2012, Rs. C-336/09 P, ECLI:EU:C:2012:386, Rn. 36–37 – *Polen/Kommission*.

96 *Schütze*, From Dual to Cooperative Federalism (Fn. 1), 75–79.

97 U.S. Supreme Court, *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976); siehe hierzu besonders *Alison LeMaster*, The Traditional Governmental Functions Test: *National League of Cities v. Usery* – Refined, Not Rejected, *Geo. Mason L. Rev.* 6 (1983), 259–272.

98 Zur *non-commandeering* Regel: *Erik M. Jensen/Jonathan L. Entin*, Commandeering, the Tenth Amendment, and the Federal Requisition Power, *Constitutional Comment* 15 (1998), 355–381; *Daniel Halberstam*, Comparative Federalism and the Issue of Commandeering, in: *Kalypso Nicolaïdis u.a.* (Hrsg.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2001, 213–251.

99 *Schütze*, From Dual to Cooperative Federalism (Fn. 1), 122–126.

100 BVerfGE 137, 108 (144 Rn. 83) – *Art. 91e GG*: „Das Gebot der Bundesstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG) schließlich gebietet in seinem verfassungsänderungsfesten Kern lediglich, dass den Ländern im Bereich aller drei Staatsfunktionen – Legislative,

textlich wohl am klarsten in der Schweizer Bundesverfassung zu finden. Denn hier bestimmt die Bundesverfassung: „Der Bund wahrt die Eigenständigkeit der Kantone. Er belässt den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben und beachtet ihre Organisationsautonomie. Er belässt den Kantonen ausreichende Finanzierungsquellen und trägt dazu bei, dass sie über die notwendigen finanziellen Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen.“¹⁰¹

Wie ist es in diesem Zusammenhang mit der Europäischen Union bestellt? Drei dogmatische Deutungen sind hier in der Vergangenheit für den zweiten Aspekt des Art. 4 Abs. 2 EUV ins Spiel gebracht worden.

a) Erste Lesart: kompetenziell-substantielle Deutung

Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift im Europäischen Konvent deutet darauf hin, dass man ursprünglich ausschließliche Bereiche mitgliedstaatlicher Macht aus den EU-Kompetenzen ausklammern wollte.¹⁰² Diese Deutung findet sich teilweise auch, allerdings noch radikaler, im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰³ Denn hier bestand das deutsche Verfassungsgericht darauf, bestimmte Kernbereiche deutscher Staatlichkeit von vornherein dem europäischen Einigungsprozess zu entziehen.¹⁰⁴ Auf die europäische Ebene projiziert hieße dies wohl, dass Art. 4 Abs. 2 EUV einen veränderungsresistenten Kern nationaler Staatlichkeit vom Vertragsänderungsverfahren in Art. 48 EUV substantiell ausklammerte.

Diese kompetenziell-substantielle Deutung scheitert heute aber schon an der Verfassungswirklichkeit der Union: es gibt einfach keinen Nukleus ausschließlich nationaler Kompetenzen, den die europäische Verfassungsordnung als solchen anerkannt hat.¹⁰⁵ In ständiger Rechtsprechung wird –

Exekutive und Judikative – Aufgaben von substantiellem Gewicht als ‚Hausgut‘ unentziehbar verbleiben ... Bestimmte Aufgaben werden damit nicht zugewiesen.“

101 Art. 47 Abs. 1 und 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (1999).

102 *Guastafarro* (Fn. 1), 366: „[T]he drafters sought to carve out core areas of national sovereignty, as no list of Member States’ exclusive powers was eventually included in the Treaties“.

103 BVerfGE 123, 267 – *Lissabon-Vertrag*.

104 Allerdings hat das BVerfG ausdrücklich betont, dass der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 2 EUV weiter ist als der des Art. 79 Abs. 3 GG, siehe BVerfGE 142, 123 (Rn. 29) – *Gauweiler*.

105 In den Worten *Lenaerts* (Fn. 1), 220: „There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the [Union].“ Selbst die nationale

im Gegenteil – immer wieder betont, dass auch Bereiche, in denen die EU keine Rechtsetzungskompetenzen besitzt, der Kontrolle der EU-Verträge unterfallen. Auch haben die allgemeinen Gesetzgebungskompetenzen der Union in den Art. 114 und 352 AEUV bisher keine Schranken in einem Kern souveräner Mitgliedstaatlichkeit gefunden.¹⁰⁶ Ebenso verhält es sich mit Art. 48 EUV: denn auch dem EU-Vertragsänderungsverfahren ist bisher keine änderungsresistente Substanz entzogen worden.¹⁰⁷

Diese dogmatische Ablehnung einer Anerkennung ausschließlicher Kompetenzbereiche durch Art. 4 Abs. 2 EUV lässt sich gut in Bezug auf die nationale Sicherheit illustrieren. Denn auch wenn die Vorschrift diesen Kernbereich nationaler Staatlichkeit sogar zweimal schützend nennt, so stellen doch Art. 24 und Art. 42 EUV unmissverständlich klar, dass sich die Zuständigkeit der Union auf „alle Bereiche der Außenpolitik sowie auf sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Sicherheit der Union, einschließlich der schrittweisen Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, die zu einer gemeinsamen Verteidigung führen kann“, erstreckt.¹⁰⁸

b) Zweite Lesart: institutionell-formale Deutung

Eine zweite Lesart setzt den Akzent der Vorschrift auf den Schutz der organisatorisch-institutionellen Staatsstrukturen, wie dies die derzeitige amerikanische Verfassungstradition tut. Anstelle (ausschließlicher) mitgliedstaatlicher Kompetenzen schützt Art. 4 Abs. 2 EUV demnach nur die „spezifische institutionelle Infrastruktur jedes Mitgliedstaates“.¹⁰⁹ Diese institutionellen Verfassungsstrukturen divergieren, trotz der in Art. 2 EUV genannten gemeinsamen Werte (Demokratie, Rechtsstaatlichkeit usw.), weiterhin

Sicherheit ist kein Bereich ausschließlicher Kompetenz der Mitgliedstaaten: EuGH, Urteil v. 6.10.2020, verb. Rs. C-511/18, C-512/18 und C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 99 – *La Quadrature du Net*.

106 Schütze, From Dual to Cooperative Federalism (Fn. 1), 132–156.

107 Auch wenn der Gerichtshof in zumindest einer Stellungnahme indirekt Hinweise darauf gegeben hat, so beziehen sich diese eher auf den unionalen *acquis* und gerade nicht auf die Mitgliedstaaten: EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490 – *EWRI*.

108 Art. 24 Abs. 1 EUV; siehe auch Art. 42 Abs. 2 EUV.

109 Bruno de Witte, Article 4 (2) TEU as a Protection of the Institutional Diversity of the Member States, European Public Law 27 (2021), 559–570 (561, Übers. d. Verf.); nach de Witte ist diese Verengung historisch geboten, da die Endversion des Verfassungsvertrags (und des heutigen EUV) gerade keinen Verweis mehr auf „Grundwerte“ der Mitgliedstaaten gibt (ebd., 564).

erheblich. So finden sich heute parlamentarische und präsidentielle Regierungssysteme, föderale und unitarische Ordnungen, liberal-demokratische wie national-autoritäre Gesellschaftssysteme in der europäischen Union.

Keine dieser institutionellen Staatsstrukturen hat es bisher geschafft, über Art. 4 Abs. 2 EUV die *Gültigkeit* oder Anwendung eines EU-Rechtsaktes zu relativieren. Jedoch hat der EuGH bestimmte nationale Besonderheiten bei der *Auslegung* des Unionsrechts in Betracht gezogen, insbesondere im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mitgliedstaatlicher Ausnahmeregelungen für den Binnenmarkt. So hat er nicht nur die republikanische Staatsform als von der Union zu achtendes Element nationaler Identität anerkannt;¹¹⁰ auch die föderale Kompetenzstruktur eines Mitgliedstaates ist als von Art. 4 Abs. 2 EUV gedeckte institutionelle Besonderheit angesehen worden.¹¹¹ Und selbst das sich wandelnde Verfassungsverständnis dieser föderalen Kompetenzstruktur kann von Art. 4 Abs. 2 gedeckt sein;¹¹² entscheidend ist immer das objektivierte *Selbstverständnis* der jeweiligen Verfassungsordnung. Diese vom EuGH akzeptierte mitgliedstaatliche Innenperspektive bedeutet auch, dass Art. 4 Abs. 2 niemals als Schwert einer „gemeinsamen“ nationalen Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten eingesetzt werden kann.¹¹³

Der Schutz bestimmter Staats- und Organisationsstrukturen findet demnach über Art. 4 Abs. 2 EUV einen gewissen Eingang in die Unionsrechtsordnung. Doch kommt dies in keinem Fall einem absoluten Schutz gleich; ganz im Gegenteil: die europäische Verfassungsordnung hat tiefe Einschnitte in alle drei mitgliedstaatlichen Staatsgewalten erlaubt.¹¹⁴ Der Europäischen Union ist es daher – im Gegensatz zum U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht – durchaus gestattet, die nationalen Gesetzgeber,¹¹⁵ die nationalen Verwaltungen,¹¹⁶ und die nationalen Gerichte für europäische Aufgaben funktional einzubinden.¹¹⁷ Die Union kann den Mitgliedstaaten daher *befehlen* – auch wenn diese Befehle bisher nicht zu einer institu-

110 EuGH, Urteil v. 22.12.2010, Rs. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, Rn. 92 – *Sayn-Wittgenstein*.

111 EuGH, Urteil v. 12.6.2014, Rs. C-156/13 ECLI:EU:C:2014:1756, Rn. 33–34 – *Digibet*.

112 EuGH, Urteil v. 21.12.2016, Rs. C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985, Rn. 40–41 – *Remondis*.

113 In diesem Sinne: *de Witte* (Fn. 109), 565.

114 Selbst Einschnitte in die Verfassungsgewalt der Mitgliedstaaten sind erlaubt: EuGH, Urteil v. 20.4.2021, Rs. C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311 – *Repubblika*.

115 Art. 288 Abs. 3 AEUV.

116 Art. 291 AEUV.

117 Art. 267 AEUV.

tionell-hierarchischen Integration der staatlichen Organe in die EU-Organisationsstruktur geführt haben.¹¹⁸ Denn die *funktionale* Integration der mitgliedstaatlichen Organisationsstrukturen operiert, von einer Ausnahme abgesehen,¹¹⁹ formal immer auf der Ebene der mitgliedstaatlichen *Staatlichkeit*.¹²⁰

Dennoch kann die Union der institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten beachtliche Grenzen setzen. So kann die Union z.B. den Aufbau bestimmter nationaler (!) Verwaltungsbehörden verlangen und/oder deren Kompetenzen und Verfahren harmonisieren.¹²¹ Insbesondere der europarechtliche Einfluss auf die Organisation der nationalen Gerichte und deren Verfahren ist dabei seit langem anerkannt.¹²² Denn die funktionale Integration der nationalen Justiz bei der Durchführung des Unionsrechts ist verfassungspositiv besonders stark in Art. 19 EUV verankert.¹²³ Demnach verbleibt zwar „die Organisation der Justiz in den Mitgliedstaaten in deren Zuständigkeit“; trotzdem „müssen die Mitgliedstaaten aber bei der Ausübung dieser Zuständigkeit die Verpflichtungen einhalten, die sich für sie aus dem Unionsrecht ergeben“.¹²⁴ Für die richterliche Unabhängigkeit hat der EuGH deshalb konsequent gefolgert:

„Die Unabhängigkeit, die dem Auftrag des Richters inhärent ist, ist nicht nur auf der Ebene der Union für die Richter der Union und die Generalanwälte des Gerichtshofs zu gewährleisten (Art. 19 Abs. 2 Unterabs. 3

118 Robert Schütze, From Rome to Lisbon: „Executive Federalism“ in the (New) European Union, CML Rev. 47 (2010), 1385–1427; a.A. Thomas von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin: Springer 2008, 626.

119 Für das Verhältnis Europäische Zentralbank – Nationale Zentralbanken scheint der EuGH ein organisches Integrationsverhältnis anzunehmen: EuGH, Urteil v. 26.2.2019, verb. Rs. C-202/18 und C-238/18, ECLI:EU:C:2019:139 – *Rimšēvičs u. EZB/Lettland*. Dazu näher Bast/Kaiser, in diesem Band, IV.2.

120 EuGH, Urteil v. 13.1.2004, Rs. C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17 – *Kühne & Heitz*, und Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 – *Köbler/Österreich*.

121 Z.B. Richtlinie 2019/1 v. 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 2019 L 11/3. Art. 4 der Richtlinie besteht auf der „Unabhängigkeit“ der für den Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden.

122 Michael Dougan, National Remedies before the Court of Justice, Oxford: Hart 2004.

123 Art. 19 Abs. 2 EUV. Die funktionale Integration der nationalen Justiz als (dezentralisierte) „europäische“ Justiz wurde in EuGH, Urteil v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 47 – *Kommission/Polen*, besonders hervorgehoben.

124 Ebd., Rn. 52.

EUV), sondern auch auf der Ebene der Mitgliedstaaten für die nationalen Gerichte.“¹²⁵

c) Dritte Lesart: normativ-pluralistische Deutung

Ein dritter Deutungsvorschlag zu Art. 4 Abs. 2 EUV verknüpft die Vorschrift mit dem Gedanken des Verfassungspluralismus. Diese normativ-pluralistische Lesart argumentiert für ein relativiertes europäisches Vorrangsprinzip, das die nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten besser schützen soll.¹²⁶ Art. 4 Abs. 2 EUV wird hier aus der Perspektive nationaler Verfassungsordnungen gesehen:

„Artikel 4 Absatz 2 EUV kann wohl von einem Mitgliedstaat als Rechtfertigung für die Nichteinhaltung oder Abweichung von einer Verpflichtung aus dem sekundären EU-Recht angeführt werden, ohne dass die Rechtmäßigkeit der EU-Maßnahme berührt wird. In dieser Funktion könnte Artikel 4 Absatz 2 EUV dazu verwendet werden, die Nichteinhaltung von EU-Richtlinien durch einen Mitgliedstaat zu rechtfertigen, die keine ausdrückliche Ausnahmeklausel vorsehen. In dieser Hinsicht würde Artikel 4 Absatz 2 EUV eine Einschränkung des allgemeinen Vorrangs des EU-Rechts darstellen.“¹²⁷

Die radikale Variante dieses relativen Unionsvorrangs würde es dabei jedem einzelnen Mitgliedstaat überlassen, wann und wie der Vorrang des Unionsrechts auszusetzen wäre. Dieser verfassungstheoretische Vorschlag traf, erwartungsgemäß, auf starken akademischen Widerspruch.¹²⁸ Aber auch moderatere pluralistische Deutungen scheinen der historischen Bedeutung der Vorschrift direkt zu widersprechen.¹²⁹ Der EuGH hat sich dem

125 EuGH, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (Fn. 35), Rn. 42.

126 Armin von Bogdandy/Stephan Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty*, CML Rev. 48 (2011), 1417–1453.

127 Ebd., 1444 (Übers. d. Verf.).

128 Barbara Guastafarro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, YBEL 31 (2012), 263–318; ebenso Monica Claes, *National Identity: Trump Card or up for Negotiation?*, in: Alejandro Saiz Arnaiz u.a. (Hrsg.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Brüssel: Intersentia 2013, 109–140.

129 Gegen diese Lesart spricht insbesondere der Bericht der Working Group V des Europäischen Verfassungskonvents, der betont, dass Art. 4 Abs. 2 EUV „not a derogation clause“ ist und dass die Mitgliedstaaten weiterhin „under a duty to respect the

relativen Vorrang des EU-Rechts zudem nie angeschlossen; im Gegenteil, der Gerichtshof hat seinen kategorischen Widerspruch kürzlich unmissverständlich zum Ausdruck gebracht:

„Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof zwar nach Art. 4 Abs. 2 EUV veranlasst sein kann, zu prüfen, ob eine unionsrechtliche Pflicht nicht der nationalen Identität eines Mitgliedstaats widerspricht Diese Bestimmung hat jedoch weder zum Ziel noch zur Folge, dass ein Verfassungsgericht eines Mitgliedstaats unter Missachtung der Verpflichtungen, die sich insbesondere aus Art. 4 Abs. 2 und 3 sowie Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV ergeben, die Anwendung einer Norm des Unionsrechts mit der Begründung ausschließen kann, dass diese Norm die von ihm definierte nationale Identität des betreffenden Mitgliedstaats missachte ..., da allein der Gerichtshof befugt ist, die Ungültigkeit einer Handlung der Union festzustellen.“¹³⁰

Dieses juristische Machtwort schließt eine normative-pluralistische Deutung des Art. 4 Abs. 2 EUV *aus der Sicht der Unionsrechtsordnung* folglich aus. Dennoch geht es zu weit, jeglichen Verfassungspluralismus als mit der Identität der Union unvereinbar zu postulieren.¹³¹ Denn alle – wahren – föderalen Ordnungen zeichnen sich immer durch einen solchen Verfassungspluralismus aus.¹³² Ein konkret dogmatischer Ausdruck dieses Pluralismus ist, dass die Rechtsmacht des Unionsrechts, mit einer Ausnahme,¹³³ eben nicht den Geltungsanspruch mitgliedstaatlichen Rechts „brechen“ kann. Die normative Geltung des nationalen Rechts bemisst sich damit weiterhin ausschließlich nach nationalem Verfassungsrecht, auch wenn ein Verstoß gegen die EU-Verträge hier die nachträgliche Verurteilung und Verantwortlichkeit des verletzenden Mitgliedstaates nach sich ziehen wird.

provisions of the Treaties“ unter dem Gerichtshof als „the ultimate interpreter of the provision“ stehen (ebd., 11).

130 EuGH, Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 69–71 – RS.

131 A.A. *Christiaan Timmermans*, Mediating Conflicts Between National Identities and EU Law: The Potential of Article 4(2) TEU, CML Rev. 59 (2022), 75–86 (77): „To interpret Article 4 (2) as elevating constitutional pluralism to the status of primary EU law would be contrary to the basic tenets of Union law – one could even say, it would be to deny the Union’s identity.“

132 *Schütze*, Federalism as Constitutional Pluralism (Fn. 14).

133 EuGH, *Rimšēvičs u. EZB/Lettland* (Fn. 119).

3. Art. 4 Abs. 3 und das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit

Der föderale Grundsatz der *Bundestreue* ist vom völkerrechtlichen Prinzip der *Vertragstreue* zu unterscheiden.¹³⁴ Insbesondere das deutsche Verfassungsrecht hat der Bundestreue, als ungeschriebenem Verfassungsgrundsatz, viel Aufmerksamkeit geschenkt.¹³⁵ Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat ihn in einer seiner ersten Leitentscheidungen direkt aus dem bundesstaatlichen Prinzip abgeleitet:

„Dem bundesstaatlichen Prinzip entspricht vielmehr die verfassungsrechtliche Pflicht, daß die Glieder des Bundes sowohl einander als auch dem größeren Ganzen und der Bund den Gliedern die Treue halten und sich verständigen. Der im Bundesstaat geltende verfassungsrechtliche Grundsatz des Föderalismus enthält deshalb die Rechtspflicht des Bundes und aller seiner Glieder zu ‚bundesfreundlichem Verhalten.‘“¹³⁶

Interessant ist hierbei insbesondere, dass die deutsche Bundestreue, als Verfassungspflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, nicht nur zwischen Bund und Ländern gegenseitig Anwendung findet; sie gilt auch *horizontal* zwischen den Ländern untereinander. Auf diese Mehrdimensionalität hat der Europäische Gerichtshof auch für das unionale Prinzip der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs.3 EUV bestanden. Dabei geht die Unionsrechtsordnung weit über die bloß verfahrensrechtliche Deutung des Prinzips, wie sie das Bundesverfassungsgericht besonders in seiner Anfangszeit vertreten hat,¹³⁷ hinaus. In der Tat: aus Art. 4 Abs. 3 EUV sind in der Vergangenheit

134 Art. 2 Abs. 2 UN-Charta: „Alle Mitglieder erfüllen nach Treu und Glauben die von ihnen gemäß der vorliegenden Satzung übernommenen Verpflichtungen, um jedem einzelnen von ihnen die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Rechte und Vorteile zu sichern.“

135 Statt vieler *Hartmut Bauer*, Die Bundestreue, Tübingen: Mohr 1992; für die Schweizer Bundesverfassung sind die Art. 44 Abs.1 und 2 relevant: „Bund und Kantone unterstützen einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben und arbeiten zusammen. Sie schulden einander Rücksicht und Beistand. Sie leisten einander Amts- und Rechtshilfe.“

136 BVerfGE 1, 299 (314) – *Wohnungsbauförderung*; siehe auch BVerfGE 4, 155 – *Abgeordneten-Entschädigung*.

137 Vgl. BVerfGE 103, 81 (88) – *Genetischer Fingerabdruck I*: „Das aus diesem Prinzip abgeleitete Gebot der Kooperation konkretisiert sich in dem Verfahren und dem Stil der Verhandlungen, die zwischen dem Bund und den Ländern sowie zwischen diesen im Verfassungsleben erforderlich werden. Das verfassungsrechtliche Gebot des bundesfreundlichen Verhaltens als solches schafft jedoch kein materielles Verfassungsrechtsverhältnis zwischen Bund und Land. Es ist akzessorischer Natur und

tief einschneidende materiell-rechtliche Pflichten abgeleitet worden, die – der Struktur der Vorschrift folgend – in *Handlungspflichten* und *Unterlassungspflichten* gruppiert werden können.

a) Unterabsatz 1: Dimensionen der loyalen Zusammenarbeit

Gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV, erster Unterabsatz, achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten „gegenseitig“ bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Anders als die sich nur auf die Mitgliedstaaten beziehenden Unterabsätze 2 und 3 hebt dieser erste Rechtssatz die Pflichten der Union zur loyalen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten besonders hervor.

Konkrete Rechtspflichten der Union zur Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten finden sich verfassungspositiv in unterschiedlichsten Bereichen des Unionsrechts wieder. Für die Ergänzungskompetenzen der Union sieht Art. 2 Abs. 5 AEUV beispielsweise vor, dass die Union „Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten“ erlassen kann, „ohne dass dadurch die Zuständigkeit der Union für diese Bereiche an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten tritt“.

Das wohl wichtigste Anwendungsfeld des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit findet sich allerdings im Bereich der Außenbeziehungen der Union, wo die EU-Verträge und der Gerichtshof eine besonders kraftvolle Kooperationspflicht herausgearbeitet haben.¹³⁸ In der Rechtssache *Kommission/Irland (Mox Plant)* hat er daher betont, „dass die Mitgliedstaaten und die [Unions]organe bei der Erfüllung der Verpflichtungen, die sie aufgrund einer geteilten Zuständigkeit für den Abschluss einer gemischten Übereinkunft übernommen haben, zu enger Zusammenarbeit verpflichtet sind“.¹³⁹

Die in Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV genannte Gegenseitigkeit bezieht sich textlich zunächst nur auf das *vertikale* Verhältnis der Union und ihrer

begründet für sich allein keine selbständigen Pflichten des Bundes oder eines Landes.“

138 EuGH, Urteil v. 2.6.2005, Rs. C-266/03, ECLI:EU:C:2005:341, Rn. 58 – *Kommission/Luxemburg*. Eine historische Studie zur Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit im Bereich der Außenbeziehungen findet sich in *Eleftheria Neframi*, *The Duty of Loyalty: Rethinking Its Scope through Its Application in the Field of EU External Relations*, CML Rev. 47 (2010), 323–359.

139 EuGH, Urteil v. 30.5.2006, Rs. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, Rn. 175 – *Kommission/Irland*.

Mitgliedstaaten. Dennoch hat der EuGH in einer Reihe wichtiger Entscheidungen auch eine *horizontale* Dimension der gegenseitigen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bestätigt.¹⁴⁰ Der wohl bedeutendste dogmatische Ausdruck hier ist das verfassungsrechtliche Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mitgliedstaatlicher Rechtsakte.¹⁴¹ Dies gilt ebenso für das neuere – und besonders im Bereich der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit entwickelte – Prinzip des gegenseitigen Vertrauens.¹⁴² Letzteres hat der EuGH in seinem Gutachten 2/13 wie folgt charakterisiert:

„Diese wesentlichen Merkmale des Unionsrechts haben zu einem strukturierten Netz von miteinander verflochtenen Grundsätzen, Regeln und Rechtsbeziehungen geführt, das die Union selbst und ihre Mitgliedstaaten wechselseitig bindet sowie die Mitgliedstaaten untereinander, die nunmehr, in den Worten von Art. 1 Abs. 2 EUV, in die „Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ eingebunden sind. Eine solche rechtliche Konstruktion beruht auf der grundlegenden Prämisse, dass jeder Mitgliedstaat mit allen anderen Mitgliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teilt – und anerkennt, dass sie sie mit ihm teilen –, auf die sich, wie es in Art. 2 EUV heißt, die Union gründet. *Diese Prämisse impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten bei der Anerkennung dieser Werte und damit bei der Beachtung des Unionsrechts, mit dem sie umgesetzt werden.*“¹⁴³

Was aber fordert der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens konkret? Er verlangt von allen Mitgliedstaaten, dass sie „nach dem in Artikel 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet insbesondere für die Anwendung und Wahrung des Unionsrechts zu sorgen [haben]“.¹⁴⁴ Für jeden Mitgliedstaat bedeute dies, „dass er, abgesehen von außergewöhnlichen Umständen, da-

140 EuGH, Urteil v. 22.3.1983, Rs. 42/82, ECLI:EU:C:1983:88, Rn. 36 – *Kommission/Frankreich*.

141 Verfassungsrechtlich wegweisend ist hier *Cassis de Dijon* (Fn. 52); für einen direkten Verweis auf Art. 4 Abs. 3 EUV siehe EuGH, Urteil v. 7.5.1991, Rs. C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193, Rn. 14–16 – *Vlassopoulou*.

142 Statt vieler: *Koen Lenaerts*, *La vie après l’avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, CML Rev. 54 (2017), 805–840.

143 EuGH, Gutachten 2/13 (Fn. 51), Rn. 167–168 (Hervorh. d. Verf.).

144 Ebd., Rn. 173; a.A. *Lenaerts* (Fn. 142), der den Grundsatz in der Gleichheit der Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 2 EUV verortet wissen möchte (ebd., 808).

von ausgeht, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten“.¹⁴⁵

Dass dieses Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens nur für Mitgliedstaaten untereinander gilt, ist vom Gerichtshof mehrfach bestätigt worden. Im Kontext der Warenfreizügigkeit hat er z.B. betont, dass der „Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auf den Handel innerhalb der Union mit aus Drittländern stammenden Waren, die sich im freien Verkehr befinden, nicht angewandt werden kann“.¹⁴⁶ Im *Gutachten 2/13* kommt der EuGH zum gleichen Schluss, wenn er warnt, dass die Nichtbeachtung des besonderen Statusverhältnisses der EU-Mitgliedstaaten einen Beitritt der Union zur EMRK verfassungsrechtlich ausschließe.¹⁴⁷ Diese Schlussfolgerung ist zwar heftig kritisiert worden,¹⁴⁸ sie folgt aber zwingend aus der föderalen Struktur der Union und dem Status der EU-Mitgliedstaaten, die selbst in ihren Beziehungen zu Drittstaaten nicht mehr souveräne Vertragsparteien sein können.¹⁴⁹

b) Unterabsatz 2: Mitgliedstaaten als „Organe“ der Union

Nach Unterabsatz 2 müssen die Mitgliedstaaten – positiv – alle geeigneten Maßnahmen ergreifen, die zur Erfüllung der EU-Verträge beitragen. In der Ausübung dieser Handlungspflicht agieren die Mitgliedstaaten – wenn auch nicht institutionell, so doch funktional – als „Organe“ der Union. Formal wendet sich Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV hier zwar immer an die Mitgliedstaaten als Ganzes (siehe IV.2.b, oben); der Gerichtshof hat dennoch aus der Vorschrift spezifisch-materielle Pflichten der mitgliedstaatlichen Legislative, Exekutive und Judikative abgeleitet.

In Bezug auf den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bedeutet dies insbesondere, dass er verpflichtet ist, unionale Normen in nationales Recht umzusetzen, wo dies für ihre volle Wirksamkeit nötig ist. Der bekannteste Gesetzgebungsbefehl innerhalb der EU-Verträge ist der für Richtlinien in

145 EuGH, *Gutachten 2/13* (Fn. 51), Rn. 191.

146 EuGH, Urteil v. 22.9.2016, Rs. C-525/14, ECLI:EU:C:2016:714, Rn. 39 – *Kommission/Tschechische Republik*.

147 EuGH, *Gutachten 2/13* (Fn. 51), Rn. 194.

148 Statt vieler *Paul Gragl*, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, EYHR 15 (2015), 27–49.

149 *Lenaerts* (Fn. 142), 809: „An EU Member State and a third country may be equals before international law, but they are not equals before the law of the EU[.]“.

Art. 288 AEUV.¹⁵⁰ Aber das unionale Umsetzungsgebot gilt natürlich für das gesamte nicht-unmittelbar wirkende Europarecht, und die allgemeine Quelle dieses Umsetzungsgebots hat der Gerichtshof in Art. 4 Abs. 3 EUV verortet. Jeder Mitgliedstaat muss folglich „aufgrund der den Mitgliedstaaten nach Artikel [4 Abs. 3 EUV] auferlegten allgemeinen Pflichten in seinem innerstaatlichen Recht die Konsequenzen aus seiner Zugehörigkeit zur [Union]“ ziehen.¹⁵¹ Das bedeutet auch, dass er nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV aktiv verpflichtet ist, dem Unionsrecht widersprechende nationale Regelungen zu entfernen oder abzuändern.¹⁵²

Auch die allgemeine Pflicht zum verwaltungsrechtlichen Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten findet ihren dogmatischen Ursprung in Unterabsatz 2 des Art. 4 Abs. 3 EUV.¹⁵³ Sie wird seit dem Lisboner Vertrag durch Art. 291 Abs. 1 AEUV ergänzt. Beide Vorschriften bilden das verfassungsrechtliche Fundament des europäischen Vollzugsföderalismus,¹⁵⁴ nach welchem die Mitgliedstaaten in der Regel, und die Union nur in bestimmten Ausnahmefällen,¹⁵⁵ den Vollzug des Unionsrechts verantworten. Dieser Vollzug respektiert, wenn auch in nur relativer Weise, die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten:

„Wenn die Mitgliedstaaten nach Artikel [4 Abs. 3] des [EU] Vertrages alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen zu treffen haben, die sich aus dem Vertrag ergeben, haben sie auch die Organe zu bestimmen, die in der innerstaatlichen Rechtsordnung für diese Maßnahmen zuständig sind. Auf die erste Frage ist daher zu antworten, daß ausschließlich das Verfassungssystem des einzelnen Mitgliedstaates bestimmt, in welcher Weise der Staat die Ausübung beziehungsweise Erfüllung der sich für ihn aus Vertrags- oder Verordnungsvorschriften ergebenden Befugnisse oder Pflichten zur An-

150 Art. 288 Abs. 3 AEUV.

151 EuGH, Urteil v. 8.2.1973, Rs. 30/72, ECLI:EU:C:1973:16, Rn. 11 – *Kommission/Italien*.

152 EuGH, Urteil v. 29.10.1998, Rs. C-185/96, ECLI:EU:C:1998:516, Rn. 32 – *Kommission/Griechenland*.

153 EuGH, Urteil v. 7.7.1987, verb. Rs. 89 und 91/86, ECLI:EU:C:1987:337 – *L'Étoile commerciale*; Urteil v. 23.11.1995, Rs. C-476/93 P, ECLI:EU:C:1995:401 – *Nutril*.

154 Schütze, *From Rome to Lisbon* (Fn. 118); für bundesstaatliche Parallelen in Deutschland und der Schweiz siehe Art. 83 GG und Art. 46 Abs. 1 SBV: „Die Kantone setzen das Bundesrecht nach Maßgabe von Verfassung und Gesetz um.“

155 Art. 291 Abs. 2 AEUV.

wendung des [Unionsrechts] bestimmten innerstaatlichen Organen übertragen kann.“¹⁵⁶

Die Handlungspflicht zur Umsetzung des Unionsrecht trifft auch die nationale Gerichtsbarkeit. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 ist in diesem Zusammenhang besonders bei der Genese des Prinzips der unionskonformen Auslegung in den Vordergrund getreten.¹⁵⁷ In der Rechtssache *von Colson* heißt es z.B. im Kontext einer nicht vom deutschen Gesetzgeber umgesetzten Richtlinie:

„... daß die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel [4 Abs. 3 EUV], alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten. Daraus folgt, daß das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtlinie 76/207 erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat, um das in Artikel [288 Abs. 3 AEUV] genannte Ziel zu erreichen.“¹⁵⁸

Diese Auslegungspflicht ist sehr anspruchsvoll: Nationale Gerichte sind über Art. 4 Abs. 3, Unterabsatz 2 verpflichtet, ihr nationales Recht „soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck“ des Unionsrechts auszurichten.¹⁵⁹ Der EuGH fordert daher jedes nationales Gericht auf, „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des [Unionsrechts] auszulegen und anzuwenden“.¹⁶⁰ Der Gerichtshof akzeptiert allerdings, dass sich nationale Gerichte auf innerstaatlich anerkannte Auslegungsmethoden

156 EuGH, Urteil v. 15.12.1971, verb. Rs. 51/71 bis 54/71, ECLI:EU:C:1971:128, Rn. 3–4 – *International Fruit Company*.

157 Klammert (Fn. 2), 75: „Ex Article 10 EC is the exclusive legal basis for the obligation of Member States to construe national law in light of the EU Treaty.“ Art. 4 Abs. 3 war auch grundlegend für die *Francovich*-Rechtsprechung des Gerichtshofs: EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Francovich*.

158 EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, Rn. 26 – *von Colson*.

159 EuGH, Urteil v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, Rn. 8 – *Marleasing*.

160 EuGH, *von Colson* (Fn. 158), Rn. 28.

beschränken;¹⁶¹ sie sind nicht verpflichtet, neue Auslegungsmethoden zu erfinden oder sie von anderen Mitgliedstaaten zu übernehmen.

Die Pflicht der Mitgliedstaaten, funktional als „Organe“ der Union zu handeln, ist ebenso im Außenverfassungsrecht der Union etabliert. Hier speziell hat die Union ihre Mitgliedstaaten ermächtigt (und verpflichtet), als „Treuhändler“ in ihrem Namen zu handeln.¹⁶² Zur Begründung dieser dogmatischen Figur heißt es im *Gutachten 2/91* konkret: „Die Zusammenarbeit zwischen der [Union] und den Mitgliedstaaten ist im vorliegenden Fall unumgänglich, weil die [Union] beim derzeitigen Stand des Völkerrechts ein IAO-Übereinkommen nicht selbst, sondern nur durch die Mitgliedstaaten abschließen kann.“¹⁶³

c) Unterabsatz 3: Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten

Nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 müssen die Mitgliedstaaten – negativ – alle Maßnahmen unterlassen, die der Verwirklichung der Unionsziele entgegenstehen. Diese Unterlassungspflicht ist wiederum formal-genereller Natur: sie betrifft die Mitgliedstaaten als solche, auch wenn Unterabsatz 3 materiell-spezifisch wiederum auf alle drei klassischen mitgliedstaatlichen Gewalten Anwendung finden kann.

Für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber hat der Gerichtshof, beispielsweise im Bereich des Wettbewerbsrechts, verfassungsrechtliche Einschränkungen der nationalstaatlichen Kompetenzen direkt aus Art. 4 Abs. 3 EUV abgeleitet. Um die Lücke zwischen unternehmensgerichteten und staatengerichteten Vertragsvorschriften zu verkleinern, erlaubte er daher in der Rechtssache *INNO/ATAB* eine Kontrolle nationaler Gesetzgebung im Lichte des Art. 102 AEUV in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 EUV.¹⁶⁴ Diese Ausdehnung des Adressatenkreises der Wettbewerbsregeln ist später auch für

161 EuGH, Urteil v. 5.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, Rn. 116 – *Pfeiffer*.

162 *Marise Cremona*, Member States as Trustees of the Union Interest: Participating in International Agreements on Behalf of the European Union, in: Anthony Arnall u.a. (Hrsg.), *A Constitutional Order of States*, Oxford: Hart, 2011, 435–457.

163 EuGH, Gutachten 2/91 v. 19.3.1993, ECLI:EU:C:1993:106, Rn. 37 – *ILO-Übereinkommen Nr. 170*; dieser Gedanke wurde nachträglich durch das Urteil v. 7.10.2014, Rs. C-399/12, ECLI:EU:C:2014:2258 – *Deutschland/Rat*, bestätigt.

164 EuGH, Urteil v. 16.11.1977, Rs. 13/77, ECLI:EU:C:1977:185, Rn. 30 – *INNO/ATAB*.

Art. 101 AEUV bestätigt worden.¹⁶⁵ Heute deklariert der EuGH es sogar als ständige Rechtsprechung, dass über Art. 4 Abs. 3 EUV, Unterabsatz 3, die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Handlungen zu unterlassen, die die praktische Wirksamkeit der Art. 101 und 102 AEUV ausschalten könnten.¹⁶⁶

Ähnliche Unterlassungspflichten finden sich auch für die mitgliedstaatliche Verwaltung und Justiz. Die vielleicht wichtigste Unterlassungspflicht in diesem Zusammenhang ist die aus dem Vorrangprinzip abgeleitete Pflicht der *Nichtanwendung* von Unionsrecht widersprechendem Gliedstaatenrecht. Letzteres wird nämlich, wie oben ausgeführt, nicht vom Unionsrecht „gebrochen“, sondern die Unionsrechtsordnung verlangt nur die Nichtanwendung der konkreten Norm durch die mitgliedstaatliche Exekutive oder Judikative. Die Weite und Intensität dieser Unterlassungspflicht ist in der Rechtssache *An Garda Síochána* doppelt unterstrichen worden:

„Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass ... zwischen der Befugnis, in einem bestimmten Fall eine unionsrechtswidrige Vorschrift des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, und jener, eine solche Vorschrift mit der weiteren Wirkung zu beseitigen, dass diese Vorschrift für keinen Zweck mehr rechtsgültig ist, zu unterscheiden ist. (...) Allerdings gebietet es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Vorrang des Unionsrechts, dass die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden haben, für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen Sorge tragen, indem sie erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Bestimmung aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen, ohne die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren zu beantragen oder abzuwarten.“¹⁶⁷

Die Nichtanwendung dem Unionsrecht entgegenstehender nationaler Rechtsvorschriften obliegt dabei „nicht nur den nationalen Gerichten, sondern allen staatlichen Stellen einschließlich der Verwaltungsbehörden, die

165 Für eine Analyse der Rechtsprechung siehe *Knut Werner Lange*, Die Anwendung des europäischen Kartellverbots auf staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen, EuR 43 (2008), 3–26.

166 EuGH, Urteil v. 1.10. 1987, Rs. 311/85, ECLI:EU:C:1987:418 – *Vlaamse Reisbureaus*.

167 EuGH, Urteil v. 4.12.2018, Rs. C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979, Rn. 33–35 – *An Garda Síochána*.

im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten das Unionsrecht anzuwenden haben“.¹⁶⁸

Besondere Unterlassungspflichten aus Art. 4 Abs. 3 EUV finden sich wiederum auch im Außenverfassungsrecht der Union. Der Gerichtshof hat den Mitgliedstaaten z.B. jedes Handeln untersagt, das die Verhandlungen oder den Abschluss eines Unionsabkommens gefährden könnte; er leitet dabei diese besondere Pflicht zur Zusammenarbeit aus der „Notwendigkeit einer geschlossenen völkerrechtlichen Vertretung der [Union]“ ab.¹⁶⁹

Ein gutes Beispiel für die Art und den Umfang dieser Unterlassungspflicht findet sich in der Rechtssache *Kommission/Luxemburg*.¹⁷⁰ Die Kommission argumentierte hier konkret: „Die Aushandlung eines Abkommens im Namen der [Union] seitens der Kommission sowie der spätere Abschluss eines solchen Abkommens seitens des Rates würden durch interferierende Einzelinitiativen eines Mitgliedstaats zwangsläufig erschwert“, und zudem „werde die Position der [Union] bei Verhandlungen mit Drittstaaten geschwächt, wenn sie und ihre Mitgliedstaaten unkoordiniert aufträten“.¹⁷¹ Der Gerichtshof schloss sich dieser Auffassung an – allerdings zunächst nur teilweise:

„Der Erlass eines Beschlusses, mit dem die Kommission ermächtigt wird, im Namen der [Union] ein Übereinkommen auszuhandeln, stellt den Beginn eines abgestimmten [unionalen] Vorgehens auf internationaler Ebene dar und begründet deshalb zumindest eine Verpflichtung zu enger Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und den [Unionsorganen], wenn nicht gar eine Unterlassungspflicht der Mitgliedstaaten, damit der [Union] die Erfüllung ihrer Aufgabe erleichtert wird und die Einheitlichkeit und Kohärenz des völkerrechtlichen [Unionshandelns] und der völkerrechtlichen Vertretung der [Union] gewährleistet sind.“¹⁷²

Der Gerichtshof verurteilte also hier gerade nicht die Ausübung der Außenbefugnisse Luxemburgs als solche: Luxemburg könne in der Tat weiterhin bilaterale Abkommen mit Drittstaaten schließen, müsse diese aber – so der Gerichtshof – vorher mit der Kommission besprechen.¹⁷³ Diese

168 Ebd., Rn. 38.

169 EuGH, Gutachten 1/94 v. 15.11.1994, ECLI:EU:C:1994:384, Rn. 108 – *WTO*.

170 EuGH, *Kommission/Luxemburg* (Fn. 138).

171 Ebd., Rn. 53.

172 Ebd., Rn. 60.

173 Ebd., Rn. 61.

verfahrensrechtliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit wurde später in der Rechtssache *Kommission/Schweden* substantiell angereichert.¹⁷⁴ Der Gerichtshof stellte nun klar, dass die Mitgliedstaaten einer absoluten Unterlassungspflicht unterlägen, „wenn die Kommission dem Rat Vorschläge unterbreitet hat, die, obgleich sie vom Rat nicht angenommen worden sind, den Ausgangspunkt eines abgestimmten gemeinschaftlichen Vorgehens darstellen.“¹⁷⁵ Dieser Fall wird deshalb als Beginn einer substantiell-rechtlichen Pflicht der loyalen Zusammenarbeit in den EU Außenbeziehungen angesehen.¹⁷⁶

V. Kritischer Schluss

Die allgemeinste verfassungsrechtliche Vorschrift über den Status der EU-Mitgliedschaft ist in Art. 4 EUV zu finden. Sie hat in der Integrationsgeschichte, zuerst ausschließlich in der Form einer Loyalitätsklausel, eine historische Schlüsselrolle bei der Herausbildung ungeschriebener Pflichten (und einiger Rechte) der Mitgliedstaaten gespielt. Die heute in Art. 4 Abs. 3 EUV verortete Klausel ist ausdrücklich mehrdimensional: sie kann sowohl verfassungsrechtliche Pflichten für die Union als auch für ihre Mitgliedstaaten generieren. Die Pflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der Union, aber auch die Pflichten der Mitgliedstaaten untereinander sind dabei mittlerweile in relativ gut begründete dogmatische Formen gegossen worden (Treuhänderdoktrin, Prinzip der gegenseitigen Anerkennung etc.). Allerdings gibt es immer noch wenige dogmatische Figuren eines mitgliedstaatlichen *status positivus*, in denen die ungeschriebenen Loyalitätspflichten der Union gebündelt und systematisiert werden.

Seit dem Lissabonner Vertrag soll Art. 4 EUV durch seinen zweiten Absatz auch als Identitätsklausel eine zweite verfassungsrechtliche Funktion erfüllen: den Schutz der grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen und Funktionen jedes Mitgliedstaates. Doch auch dieses Ziel eines geschützten *status negativus* der Mitgliedstaaten hat bisher wenig Konkretes gebracht. Am ehesten nähert sich die Verfassungspraxis an die insti-

174 EuGH, Urteil v. 20.4.2010, Rs. C-246/07, ECLI:EU:C:2010:203 – *Kommission/Schweden*.

175 Ebd., Rn. 103.

176 *Andres Delgado/Joris Larik*, The Duty to Remain Silent: Limitless Loyalty in EU External Relations?, E.L.Rev. 26 (2011), 522–539; siehe jetzt auch EuGH, Urteil v. 27.3.2019, Rs. C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256, Rn. 100 – *Kommission/Deutschland*.

tutionell-formale Deutung der Vorschrift (siehe oben, IV.2.b) an. Diese aber schützt heute nur gegen eine hierarchisch-institutionelle Integration der mitgliedstaatlichen Organe unter die Befehlsgewalt der EU-Institutionen. Im Gegensatz zur U.S.-amerikanischen *non-commandeering*-Doktrin erlaubt die Unionsrechtsordnung allerdings durchaus normative Befehle an die Mitgliedstaaten als solche. Diese funktionale Integration der Mitgliedstaaten ist es ja, die wir in Art. 4 Abs. 3 EUV antreffen.

Die jeweilige Ziel- und Stoßrichtung der Art. 4 Abs. 2 EUV und Art. 4 Abs. 3 EUV ist folglich – zumindest partiell – entgegengesetzt. Ihr Spannungsverhältnis drückt also jene föderale Antinomie aus, die den Begriff des Mitgliedstaates charakterisiert: denn wie kann die *Staatlichkeit* der Mitgliedstaaten (Absatz 2) mit deren funktionaler Integration als *Glieder* der Union (Absatz 3) vereinbart und gewährleistet werden? Die Unionsrechtsordnung hat auf diese Frage bisher keine überzeugende Lösung gefunden. Das Einstimmigkeitserfordernis *vor* und *unter* den EU-Verträgen widerspricht, als völkerrechtliche Lösung, dem föderalen Gedanken einer von den mitgliedstaatlichen Einzelwillen institutionell-autonomen Union; es sollte im kommenden Jahrzehnt endgültig abgeschafft werden. Noch haben es das Subsidiaritätsprinzip oder die verfassungsrechtlichen Schranken der Ergänzungskompetenzen bisher vermocht, klare gesetzgeberische Bereiche für die Mitgliedstaaten zu reservieren.¹⁷⁷

Eine vielversprechende Möglichkeit, die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten besser zu schützen, läge daher in einer verstärkt kompetenziell-substantiellen Deutung des Art. 4 Abs. 2 EUV.¹⁷⁸ Diese sollte dennoch nicht zu einer Renaissance der dualistisch-föderalistischen Kategorie der ausschließlichen Kompetenz führen. Denn traditionell nationale Bereiche könnten ebenso, wenn nicht sogar effektiver, über eine Vermutung der Nicht-Sperrwirkung von sekundärem Unionsrecht geschützt werden. Diese Lösung kann in der kooperativ-föderalistischen Rechtsprechung des U.S.-amerikanischen Obersten Gerichtshofs angetroffen werden;¹⁷⁹ und auch für das europäische Verfassungsrecht ist sie seit einiger Zeit ins Spiel gebracht worden.¹⁸⁰

Die Verstärkung der Wirkung des Art. 4 Abs. 2 EUV auf primärrechtliche Schwestervorschriften gestaltet sich schwieriger. Denn zwar könnte

177 Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism* (Fn. 1), 241–286.

178 In diese Richtung gehen die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 15.4.2021, Rs. C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296, Rn. 82–86 – *V.M.A.*

179 Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism* (Fn. 1), 105–108.

180 *Guastafarro* (Fn. 128), 303–305.

man die Identitätsklausel in Art. 4 Abs. 2 EUV als immanente Schranke zahlreicher Vertragsbestimmungen – inklusive des Art. 4 Abs. 3 EUV – denken, aber diese Konstruktion setzt eine Hierarchisierung des Primärrechts (selbst innerhalb einer einzigen Vorschrift) voraus, die vom Europäischen Gerichtshof noch zu bestätigen ist. Am dramatischsten ist hier zweifellos der Gedanke einer immanent-kompetenziellen Schranke zu Art. 48 EUV. Letztere wäre allerdings nur dann nötig, wenn die Mitgliedstaaten das Einstimmigkeitserfordernis bei der formalen EU-Vertragsänderung aufgeben würden. Eine solche „Majorisierung“ wird in der Zukunft unumgänglich sein und entspricht auch besser der föderalen Natur der Union.¹⁸¹ Dass eine solche Majorisierung nicht gegen das Gleichheitsgebot des Art. 4 Abs. 2 EUV („Ein Mitgliedstaat, eine Stimme“) verstößt, wurde oben dargestellt.

181 Robert Schütze, *Democracy in Europe: Some Preliminary Thoughts*, E.L.Rev. 47 (2022), 24–51.

Das pluralistische System des Grundrechtsschutzes

Mattias Wendel*

I. Einführung	607
II. Normative Grundlagen und systematische Zusammenhänge	611
1. Unionsgrundrechte als Konkretisierung europäischer Grundwerte	611
2. Rechtsnormative Grundlagen europäischen Grundrechtsschutzes	613
III. Theoretischer Rahmen	622
1. Grundlagen	622
2. Europäischer Grundrechtspluralismus	625
IV. Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes in dogmatischen Grundzügen	627
1. Einheit und Vielfalt der Grundrechte	628
2. Einheit und Vielfalt in Auslegung und Anwendung	653
3. Einheit und Vielfalt in der gerichtlichen Durchsetzung	662
V. Ausblick	668

I. Einführung

Die Union gründet sich „auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität“.¹ Mit diesem Kernsatz bringt die Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) die innere Verbindung von europäischen Werten und Grundrechten ebenso klar zum Ausdruck wie den von ihr erhobenen Anspruch auf Unteilbarkeit und Universalität dieses Wertefundaments. Die in der Charta positivierten Grundrechte bilden heute eine tragende Säule europäischen Verfassungsrechts. Sie gewähren elementare Schutzgarantien gegenüber der europäischen öffentlichen Gewalt und lösen damit das normative Versprechen der Union ein, „den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns“ zu rücken.² Mit den Worten des EuGH sind heute „keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären.“³

* Der Autor dankt Anna-Katharina Hübers, Lea Dirksen und Lukas Schiele für Unterstützung bei der Finalisierung des Textes.

1 Abs. 2 der Präambel der GRCh.

2 Ebd.

3 EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 21 – *Åkerberg Fransson*.

Die Diskussion um das richtige Maß an Grundrechtsschutz gegenüber der von der Union ausgeübten öffentlichen Gewalt hat wie kaum ein anderes Thema den verfassungsrechtlichen Diskurs über das Recht der europäischen Integration geprägt.⁴ Begleitet und befeuert wurde die Diskussion von einer gleichermaßen dynamischen wie facettenreichen Entwicklung. Sie beginnt spätestens mit der Anerkennung der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze im Jahr 1969 durch ein Grundsatzurteil, das seinen Namenspatron berühmt macht, obwohl er doch um seine Anonymität streitet.⁵ Die Dynamik setzt sich fort mit der bundesverfassungsgerichtlichen Forderung nach einem geschriebenen Grundrechtskatalog im Jahr 1974,⁶ der immer stärkeren prätorischen Auffächerung grundrechtlicher Gewährleistungen durch den EuGH unter zunehmender Rückbeziehung auf die EMRK,⁷ der Ausarbeitung der Charta im Grundrechtekonvent 1999/2000⁸ und schließlich deren Rechtsverbindlichkeit 2009 im Zuge des Vertrages von Lissabon. Damit sind nur einige wenige Schlaglichter unionaler Grundrechtsgeschichte benannt. Im vergangenen Jahrzehnt kamen bahnbrechende und zuweilen kontrovers diskutierte Entscheidungen hinzu, sei es mit Blick auf die Reichweite der Unionsgrundrechte und ihr Verhältnis zu nationalen Grundrechten,⁹ sei es mit Blick auf die Formulierung und Durchsetzung konkreter Schutzstandards, wie z.B. den Schutz der Privatheit unter den Bedingungen der Digitalisierung,¹⁰ das Verbot

4 Vgl. früh bereits *Pierre Pescatore*, Les droits de l'homme et l'intégration européenne, CDE 1968, 629–673; *Manfred Zuleeg*, Fundamental Rights and the Law of the European Communities, CML Rev. 31 (1974), 446–461; *Michel Melchior*, La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire, CDE 1976, 469–476; *Meinhard Hilf*, Probleme des Grundrechtsschutzes in Europa, EuR 12 (1977), 192–199.

5 EuGH, Urteil v. 12.II.1969, Rs. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57 – *Stauder*.

6 BVerfGE 37, 271 – *Solange I*.

7 Zwei Wochen vor *Solange I* bereits grundlegend EuGH, Urteil v. 14.5.1974, Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51 – *Nold*.

8 2000/C 364/01.

9 Grundlegend EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3); Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 – *Melloni*; Urteil v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 – *Siragusa*; Urteil v. 10.7.2014, Rs. C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 – *Julian Hernández*.

10 Vgl. nur EuGH, Urteil v. 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12 u.a., ECLI:EU:C:2014:238 – *Digital Rights Ireland u.a. (Vorratsdatenspeicherung II)*; Urteil v. 13.5.2014, Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 – *Google Spain*; Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 – *Schrems*; Urteil v. 21.12.2016, verb. Rs. C-203/15 u.a., ECLI:EU:C:2016:970 – *Tele2 Sverige u.a. (Vorratsdatenspeicherung III)*; Urteil v. 16.7.2020, Rs. C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 – *Schrems II (Privacy Shield)*.

von Diskriminierungen in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen¹¹ oder die Reichweite der Religionsfreiheit.¹² Auch die rechtlichen Auseinandersetzungen um die Wirtschafts- und Finanzkrise,¹³ die fluchtbedingte Migration¹⁴ oder die Rechtsstaatlichkeitskrise¹⁵ wiesen jeweils eine bedeutende Grundrechtsdimension auf. Die großen Herausforderungen unserer Zeit haben so unmittelbar Eingang in die Grundrechtsjudikatur des EuGH gefunden. Zudem spielen Unionsgrundrechte eine immer größere Rolle als Prüfungsmaßstab nationaler Verfassungsgerichte. Auch das BVerfG hat in seiner bahnbrechenden Rechtsprechung zum *Recht auf Vergessen* die Charta als Prüfungsmaßstab anerkannt¹⁶ und reiht sich damit in eine gesamteuropäische Entwicklung ein.¹⁷

Gemessen an ihrer grundlegenden Bedeutung wirkt die primärrechtliche Anker norm des unionalen Grundrechtsschutzes, Art. 6 EUV, technisch nüchtern, ja geradezu spröde. Und doch laufen in ihr die wesentlichen Stränge unionalen Grundrechtsschutzes zusammen. Vor allem kommt in ihr die wesensprägende Eigenart des Systems europäischen Grundrechtsschutzes in Gestalt des pluralistischen Wechselspiels zwischen Einheit und Vielfalt zum Ausdruck.¹⁸ Europäischer Grundrechtsschutz speist sich

11 EuGH, Urteil v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 – *Egenberger*; Urteil v. 11.9.2018, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, Rn. 69 – *IR (Katholischer Chefarzt)*.

12 EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031 – *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.*

13 EuGH, Urteil v. 20.9.2016, verb. Rs. C-8/15 P u.a., ECLI:EU:C:2016:701 – *Ledra u.a.*

14 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 u.a., ECLI:EU:C:2011:865 – *N.S. u.a.*; Urteil v. 26.7.2017, Rs. C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586 – *Jafari u.a.*; Urteil v. 19.3.2019, Rs. C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218 – *Jawo*.

15 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality gegen LM*; Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichts)*; Urteil v. 19.11.2019, verb. Rs. C-585/18 u.a., ECLI:EU:C:2019:982 – *A.K. u.a. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts)*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen (Disziplinarordnung für Richter)*.

16 Grundlegend BVerfGE 152, 216 – *Recht auf Vergessen II*.

17 Zu dieser rechtsvergleichenden Perspektive *Mattias Wendel*, Europäischer Grundrechtsschutz und nationale Spielräume, EuR 57 (2022), 327–366 (334 ff.).

18 Dazu eingehend *Johannes Masing*, Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 70 (2015), 477–487; *Daniel Thym*, Vereinigt die Grundrechte!, JZ 70 (2015), 53–63; *Thorsten Kingreen*, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 68 (2013), 801–811; *Leonard Besselink*, The Parameters of Constitutional Conflict After Melloni, E.L.Rev. 39 (2014), 531 ff.; *Thomas Kleinlein*, Grundrechtsföderalismus, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 246 ff.,

aus verschiedenen Grundrechtsordnungen, die einander in nicht unerheblichem Umfang überlappen und föderativ koordiniert und aufeinander bezogen werden müssen. Das daraus erwachsene Schutzsystem ist durch eine besondere Auffächerung der Grundrechtsbeziehungen und eine Diversität in der Anwendung und Durchsetzung der Grundrechte gekennzeichnet. Das zwischen Einheit und Vielfalt oszillierende und damit das Motto der Union – „in Vielfalt geeint“ – unmittelbar verkörpernde System bietet einerseits wechselseitige Stabilisierung, birgt andererseits aber auch Konflikt- und Reibungspotenzial. So entzündeten sich ebenenübergreifende Jurisdiktionskonflikte¹⁹ zwischen Union und Mitgliedstaaten in der Vergangenheit gerade im Feld des Grundrechtsschutzes.²⁰

Dem Ansatz dieses Buches folgend, die Grundzüge europäischen Verfassungsrechts ausgehend von den Kernvorschriften des EUV zu entfalten, nimmt der vorliegende Beitrag Art. 6 EUV zum Ausgangspunkt einer Exposition des Systems europäischen Grundrechtsschutzes und seiner pluralistischen Struktur. In einem ersten Schritt werden die rechtlichen Grundlagen des Grundrechtsschutzes in der Union konturiert, zum einen als Konkretisierung des in Art. 2 EUV niedergelegten Wertefundaments, zum anderen als systematische Entfaltung des Art. 6 EUV durch einzelne grundrechtsspezifische Normenkomplexe in Gestalt der Charta der Grundrechte, der EMRK, der allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie, nicht zu vernachlässigen, des grundrechtskonkretisierenden Sekundärrechts (dazu II.). In einem zweiten Schritt erfolgt eine theoretische Verortung des europäischen Grundrechtsschutzes im europäischen Verfassungspluralismus (dazu III.). Darauf aufbauend wird das System des europäischen Grundrechtsschutzes als pluralistisches Schutzsystem rechtsdogmatisch erschlossen. Dabei kann es selbstredend nicht um eine Einzeldarstellung der verschiedenen Schutzgehalte und der hierzu ergangenen Rechtsprechung gehen. Vielmehr fokussiert der Beitrag auf die strukturellen Grundpfeiler und Besonderheiten,

277 f., 335 ff. und 434 ff.; *Andrea Edenharter*, Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 837 ff.; *Šejla Imanović*, The Architecture of Fundamental Rights in the European Union, Oxford: Hart 2022, 45 ff.; *Claus D. Classen*, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, EuR 52 (2017), 347–366; Nele Matz-Lück/Mathias Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem: Konkurrenzen und Interferenzen, Berlin: Springer 2011.

19 Eingehend zur Problematik *Heiko Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, Berlin: Springer 2008.

20 Klassisch ital. *Corte costituzionale*, Urteil v. 18.12.1973, Nr. 183/1973, *Frontini*, deutsche Übersetzung in EuR 9 (1974), 255 ff., sowie BVerfGE 37, 271 – *Solange I*.

kurzum das System des Grundrechtsschutzes in der Union. Das stets dynamische Wechselspiel zwischen Einheit und Vielfalt wird dabei in Bezug auf das Zusammenwirken der verschiedenen Grundrechtsebenen, der Auslegung und Anwendung sowie der Durchsetzung der Unionsgrundrechte erschlossen (dazu IV.). Ein Ausblick stellt den europäischen Grundrechtsschutz in den Kontext der Herausforderungen des 21. Jahrhunderts (dazu V.).

II. Normative Grundlagen und systematische Zusammenhänge

1. Unionsgrundrechte als Konkretisierung europäischer Grundwerte

Das System des europäischen Grundrechtsschutzes konkretisiert das in Art. 2 EUV sowie in der Präambel der Charta gelegte Wertefundament der Union. Der EuGH bezeichnet dieses Fundament mittlerweile als „Identität“ bzw. „Gepräge“ der Unionsrechtsordnung.²¹ Auch wenn die Operationalisierung der in Art. 2 S. 1 EUV niedergelegten Werte erst seit Kurzem in den Fokus der Rechtsprechung gerückt ist²² und insbesondere die Rechtsnatur der in Art. 2 S. 2 EUV aufgeführten Grundsätze nach wie vor judikativ

21 EuGH, Urteile v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rn. 232 f. – *Ungarn/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)*, sowie Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 264 f. – *Polen/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)*. Während nahezu alle anderen Sprachfassungen den Begriff der „Identität“ verwenden, setzt sich die deutsche mit dem Begriff „Gepräge“ terminologisch gleichermaßen unnötig wie verunglückt, weil auf den Identitätsbegriff als (umstrittenen) Schlüsselbegriff europäischen Verfassungsrechts verzichtend, ab.

22 Grundlegend EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)* (Fn. 21), Rn. 232 u. 124–127, sowie *Polen/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)* (Fn. 21), Rn. 264 u. 142–145. Danach sind die Werte des Art. 2 S. 1 EUV keine bloßen rechtspolitischen Leitlinien, sondern machen den normativen Kern des Unionsrechts aus, wobei sie wiederum konkretisiert werden müssen.

ungeklärt²³ und wissenschaftlich umstritten²⁴ bleibt, ist jedenfalls festzuhalten, dass alle der in Art. 2 EUV aufgeführten Prinzipien zu ihrer Verwirklichung des effektiven Schutzes eines oder mehrerer (werte-)konkretisierender Grundrechte bedürfen. Zudem ist ein funktionierendes System europäischen Grundrechtsschutzes in seiner Gesamtheit eine Grundbedingung zur Wahrung der Werte der Union insgesamt. Ein effektiver Schutz der Unionsgrundrechte dient so unmittelbar einem der zentralen Ziele der Union in Gestalt der Förderung ihrer Werte (Art. 3 Abs. 1 EUV) und ist zugleich Ausdruck der Verwirklichung einer „immer engeren Union der Völker Europas“ (Art. 1 Abs. 2 EUV).

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das Unionsrecht keinen zweiten Normenkomplex enthält, der das Wertetableau der Union in so umfassender Breite konkretisiert wie die Unionsgrundrechte. Diese Konkretisierung erfolgt zudem in rechtlich präziser Zuordnung. Die einzelnen Titel der Charta spiegeln die durch sie konkretisierten Werte bzw. Prinzipien aus Art. 2 EUV bereits unmittelbar begrifflich wider: Titel I die Achtung der Menschenwürde in Gestalt elementarer Kerngarantien wie z.B. dem Folterverbot („Würde des Menschen“), Titel II die Freiheit in

23 Die Rechtsprechung zu Art. 2 S. 2 EUV steckt noch in den Anfängen. Geklärt ist, dass mindestens einige der darin aufgezählten Grundsätze zugleich rechtsverbindliche Grundprinzipien des Unionsrechts darstellen bzw. spiegeln. So ist nach dem EuGH jedenfalls der „in Art. 2 EUV genannte Grundsatz der Solidarität“ einer der „tragenden Grundsätze des Unionsrechts“, vgl. EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)* (Fn. 21), Rn. 129, sowie vorausgehend unter Bezug auf Konkretisierungen im AEUV Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-848/19 P, EU:C:2021:598, Rn. 38 ff. – *Deutschland/Polen (Energiesolidarität)*. Überdies wird der Grundsatz der Solidarität in der Präambel der GRCh ausdrücklich als Wert aufgeführt. Nichtdiskriminierung und Gleichheit von Frauen und Männern ordnet der EuGH entgegen dem Wortlaut des Art. 2 EUV sogar begrifflich den „Werten“ zu, vgl. *Ungarn/Parlament und Rat (Konditionalitätsmechanismus)* (Fn. 21), Rn. 157 f. Inwieweit der EuGH auch andere Grundsätze des Art. 2 S. 2 EUV als rechtsverbindliche Grundprinzipien konkretisieren wird, etwa Pluralismus und Toleranz, bleibt abzuwarten.

24 Für eine Einordnung der in Art. 2 S. 2 EUV aufgezählten Maßstäbe als rechtliche Grundprinzipien, die der Auslegung der Werte des Art. 2 S. 1 EUV dienen und integraler Bestandteil des europäischen Verfassungskerns sind *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2022, 157 f. Anders *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, 78. EL, München: C.H. Beck 2023, Art. 2 EUV, Rn. 43, der in Art. 2 S. 2 EUV lediglich „wertende Merkmale“ deskriptiver Natur niedergelegt sieht. Ähnlich *Christian Calliess*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 2 EUV, Rn. 31 („beschreibende Formulierungen“), der aber jenseits von Art. 2 S. 2 EUV jedenfalls den Grundsatz der Solidarität zutreffend als „rechtlich relevantes Prinzip“ einordnet (ebd. Rn. 30).

Gestalt der Freiheitsrechte („Freiheiten“), Titel III die Gleichheit in Gestalt der Gleichheitsrechte und damit zugleich der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichheit von Frauen und Männern („Gleichheit“), Titel IV die Solidarität in Gestalt der sozialen Grundrechte („Solidarität“), Titel V insbesondere Freiheit und Demokratie in Gestalt der Bürgerrechte („Bürgerrechte“) und schließlich Titel VI die Rechtsstaatlichkeit in konkreter Gestalt der Justizgrundrechte („Justizielle Rechte“). Zwischen all diesen Grundrechten gibt es wiederum verstärkende Quer- und Rückbezüge, etwa die rechtsstaatsbasierte Gewährung effektiven Rechtsschutzes als verfahrensrechtliche Verwirklichungsbedingung des substanziellen Schutzes von Freiheit und Gleichheit.

2. Rechtsnormative Grundlagen europäischen Grundrechtsschutzes

a) Art. 6 Abs. 1 EUV: Die Charta als unionsgrundrechtlicher Kerntext

Art. 6 EUV ist die Ankernorm des Grundrechtsschutzes in den europäischen Verträgen. Sie bildet die verschiedenen Dimensionen des in seinem Ursprung plural angelegten europäischen Grundrechtsschutzes unmittelbar ab. Der unionale Grundrechtsschutz fußt derzeit auf zwei Säulen: der Charta und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Beide nehmen wiederum in bedeutendem Umfang normativen Rückbezug auf die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Nach einem Beitritt der EU zur EMRK würde die EMRK als eigenständige dritte Säule unionalen Grundrechtsschutzes hinzutreten.

Art. 6 Abs. 1 EUV verleiht der Charta als dem heute in jeglicher Hinsicht zentralen EU-Grundrechtetext Rechtsverbindlichkeit und rechtliche Gleichrangigkeit mit den Verträgen. Über Art. 6 Abs. 1 EUV wird die Charta so zu einem normativen Herzstück europäischen Verfassungsrechts. Die Charta ging aus dem ersten europäischen Konvent seiner Art hervor. Der sog. „Grundrechte-Konvent“ erarbeitete im Zeitraum von Dezember 1999 bis Oktober 2000 unter dem Vorsitz des ehemaligen Bundespräsidenten und BVerfG-Präsidenten Roman Herzog den noch heute weitgehend unveränderten Stammtext der Charta.²⁵ Am 7. Dezember 2000 wurde dieser

²⁵ Einzelheiten zu Mandat, Zusammensetzung und Arbeitsergebnissen abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/charter/default_de.htm (zuletzt abgerufen am 2.12.2022). Die Entstehungsgeschichte der Charta wird eingehend im von Jürgen Meyer (selbst Mitglied des Grundrechte-Konvents) und Sven Hölscheidt herausgege-

von den Präsident:innen des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission in Nizza unterzeichnet und feierlich proklamiert.²⁶ Im Zuge der geplanten Integration der Charta in den Verfassungsvertrag wurde der Textkorpus im Jahr 2004 nochmals an einigen Stellen angepasst und weiterentwickelt. Insbesondere die zentrale Norm über die Tragweite und Auslegung der in der Charta niedergelegten Garantien – heute Art. 52 GRCh²⁷ – wurde um mehrere Absätze erweitert.²⁸ Nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages im Jahr 2005 erhielt die Charta ihre heute gültige Fassung im Zuge der Verhandlungen um den Vertrag von Lissabon. Diese Letztfassung wurde am 12. Dezember 2007 in Straßburg nochmals neu proklamiert²⁹ und erlangte mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 über Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV Rechtsverbindlichkeit.

Die Geschichte der Charta ist in vielerlei Hinsicht eine Erfolgsgeschichte rechtlicher Positivierungsleistung. Diese Leistung geht weit darüber hinaus, bereits vorhandene Grundrechte lediglich „sichtbarer“ gemacht zu haben, wie es die Präambel als Ziel vorgibt. Durch die Positivierung der Unionsgrundrechte gewannen deren Inhalte und Anwendungsmodalitäten vielmehr weit über das bestehende Niveau hinaus an Kontur und Struktur, konnten Einzelfragen und Rechtsprobleme präziser artikuliert und textlich rückgebunden werden und bildete sich ein zunehmend ausdifferenzierter Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung heraus. Das gilt keineswegs nur für die Rechtsprechung des EuGH, sondern auch für die rechtsalltägliche Anwendung der Charta durch die nationalen Gerichte in tausenden von Einzelfällen.³⁰ Freilich waren bereits vorher zahlreiche „Grundrechtsgehalte“ durch die Verträge garantiert worden,³¹ was Art. 52 Abs. 2 GRCh auch heute noch widerspiegelt. Die Ausdifferenzierung der EU-Grundrechtsjudikatur hat in ihrer Verarbeitung der Charta aber mittlerweile eine Breite und

benen Kommentar dargestellt, vgl. Jürgen Meyer/Sven Hölscheidt (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2019.

26 2000/C 364/01.

27 Art. II-112 VVE.

28 Hinzu kamen gegenüber der Ursprungsfassung Absätze 4–7.

29 2007/C 303/01.

30 Zur Bedeutung der Charta in der Rechtsprechung nationaler Gerichte rechtsvergleichend Michal Bobek/Jeremias Adams-Prassl (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford: Hart 2020.

31 Grundlegend *Ingolf Pernice*, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden: Nomos 1979, 65 ff.

Tiefe erreicht, die weit über die vormals rein prätorische Grundrechtsentfaltung hinausreicht.

b) Art. 6 Abs. 2 EUV: EMRK und EMRK-Beitritt

aa) Normative Relevanz der EMRK für den EU-Grundrechtsschutz

Die von Art. 6 Abs. 2 EUV angesprochene Schutzdimension verharret dagegen noch im Programmatischen. Die Norm erteilt der Union den verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag, der EMRK beizutreten. Diesen Auftrag hat die Union bislang nicht erfüllt. Anders als ihre Mitgliedstaaten ist die Union noch nicht selbst Vertragspartei der EMRK. In Ermangelung eines Beitritts ist die EMRK für die Union folglich auch noch nicht unmittelbar rechtsverbindlich.³²

Gleichwohl kommt der EMRK als Zentraltext paneuropäischer Mindeststandards schon heute eine herausragende Rolle für den unionalen Grundrechtsschutz zu. Die Unionsgrundrechte sind materiell vielfach für die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR permeabel. Diese Permeabilität,³³ die höheren Schutzstandards des Unionsrechts nicht entgegenstehen darf,³⁴ erfolgt zum einen über die in Art. 52 Abs. 3 GRCh ausdrücklich angeordnete EMRK-konforme Auslegung derjenigen Charta-Rechte, die ihre Entsprechung in EMRK-Garantien finden. Das schließt eine dynamische Orientierung an der Rechtsprechung des EGMR ein,³⁵ auch wenn vereinzelt Differenzen verbleiben können.³⁶ Zum anderen öffnet sich das

32 Für die Bindungswirkung im Falle eines in Kraft getretenen Beitrittsabkommens s. Art. 216 Abs. 2 AEUV.

33 Zum Konzept *Mattias Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 7 ff., sowie in diesem Rahmen speziell zur Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze 531 ff.

34 Vgl. ausdrücklich Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh.

35 Art. 52 Abs. 3 GRCh kodifiziert damit eine Praxis, die bereits vor Erarbeitung der GRCh existierte, vgl. EuGH, Urteil v. 22.10.2002, Rs. C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 – *Roquette Frères*, im Abgleich zum früheren Urteil v. 21.9.1989, verb. Rs. 46/87 und 227/88, ECLI:EU:C:1989:337 – *Hoechst*.

36 Das kann in gewissem Umfang selbst für elementare Kerngarantien wie die wortgleichen Art. 3 EMRK und Art. 4 GRCh gelten, vgl. hierzu die Voraussetzungen für innereuropäische Überstellungsverbote als Grenze gegenseitigen Vertrauens nach EGMR (Große Kammer), *Tarakhel v. Schweiz*, Urteil v. 4.11.2014, No. 29217/12, Rn. 103–105, im Abgleich zu EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14); Urteil v. 5.4.2016, verb. Rs. C-404/15 u.a., ECLI:EU:C:2016:198 – *Aranyosi und Căldăraru*; *Jawo* (Fn. 14).

Unionsrecht für die EMRK mittels der Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Die EMRK ist *der* zentrale Referenztext für die Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf EU-Ebene.³⁷ Die in der unionalen Grundrechtspraxis herausragende Bedeutung der EMRK wird mit der in der deutschsprachigen Literatur geläufigen Einordnung als bloßer „Rechtserkenntnisquelle“³⁸ allerdings nur bedingt abgebildet.³⁹

bb) Gescheiterter EMRK-Beitritt: Grundrechtsautonomie vs. externe Kontrolle

Dass die Union den ihr auferlegten Verfassungsauftrag eines EMRK-Beitritts bis heute nicht erfüllt hat, heißt keineswegs, dass keine Anstrengungen in diese Richtung unternommen worden wären. Nachdem die EMRK textlich für einen Beitritt der Union geöffnet⁴⁰ und mit dem Vertrag von Lissabon die vom EuGH geforderte⁴¹ primärrechtliche Ermächtigungsgrundlage für einen Beitritt geschaffen⁴² sowie die verfahrens- und materiellrechtlichen Rahmenbedingungen eines Beitritts fixiert worden waren,⁴³ begannen mehrjährige und intensive Beitrittsverhandlungen.⁴⁴ An deren Ende stand eine in vielerlei Hinsicht bemerkenswerte Pionierleistung

Zum Problem zusammenfassend *Mattias Wendel*, Die Pflicht zur Berücksichtigung der Lebensumstände von anerkannt Schutzberechtigten im EU-Ausland, JZ 74 (2019), 983–989 (986 f.) m.w.N.

37 Vgl. früh EuGH, *Nold* (Fn. 7).

38 Vgl. *Hans-Werner Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München: C.H. Beck 1993, 184; *Dirk Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin: De Gruyter 2014, § 14 Allgemeine Lehren, Rn. 6.

39 Auch ist der Begriff der Rechtserkenntnisquelle, soweit er eine kategoriale Unterscheidung zur Rechtsquelle impliziert, rechtstheoretisch fragwürdig.

40 Vgl. den mit dem 14. Zusatzprotokoll eingeführten Art. 59 Abs. 2 EMRK, wonach die EU der EMRK beitreten kann.

41 EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140 – *EMRK-Beitritt I*.

42 Art. 6 Abs. 2 EUV.

43 Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a) ii) sowie Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 S. 2 AEUV sowie das Protokoll Nr. 8.

44 Der Verf. durfte einen kleinen Ausschnitt dieser Verhandlungen im Jahr 2011 selbst miterleben. Einen guten Überblick über Art und Ablauf der Verhandlungen bietet *Walter Obwexer*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 47 (2012), 115–148 (123 f.).

in Gestalt des ausverhandelten Entwurfs eines Beitrittsabkommens vom 10. Juni 2013.⁴⁵

Die überaus komplexe, zumal historisch präzedenzlose Herausforderung, eine supranationale Organisation in ein regionales Menschenrechtssystem zu integrieren, kulminiert im Falle der EU letztlich in der Frage, wie die Union einer externen Menschenrechtskontrolle unterworfen werden kann, ohne dabei die Autonomie des Unionsrechts und die interne Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten zu kompromittieren. Dieses Spannungsfeld scheint bereits in Art. 6 Abs. 2 EUV auf⁴⁶ und kommt noch deutlicher in Protokoll Nr. 8 über den EU-Beitritt zum Ausdruck. Es dominiert auch die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem EMRK-Beitritt.⁴⁷ Der Abkommensentwurf schien den Zielkonflikt auf innovative Weise prozessrechtlich auszutarieren. Kernstück war ein neu ersonnener Mitbeschwerdemechanismus.⁴⁸ Dieser hätte die politische Verantwortungsteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten und ihre Spiegelung in geteilter Grundrechtsverantwortlichkeit⁴⁹ dadurch abgebildet, dass er es Union und Mitgliedstaaten jeweils erlaubt hätte, in Beschwerdeverfahren vor dem EGMR als zusätzliche Beschwerdegegner aufzutreten. Auf diese Weise hätte der aus Sicht der EU jeweils rechtsnormativ Verantwortliche in das Verfahren vor dem EGMR einbezogen werden können, d.h. entweder die *sekundärrechtsetzende Union* im Falle von Beschwerden, die gegen Mitgliedstaaten gerichtet sind, aber zugleich die Frage nach der Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit der EMRK aufwerfen,⁵⁰ oder aber die *Mitgliedstaaten* im Falle von Beschwerden, die gegen die EU gerichtet sind, aber zugleich die Frage der EMRK-Konformität von Primärrecht aufwerfen, an dessen Setzung wiederum die Mitgliedstaaten gemäß Art. 48 EUV maßgeb-

45 Enthalten im Abschlussbericht des Lenkungsausschusses Menschenrechte des Euro-
parates v. 10. Juni 2013, Doc. 47+1(2013)008rev2.

46 Keine kompetenzmodifizierende Wirkung des Beitritts.

47 Vgl. *Jean-Paul Jacqué*, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CML Rev. 48 (2011), 995 ff.; *Tobias Lock*, Walking on a Tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order, CML Rev. 48 (2011), 1025–1054; *Julie Vondung*, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

48 Art. 3 des Entwurfs (Fn. 45).

49 Dazu eingehend IV.1.

50 Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs (Fn. 45). Typischerweise weil die Mitgliedstaaten (zwingendes) Sekundärrecht vollziehen.

lichen Anteil haben.⁵¹ Die jeweilige Einbeziehung als Mitbeschwerdegegner wäre aufseiten der EU und ihrer Mitgliedstaaten freiwillig und EMRK-seitig einer Plausibilitätskontrolle durch den EGMR unterworfen gewesen.⁵² Zudem sah der Entwurf die Möglichkeit einer gemeinsamen Verantwortlichkeit von Union und Mitgliedstaaten vor.⁵³ Verfahrensrechtlich flankiert werden sollte der Mitbeschwerdemechanismus durch ein neuartiges „Vorabbeurteilungsverfahren“.⁵⁴ Dieses hätte den EuGH als Entscheidungsinstanz vor Ergehen eines Urteils des EGMR in Fällen mit Unionsrechtsbezug eingebunden, soweit Luxemburg im konkreten Fall noch nicht über die Vereinbarkeit des verfahrensgegenständlichen Unionsrechtsakts mit den einschlägigen Grundrechten hatte entscheiden können, insbesondere in Ermangelung von Vorlagen mitgliedstaatlicher Gerichte.⁵⁵ So gesehen hätte der Weg nach Straßburg also zunächst über Luxemburg führen und die EU-interne Pathologie unterlassener Vorabentscheidungsersuchen in gewissem Umfang sogar ausgleichen können.

Der Abkommensentwurf ist bis heute ein Schulbeispiel für die Herausforderungen, aber auch die Möglichkeiten der verfahrensrechtlichen Verarbeitung gestufter Grundrechtsverantwortung im Mehrebenensystem. Bedauerlicherweise sah der EuGH in dem Entwurf sowohl eine Gefahr für die Autonomie des Unionsrechts als auch für seine eigenen judikativen Kompetenzen und stellte in seinem Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014 die Unvereinbarkeit des ausverhandelten Abkommens mit dem Primärrecht fest.⁵⁶ Das Maß und Mitte verfehlende Gutachten wurde völlig zu Recht kritisch aufgenommen⁵⁷ und hat den EMRK-Beitritt der Union bis dato blockiert. Die an zahlreichen Stellen des Gutachtens zum Ausdruck kommenden rechtlichen Vorbehalte gegenüber Existenz und Modalitäten einer externen Menschenrechtskontrolle (und dies selbst dort, wo die

51 Art. 3 Abs. 3 des Entwurfs (Fn. 45).

52 Art. 3 Abs. 5 des Entwurfs (Fn. 45).

53 Art. 3 Abs. 7 des Entwurfs (Fn. 45).

54 Art. 3 Abs. 6 des Entwurfs (Fn. 45).

55 Und ggf. unter Verstoß gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV.

56 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 – *EMRK-Beitritt II*.

57 Vgl. *Fabrice Picod*, La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, *La Semaine Juridique* 2015, 230–234; *Eleanor Spaventa*, A Very Fearful Court?, *MJ* 22 (2015), 35–56 (35); *Thomas Ackermann u.a.*, Editorial comments: The EU's Accession to ECHR – a ‚NO‘ from ECJ!, *CML Rev.* 52 (2015), 1–15; *Bruno de Witte/Šejla Imamović*, Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court, *E.L.Rev.* 40 (2015), 683–705.

Kontrollkompetenzen des EuGH ihrerseits primärrechtlich begrenzt sind), trugen dem EuGH einen funktionell äquivalenten Vorwurf ein wie der mitunter in ihren Maßstäben überreizten EU-Judikatur nationaler Verfassungsgerichte.⁵⁸ Die Verhandlungen zwischen EU und Europarat sind im Jahr 2019 wieder angelaufen, blieben aber zunächst durch den ungleich weniger günstigen historischen Kontext überschattet als die Verhandlungen der Jahre 2010 bis 2013. Der Ausschluss der Russischen Föderation aus dem Europarat im Jahr 2022 öffnete aber wieder Optionenräume. So konnte innerhalb der *Ad Hoc Negotiation Group* („46+1“) am 20. März 2023 im Grundsatz Einigkeit über die Neuauflage eines Beitrittsabkommens erzielt werden.⁵⁹ Die bislang konsentrierte Novelle des Beitrittsabkommens greift zahlreiche Innovationen des gescheiterten Abkommens auf, insbesondere den Mitbeschwerdemechanismus und das Vorabfassungsverfahren. Sie modifiziert diese aber in wesentlichen Details⁶⁰ und ergänzt sie um weitere Bestimmungen, etwa um die Vorgabe, dass der unionsrechtliche Grundsatz gegenseitigen Vertrauens durch den Beitritt nicht berührt werden solle.⁶¹ Es bleibt im Interesse einer wirksamen externen Menschenrechtskontrolle der EU zu hoffen, dass dem EMRK-Beitritt diesmal Erfolg beschieden sein wird.

c) Art. 6 Abs. 3 EUV: Allgemeine Rechtsgrundsätze

Art. 6 Abs. 3 EUV erhält die vor Inkrafttreten der Charta tragende Säule des unionalen Grundrechtsschutzes in Gestalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze weiterhin aufrecht. Die Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze unter Rückbezug auf die EMRK und in wertender Rechtsvergleichung der mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen stellt die älteste normative Grundlage der Unionsgrundrechte dar, hat aber mit der Rechtsverbindlichkeit der Charta an rechtspraktischer Bedeutung verloren. Freilich erlaubt sie eine weiterhin dynamische Rückbindung an EMRK und – potenziell

58 Im Einzelnen *Mattias Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß, NJW 2015, 921–926 (923 ff.).

59 Europarat, Doc-Nr. 46+1(2023)35FINAL, <https://rm.coe.int/report-to-the-cddh/1680aa9816> (zuletzt abgerufen am 8.12.2023).

60 So wäre der EGMR nach Art. 3 Abs. 5 des *Draft Agreements* (Fn. 59) gehalten, einen Mitbeschwerdegegner zuzulassen, wenn die EU das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen hierfür durch eine mit Gründen versehene Stellungnahme darlegt.

61 Art. 6 des *Draft Agreements* (Fn. 59).

bedeutender – an die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen überall dort, wo die Charta keine entsprechenden Garantien enthält. Angesichts der textlichen Ausdifferenzierung der Charta und der in ihr bereits erfolgten Verarbeitung unterschiedlicher europäischer Grundrechtstraditionen, einschließlich der Anerkennung sozialer Grundrechte, dürfte das Anwendungspotenzial gleichwohl begrenzt bleiben. Als Anwendungsfall diskutiert wird etwa die in der Charta nicht vorgesehene allgemeine Handlungsfreiheit.⁶²

d) Grundrechtskonkretisierendes Gesetzesrecht

Eine in Art. 6 EUV nicht unmittelbar zum Ausdruck kommende, aber für die Grundrechtspraxis in der EU überaus relevante normative Grundlage ist das grundrechtskonkretisierende Gesetzesrecht. Mit Blick auf das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht ist zunächst allgemein festzuhalten, dass das moderne Unionsrecht keineswegs „überkonstitutionalisiert“,⁶³ sondern in zentralen Bereichen durch legislative – und das heißt in aller Regel: mehrheitlich abänderbare – Entscheidungen des Unionsgesetzgebers geprägt ist.⁶⁴ Die tatsächliche Rechtsentwicklung läuft in wichtigen Feldern gerade in die umgekehrte Richtung wie von der Überkonstitutionalisierungsthese unterstellt. Ein besonders eindrückliches, hier nicht weiter zu vertiefendes Beispiel ist die Rechtsprechung zum gleichheitsbasierten Zugang zu Sozialleistungen. Wurde der Gerichtshof in den Anfangsjahren noch zuweilen heftig für die prätorische Entfaltung des Art. 18 i.V.m. Art. 21 AEUV jenseits des Sekundärrechts kritisiert,⁶⁵ sieht sich die zweite Phase seiner Rechtsprechung aufgrund ihrer stärkeren Akzentuierung der legislativ gezogenen Schranken, namentlich der strikteren Unterscheidung zwi-

62 Vgl. Ehlers (Fn. 38), Rn. 11 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil v. 21.5.1987, verb. Rs. 133–136/85, ECLI:EU:C:1987:244, Rn. 19 – *Rau/BALM*, in dem der EuGH die allgemeine Handlungsfreiheit jedenfalls implizit als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt hat.

63 So aber Dieter Grimm, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), 325–338 (328 ff.); ders., The Democratic Costs of Constitutionalization: The European Case, *ELJ* 21 (2015), 460–473 (467 ff.).

64 Näher Mattias Wendel, Auf dem Weg zum Präjudizienrecht? Zur Maßstabsetzung durch den Europäischen Gerichtshof, *JöR* 68 (2020), 113–146 (120 ff.).

65 Besonders dezidiert Kay Hailbronner, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, *NJW* 2004, 2185–2189.

schen Erwerbs- und Nichterwerbstätigen,⁶⁶ Kritik unter umgekehrten Vorzeichen ausgesetzt. Danach schöpfe der EuGH das unionsverfassungsrechtliche Potenzial der Unionsbürgerschaft nicht (mehr) hinreichend aus.⁶⁷ Was einerseits als Abnahme primärrechtlicher Determinierung kritisiert werden kann, spiegelt andererseits gerade eine Zunahme an legislativer Steuerung.

Speziell im Grundrechtsbereich muss eine solche legislative Steuerung freilich an Grenzen stoßen. Schon aufgrund des Prinzipiencharakters von Grundrechten, v.a. aber aufgrund der ureigenen Funktion von Grundrechten als Begrenzung öffentlicher Gewalt, die Legislative eingeschlossen,⁶⁸ ist die Grundrechtsjudikatur des EuGH durch ein erhöhtes Maß an judikativer Maßstabskonkretisierung gekennzeichnet, wie etwa die Rechtsprechung zu Art. 7 und Art. 8 GRCh zeigt.⁶⁹ Hier legt der Gerichtshof zuweilen auch gegenüber dem Unionsgesetzgeber ein hohes Maß an Kontrolldichte zugrunde und betont dann dessen eingeschränkten Gestaltungsspielraum.⁷⁰ Gleichwohl spielt die „Grundrechtsentfaltung im Gesetz“⁷¹ bzw. die Grundrechtskonkretisierung durch den Unionsgesetzgeber eine bedeutende Rolle im Unionsrecht. Das betrifft keineswegs nur diejenigen Grundrechte „aus der Hand des Gesetzgebers“,⁷² also Grundrechte, die aufgrund ihrer Zwecksetzung, Normstruktur oder Wechselwirkung mit einfachgesetzlichen Rechtsinstituten ohnehin einer spezifischen Ausformung durch den Unionsgesetzgeber bedürfen. Auch operative Kernfelder europäischen

66 Insbesondere EuGH, Urteil v. 11.11.2014, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – *Dano*; Urteil v. 15.9.2015, Rs. C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – *Alimanovic*; Urteil v. 25.2.2016, Rs. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – *García-Nieto u.a.*; Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794 – *Jobcenter Krefeld*.

67 Vgl. die Kritik von *Niamh N. Shuibne*, Limits Rising, Duties Ascending: The Changing Legal Shape of Union Citizenship, CML Rev. 52 (2015), 889–937 (926 ff.); *Thorssten Kingreen*, In Love With the Single Market?, NVwZ 2015, 1503–1506 (1504 ff.); *Anuscheh Farahat*, Solidarität und Inklusion: Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, DÖV 2016, 45–55.

68 *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, 71 ff. und 509.

69 Vgl. die in Fn. 10 aufgeführte Rechtsprechung.

70 Explizit EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10), Rn. 47 f. Gleichwohl bleibt die Kontrolldichte gegenüber dem Unionsgesetzgeber regelmäßig vergleichsweise niedrig.

71 Begriff nach *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen: Mohr Siebeck 1999.

72 Eingehend *Fabian Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, Tübingen: Mohr Siebeck 2018.

Grundrechtsschutzes, wie etwa die besonderen Diskriminierungsverbote (Art. 21 GRCh), werden in rechtspraktisch bedeutsamer Weise legislativ konkretisiert.⁷³

III. Theoretischer Rahmen

1. Grundlagen

a) Verfassungsppluralismus

Die hier vorgenommene Vorstellung des Systems europäischen Grundrechtsschutzes fußt rechtstheoretisch auf einer verfassungsppluralistischen Hypothese, die bereits andernorts im Einzelnen dargelegt wurde⁷⁴ und im Folgenden nur knapp rekapituliert und in den aktuellen Kontext europäischer Verfassungsentwicklung (und -diskussion) gestellt wird. Im Kern geht diese Hypothese davon aus, dass nationales und unionales Verfassungsrecht auf jeweils autonomen Geltungsgründen beruhen, die in einem nicht-hierarchischen Verhältnis zueinander stehen.⁷⁵ Normenkollisionen zwischen nationalem und unionalem Recht können deshalb nur in Form von Rechtsanwendungs-, nicht aber Geltungskonflikten entstehen.⁷⁶ Obgleich Rechtsanwendungskonflikte im Rechtsalltag nahezu immer durch die unionsrechtlich verbindliche, aber eben *unionsrechtliche*, Kollisionsnorm des Anwendungsvorrangs aufgelöst werden, bleibt die Frage nach einer ultimativen Autorität bzw. einem Letztentscheidungsrecht im Ausnahmefall mitgliedstaatlicher Nichtbefolgung notwendigerweise offen.⁷⁷ Auf dieser Grundlage erscheinen die Ansätze von EuGH und BVerfG zwar jeweils in sich logisch, folgerichtig und konsistent, bleiben hinsichtlich

73 Vgl. insbesondere die RL 2000/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

74 Wendel, Permeabilität (Fn. 33), 14 ff., 40 ff. m.w.N.

75 Neil Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, MLR 65 (2002), 317–359 (337), sowie Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 268 ff. Grundlegend für die Idee des Verfassungsppluralismus, aber mit teilweise anderen Folgerungen, zuvor Neil MacCormick, Beyond the Sovereign State, MLR 56 (1993), 1–18.

76 Vgl. Nicholas W. Barber, Legal Pluralism and the European Union, ELJ 12 (2006), 306–329 (308 ff.); Stefan Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Tübingen: Mohr Siebeck 1999, 24 f.

77 Walker (Fn. 75), 337 ff.

der verfassungsrechtlichen Grundlegung des Unionsrechts aber prinzipiell miteinander unvereinbar. In Ausnahmefällen führt dies zu Konflikten, die mittels des *Rechts* nicht mehr bewältigbar sind. Ihre Lösung erfordert dann, wie der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH um die Befugnisse der Europäischen Zentralbank und ihre gerichtliche Kontrolle eindrücklich gezeigt hat, einen Forumswechsel in die Politik.⁷⁸

Ausgehend von dieser Grundprämisse lassen sich verschiedene Varianten und Nuancierungen des *Constitutional Pluralism* unterscheiden.⁷⁹ Kritisiert wurde dieser freilich nicht nur für seine rechtstheoretischen Grundannahmen,⁸⁰ sondern auch für seine als ambivalent bis diffus wahrgenommenen Ergebnisse und insbesondere dafür, dass er eine Schwebelage konkurrierender Letztentscheidungsansprüche toleriere, auf Dialog setze und sogar von autokratischen Regimen missbraucht werden könne.⁸¹ Der Verweis auf Missbrauchspotenzial und angeblich mangelnde Praktikabilität, wie insbesondere das Fehlen einer „ultimativen Antwort“ auf Jurisdiktionskonflikte,⁸² vermag es freilich nicht, eine Theorie in ihren epistemologischen Grundlagen in Frage zu stellen. Auch ist kein Begriff vor Usurpation und Beifall von der falschen Seite gefeit. Das gilt für den Begriff des Pluralis-

78 Näher *Mattias Wendel*, Constructive Misunderstandings: How the PSPP Conflict Was Eventually Settled and How it Reflects Constitutional Pluralism, in: Matej Avbelj (Hrsg.), *The Future of EU Constitutionalism*, Oxford: Hart 2023, 53–69.

79 Eingehend zur Pluralität der Pluralismustheorie(n) *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: OUP 2010, 71 ff.; *Klemen Jaklic*, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford: OUP 2014, 11 ff. Vgl. zu den verschiedenen Strömungen und Ansätzen auch die Beiträge in Matej Avbelj/Jan Komárek (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart 2012.

80 Hierauf kann vorliegend nicht im Einzelnen eingegangen werden, vgl. für eine Kritik in Bezug auf die theoretischen Prämissen *Alexander Somek*, Monism: A Tale of the Undead, in: Avbelj/Komárek (Fn. 79), 343–380 (355 ff.).

81 In diesem Sinne *Roger D. Kelemen*, On the Unsustainability of Constitutional Pluralism, *MJ* 23 (2016), 136–150 (146), und *Federico Fabbrini*, After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States, *GLJ* 16 (2015), 1003–1023.

82 *Roger D. Kelemen u.a.*, National Courts Cannot Override CJEU Judgments, *VerfBlog* (26.5.2020), in dem eher schlicht anmutenden Satz gipfelnd: „Let’s face it: constitutionalism pluralism can’t provide a practical, ultimate answer to the question at the heart of the *Kompetenz-Kompetenz* conundrum, as sometimes direct conflicts over who has the final say on disputes over conflicts between EU and national law are unavoidable.“

mus ebenso wie für den der Identität.⁸³ Das Spiel illiberaler Regime, sich ostentativ auf den Pluralismus als Rechtfertigungsformel für die unilaterale Nichtbeachtung unionsrechtlicher Verpflichtungen zu berufen, ist einfach zu durchschauen. Es handelt sich um eine sinnentstellende Verdrehung des Pluralismusgedankens, die gerade der Durchsetzung autoritärer, antipluraler Positionen dient.

b) Normativer Verbundbegriff

In rechtstheoretischer Hinsicht sollte der europäische Verfassungspluralismus nicht mit rechtsnormativer Beliebigkeit oder unilateral betriebener Desintegration verwechselt werden. Bei richtigem, normativem Verständnis herrscht in Europa ein „kooperativer Verfassungspluralismus“⁸⁴ vor, der durch Verbundmechanismen wie Permeabilität⁸⁵ und Responsivität⁸⁶ sowie durch ebenenübergreifende Formen des Dialogs, der Loyalität und der Rücksichtnahme gekennzeichnet ist.⁸⁷ Diese Mechanismen sind rechtlich nicht auf einer Meta-Ebene, sondern in den jeweiligen Rechtsordnungen selbst verankert, unional wie national. Insoweit bestehen enge Verbindungen zu Teilen der Föderalismustheorie⁸⁸ und zur Verbundtheorie,⁸⁹ wie sie speziell für das europäische Verfassungsrecht in Gestalt des „europäischen Verfassungsverbundes“⁹⁰ entwickelt wurde.

83 Vgl. zu letzterem nur *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, Berlin: Duncker & Humblot 1993 (Neusatz auf Basis der Erstauflage 1928), 103 f.

84 *Franz C. Mayer*, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, VVDStRL 75 (2016), 7–63 (38 ff.) m.w.N.

85 *Wendel*, Permeabilität (Fn. 33), 7 ff., 33 ff.

86 Zum Begriff *Lars Viellechner*, Responsiver Rechtspluralismus, Staat 51 (2012), 559–580 (569 ff.).

87 Eingehend *Mayer* (Fn. 84), 33, 37 ff.

88 Vgl. zum Verhältnis von Föderalismus und Verfassungspluralismus auch *Robert Schütze*, Federalism as Constitutional Pluralism: „Letter from America“, in: *Avbelj/Komárek* (Fn. 79), 185–212.

89 Den europäischen Verfassungsverbund als spezifische Ausprägung des Verfassungspluralismus konzipierend *Franz C. Mayer/Mattias Wendel*, Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism, in: *Avbelj/Komárek* (Fn. 79), 127–152 (132 ff.).

90 Grundlegend *Ingolf Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, CML Rev. 36 (1999), 703–750; *ders.*, Der Europäische Verfassungsverbund, Baden-Baden: Nomos 2020. Kritisch zu den theoretischen Prämissen *Matthias Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschär-

Der Verbundbegriff ist dabei nicht in einem lediglich deskriptiven, die einheitsbildende Verzahnung der Rechtsordnungen in Gesamtperspektive beschreibenden, sondern vielmehr in einem normativen Sinne zu verstehen.⁹¹ Soll eine Rechtsordnung verbundfähig sein, muss sie bestimmte (Verbund-)Techniken vorhalten,⁹² die auf eine funktionelle Verzahnung bzw. Kopplung⁹³ dieser Ordnung mit anderen Rechtsordnungen angelegt sind. Der Verbund emergiert aus dem rechtsordnungsübergreifenden Zusammenwirken der jeweils rechtsordnungsintern normierten Verbundmechanismen.

2. Europäischer Grundrechtspluralismus

a) Wechselspiel von Einheit und Vielfalt

Im Bereich des Grundrechtsschutzes übersetzt sich der europäische Verfassungpluralismus als europäischer Grundrechtspluralismus.⁹⁴ Auch das System europäischen Grundrechtsschutzes ist ein Verbundsystem, das als funktionelle Einheit erst aus dem Zusammenwirken verschiedener, in ihrem Ursprung autonomer Grundrechtsordnungen emergiert. Diese Ordnungen können, wie nunmehr auch das BVerfG in *Recht auf Vergessen I* zutreffend anerkannt hat,⁹⁵ in ihren Anwendungsbereichen nicht strikt voneinander getrennt werden, sondern überlappen sich in beachtlichem Umfang. Sie müssen deshalb – und hier wird bloße Pluralität zu normativ kooperativem Pluralismus – mit jeweils ordnungsinternen Verbundtechniken föderativ koordiniert und aufeinander bezogen werden. Der Pluralis-

ferelation, in: Rüdiger Krause/Winfried Veeken/Klaus Vieweg (Hrsg.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa: Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, Berlin: Duncker & Humblot 2004, 637–674, 662 ff.

91 Vgl. *Wendel*, Permeabilität (Fn. 33), 43 f.

92 Zum Begriff der Verbundtechniken vgl. *Andreas Voßkuhle*, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, NVwZ 2010, 1–8 (3 f.).

93 Hier nicht notwendig systemtheoretisch konnotiert. Vgl. speziell zum Begriff der strukturellen Kopplungen im systemtheoretischen Sinne *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995 (Nachdr. 2002), 441 f.

94 Vgl. terminologisch *Oliver Lepsius*, *Grundrechtspluralismus in Europa*, in: Johannes Masing u.a. (Hrsg.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, 45–66. Ähnlich auch *Classen* (Fn. 18), der von „grundrechtliche[m] Pluralismus“ spricht.

95 BVerfGE 152, 152 (Rn. 44) – *Recht auf Vergessen I*.

mus der europäischen Gesellschaft⁹⁶ spiegelt sich so auch im Grundrechtsschutz.

Die engen Verbindungslinien des Verfassungspluralismus zur Föderalistustheorie zeigen sich im Grundrechtsbereich besonders deutlich.⁹⁷ Das System des europäischen Grundrechtsschutzes folgt nicht dem Modell eines Trenn-, sondern vielmehr eines kooperativen Mischföderalismus.⁹⁸ Das aus dem ebenenübergreifenden Zusammenspiel verschiedener Grundrechtsordnungen und Kontrollinstanzen hervorgehende Schutzsystem ist durch ein charakteristisches Wechselspiel von Einheit und Vielfalt geprägt.

b) Vertikale, horizontale und internationale Dimension

Kooperationsstrukturen, aber auch Konfliktlinien bestehen in vertikaler wie horizontaler Hinsicht.⁹⁹ Im *vertikalen* Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten stellt sich die Frage nach der richtigen Balance zwischen unionsgrundrechtlich bewirkter Unitarisierung und mitgliedstaatlicher Grundrechtsvielfalt. Wie noch näher gezeigt werden wird, dockt diese Frage rechtsdogmatisch zuvörderst an Art. 51 Abs. 1 und Art. 53 GRCh an.¹⁰⁰ Die kompetenzrechtliche Dimension dieses Konfliktes spiegelt zudem Art. 6 EUV wider, wenn er in Abs. 1 UAbs. 3 verbürgt, dass durch die Bestimmungen der Charta die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der EU „in keiner Weise erweitert“ werden sollen. In gleicher Weise reflektiert Art. 51 Abs. 2 GRCh Befürchtungen der Mitgliedstaaten, die Unionsgrundrechte könnten Prozesse eines *Competence Creep* zu Lasten der nationalen Ebene weiter befeuern.¹⁰¹

Daneben weist der europäische Grundrechtspluralismus aber auch eine immer wichtiger werdende *horizontale*, d.h. das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander betreffende Dimension auf. Bedeutende Formen

96 Wegweisend von *Bogdandy* (Fn. 24), 287 ff. speziell in Bezug auf die Gerichte.

97 Für eine föderalistustheoretische Rekonstruktion *Kleinlein* (Fn. 18), 246 ff., 277 f., 335 ff. und 434 ff. Vgl. begrifflich auch *Kingreen* (Fn. 18), 801 ff.

98 Grundlegend *Robert Schütze*, *From Dual to Cooperative Federalism*, Oxford: OUP 2009.

99 Mit vertikal ist hier keine hierarchische Struktur gemeint, sondern das Verhältnis unterschiedlicher Herrschaftsverbände bzw. öffentlicher Gewalten.

100 Vgl. insbesondere IV.1.a. und IV.1.b.

101 Diese Befürchtung teilt *Peter M. Huber*, *Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte*, NJW 2011, 2385–2390.

der mitgliedstaatlichen Kooperation im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fußen letztlich auf dem wechselseitigen Vertrauen in die (Unions-)Grundrechtstreue der jeweils anderen Mitgliedstaaten, etwa wenn eine Person aufgrund eines Europäischen Haftbefehls an einen anderen Mitgliedstaat ausgeliefert werden soll. Mit dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens und insbesondere des horizontalen Grundrechtsvertrauens ist ein komplexes Rechtsprinzip auf den Plan gerufen, das ebenfalls einer weiteren rechtsdogmatischen Einordnung bedarf.¹⁰²

Schließlich besteht mit der Permeabilität des unionalen Grundrechtsschutzes für internationale Menschenrechtsstandards eine internationale Dimension, im Zuge derer sich aber zugleich Grenzen der Kooperationsoffenheit manifestieren.

IV. Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes in dogmatischen Grundzügen

Die ureigenste Aufgabe des Grundrechtsschutzes ist es, die Ausübung öffentlicher Gewalt individualrechtlich zu begrenzen, normativ auszurichten und dadurch überhaupt erst zu legitimieren. Diese Aufgabe ist in der EU nur durch ein föderativ koordiniertes Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen und ein kooperatives Zusammenwirken der zu ihrer Durchsetzung berufenen Organe aller beteiligten Ebenen zu bewältigen. Das daraus resultierende, dynamische und stets neu auszutarierende Wechselspiel zwischen Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes wird im Folgenden in Bezug auf die Grundrechtsgewährleistungen, die Grundrechtsanwendung und -auslegung sowie die Grundrechtsdurchsetzung rechtsdogmatisch entfaltet.¹⁰³

102 Vgl. näher IV.1.c.

103 Die folgenden Ausführungen fußen in Teilen auf *Wendel*, Europäischer Grundrechtsschutz (Fn. 17), 327 ff.; *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 75 (2020), 157–168; *ders.*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen, EuR 54 (2019), 111–131.

1. Einheit und Vielfalt der Grundrechte

a) Vertikale Dimension I: Reichweite der Unionsgrundrechte

aa) Unionsgrundrechte als „Korollar“ europäischer öffentlicher Gewalt

Politische Entscheidungsverantwortung erzwingt Grundrechtsverantwortung.¹⁰⁴ Das ist der Dreh- und Angelpunkt eines jedweden Systems von Grundrechtsschutz, sei es im Rahmen des Verfassungsstaates oder der europäischen Rechtsgemeinschaft.¹⁰⁵ Aus geteilter politischer Entscheidungsverantwortung folgt dabei geteilte Grundrechtsverantwortung und aus gemeinsamer politischer Entscheidungsverantwortung gemeinsame Grundrechtsverantwortung. Mit dieser Einsicht ist die Frage nach Einheit und Vielfalt der Grundrechte im europäischen Grundrechtspluralismus aber freilich nicht beantwortet, sondern überhaupt erst gestellt. Unter welchen Bedingungen entweder *unionale* oder *nationale* Grundrechte oder *beide gemeinsam* – und in allen Fällen stets rückgebunden an die EMRK – zum Zuge kommen, ist eine schwierige und mehrdimensionale Frage, die zudem dynamisch an den jeweiligen Entwicklungsstand des Unionsrechts gekoppelt ist. Ihre Beantwortung erfordert, wie für den Verfassungspluralismus typisch, die Einnahme unterschiedlicher Perspektiven. Das charakteristische Wechselspiel zwischen Einheit und Vielfalt europäischen Grundrechtsschutzes lässt sich so rechtsdogmatisch im Einzelnen ausbuchstabieren.

Die erste Perspektive blickt auf die Reichweite der *Unionsgrundrechte*. Ihr rechtsdogmatisches Fundament ist Art. 51 Abs. 1 GRCh. Die Norm ordnet eine umfassende¹⁰⁶ Bindung der Union, d.h. ihrer Organe, Einrich-

104 Vgl. *Masing* (Fn. 18), 482; „Annex zur politischen Entscheidungsverantwortung“.

105 Grundlegend zum Begriff der Rechtsgemeinschaft *Walter Hallstein*, *Der unvollendete Bundesstaat*, Düsseldorf: Econ 1969, 154 f. Zum Fortbestand der herausragenden Bedeutung und Tragweite des Konzepts vgl. überzeugend *Franz C. Mayer*, *Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft*, NJW 2017, 3631–3638. In wissenschaftstheoretischer Perspektive kritischer *Armin von Bogdandy*, *Jenseits der Rechtsgemeinschaft*, EuR 52 (2017), 487–511.

106 Der Verweis auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ist rein deklaratorisch, da eine Bindung an das Subsidiaritätsprinzip ohnehin aus Art. 5 Abs. 3 EUV folgt. Zutreffend *Thorsten Kingreen*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEU*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 51 GRCh, Rn. 6 („nicht erwähnungsbedürftige Selbstverständlichkeit“), zugleich auch in Bezug auf Art. 52 Abs. 2 GRCh.

tungen und sonstigen Stellen, an die Charta an. Dagegen bindet sie die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung“ von Unionsrecht an die Charta (EN „only when they are implementing“, FR „uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre“). Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ist insbesondere in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft intensiv diskutiert worden.¹⁰⁷ Das mag auch damit zusammenhängen, dass die Entwicklungsgeschichte der Grundrechte des GG und die damit verbundene Marginalisierung der Landesgrundrechte den Blick auf das Unitarisierungspotenzial von Grundrechten geschärft oder, je nach Blickwinkel, verengt hat.¹⁰⁸

Bekanntlich hat sich der EuGH für eine weite Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh entschieden. In seiner viel diskutierten Leitentscheidung *Åkerberg Fransson*¹⁰⁹ setzte er den Begriff der mitgliedstaatlichen „Durchführung“ des Unionsrechts letztlich mit der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts gleich: „Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte.“¹¹⁰ Damit etablierte der EuGH die Unionsgrundrechte als „Korollar“¹¹¹ europäischer öffentlicher Gewalt. Die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte

107 Vgl. allein monografisch *Johannes Cirkel*, Die Bindungen der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, Baden-Baden: Nomos 2000; *Anna Große Wentrup*, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, Berlin: Duncker & Humblot 2003; *Frauke Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, Berlin: Duncker & Humblot 2005; *Holger M. Sagmeister*, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin: Duncker & Humblot 2009, 314 ff.; *Julia Mall*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, Bern: Peter Lang 2012, 87 ff.; *Benjamin Maier*, Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien, Baden-Baden: Nomos 2013, 48 ff.; *Jan Heuer*, Art 51 Abs. 1 S. 1 GRCh: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, München: Herbert Utz 2014; *Benedikt Pirker*, Grundrechtsschutz im Unionsrecht zwischen Subsidiarität und Integration, Baden-Baden: Nomos 2018.

108 Vgl. *Huber* (Fn. 101), 2386, auch mit Blick auf die USA.

109 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3). Erhellende Analysen bei *Thorsten Kingreen*, Ne bis in idem: Zum Gerichtswettbewerb um die Deutungshoheit über die Grundrechte, EuR 48 (2013), 446–453; *Daniel Sarmiento*, Who's Afraid of the Charter?, CML Rev. 50 (2013), 1267–1304; *Jan H. Reestman/Leonard F.M. Besselink*, Editorial: After *Åkerberg Fransson* and *Melloni*, EuConst 9 (2013), 169–175.

110 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 21, unter Rückbezug (vgl. ebd. Rn. 19) auf die Prä-Charta-Rechtsprechung, insbes. Urteil v. 29.5.1997, Rs. C-299/95, ECLI:EU:C:1997:254, Rn. 15 – *Kremzow*, sowie Urteil v. 18.12.1997, Rs. C-309/96, ECLI:EU:C:1997:631, Rn. 13 – *Annibaldi*.

111 So treffend die Beschreibung des BVerfGE 152, 152 (Rn. 42) – *Recht auf Vergessen I*.

erstreckt sich folgerichtig auch auf Bereiche, in denen das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen Spielraum einräumt.¹¹² Der Spielraumbereich ist durch eine Mehrstufigkeit der Rechtserzeugung und, ihr zugrunde liegend, eine Überlappung nationaler und unionaler politischer Entscheidungsverantwortung gekennzeichnet. Zwar belässt das Unionsrecht Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen auf nationaler Ebene, indem es mitgliedstaatliches Handeln nicht erschöpfend determiniert. Es setzt aber gleichwohl den Anlass und den äußeren rechtlichen Rahmen innerstaatlicher Rechtsetzung. Europäische und nationale Entscheidungsverantwortung überlagern sich hier. Soll die Reichweite des Grundrechtsschutzes aber richtigerweise kongruent zur Reichweite politischer Entscheidungsverantwortung sein,¹¹³ bedarf es konsequenterweise eines sich überlagernden Grundrechtsschutzes und, folglich, einer unionsgrundrechtlichen Erfassung des Spielraumbereichs. Dies überzeugt auch aufgrund – und nicht etwa trotz – der Unterschiedlichkeit nationaler Schutzsysteme. Die Charta gewährt einen grundrechtlichen Mindeststandard in allen Mitgliedstaaten, soweit die unionale politische Entscheidungsverantwortung reicht.¹¹⁴

Anders ist dies dort, wo die europäische öffentliche Gewalt nicht hinreicht oder allenfalls lose Berührungspunkte zu nationalem Handeln aufweist. Für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte reicht keineswegs ein irgendwie gearteter Bezug zum Unionsrecht. Vielmehr bedarf es eines „hinreichenden Zusammenhang[s] von einem gewissen Grad“, der „darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann“.¹¹⁵

112 So bereits vor *Åkerberg Fransson* EuGH, N.S. u.a. (Fn. 14), Rn. 68, im Kontext des Dublin-Systems sowie – im Sinne einer unionsgrundrechtskonformen Ausfüllung nationaler Ermessensspielräume beim Verwaltungsvollzug – früh bereits Urteil v. 13.7.1989, Rs. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321, Rn. 22 – *Wachauf*. Für ein *Åkerberg Fransson* nachfolgendes Beispiel vgl. Urteil v. 13.6.2017, Rs. C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448, Rn. 48 – *Florescu*.

113 Vgl. abermals *Masing* (Fn. 18), 482.

114 In *Åkerberg Fransson* wäre trotz Eröffnung des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs Grundrechtsschutz ansonsten praktisch nicht gewährt worden. Vgl. zum Ganzen *Koen Lenaerts*, In Vielfalt geeint – Grundrechte als Basis des europäischen Integrationsprozesses, EuGRZ 2015, 353–361.

115 EuGH, *Siragusa* (Fn. 9), Rn. 24, zudem mit (nicht kumulativen oder abschließend aufgelisteten) Indizien, wann dies der Fall sein soll und wann nicht (ebd. Rn. 25). Instruktiv *Daniel Thym*, Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta, DÖV 2014, 941–951. Vgl. für weitere Beispiele der Verneinung des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs durch den EuGH: Urteil v. 7.3.2017, Rs. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173 – *X und X (humanitäres Visum)*.

In Ermangelung eines hinreichenden Zusammenhangs sind die Mitgliedstaaten von Verpflichtungen des unionalen Fachrechts frei. Im Bereich solcher unionsrechtsexternen Freiräume kann es – im Gegensatz zu unionsrechtsinternen Spielräumen – schon begrifflich keine „Durchführung“ von Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und folglich auch keine Bindung mitgliedstaatlichen Handelns an Unionsgrundrechte geben.¹¹⁶ So sehr diese Differenzierung dem Grunde nach einleuchtet, so schwierig gestaltet sich ihre Handhabung in der Praxis. Die Abgrenzung von unionsrechtsinternen Spielräumen gegenüber unionsrechtsexternen Freiräumen von Mitgliedstaaten kann mitunter erhebliche Probleme bereiten.¹¹⁷ Nach den Urteilen *Hernández*¹¹⁸ und *TSN*¹¹⁹ liegen nationale Optionenräume jedenfalls dann außerhalb des Unionsrechts, wenn dieses den Mitgliedstaaten „keine im Recht der Union begründete Rechtsetzungsbefugnis“ verleiht, sondern sich auf die Anerkennung einer „nach nationalem Recht“ bestehenden Befugnis beschränkt, nationale Regelungen außerhalb des sekundärrechtlich gezogenen Regelungsrahmens zu setzen.¹²⁰ Der EuGH hat dies z.B. bejaht, wenn Unionsrecht ausdrücklich die Möglichkeit der Mitgliedstaaten aufrecht erhält, „günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen.“¹²¹ Findet die mitgliedstaatliche Regelungs- oder Handlungsoption also Anlass und Rahmen *nicht* im Unionsrecht, sind Unionsgrundrechte nicht anwendbar.

Die Einhegung bzw. Ausrichtung europäischer öffentlicher Gewalt durch bzw. auf die Unionsgrundrechte erfolgt überall dort, wo die europäische

116 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 19, 21 f.

117 Vgl. nur EuGH, *Julian Hernández* (Fn. 9), Rn. 44; Urteil v. 9.3.2017, Rs. C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198, Rn. 52 – *Milkova*; Urteil v. 19.4.2018, Rs. C-152/17, ECLI:EU:C:2018:264, Rn. 35 – *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*; Urteil v. 24.10.2019, verb. Rs. C-469/18 und C-470/18, ECLI:EU:C:2019:895, Rn. 18 – *Belgischer Staat*; Urteil v. 19.11.2019, verb. Rs. C-609/17 und C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981, Rn. 49 – *TSN u.a.*; Urteil v. 4.6.2020, Rs. C-588/18, ECLI:EU:C:2020:420, Rn. 31 – *Fetico*; Urteil v. 10.6.2021, Rs. C-94/20, ECLI:EU:C:2021:477, Rn. 47 – *Land Oberösterreich – Aide au logement*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602, Rn. 85 – *DISC*.

118 EuGH, *Hernández* (Fn. 9), Rn. 44, in Bezug auf Art. 11 Abs. 1 der RL 2008/94/EG (Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers).

119 EuGH, *TSN u.a.* (Fn. 117), Rn. 49.

120 Ebd. (Hervorhebung hinzugefügt). Die Formulierungen in den beiden Urteilen weichen leicht voneinander ab, stimmen aber in den Kernpassagen überein.

121 So EuGH, *Hernández* (Fn. 9), Rn. 44. Gleiches gilt, wenn die Möglichkeit zur Anwendung günstigerer nationaler Vorschriften durch Unionsrecht „unberührt“ bleibe, vgl. *TSN u.a.* (Fn. 117), Rn. 49.

öffentliche Gewalt rechtsnormativ hinreicht, also auch dort, wo die Union und insbesondere der Unionsgesetzgeber lediglich den äußeren Rahmen festlegen, innerhalb dessen die Mitgliedstaaten über einen Umsetzungs- bzw. Gestaltungsspielraum verfügen. Die Charta folgt, so haben es *Koen Lenaerts* und *José A. Gutiérrez-Fons* einmal ausgedrückt, dem Unionsrecht wie ein „Schatten“.¹²²

bb) Krisenschutz der Unionsgrundrechte jenseits von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh?

Können die Unionsgrundrechte gleichwohl Schutzwirkung in Bereichen entfalten, die vom unionalen Fachrecht nicht erfasst sind? Diese Frage nach einer Wirkung der Unionsgrundrechte jenseits von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh stellt sich in besonders grundsätzlicher Weise dort, wo ein Mitgliedstaat systemisch die Grundwerte des Art. 2 EUV untergräbt. Das ist leider kein nur hypothetisches Szenario, wie die in mehreren Mitgliedstaaten nach wie vor grassierende Rechtsstaatskrise und namentlich der Rückbau justizieller Unabhängigkeit in Polen¹²³ und die Errichtung einer „illiberalen“ Demokratie in Ungarn¹²⁴ zeigen. Der personelle und institutionelle Umbau nationaler Gerichte und ihre zunehmende Unterwerfung unter eine populistische Mehrheitspolitik sind indes *per se* in aller Regel keine „Durchführung“ des Unionsrechts i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh. Zwar können bestimmte Teile justizieller Personalpolitik, wie z.B. Regelungen zum Ruhestandsalter

122 *Koen Lenaerts/José A. Gutiérrez-Fons*, The Place of the Charter in the EU Edifice, in: Steve Peers u.a. (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart 2014, 1559–1594 (1568).

123 *Miroslaw Wyrzykowski*, Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland, *Hague Journal on the Rule of Law* 11 (2019), 417–422; *Wojciech Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford: OUP 2019; *Laurent Pech/Patryk Wachowiec/Dariusz Mazur*, Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action, *Hague Journal on the Rule of Law* 13 (2021), 1–43; *Marcin Więcek*, Constitutional Crisis in Poland 2015–2016 in the Light of the Rule of Law Principle, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin: Springer 2021, 15–33.

124 Vgl. *András Jakab/Eszter Bodnár*, Agonie eines jungen Verfassungsstaates, in: Ellen Bos/Astrid Lorenz (Hrsg.), *Das politische System Ungarns*, Wiesbaden: Springer 2020, 57–74; *László Sólyom*, The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary, in: Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford: Hart 2015, 14–45.

oder zur Frühverrentung, den Verboten der Altersdiskriminierung¹²⁵ bzw. der Ungleichbehandlung von Frauen und Männern¹²⁶ unterfallen. Andere Aspekte können in begrenztem Rahmen mittels der Grundfreiheiten¹²⁷ oder sogar des WTO-Rechts adressiert werden, wie der Rechtsstreit um das ungarische Hochschulgesetz zeigt.¹²⁸ In einigen Fällen greifen auch rechtliche Spezialregime, wie das für Rumänien geltende VZÜ.¹²⁹ Gleichwohl verbleibt der Befund, dass mittels der Charta zahlreiche neuralgische Punkte nationaler Rechtsstaatskrisen nicht direkt adressiert werden können. So ist das Grundrecht auf ein unabhängiges Gericht aus Art. 47 Abs. 2 GRCh in aller Regel nicht direkt auf eine innerstaatliche Justizreform anwendbar, deren auf die nationale Organisationsstruktur der Justiz bezogene Vorschriften in weiten Teilen keinen hinreichenden Konnex zu materiellem Unionsrecht aufweisen.¹³⁰ Angesichts dieses Dilemmas ist in der Rechtswissenschaft vorgeschlagen worden, im Sinne einer „Reverse Solange“-Doktrin jedenfalls die Einhaltung eines Kerngehalts der Unionsgrundrechte auch jenseits des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh von den Mitgliedstaaten einzufordern.¹³¹ Während der ursprüngliche Vorschlag dogmatisch am Kernbestand der Unionsbürgerschaft ansetzte,¹³² knüpfte ein zweiter Aufschlag direkter bei Art. 2 EUV in seiner Wechselwirkung mit einzelnen primärrechtlichen Garantien an,

125 Vgl. EuGH, Urteil v. 6.11.2012, Rs. C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687 – *Kommission/Ungarn*, sowie *A.K. u.a. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15).

126 Namentlich Art. 157 AEUV sowie der RL 2006/54/EG, vgl. EuGH, Urteil v. 5.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)*.

127 Insbesondere die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 und 56 AEUV.

128 EuGH, Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792 – *Kommission/Ungarn (Hochschulgesetz)*.

129 Verfahren für Zusammenarbeit und Überprüfung. Dieses wurde durch die Entscheidung 2006/928 anlässlich des rumänischen EU-Beitritts eingeführt. Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Urteil v. 21.12.2021, Rs. C-357/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:1034 – *Euro Box Promotion u.a.*

130 Für eine Ausnahme im Bereich der Frühverrentungen vgl. EuGH, *A.K. u.a. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 78 ff., 114 ff.

131 Innovativ *Armin von Bogdandy u.a.*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte, ZaöRV 72 (2012), 45–78 (67 ff.) im Kontext der ungarischen Mediengesetze.

132 Ebd.

gipfelnd in der Forderung nach einer strafrechtlichen Verantwortung nationaler Richter.¹³³

Für das vertikale¹³⁴ Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten hat der Gerichtshof einen spezifischen Ansatz entwickelt, der in seinen Wirkungen nichts weniger als einem *Game Changer* gleichkommt. Mit seiner Leitscheidung im Fall *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*¹³⁵ schaffte der EuGH in präjudizieller Antizipation¹³⁶ die Grundlage für einen direkten unionsrechtlichen Zugriff auf den Rückbau justizieller Unabhängigkeit in den Mitgliedstaaten. Seinen dogmatischen Ausgangspunkt nimmt dieser Ansatz nicht bei den Unionsgrundrechten, sondern bei der institutionellen Garantie des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, in welcher der EuGH ausdrücklich den Wert der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 2 EUV konkretisiert sieht.¹³⁷ Mit dem EuGH verlangt Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV die Einhaltung bestimmter Mindeststandards richterlicher Unabhängigkeit auch bei der nationalen Justizorganisation. Denn soweit die betreffenden nationalen Gerichte funktional Teil der europäischen Judikative sein können, ist ihre Funktionsfähigkeit letztlich Gelingensbedingung der europäischen Rechtsgemeinschaft.¹³⁸ Für diesen auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV gestützten Zugriff des Unionsrechts auf die nationale Judikative kommt es gerade nicht darauf an, ob die Mitgliedstaaten im konkreten Fall Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durchführen.¹³⁹ Es genügt vielmehr, dass das betreffende nationale Gericht aufgrund seiner Art und Zuständigkeit potenziell in die Situation kommen kann, Unionsrecht auszulegen und anzuwenden.¹⁴⁰ So-

133 Armin von Bogdandy/Luke D. Spieker, Reverse Solange 2.0: Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter, EuR 55 (2020), 301–331 (317 ff.).

134 Zum horizontalen und namentlich zu EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15) vgl. IV.1.c.

135 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*.

136 Der Fall selbst war wenig spektakulär und hatte noch keinen direkten Bezug zur Rechtsstaatskrise in Polen und andernorts. Der EuGH verneinte eine Verletzung des Grundsatzes richterlicher Unabhängigkeit durch die EU-seitig angestoßenen Sparmaßnahmen im öffentlichen Dienst Portugals, etablierte in der Entscheidung aber den in der Folgerechtsprechung zur Rechtsstaatskrise so entscheidend werdenden, auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV basierenden Maßstab.

137 EuGH, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (Fn. 135), Rn. 32.

138 Ebd., Rn. 37–45.

139 So explizit ebd., Rn. 29.

140 So bereits implizit auf Subsumtionsebene ebd., Rn. 39 f. Klarer dann EuGH, *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 52,

weit nationale Gerichte also grundsätzlich auch ein europäisches Mandat erfüllen, müssen sie dauerhaft den Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV genügen.¹⁴¹ Deshalb ist Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV mit einem selbständigen, im Gegensatz zu den Unionsgrundrechten in seinem Anwendungsbereich *nicht-akzessorischen* Justizstandard quasi-föderaler Art verglichen worden.¹⁴²

Nimmt der über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV eröffnete unionsrechtliche Maßstab seinen Ausgangspunkt zwar nicht direkt in den Unionsgrundrechten (bzw. ihrem Wesensgehalt) und arbeitet auch nicht mit einer widerleglichen Vermutung der mitgliedstaatlichen Rechtsstaats- bzw. Grundrechtstreue,¹⁴³ so spielen die Unionsgrundrechte gleichwohl *materiell* eine wichtige Rolle. Den materiellen Gehalt der aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV resultierenden Anforderungen an die Unabhängigkeit nationaler Gerichte entwickelt der EuGH nämlich unter Heranziehung bzw. „gebührender Berücksichtigung“ des Art. 47 Abs. 2 GRCh,¹⁴⁴ der seinerseits zu nicht unerheblichen Teilen mit EMRK-Gehalten angereichert ist.¹⁴⁵ Trotz ihrer Strukturverschiedenheit – Art. 47 Abs. 2 GRCh ist eine individualrechtliche Garantie mit Ausrichtung auf den Einzelfall, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV dagegen eine institutionelle Garantie mit Ausrichtung auf das Gesamtsystem¹⁴⁶ – verklammert der EuGH beide Normen miteinander und konturiert so die materiellen Anforderungen an richterliche Unabhängigkeit.

55 f.; *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)* (Fn. 126), Rn. 103; Urteil v. 2.3.2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 112 – *A.B. u.a. (Ernennung von Richtern am polnischen Obersten Gericht)*; *Kommission/Polen (Disziplinarordnung für Richter)* (Fn. 15), Rn. 54, sowie in Bezug auf die maltesische Justiz Urteil v. 21.4.2021, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, Rn. 37 – *Repubblica*.

141 *Koen Lenaerts*, The Role of the Charter in the Member States, in: Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30), 19 (25).

142 *Laurent Pech/Sébastien Platon*, Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case, CML Rev. 55 (2018), 1827–1854 (1838).

143 Weshalb sich Anleihen zur Solange-Doktrin hier vielleicht weniger aufdrängen – anders als bei der horizontalen Dimension des Grundrechtsvertrauens, vgl. EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15); dazu IV.1.c.

144 Ausdrücklich EuGH, *A.B. u.a. (Ernennung von Richtern am polnischen Obersten Gericht)* (Fn. 140), Rn. 142, der Sache nach aber bereits in *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (Fn. 135), Rn. 41, und *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 57.

145 Art. 47 Abs. 2 GRCh entspricht, trotz nicht unbedeutender Abweichungen, strukturell Art. 6 EMRK, was wegen Art. 52 Abs. 3 GRCh auf seine Auslegung durchschlägt. Vgl. insoweit eingehend EuGH, *A.K. u.a. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 116 ff.

146 Diesen Unterschied klar herausarbeitend EuGH, *Repubblica* (Fn. 140), Rn. 52.

Dabei betont der EuGH wiederholt den grundlegenden Konnex zwischen dem Erfordernis richterlicher Unabhängigkeit, das dem *Wesensgehalt* des Art. 47 Abs. 2 GRCh immanent ist,¹⁴⁷ und der Wahrung der Werte des Art. 2 EUV.¹⁴⁸ Auf Grundlage der unionsgrundrechtlichen Anreicherung qualifiziert der EuGH die aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV folgenden Rechtspflicht der Mitgliedstaaten letztlich auch als klare, präzise und unbedingte „Ergebnispflicht“, die gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht Anwendungsvorrang genießt.¹⁴⁹

Die materielle Aufladung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV mit Art. 47 Abs. 2 GRCh ist rechtsdogmatisch gleichwohl von der direkten Anwendbarkeit des Art. 47 Abs. 2 GRCh zu unterscheiden. Denn in zahlreichen Fallgestaltungen, in denen Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV greift,¹⁵⁰ gelangt das Grundrecht aus Art. 47 Abs. 2 GRCh „als solche[s]“ gerade nicht zur Anwendung.¹⁵¹ Obwohl Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV (im Lichte des Gehalts von Art. 47 Abs. 2 GRCh) einen hinreichend klaren, präzisen und unbedingten Normbefehl ausspricht, eröffnet er den Anwendungsbereich der Charta seinerseits gerade nicht, stellt also keine „Durchführung“ des Unionsrechts i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh dar.¹⁵² Das ist konsequent, weil über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV letztlich ein spezifischer, nämlich *systemisch-struktureller Zugriff* auf *Mindesterfordernisse* nationaler Gerichte als funktionaler

147 Zu diesem bereits eingehend Mattias Wendel, *Mutual Trust, Essence and Federalism: Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM*, EuConst 15 (2019), 17–47 (25 ff.).

148 EuGH, *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichts)* (Fn. 15), Rn. 58; *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)* (Fn. 126), Rn. 106; *A.B. u.a. (Ernennung von Richtern am polnischen Obersten Gericht)* (Fn. 140), Rn. 116. Vgl. grundlegend für das horizontale Verhältnis bereits *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 48.

149 EuGH, *A.B. u.a. (Ernennung von Richtern am polnischen Obersten Gericht)* (Fn. 140), Rn. 146, 148. Bestätigt sodann in der Rechtsprechung zu Rumänien, vgl. Urteil v. 18.5.2021, verb. Rs. C-83/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 250 – *Asociația Forumul Judecătorilor din România*; *Euro Box Promotion u.a.* (Fn. 129), Rn. 253; Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 58 – *RS (Wirkungen der Entscheidungen eines Verfassungsgerichts)*.

150 Am prominentesten vielleicht EuGH, Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615, Rn. 42–59 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts Polens)*, und *Kommission/Polen (Disziplinarordnung für Richter)* (Fn. 15).

151 So ausdrücklich im Kontext Maltas EuGH, *Repubblica* (Fn. 140), Rn. 44, und Rumäniens, *RS (Wirkungen der Entscheidungen eines Verfassungsgerichts)* (Fn. 149), Rn. 36.

152 Zur Problematik Luke D. Spieker, *Werte, Vorrang, Identität: Der Dreiklang europäischer Justizkonflikte vor dem EuGH*, EuZW 33 (2022), 305–313 (308 f.).

Teil der europäischen Judikative erfolgt, der im Gegensatz zu den individualrechtlichen Unionsgrundrechten *einzelfallunabhängig* ist. Umgekehrt macht die Anwendung des Art. 47 Abs. 2 GRCh dort, wo die Voraussetzungen des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh vorliegen, einen Rückgriff auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV entbehrlich.¹⁵³

Spannend bleibt die Frage, ob und ggf. unter welchen Bedingungen der EuGH künftig weitere, wertekonkretisierende Transmissionsnormen in den Verträgen identifizieren wird, die analog Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV einen systemisch-strukturellen Zugriff auf Mindestanforderungen innerstaatlicher Institutionen, wie z.B. Parlamenten und Gubernativen, unter Einbeziehung materieller Grundrechtsgehalte erlauben, etwa in Bezug auf das Demokratieprinzip und konkret Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 12 EUV.¹⁵⁴

b) Vertikale Dimension II: Nationale Grundrechtsvielfalt

aa) Unionsrechtlicher Rahmen der Grundrechtsvielfalt im Spielraumbereich

Mit der Beantwortung der Frage nach der Reichweite der Unionsgrundrechte ist noch keine Aussage über Einheit *oder* Vielfalt des Grundrechtsschutzes in der Union getroffen. Zwar greifen die nationalen Grundrechte jedenfalls dort, wo die Unionsgrundrechte keine Anwendung finden. Insofern indiziert die Reichweite der Unionsgrundrechte zugleich negativ die Reichweite der nationalen Grundrechte. Umgekehrt bedeutet die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte aber nicht automatisch EU-weite Grundrechtseinheit unter Ausschluss nationaler Grundrechte. Unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen ist vielmehr eine parallele Anwendbarkeit nationaler Grundrechte und damit Grundrechtsvielfalt in durchaus beträchtlichem Umfang möglich. Vor diesem Hintergrund geht es der zweiten, nunmehr einzunehmenden Perspektive um die Reichweite der *nationalen Grundrechte* und der dadurch ermöglichten Grundrechtsvielfalt *innerhalb*

153 EuGH, A.K. u.a. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des polnischen Obersten Gerichts*) (Fn. 15), Rn. 169.

154 Aufschluss hierüber könnte u.a. das am 8. Juni 2023 eröffnete Vertragsverletzungsverfahren in Sachen „Lex Tusk“ geben (INFR(2023)2088), im Rahmen dessen die Kommission u.a. eine Verletzung von Art. 2 i.V.m. Art. 10 EUV rügt.

des Anwendungsbereichs des Unionsrechts.¹⁵⁵ Diese Fragestellung ist auf das Engste mit der Regelungsdichte des Unionsrechts und damit der Existenz mitgliedstaatlicher Spielräume verknüpft.

Aus Sicht des Unionsrechts ist die Frage nach mitgliedstaatlichen Spielräumen und damit die Unterscheidung zwischen vollharmonisierendem und gestaltungsoffenem Unionsrecht (*Spielraumtest*) für die Bestimmung der zulässigen Reichweite der Anwendung nationaler Schutzstandards im Anwendungsbereich des Unionsrechts relevant.¹⁵⁶ Normativ setzt diese Frage bei Art. 53 GRCh an. Eine parallele Anwendbarkeit nationaler Grundrechte hat der EuGH nur im „nicht vollständig durch das Unionsrecht“ determinierten Spielraumbereich zugelassen¹⁵⁷ und ihr im Urteil *Melloni* dort Grenzen gezogen, wo entweder das Schutzniveau der Charta unterlaufen oder aber Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt würden.¹⁵⁸ Auf drei Vorlagen des BGH hin sah es der EuGH dementsprechend als mit Unionsrecht vereinbar an, die Prüfung innerstaatlichen Umsetzungsrechts am Maßstab nationaler Grundrechte vom Vorliegen eines Umsetzungsspielraumes abhängig zu machen,¹⁵⁹ „sofern sich dies auf den durch die Richtlinienbestimmungen bewirkten Harmonisierungsgrad bezieht, da die Anwendung nationaler Schutzstandards nur in Betracht kommt, soweit die Bestimmungen des Unionsrechts keine vollständige Harmonisierung bewirken.“¹⁶⁰ Aus dieser Präzisierung folgt, dass das Handeln eines Mitgliedstaats dann im Sinne von *Åkerberg Fransson* „nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt“ ist,¹⁶¹ wenn das einschlägige Unionsrecht „keine vollständige Harmonisierung“ bewirkt.¹⁶² Begrifflich-

155 Zur Abgrenzung von unionsrechtsexternen Freiräumen vgl. bereits vorstehend IV.1.a.aa.

156 Vgl. zum Spielraumtest eingehend Wendel, *Europäischer Grundrechtsschutz* (Fn. 17), 346 ff., 350 ff. Speziell für den Bereich des Datenschutzrechts s. Nikolaus Marsch, *Das europäische Datenschutzgrundrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 297.

157 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 29.

158 EuGH, *Melloni* (Fn. 9), Rn. 60, sowie darauf Bezug nehmend *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 29.

159 Zum bundesverfassungsgerichtlichen Kontrollansatz siehe sogleich.

160 So, jeweils gleichlautend, EuGH, Urteil v. 29.7.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624, Rn. 81 – *Pelham*; Urteil v. 29.7.2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, Rn. 33 – *Funke Medien*; Urteil v. 29.7.2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, Rn. 22 – *Spiegel-Online*.

161 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 29.

162 Vgl. die Nachweise in Fn. 160.

konzeptionell kommt es also auf den Grad der Rechtsvereinheitlichung, den „Harmonisierungsgrad“, an.¹⁶³ Die parallele Anwendbarkeit nationaler Grundrechte scheidet jedenfalls dann von vornherein aus, wenn die einschlägigen Normen des Unionsrechts eine vollständige Harmonisierung bewirken.¹⁶⁴ Diese harmonisierungsspezifische Terminologie hat sich auch das BVerfG sodann in *Recht auf Vergessen* zu eigen gemacht.¹⁶⁵

Schließlich ist der Spielraumtest für den EuGH im Grundrechtsbereich unter dem Gesichtspunkt des Dialogs mit den nationalen Fachgerichten relevant. Wenden sich die Fachgerichte im Falle, dass ein innerstaatliches Gesetz potenziell sowohl nationale als auch europäische Grundrechte verletzt, prioritär an ihr nationales Verfassungsgericht, kann dies den Dialog mit dem EuGH und seine Kompetenz zur letztverbindlichen Auslegung des Unionsrechts und zur Verwerfung von Sekundärrecht gefährden. Deshalb hat der EuGH in Bezug auf vorgeschaltete verfassungsgerichtliche Normenkontrollen klargestellt, dass nationale Verfassungsgerichte dem EuGH eine Gültigkeitsvorlage unterbreiten müssen, wenn sie im Rahmen einer Normenkontrolle die Verfassungsmäßigkeit innerstaatlicher Normen prüfen, deren „Inhalt auf die Umsetzung zwingender Bestimmungen einer Unionsrichtlinie beschränkt ist“.¹⁶⁶

bb) Verfassungsrechtliche Relevanz innerstaatlicher Spielräume

Auch aus nationaler Perspektive und insbesondere aus Sicht nationaler Verfassungsgerichte ist die Existenz mitgliedstaatlicher Spielräume für den

163 So auch *François-Xavier Millet*, Why Article 53 of the Charter Should Ground the Application of National Fundamental Rights in Fully Harmonised Areas, in: Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30), 441–463 (451).

164 Für ein Beispiel vgl. EuGH, *Pelham* (Fn. 160), Rn. 86.

165 BVerfGE 152, 152 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 51 („vollvereinheitlichte Regelungsbe-reiche“) und Rn. 53 („Grad der fachrechtlichen Vereinheitlichung“), sowie BVerfGE 152, 216 – *Recht auf Vergessen II*, Rn. 81 („Unterscheidung zwischen vollvereinheit-lichtem und gestaltungsoffenem Unionsrecht“) sowie ebenfalls unter Verwendung des Attributs „vollvereinheitlicht“ Rn. 43, 45 f., 52 und 60.

166 So in Bezug auf die *question prioritaire de constitutionnalité* in Frankreich EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, Rn. 56 – *Melki und Abdeli*, sowie in Bezug auf Österreich Urteil v. 11.9.2014, Rs. C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, Rn. 43 – *A gegen B u.a.* In Bezug auf Belgien wiederholte der EuGH in seinem Beschluss v. 11.3.2011, Rs. C-457/09, ECLI:EU:C:2011:101, Rn. 20 – *Chartry*, dagegen nur die Maßgaben zur Absicherung des fachgerichtlichen Dialogs mit dem Gerichtshof.

Zuschnitt des Grundrechtsschutzes von großer Bedeutung. Das zeigt sich trotz aller Verschiedenheiten von Land zu Land im Rechtsvergleich besonders deutlich.¹⁶⁷ Für das BVerfG ist die Unterscheidung zwischen vollharmonisierendem und gestaltungsoffenem Unionsrecht schon seit längerem gerade deshalb relevant, weil sie als Lackmustest dafür fungiert, inwieweit die Grundrechte des GG als Prüfungsmaßstab für innerstaatliche Umsetzungsgesetzgebung herangezogen werden dürfen. Der Spielraumtest filtert Bereiche heraus, in denen die Anwendung deutscher Grundrechte zwingende und vorrangige Vorgaben des Unionsrechts infrage stellen würde und in denen das BVerfG in Verlängerung seiner *Solange-II*-Rechtsprechung folglich auf eine Überprüfung am Maßstab der Grundrechte des GG grundsätzlich verzichten muss.¹⁶⁸

Bis zur bahnbrechenden Judikatur zum *Recht auf Vergessen*, mit dem das BVerfG erstmals die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde anerkannte,¹⁶⁹ markierte der Spielraumtest aus Sicht Karlsruhes aber keineswegs nur die Trennlinie zwischen nationaler und europäischer Grundrechtsordnung, sondern zugleich zwischen den gerichtlichen Kontrollkompetenzen. Er erfüllte neben der ordnungs- zugleich eine kompetenzscheidende Funktion. Das BVerfG verfolgte einen trennföderativen auf eine klare „Alternativität“¹⁷⁰ hin ausgerichteten Ansatz.¹⁷¹ Im Spielraumbereich sollte die Grundrechtskontrolle durch das BVerfG am Maßstab des GG erfolgen, im zwingenden Bereich dagegen durch die Fachgerichte im Dialog mit dem EuGH.¹⁷² Durch die trennföderative Brille betrachtet stellte sich die weite Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durch

167 Für eine rechtsvergleichende Analyse vgl. im Einzelnen Wendel, Europäischer Grundrechtsschutz (Fn. 17), 334 ff.

168 BVerfGE 118, 79 (Rn. 68 f.) – *Treibhausgas I*; 125, 260 (Rn. 181 f.) – *Vorratsdatenspeicherung I*; 129, 78 (Rn. 53 f.) – *Le Corbusier Designermöbel*. Für die Notwendigkeit grundrechtskonformer Ausfüllung von Umsetzungsspielräumen im Kontext eines Rahmenbeschlusses zuvor bereits der Zweite Senat BVerfGE 113, 273 (Rn. 80) – *Europäischer Haftbefehl I*.

169 BVerfGE 152, 216 – *Recht auf Vergessen II*.

170 So noch Masing (Fn. 18), 481 f., der spätere Berichterstatter in *Recht auf Vergessen*.

171 Von „Trennungsthese“ sprachen insoweit treffend Thym (Fn. 18), 54 f., und Claudio Franzius, Grundrechtsschutz in Europa, ZaöRV 75 (2015), 383–412 (388 ff.).

172 Folgerichtig verpflichtete das BVerfG unter bestimmten Voraussetzungen unterinstanzliche Gerichte zur Vorlage an den EuGH, um die unionsrechtliche Regelungsdichte als notwendige Vorfrage der Zulässigkeit der bundesverfassungsgerichtlichen Grundrechtskontrolle (hier der konkreten Normenkontrolle) klären zu lassen, BVerfGE 129, 186 (Rn. 43 ff.) – *Investitionszulagengesetz I*.

den EuGH nicht nur als „Grundrechtsordnungskonkurrenz“,¹⁷³ sondern zugleich als judikativer Kompetenzübergreif dar.¹⁷⁴ Mit *Recht auf Vergessen* gab das BVerfG diese trennföderative Prämisse weitgehend auf und erkannte das teilweise Neben- und Miteinander nationaler und europäischer Grundrechte im europäischen Grundrechtspluralismus im Grundsatz an.¹⁷⁵ In begrüßenswerter Weise verschob es den Fokus weg vom Bemühen um eine strikte Trennung der Grundrechtssphären und Kontrollkompetenzen hin zum Management ihrer teilweisen Überlappung.

Seit *Recht auf Vergessen* fungiert der „Grad der fachrechtlichen Vereinheitlichung“¹⁷⁶ für das BVerfG als *Maßstabsdeterminante*. Soweit das einschlägige Unionsrecht vollständig vereinheitlicht ist, ziehen Erster¹⁷⁷ und Zweiter¹⁷⁸ Senat des BVerfG die Charta unmittelbar als Prüfungsmaßstab heran.¹⁷⁹ Wo das unionale Fachrecht hingegen nationale Spielräume eröffnet, wendet das BVerfG „primär“,¹⁸⁰ d.h. grundsätzlich, das GG an.¹⁸¹ Diese für den Spielraumbereich eingeführte Anwendungspräferenz zugunsten deutscher Grundrechte gegenüber den – hier ebenfalls anwendbaren – Unionsgrundrechten ist problematisch und führt die Trennung zwischen den Grundrechtsordnungen bis zu einem gewissen Grad fort. Die Anwen-

173 Prägnant Heiko Sauer, Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem, in: Matz-Lück/Hong (Fn. 18), 1–68 (15, Hervorh. hinzugefügt), der zudem zutreffend die Unterschiede der materiell-rechtlichen und der kompetenzinstitutionellen herausarbeitet (ebd., 6).

174 BVerfGE 133, 277, 316 (Rn. 91) – *Antiterrordatei*. Kritisch gegenüber der weiten Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durch den EuGH auch die Richter:innen am BVerfG Gabriele Britz, Grundrechtsschutz durch Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, 275–281 (278 ff.); Huber (Fn. 101), 2385–2390 (2387).

175 Vgl. BVerfGE 152, 152 (Rn. 44) – *Recht auf Vergessen I*.

176 Ebd., Rn. 53.

177 BVerfGE 152, 216 (Rn. 50 ff.) – *Recht auf Vergessen II*.

178 BVerfGE 156, 182 (Rn. 36 ff.) – *Europäischer Haftbefehl III*; BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 35 ff. – *Ökotox-Daten*; Beschluss v. 27.1.2022, 2 BvR 1214/21 – *Europäischer Haftbefehl IV*.

179 Jedenfalls soweit sie im Rahmen der Verfassungsbeschwerde die Grundrechtskonformität der fachgerichtlichen Anwendung von Unionsrecht prüfen. Inwieweit die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle am Maßstab der Uniongrundrechte auch auf andere Konstellationen übertragbar ist, etwa die unionsgrundrechtliche Überprüfung von deutscher Umsetzungsgesetzgebung, bleibt abzuwarten.

180 BVerfGE 152, 152 (Rn. 45, 49, 60, 73 f.) – *Recht auf Vergessen I*.

181 Gleiches soll dem Zweiten Senat zufolge gelten, wenn eine innerstaatliche Rechtsvorschrift „nicht der Umsetzung, sondern der Ergänzung und Durchführung zwingenden Unionsrechts“ dient, BVerfGE 153, 310 (Rn. 65) – *Knorpelfleisch*.

dungspräferenz wird aber in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Erstens liegt ihr eine Vermutung grundgesetzlicher Schutzsuffizienz zugrunde,¹⁸² die als widerlegt gilt, wenn das Schutzniveau des GG im Einzelfall hinter dem der Charta zurückbleibt.¹⁸³ Zweitens gilt die Anwendungspräferenz auch dann nicht, wenn das Unionsrecht grundrechtskonkretisierende Vorgaben trifft, die eine Grundrechtsvielfalt im Spielraumbereich ausnahmsweise ausschließen.¹⁸⁴ Greift die Anwendungspräferenz nicht, wendet das BVerfG auch im Spielraumbereich Unionsgrundrechte an.¹⁸⁵ Eine Brücke zwischen beiden Grundrechtsordnungen schlägt drittens die unionsgrundrechtskonforme Auslegung deutscher Grundrechte,¹⁸⁶ die der Zweite Senat mittlerweile um eine auf Art. 52 Abs. 4 GRCh gestützte, in die Gegenrichtung wirkende verfassungs(überlieferungs)konforme Auslegung der Unionsgrundrechte komplettiert hat.¹⁸⁷ Führt die Anwendung europäischer oder nationaler Garantien zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen, gesteht das BVerfG den Fachgerichten zu, schwierige Abgrenzungsfragen nach der unionalen Regelungsdichte in der Praxis dahinstehen zu lassen.¹⁸⁸ In einem solchen Fall kommen letztlich sowohl nationale als auch unionale Grundrechte zur Anwendung.¹⁸⁹ Alles in allem hat das BVerfG den durch ihn gewährleisteten Grundrechtsschutz somit auf einen im Ausgangspunkt zweiteiligen, aber funktional komplementären Verbundschutz umgestellt, der institutionell auf das BVerfG zentriert ist und neben der Bündelung nationaler und europäischer Grundrechtskontrolle in Karlsruhe auf die pan-europäischen Mindeststandards der EMRK rückbezogen bleibt.

182 D.h. die Vermutung, dass der Schutzgehalt deutscher Grundrechte den Schutzgehalt der unionsrechtlichen Schwesterrechte in aller Regel mitgewährleiste, vgl. BVerfGE 152, 152 (Rn. 55 ff.) – *Recht auf Vergessen I*.

183 Ebd., Rn. 69, was freilich in multipolaren Grundrechtsverhältnissen besonders schwer zu ermitteln ist.

184 Ebd., Rn. 65, 68: „engere grundrechtliche Maßgaben“.

185 Ebd., Rn. 63–72.

186 Ebd., Rn. 60 ff.

187 Vgl. BVerfGE 156, 182 (Rn. 37, 39) – *Europäischer Haftbefehl III*, sowie BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 69 ff. – *Ökotox-Daten*.

188 BVerfGE 152, 216 (Rn. 81) – *Recht auf Vergessen II*.

189 Das BVerfG handhabt dies selbst so, vgl. – bedauerlicherweise ohne Vorlage an den EuGH – BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 81 ff. – *Ökotox-Daten*.

cc) Spielraumtest

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass die Regelungsdichte des unionalen Fachrechts für die Frage von Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes in der Union sowohl aus unionaler als auch aus nationaler Sicht¹⁹⁰ von grundlegender Bedeutung ist. Das BVerfG spricht prägnant von der „fachrechtsakzessorischen Anlage der Unionsgrundrechte“.¹⁹¹ Da das einschlägige unionale Fachrecht in vielen Fällen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erzeugt wird, kommt dem Unionsgesetzgeber eine tragende Rolle zu. Durch die konkrete Ausgestaltung des unionalen Fachrechts, wie z.B. des Migrations-, Datenschutz- oder Tierschutzrechts, trifft der Unionsgesetzgeber (implizit) eine ihrem Grad nach skalierbare *Verteilungsentscheidung* in Bezug auf die unionale und nationale politische Entscheidungsverantwortung und, ihr folgend, dem Zusammenspiel unionaler und nationaler Grundrechtsverantwortung. Die „föderative Balance“¹⁹² zwischen Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes wird so maßgeblich durch den europäischen Gesetzgeber mitbestimmt. Dabei suggeriert die binäre Unterscheidung zwischen gestaltungsoffenem und vollvereinheitlichtem Unionsrecht einen prinzipiellen Unterschied, wo es letztlich um graduelle Abstufungen geht.¹⁹³ Der legislativ skalierbare Harmonisierungsgrad ist Ausdruck der föderativ skalierbaren Kompetenzfrage, inwieweit der europäische Gesetzgeber politische Entscheidungsverantwortung – im jeweils kompetenzrechtlich zulässigen Umfang – selbst wahrnehmen oder sie den Mitgliedstaaten überlassen will.

Die entscheidende Frage eines normativ richtig kalibrierten Spielraumtests lautet deshalb, ob und inwieweit es der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten innerhalb des unionsrechtlich gezogenen Rahmens freigestellt hat, nationale Maßnahmen eigenverantwortlich und unter Zugrundelegung verschiedener Wertungen zu erlassen. Anders gewendet, ob und inwieweit manifestiert sich im Sekundärrecht die Absicht des Unionsgesetzgebers, „den spezifischen Aspekt eines bestimmten Bereichs erschöpfend zu regeln, wodurch den Mitgliedstaaten von vornherein die Möglichkeit genommen

190 Letztere exemplifiziert anhand der Rspr. des BVerfG. Zum ganzen bereits *Wendel*, Europäischer Grundrechtsschutz (Fn. 17), 334 ff.

191 BVerfGE 152, 152 (Rn. 54) – *Recht auf Vergessen I*.

192 Ebd., Rn. 53.

193 Vgl. bereits *Mattias Wendel*, Neue Akzente im europäischen Grundrechtsverbund, EuZW 2012, 213–218 (216).

wird, eigene Vorschriften zu erlassen“?¹⁹⁴ Dieser Spielraumtest erfordert somit eine – oft kleinteilige und mühevoll – Auslegungsarbeit am und mit dem Fachrecht.¹⁹⁵

In der Spielraumrechtsprechung des EuGH, zunehmend aber auch des BVerfG,¹⁹⁶ steht die fachrechtlich manifestierte Verteilungsentscheidung des Unionsgesetzgebers folgerichtig zunehmend im Zentrum. Bei der Bestimmung des Harmonisierungsgrades geht es indes nicht um eine bereichsbezogene Makroanalyse, sondern um eine an der jeweiligen Einzelnorm in ihrem systematischen Kontext ansetzende Mikroanalyse.¹⁹⁷ Mit dem EuGH müssen die betreffenden Normen des Fachrechts „die Absicht des Unionsgesetzgebers erkennen lassen, den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum einzuräumen“.¹⁹⁸ Entscheidend ist somit der „vom Unionsgesetzgeber beabsichtigte Harmonisierungsgrad“.¹⁹⁹ Zuweilen lässt sich eine solche Ab-

194 So GA Bobek, Schlussanträge v. 25.7.2018, Rs. C-310/16, ECLI:EU:C:2018:623, Rn. 74 – *Dzivev*.

195 In dieser Fokussierung auf das legislative Fachrecht bestehen Nähen zu der maßgeblich von Eberhard Schmidt-Aßmann geprägten sog. „normativen Ermächtigungslehre“, deren Ausgangspunkt die „methodenbestimmte Arbeit am Gesetz“ ist (Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin: Springer 2006, Kapitel 4, Rn. 47) und welche administrative Letztentscheidungsrechte in überzeugender Weise auf die rechtsnormative und legitimationsstiftende Ermächtigung durch die Legislative zurückführt, die die Kompetenzverteilung zwischen Exekutive und Judikative in den Grenzen des Verfassungsrechts steuert (Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 19 Abs. 4, Rn. 186 f. m.w.N.) Während die normative Ermächtigungslehre allerdings administrative Letztentscheidungsrechte und damit einen spezifischen Aspekt der horizontalen Kompetenzverteilung adressiert, geht es im vorliegenden Kontext um die vertikale Kompetenzfrage im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten. Trifft das Unionsrecht allerdings ausnahmsweise zugleich „diagonal“ Vorgaben zum Gewaltengefüge auf nationaler Ebene, z.B. in Gestalt der Einforderung unabhängiger nationaler Behörden, die u.U. nur reduzierter gerichtlicher Kontrolle unterliegen, stellt sich die Ermessensfrage mehrereben-spezifisch und finden Grundrechtspluralismus und normative Ermächtigungslehre zusammen. Zum Ganzen Mattias Wendel, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 186 ff. sowie zusammenfassend 252 ff.

196 BVerfGE 152, 216 (Rn. 79) – *Recht auf Vergessen II*.

197 Vgl. abermals GA Bobek, Schlussanträge *Dzivev* (Fn. 194), Rn. 73 f. Siehe zudem BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 44 – *Ökotox-Daten*, sowie ähnlich zuvor bereits BVerfGE 152, 216 (Rn. 78) – *Recht auf Vergessen II*.

198 EuGH, *Funke Medien* (Fn. 160), Rn. 34; *Spiegel-Online* (Fn. 160), Rn. 23; *Pelham* (Fn. 160), Rn. 82. Zu den Entscheidungen *Sacha Garben*, Fundamental Rights in EU Copyright Harmonization: Balancing Without a Solid Framework, CML Rev. 57 (2020), 1909–1932.

199 EuGH, *Funke Medien* (Fn. 160), Rn. 40; *Spiegel-Online* (Fn. 160), Rn. 23.

sicht unmittelbar den sekundärrechtlichen Erwägungsgründen entnehmen. So räumt etwa das im Rechtsstreit um das religiöse Schächten²⁰⁰ einschlägige tierschützende Sekundärrecht den Mitgliedstaaten ausdrücklich „ein gewisses Maß an Subsidiarität“ bzw. „eine gewisse Flexibilität“ ein.²⁰¹ Weitere anschauliche Beispiele kommen aus den Bereichen des Visumrechts,²⁰² der Dublin-III-Verordnung²⁰³ oder der Richtlinie über Geschäftsgeheimnisse, mit deren Regelungsdichte sich insbesondere der französische *Conseil constitutionnel* befasste.²⁰⁴

c) Horizontale Dimension: Grundrechtsvertrauen und seine Grenzen

aa) Horizontale Zuordnung von Grundrechtsverantwortlichkeit

Während mit der Frage nach der Reichweite der Unionsgrundrechte und der nationalen Grundrechte vorstehend das vertikale Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten aus zwei unterschiedlichen, aber komplementären Perspektiven in den Blick genommen wurde, fokussieren die folgenden Überlegungen auf die horizontale Dimension des europäischen Grundrechtsschutzes.²⁰⁵ Im Zentrum dieser Dimension steht das Prinzip *gegenseitigen Vertrauens*, d.h. das Vertrauen in die Grundrechtstreue der EU-Mitgliedstaaten untereinander.²⁰⁶ Es handelt sich dabei sowohl um ein

200 EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 71, zurückgehend auf eine Vorlage des belgischen VerfGH, Entscheidung v. 4.4.2019, Nr. 53/2019, Abschnitte B.21.2 und B.21.3.

201 So die Erwägungsgründe 18 und 57 der VO (EG) 1099/2009.

202 EuGH, Urteil v. 19.12.2013, Rs. C-84/12, ECLI:EU:C:2013:862, Rn. 60 – *Koushkaki*.

203 Vgl. den 17. Erwägungsgrund der VO (EU) 604/2013 in Bezug auf die – bereits als solche bezeichneten – Ermessensklauseln aus Art. 17. Aus der Rechtsprechung (zur Vorgängerregelung) EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14), Rn. 65 ff.

204 Vgl. den 10. Erwägungsgrund der Richtlinie (EU) 2016/943 sowie franz. *Conseil constitutionnel*, Entscheidung v. 26.8.2018, 2018–768 DC – *Geschäftsgeheimnis*.

205 Vgl. bereits *Ingolf Pernice*, Die horizontale Dimension des europäischen Verfassungsverbundes, in: Hans-Jörg Derra (Hrsg.), *Freiheit, Sicherheit und Recht: Festschrift für Jürgen Meyer*, Baden-Baden: Nomos 2006, 359–394.

206 Vgl. *Iris Canor*, My Brother's Keeper? Horizontal Solange. „An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe“, CML Rev. 50 (2013), 383–421; *Koen Lenaerts*, La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust, CML Rev. 54 (2017), 805–840; *Thomas Wischmeyer*, Generating Trust Through Law?, GLJ 17 (2016), 339–382 (344 ff.); *Valsamis Mitsilegas*, The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice, YBEL 31 (2012), 319–372; *Michael*

grundlegendes föderatives Rechtsprinzip als auch eine Wirksamkeitsbedingung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.²⁰⁷

Grundrechtsdogmatisch operationalisiert der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens primär²⁰⁸ als eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Rechtspflicht, die Grundrechtstreue der jeweils anderen EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich zu unterstellen.²⁰⁹ Das übersetzt sich in eine Vermutung mitgliedstaatlicher Grundrechtstreue, die nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ als widerlegt gilt.²¹⁰ Verfassungsrechtliches Fundament dieser Vermutung ist das Wesen der Union als Rechtsgemeinschaft und die Teilung der Werte aus Art. 2 EUV.²¹¹ Deshalb weist die Rechtsprechung zum gegenseitigen Vertrauen auch unmittelbare Bezüge zur Rechtsstaatskrise in mehreren Mitgliedstaaten auf, in denen die Einhaltung dieser Werte zur Disposition gestellt wird.²¹²

Bei der Berufung auf das gegenseitige Vertrauen und seine Grenzen geht es letztlich um die *Zuordnung von Grundrechtsverantwortlichkeit* zwischen den Mitgliedstaaten, also das „Wo“ des Schutzes der Unionsgrundrechte.²¹³ Relevant wird diese Zuordnungsfrage vor allem bei innereuropäischen Überstellungen: Eine Person soll aus dem EU-Mitgliedstaat, in dem sie sich gerade aufhält (Aufenthaltsstaat), in einen anderen EU-Mitgliedstaat überstellt werden (Zielstaat), z.B. in Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls oder weil das Dublin-System den Zielstaat als zuständig für die

Schwarz, Let's Talk About Trust, Baby! Theorizing Trust and Mutual Recognition in the EU's Area of Freedom, Security and Justice, *ELJ* 12 (2018), 124–141.

207 *Ann-Katrin Kaufhold*, Gegenseitiges Vertrauen, *EuR* 47 (2012), 408–431 (417 ff., 426 ff.).

208 Eine zweite Stoßrichtung besteht darin, dass ein Mitgliedstaat von einem anderen kein höheres nationales Grundrechtsschutzniveau *verlangen* darf, als das durch Unionsrecht gewährte, vgl. EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 56), Rn. 192.

209 EuGH, *EMRK-Beitritt II* (Fn. 56), Rn. 191, sowie *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 78, und *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 36; *Jawo* (Fn. 14), Rn. 81.

210 Ebd.

211 Vgl. EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 35; *Jawo* (Fn. 14), Rn. 80.

212 Grundlegend EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), sowie nachfolgend Urteil v. 17.12.2020, verb. Rs. C-354/20 PPU u.a., *ECLI:EU:C:2020:1033*, Rn. 39, 58 – *Openbaar Ministerie I*, und Urteil v. 22.2.2022, verb. Rs. C-562/21 PPU und C-563/21 PPU, *ECLI:EU:C:2022:100* – *Openbaar Ministerie II*.

213 Näher bereits *Mattias Wendel*, *Mutual Trust* (Fn. 147), 35 ff.

Durchführung des Asylverfahrens bestimmt.²¹⁴ Soweit der Aufenthaltsstaat die Überstellung in den Zielstaat im Rahmen des Unionsrechts betreibt, ist er verpflichtet, die Einhaltung von Unionsgrundrechten im Zielstaat grundsätzlich zu unterstellen. Es gilt die Vermutung der Grundrechtstreue.

Ist diese Vermutung aber widerlegt, erfolgt eine *präventive Vorverlagerung der Grundrechtsverantwortlichkeit* auf den Aufenthaltsstaat. Ihm wird letztlich eine Folgenverantwortung²¹⁵ auferlegt, die ihm eine Überstellung der betreffenden Person in den Zielstaat grundrechtlich verwehrt: Der Aufenthaltsstaat würde selbst grundrechtswidrig handeln, wenn er durch die Überstellung sehenden Auges die (Mit-)Ursache dafür setzte, dass die betreffende Person der tatsächlichen Gefahr einer Menschenrechtsverletzung im Zielstaat ausgesetzt würde. Urheber dieser zielstaatsbezogenen Gefahr bleibt freilich der Zielstaat,²¹⁶ der im Unterschied zu Drittstaaten selbst an Unionsgrundrechte gebunden und zudem Vertragsstaat der EMRK ist.

Sollen Entscheidungs- und Grundrechtsverantwortung nicht über Gebühr auseinanderfallen, muss die *grundrechtliche Primärverantwortlichkeit* im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts freilich bei dem problemverursachenden Zielstaat verbleiben. Betroffene Individuen müssen sich mittels der Unionsgrundrechte primär gegen seine, das Grundrechtsproblem im Ursprung verursachende Hoheitsgewalt zur Wehr setzen.²¹⁷ Eine präventive Vorverlagerung der Grundrechtsverantwortlichkeit auf den Aufenthaltsstaat ist mit dem EuGH auf „außergewöhnliche Umstände“ zu begrenzen.²¹⁸ Die Richtigkeit dieses Ansatzes verdeutlicht eine Kontrollüberlegung: Den nicht problemursächlichen Aufenthaltsstaat immer schon dann in die Pflicht zu nehmen, wenn die bloße Möglichkeit einer späteren

214 Für Dublin-Überstellungen jetzt eingehend *Lisa-Marie Lühns*, Überstellungsschutz und gegenseitiges Vertrauen, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

215 Vgl. *Ingo Kraft*, Vom Konflikt zur Konvergenz, NVwZ 2014, 969–976 (974).

216 Anders ist dies, wenn die Gefahr nicht zielstaatsbezogen ist, sondern unmittelbar aus der Überstellungshandlung selbst resultiert, etwa wenn der Gesundheitszustand der Person durch den Transport ernsthaft gefährdet wäre, vgl. EuGH, Urteil v. 16.2.2017, Rs. C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127, Rn. 73 – *C. K. u.a.* Vgl. für den Fall, dass die zu überstellende Person schwer krank ist, zudem Urteil v. 18.4.2023, Rs. C-699/21, ECLI:EU:C:2023:295 – *E.D.L. (krankheitsbedingtes Überstellungsverbot)*, mit einer Auslegung von Art. 1 Abs. 3 und Art. 23 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses 2002/584 im Lichte des Art. 4 GRCh.

217 Vgl. EuGH, Urteil v. 23.1.2018, Rs. C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27, Rn. 50 – *Piotrowski*. Das gilt freilich nur soweit der Zielstaat im Anwendungsbereich des Unionsrechts handelt.

218 Vgl. die in Fn. 209 genannte Rechtsprechung.

Grundrechtsverletzung im Zielstaat bestünde, hieße den notwendigen Konnex zwischen politischer Entscheidungsverantwortung und Grundrechtsverantwortung aufzulösen und ggf. sogar negative Anreizstrukturen zu schaffen. So hätte es der Zielstaat im Asylrecht durch bewusste Absenkung seiner Standards, etwa bei der Unterbringung von Asylantragstellern, selbst in der Hand, andere Mitgliedstaaten präventiv in die Pflicht zu nehmen und Asylantragsteller von sich fern zu halten.²¹⁹ Im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wiederum könnte die übermäßige Vorverlagerung der Grundrechtsverantwortung auf den Aufenthaltsstaat zu faktischer Straffreiheit für ins europäische Ausland entflohenen Täter führen.²²⁰ Andererseits ist im Anwendungsbereich des Unionsrechts ein effektiver Grundrechtsschutz sicherzustellen, der jedenfalls ausschließen muss, dass eine Person sehenden Auges Zuständen ausgesetzt wird, die mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit zur Verletzung elementarer Garantien führen.

bb) Widerleglichkeit der grundrechtlichen Vertrauensvermutung

Angesichts dieses Spannungsfeldes vermag es nicht zu überraschen, dass die genaue Bestimmung der Widerleglichkeitsschwelle umstritten ist und in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet.²²¹ Im Grundsatz ist immerhin gesichert, dass es einem Mitgliedstaat verwehrt sein muss, eine Person sehenden Auges in einen anderen Mitgliedstaat zu überstellen, in dem diese Person „tatsächlich Gefahr läuft“ (*EN real risk*, *FR risque réel*), einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.d. Art. 4 GRCh ausgesetzt zu werden.²²² Gleiches gilt bei einer echten Gefahr für eine

219 Zwar bliebe der Zielstaat weiterhin für die Zustände in seinen Asylunterbringungszentren oder Haftanstalten grundrechtlich verantwortlich, würde diese Grundrechtsverantwortung – jenseits eines durch die Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens – aber in all denjenigen Fällen *de facto* nicht mehr wahrnehmen müssen, in denen präventiv bereits die Grundrechtsverantwortung der anderen Mitgliedstaaten greift.

220 Vgl. EuGH, *Openbaar Ministerie I* (Fn. 212), Rn. 62 ff.

221 Näher zum Ganzen bereits *Mattias Wendel*, Menschenrechtliche Überstellungsverbote, DVBl. 130 (2015), 731–741, sowie *ders.*, Die Pflicht zur Berücksichtigung der Lebensumstände von anerkannt Schutzberechtigten im EU-Ausland, JZ 74 (2019), 983–989 (985 ff.).

222 Für das Asylrecht grundlegend EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14), Rn. 106 ff.; *Jawo* (Fn. 14), Rn. 87 ff., sowie aus EMRK-Perspektive EGMR, *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*,

Verletzung des Wesensgehaltes des Art. 47 Abs. 2 GRCh.²²³ Innereuropäische Überstellungsverbote greifen also jedenfalls dort, wo die echte Gefahr einer Verletzung der abwägungsfesten Garantie des Art. 4 GRCh oder des ebenfalls abwägungsfesten Wesensgehaltes eines Grundrechtes droht. Umgekehrt reicht die bloße Möglichkeit einer Verletzung nicht abwägungsfester Unionsgrundrechte im Zielstaat für ein Überstellungsverbot nicht aus.²²⁴ Es bedarf einer besonderen Schwere, die bei Art. 4 GRCh bereits tatbestandlich eingezogen ist und bei Art. 47 Abs. 2 GRCh insbesondere aus dem Fehlen richterlicher Unabhängigkeit als wesensgehaltseinräumender Grundvoraussetzung des Rechtsstaates resultiert.²²⁵

Unklar bzw. umstritten sind indes die an die Gefahrenprognose anzulegenden Kriterien. Das schließt die Frage ein, ob das vom EuGH im Jahr 2011 eingeführte²²⁶ und sodann in der Dublin-III-Verordnung kodifizierte²²⁷ Kriterium der „systemischen Mängel“ im Zielstaat eine notwendige oder lediglich eine hinreichende Bedingung für ein Überstellungsverbot ist.²²⁸ Im Hintergrund steht ein mittlerweile abgeschwächter,²²⁹ aber etwa zum Zeitpunkt des EMRK-Beitrittsgutachtens²³⁰ noch offen ausgetragener Konflikt mit dem EGMR. Straßburg hatte das Kriterium systemischer

App. No. 30696/09, Urteil v. 21.1.2011; *Tarakhel v. Schweiz* (Fn. 36). Für den europäischen Haftbefehl grundlegend EuGH, *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 88 ff.

223 EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 59 ff., 68 ff., bestätigt in *Openbaar Ministerie I* (Fn. 212). Weniger klar auf den Wesensgehalt bezogen *Openbaar Ministerie II* (Fn. 212) (vgl. aber immerhin Rn. 65), wobei auch diese Entscheidung, die sich auf das Grundrecht auf ein faires Verfahren vor einem zuvor durch Gesetz errichteten Gericht bezieht, letztlich im Kern die im Zielstaat fehlende judikative Unabhängigkeit in den Mittelpunkt stellt. Das Erfordernis richterlicher Unabhängigkeit gehört aber nach st. Rspr. gerade zum Wesensgehalt des Grundrechts auf ein faires Verfahren.

224 Implizit EuGH, Urteil v. 19.3.2019, verb. Rs. C-297/17 u.a., ECLI:EU:C:2019:219, Rn. 99 f. – *Ibrahim u.a.*, in Bezug auf eine mögliche Verletzung des Art. 18 GRCh im Zielstaat (allerdings nicht im Kontext einer Dublin-Überstellung, sondern eines asylrechtlichen „Aufstocker“-Falles).

225 Hierzu durchweg deutlich die in Fn. 223 zitierte Rechtsprechung.

226 Grundlegend EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14), Rn. 86, 89.

227 Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin-III-VO.

228 Zum Problem *Cathryn Costello*, *Courting Access to Asylum in Europe*, HRLR 2012, 287–339 (331); *Daniel Thym*, Zulässigkeit von Dublin-Überstellungen nach Italien, ZAR 2013, 331–335, *Anna Lübke*, „Systemische Mängel“ in Dublin-Verfahren, ZAR 2014, 105–111; *Wendel*, Überstellungsverbote (Fn. 221), jeweils m.w.N.

229 Die Ansätze von EuGH und EGMR diplomatisch als mittlerweile weitgehend deckungsgleich beschreibend *Lenaerts* (Fn. 206), 805–840 (831 ff.).

230 Dazu bereits II.2.b.bb.

Mängel für Fälle innerhalb der EU zunächst aufgegriffen,²³¹ dann aber im Jahr 2014, nur wenige Monate vor dem Beitrittsgutachten des EuGH, spektakulär verworfen. Aus konventionsrechtlicher Perspektive dürfe es, so der EGMR, nicht auf die Quelle des Risikos, sondern allein auf eine individuelle Einzelfallprüfung ankommen.²³² Aus Sicht des EuGH negierte der EGMR den föderativen Charakter der EU, indem er das Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten untereinander nicht anders als deren Verhältnis zu Drittstaaten behandelte und EU-Mitgliedstaaten letztlich zur wechselseitigen Prüfung der Beachtung der Grundrechte im Einzelfall verpflichtete.²³³ Die Furcht vor der Straßburger Föderalismusblindheit gegenüber der EU erscheint damit als einer von mehreren Gründen des EuGH, sich gegen den Beitritt in seiner damals ausverhandelten Form auszusprechen.

Demgegenüber legt der EuGH mittlerweile einen zweistufigen Maßstab an, der in der Leitentscheidung *Aranyosi u.a.* zunächst für den Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt²³⁴ und sodann auf das Asylrecht übertragen wurde, auch wenn hier Unschärfen verbleiben.²³⁵ Danach kommt es auf der *ersten Stufe* auf das „Vorliegen systemischer oder allgemeiner, bestimmte Personengruppen oder bestimmte Haftanstalten betreffender Mängel“²³⁶ an. Es handelt sich um einen abstrakt-generellen Maßstab, der auch als *systemische Mängel im weiteren Sinne* bezeichnet werden kann, d.h. als Mängel, die strukturell über den Einzelfall hinausgehen, aber nicht zwingend einem Versagen des gesamten Haft- oder Asylsystems (*systemische Mängel im engeren Sinne*) gleichkommen müssen.²³⁷ Unter die Kategorie der „bestimmten Personengruppen“ fallen z.B. Familien mit Kleinkindern, was den Konflikt mit dem EGMR jedenfalls in

231 Vgl. u.a. EGMR, *Mohammed Hussein u.a. v. Niederlande und Italien*, App. No. 27725/10, Urteil v. 2.4.2013, Rn. 78.

232 EGMR, *Tarakhel v. Schweiz* (Fn. 36), Rn. 103–105.

233 Sinngemäß *EMRK-Beitritt II* (Fn. 56), Rn. 194 f.

234 EuGH, *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 89 f. Näher Tobias Reinbacher/Mattias Wendel, Menschenwürde und Europäischer Haftbefehl, EuGRZ 2016, 333–344.

235 EuGH, *Jawo* (Fn. 14), Rn. 90. Zu verbleibenden Unklarheiten im Einzelnen Wendel, Überstellungsverbote (Fn. 221).

236 EuGH, *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 89 f., sowie, bestätigend, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 68 ff.; Urteil v. 15.10.2019, Rs. C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857, Rn. 52 – *Dorobantu*.

237 Ein solcher Zusammenbruch des gesamten Asylsystems lag EuGH, *N.S. u.a.* (Fn. 14) zugrunde.

der asylrechtlichen Praxis merklich abschwächt.²³⁸ Auf der zweiten Stufe müssen die nationalen Gerichte dem EuGH zufolge prüfen, ob die abstrakt im Zielstaat bestehende Gefahr auch auf den konkret-individuellen Fall durchschlägt.²³⁹ Am Erfordernis dieses zweiten, kumulativ zu prüfenden Erfordernisses hat der EuGH auch ausdrücklich im Kontext der Rechtsstaatskrise festgehalten und damit zugleich einer generalisierenden Aussetzung horizontaler Zusammenarbeit einen Riegel vorgeschoben, solange das Art.-7-Verfahren nicht erfolgreich betrieben wurde.²⁴⁰ Deshalb hat es ein irisches Gericht hinzunehmen und die Überstellung nach Polen zuzulassen, wenn zwar die polnische Judikative in Teilen politisch kompromittiert wurde, dieser Mangel an richterlicher Unabhängigkeit aber nicht erkennbar negativ auf ein Strafverfahren im Bereich apolitischer²⁴¹ Alltagskriminalität durchschlägt.²⁴²

cc) Förderative Schutzfunktion des Kriteriums systemischer Mängel

Als Differenz zwischen den Ansätzen von EGMR und EuGH verbleibt damit der Umstand, dass es nach dem EGMR *ausschließlich* auf eine Einzelfallprüfung ankommt, während der EuGH ihr zwingend eine abstrakt-generelle Prüfung vorschaltet. Darin liegt nicht lediglich eine unbedeutende rechtsdogmatische Varianz. Vielmehr erfüllt die nach dem EuGH eingezogene Schwelle *systemischer Mängel im weiteren Sinne* eine grundlegende und konzeptionell überzeugende *förderative Schutzfunktion*.²⁴³ Sie sichert – ebenso wie die Eingrenzung der Überstellungsverbote auf grundrechtliche Elementargarantien – den Konnex zwischen politischer Entscheidungs- und grundrechtlicher Primärverantwortung auch in horizontaler Hinsicht zwischen den Mitgliedstaaten ab und bewahrt damit die Zuordnung der

238 In *Tarakhel* ging es gerade um die Unterbringung von Familien mit Kleinkindern in Italien.

239 EuGH, *Aranyosi und Căldăraru* (Fn. 36), Rn. 91 ff.; *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15), Rn. 68 ff.; *Dorobantu* (Fn. 236), Rn. 55.

240 EuGH, *Openbaar Ministerie I* (Fn. 212), Rn. 53 ff.; *Openbaar Ministerie II* (Fn. 212), Rn. 50 ff.

241 So überhaupt irgendetwas apolitisch sein könnte.

242 So dann Irischer High Court, Urteil v. 19.11.2018, [2018] IEHC 639 – *The Minister for Justice and Equality -v- Celmer No. 5*, in Reaktion auf EuGH, *Minister for Justice and Equality gegen LM* (Fn. 15).

243 Vgl. bereits *Wendel*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht (Fn. 103), III–131 (123 ff.).

Grundrechtsverantwortlichkeit innerhalb des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Das Kriterium der systemischen Mängel fügt sich auch in kohärenter Weise in andere Bereiche europäischen Verfassungsrechts ein.²⁴⁴ Letztlich verfolgt der EuGH einen Ansatz, der für das horizontale Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander als funktionelles Äquivalent zur *Solange*-Rechtsprechung erscheint und dazu beiträgt, das normative Versprechen des Konstitutionalismus auch in einem rechtspluralistischen Kontext einzulösen.²⁴⁵

Freilich wachsen die mitgliedstaatlichen Gerichte durch die prognostische Prüfung der Grundrechtstreue anderer Mitgliedstaaten in eine problematische horizontale Wächterrolle hinein. Französische Richter sollten aus institutionellen, strukturellen und legitimatorischen Gründen grundsätzlich nicht zu „ungarischen Oberhafrichtern“ oder „bulgarischen Obersozialrichtern“ werden.²⁴⁶ Das Kriterium systemischer Mängel im weiteren Sinne schützt insoweit auch vor einer judikativen Atomisierung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, da es die Grundrechtsverantwortung des Aufenthaltsstaates erst dann aktiviert, wenn eine Gefahr im Zielstaat aufgrund verallgemeinerbarer Zustände und mit einem qualifizierten Grad an Vorhersehbarkeit droht. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Zielstaat ganz oder teilweise seinen Charakter als Rechtsstaat verliert.

d) Internationale Dimension: Zwischen Offenheit und Selbstbehauptung

Die vierte Perspektive schließlich ist die grundrechtliche Öffnung für – und Selbstbehauptung gegen – den internationalen Raum. Die herausragende Bedeutung der EMRK für die Auslegung der Unionsgrundrechte und die damit verbundene Permeabilität des Unionsrechts für die Konvention wurden bereits dargestellt.²⁴⁷ Gleiches gilt für die Komplexität des EMRK-Beitritts und den dagegen vom EuGH ins Feld geführten Autonomieschutz.²⁴⁸

Darüber hinaus stellt sich die Frage der Reichweite der Unionsgrundrechte im internationalen Raum speziell in Bezug auf völkerrechtlich deter-

244 Zu diesen Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis, Das systemische Defizit, ZaöRV 74 (2014), 283–328.

245 Iris Canor, Solange horizontal: Der Schutz der EU-Grundrechte zwischen Mitgliedstaaten, ZaöRV 73 (2013), 249–294 (293).

246 Vgl. treffend Jan Bergmann, Das Dublin-Asylsystem, ZAR 2015, 81–90 (86).

247 II.2.b.aa.

248 II.2.b.bb.

minierte Rechtsakte. Wegweisend sind die *Kadi*-Entscheidungen über die unionsrechtliche Umsetzung sog. *Smart Sanctions* des UN-Sicherheitsrates, die u.a. das Einfrieren der Konten von Terrorverdächtigen umfassen.²⁴⁹ Funktional äquivalent zur *Solange-I*-Rechtsprechung des BVerfG bekräftigte der EuGH den Geltungsanspruch der Unionsgrundrechte und den Kontrollanspruch der Unionsgerichtsbarkeit auch gegenüber Unionsrechtsakten, die durch Resolutionen des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta determiniert sind.²⁵⁰ Für eine Einschränkung oder gar Aufhebung der Justiziabilität resolutionsrechtlich determinierten Sekundärrechts bleibe mit Blick auf den grundlegenden unionsverfassungsrechtlichen Charakter des Grundrechtsschutzes und in derzeitiger Ermangelung eines hinreichenden Schutzniveaus auf internationaler Ebene kein Raum.²⁵¹

Mit dieser grundlegenden Aussage trat der EuGH dem völkerrechtsfreundlicheren Ansatz des EuG entgegen, das die Überprüfung resolutionsrechtlich determinierten Sekundärrechts allein in Bezug auf die Einhaltung von *ius cogens* für zulässig hielt.²⁵² Letztlich stärkt der EuGH so einerseits die Selbstbehauptung der unionalen Grundrechtsordnung und ihrer im internationalen Vergleich hohen Standards gegenüber dem Völkerrecht, bedient sich aber andererseits Argumentationsmustern, deren Verwendung er nationalen Verfassungsgerichten in Bezug auf das Verhältnis europäischen und nationalen Verfassungsrechts selbst nicht durchgehen lässt.²⁵³

2. Einheit und Vielfalt in Auslegung und Anwendung

a) Grundrechtsauslegung

Das charakteristische Wechselspiel zwischen Einheit und Vielfalt zeigt sich auch bei der Auslegung und Anwendung der Unionsgrundrechte. Im Unterschied zu anderen primärrechtlichen Normenkomplexen enthält die

249 Zur Problematik eingehend *Christina Eckes*, *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights: The Case of Individual Sanctions*, Oxford: OUP 2009.

250 EuGH, Urteil v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 P u.a., ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 281–285, 321–326 – *Kadi I*; Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-584/10 P u.a., ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 66–68 – *Kadi II*.

251 Ebd.

252 Vgl. noch EuG, Urteil v. 21.9.2005, Rs. T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, Rn. 226 ff – *Kadi I*, den konkreten Inhalt des *ius cogens* als geltend unterstellend.

253 Vgl. EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*, worauf auch das EuG in Analogie verwies (a.a.O., Rn. 224).

Charta sogar ein eigenes Regelungswerk über ihre Auslegung, sieht also unmittelbar methodenrelevante Normen²⁵⁴ vor. So fußt die interpretative Rückbindung der Charta an die EMRK auf Art. 52 Abs. 3 GRCh, die an die nationalen Verfassungsüberlieferungen auf Art. 52 Abs. 4 GRCh. Ferner sind die Erläuterungen zur Charta gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 GRCh bei der Auslegung gebührend zu berücksichtigen.²⁵⁵ Ursprünglich vom Präsidium des Grundrechtekonvents erstellt und später während der Entstehung des Verfassungsvertrages und des Vertrages von Lissabon angepasst, geben die Erläuterungen Rückschluss auf die Kongruenz einzelner Charta-Rechte mit Garantien der EMRK und führen einschlägige EuGH-Rechtsprechung zu einzelnen Grundrechten auf. Diese Kommentierung erfolgt allerdings nur cursorisch. Der Sache nach handelt es sich nicht nur um unvollständige, sondern mangels Aktualisierung auch um historisch eingefrorene Hintergrundinformationen. Dass die Erläuterungen heute gleichwohl bei der Auslegung der Charta gebührend zu berücksichtigen sind, ist letztlich ein britischer Verhandlungserfolg. Obgleich sich die britischen Vertreter in Konvent bzw. Regierungskonferenz mit der Maximalforderung, die Charta möge erst gar nicht rechtsverbindlich werden und keine Änderung der Rechtslage bewirken, nicht durchsetzen konnten, erwirkten sie zumindest die Aufnahme dieser Auslegungsregel als potenzielles Gegengewicht zu einer dynamischen Auslegung der Charta.²⁵⁶ Gleichwohl darf die Pflicht zur Einbeziehung der Erläuterungen in den Auslegungsvorgang²⁵⁷ rechtspraktisch nicht überschätzt werden.²⁵⁸

Der EuGH verfolgt in der Tendenz eine dynamisch-evolutive Auslegung der Charta, die er in Anlehnung an die EMRK seit kurzem sogar ausdrücklich als „living instrument“ bezeichnet, das „im Licht der gegenwärtigen Lebensbedingungen und der heute in demokratischen Staaten vorherrschenden Vorstellungen auszulegen“ sei.²⁵⁹ In der Gesamtschau legt der EuGH

254 Zum Begriff *Thomas Groh*, Methodenrelevante Normtexte im Gemeinschaftsrecht, in: Friedrich Müller/Isolde Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin: Duncker & Humblot 2004, 263–286.

255 Zur Bedeutung der Erläuterungen im Prozess der Auslegung näher *Mattias Wendel*, Renaissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht?, *ZaöRV* 68 (2008), 803–827 (815 ff.).

256 Zur Genese ebd., 817 ff.

257 Vgl. aus der Rechtspraxis prominent etwa EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 3), Rn. 20; Urteil v. 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16 u.a., ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 55 – *Bauer u.a.*

258 S. bereits *Wendel*, Renaissance (Fn. 255).

259 EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 77.

trotz seiner vielbeschriebenen Rolle als „Motor der Integration“²⁶⁰ die Grundrechte, ja das Unionsrecht überhaupt,²⁶¹ aber methodenkonservativer aus als vielfach unterstellt.²⁶² Auch wirken Grundrechtsauslegung und -anwendung durch den EuGH nicht *per se* unitarisierend. Vielmehr erkennt der EuGH den Mitgliedstaaten Wertungsspielräume zu²⁶³ bzw. trägt der Entscheidung des Unionsgesetzgebers Rechnung, solche Spielräume zu eröffnen.²⁶⁴

In der Rechtspraxis spielt die grundrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts (durch den EuGH)²⁶⁵ sowie des innerstaatlichen Rechts (durch die nationalen Gerichte)²⁶⁶ eine zentrale Rolle. Sie erlaubt es, das Sekundärrecht unterhalb der Schwelle seiner Nichtigkeitserklärung²⁶⁷ und das nationale Recht unterhalb der Schwelle seiner Nichtanwendung auf unionsgrundrechtlichen Kurs zu bringen. Dabei kann die Konformauslegung innerstaatlich auch über eine „Auslegung“ im engeren Sinne²⁶⁸ hinausgehen, etwa wenn das BVerfG im Wege einer „Anwendungserweiterung“ des Art. 19 Abs. 3 GG auch juristischen Personen mit Sitz in der EU die Grundrechtsberechtigung zuerkennt.²⁶⁹

260 Ulrich Everling, Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts, EuR 22 (1987), 214–235 (235).

261 Allgemein zu den Auslegungsmethoden des EuGH Stephan Grundmann, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, Konstanz: Hartung-Gorre 1997; Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, Bd. II, Berlin: Duncker & Humblot 2012, 26 ff., sowie speziell zum Verhältnis „zwischen Zentralismus und Pluralismus“ 619 ff.

262 Näher Wendel, Präjudizienrecht (Fn. 64), 127 ff. m.w.N.

263 Klassisch im Bereich der Rechtfertigung der Beschränkung von Grundfreiheiten EuGH, Urteil v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 37, 39 – *Omega*.

264 EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 71 ff.

265 Vgl. EuGH, *E.D.L. (krankheitsbedingtes Überstellungsverbot)* (Fn. 216), Rn. 53.

266 Bis hin zum nationalen Verfassungsrecht, vgl. BVerfGE 152, 152 (Rn. 61) – *Recht auf Vergessen I*.

267 Für ein Beispiel der Nichtigkeitserklärung siehe indes EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10).

268 Wobei der Interpretationsbegriff etwa in der französischen Tradition ohnehin weiter gefasst ist, vgl. *Matthias Jestaedt*, Luxemburger Richterrecht: Kognitive Dissonanzen im Diskurs über Selbstverständnis und Praxis des EuGH, in: Christian Hillgruber (Hrsg.), *Gouvernement des juges*, Paderborn: Schöningh 2014, 21–43 (32 ff.), zugleich mit treffenden Einwänden gegen die kategoriale Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung.

269 BVerfGE 129, 78 (Rn. 53 f.) – *Le Corbusier Designermöbel*, in Bezug auf das in Art. 18 AEUV enthaltene Diskriminierungsverbot, das grundrechtlich zugleich in Art. 21 Abs. 2 GRCh verankert ist.

b) Anwendung: Systematik der Grundrechtsprüfung im Überblick

Die Systematik der unionalen Grundrechtsprüfung kann im hiesigen Rahmen nur in größten Grundzügen und selbstredend nicht unter Bezugnahme auf jede Einzelgarantie skizziert werden. Für in Deutschland sozialisierte Jurist:innen ist die Einsicht besonders wichtig, dass die Systematik der Grundrechtsprüfung auf EU-Ebene nicht in allen Punkten der vertrauten deutschen Grundrechtsdogmatik entsprechen kann, sondern mit allen 27 innerstaatlichen Rechtsordnungen, Verfassungstraditionen und Methodenzugängen kompatibel bleiben muss. Die Herausbildung einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik erweist sich daher schon im Ausgangspunkt als enorme Herausforderung.²⁷⁰

Die Struktur unionsgrundrechtlicher Anwendungsbereiche variiert je nach Grundrechtstyp. Die Charta ist textlich ausdifferenzierter als der Grundrechtsteil des GG und umfasst klassische Freiheits- (Art. 6–19 GRCh) und Gleichheitsrechte (Art. 20–26 GRCh) ebenso wie menschenwürdebezogene Elementargarantien (Art. 1–5 GRCh), soziale Grundrechte (Art. 27–38 GRCh), Unionsbürgerrechte (Art. 39–46 GRCh) und justizielle Grundrechte (Art. 47–50 GRCh). Zu jedem dieser Rechte und Grundsätze liegt mittlerweile Rechtsprechung vor, wobei der EuGH besonders häufig das Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 47 Abs. 2 GRCh), das Recht auf Privatheit und Datenschutz (Art. 7 und 8 GRCh) und die Diskriminierungsverbote des Art. 21 GRCh auszulegen hat.²⁷¹ Bis auf wenige Ausnahmen sind die grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte hinreichend präzise und unbedingt normiert und erfüllen damit die normstrukturellen Kriterien der unmittelbaren Anwendbarkeit.²⁷² In aller Regel legt der EuGH den Anwendungsbereich der betreffenden Garantien weit aus.²⁷³ Dabei können sich einzelne Grundrechte in ihrem Schutzbereich gegenseitig verstärken bzw. verschränken.²⁷⁴ Eine Besonderheit besteht gemäß Art. 52 Abs. 2 GRCh für diejenigen Rechte, die bereits vor Schaffung bzw.

270 Dazu eingehend *Claus D. Classen*, Kann eine gemeineuropäische Grundrechtsdogmatik entstehen?, EuR 57 (2022), 279–301 (284 ff.).

271 Für einen Überblick über die Anwendung der Charta in den Mitgliedstaaten in vergleichender Perspektive vgl. die Beiträge in Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30).

272 Für eine Ausnahme vgl. EuGH, Urteil v. 15.1.2014, Rs. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 44–51 – AMS, zum legislativ konkretisierungsbedürftigen Art. 27 GRCh.

273 Vgl. explizit in Bezug auf die Religionsfreiheit EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 52.

274 Vgl. insbesondere für Art. 7 und 8 GRCh die in Fn. 10 zitierte Rechtsprechung.

Inkrafttreten der Charta durch die Verträge garantiert waren. Art. 52 Abs. 2 GRCh stellt einen umfassenden Gleichlauf des Anwendungsbereichs und der Rechtfertigungsmodalitäten dergestalt her, dass die Ausübung des betreffenden Rechts anhand der in den Verträgen verankerten Norm erfolgt, was in der Praxis v.a. für die Rechte der Unionsbürger relevant wird.²⁷⁵

Auch die Einschränkung (EN *limitation*, FR *limitation*) bzw. den Eingriff (EN *interference*, FR *ingérence*)²⁷⁶ fasst der EuGH konzeptionell breit. Handlungen Privater können dem Gerichtshof zufolge direkt in Unionsgrundrechte eingreifen, z.B. in Gestalt der Datenverarbeitung durch private Suchmaschinenbetreiber.²⁷⁷ In einigen Fällen nimmt der EuGH dabei bereits eine genauere Qualifikation der Eingriffstiefe vor.²⁷⁸

Die Prüfung der Rechtfertigung bildet, so nicht eine abwägungsfeste Garantie in Rede steht,²⁷⁹ in aller Regel den Schwerpunkt der Grundrechtsprüfung. Ein Schrankentransfer aus der EMRK erfolgt dabei über Art. 52 Abs. 3 GRCh. Soweit wegen Art. 52 Abs. 2 GRCh die vertraglich geregelten Schrankenregelungen Anwendung finden, richtet sich die Rechtfertigungsprüfung nach diesen Vorschriften. In aller Regel aber gibt Art. 52 Abs. 1 GRCh die Grundstruktur der Rechtfertigungsprüfung vor. Danach muss die Einschränkung zunächst *gesetzlich vorgesehen* sein. Entgegen der im deutschen Verfassungsrecht vertrauten Wesentlichkeitslehre handelt es sich bei diesem Erfordernis nicht um einen Parlamentsvorbehalt, sondern, wie auch im Rahmen der EMRK, um einen bloßen Rechtsaktsvorbehalt, d.h. den Vorbehalt eines Gesetzes im materiellen, nicht jedoch im formellen Sinne.²⁸⁰ In Bezug auf grundrechtseinschränkende EU-Gesetzgebung folgt

275 Vgl. im Einzelnen *Mattias Wendel*, Rechte der Unionsbürger, in: Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 2: Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden: Nomos 2022, § 23, Rn. 38 ff.

276 Art. 52 Abs. 1 GRCh spricht von Einschränkung (EN *limitation*, FR *limitation*). Der EuGH verwendet beide Begriffe im Wesentlichen synonym, vgl. einerseits Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, Rn. 45 – *Delvigne* (Einschränkung), andererseits Urteil v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 44, 59 – *Sky Österreich* (Eingriff).

277 EuGH, *Google Spain* (Fn. 10), Rn. 38, 80.

278 So z.B. in EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10), Rn. 37: „von großem Ausmaß und als besonders schwerwiegend anzusehen“.

279 Wie insbesondere Art. 4 GRCh. Dazu aus der Rechtsprechung EuGH, *E.D.L. (krankheitsbedingtes Überstellungsverbot)* (Fn. 216), Rn. 38.

280 Vgl. *Matthias Cornils*, Schrankendogmatik, in: Grabenwarter (Fn. 275), § 7, Rn. 92. Eingehend zur Problematik und Plädoyer für einen formellen Gesetzesvorbehalt bei *Henning Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 151 ff.

das bereits aus dem Umstand, dass das Europäische Parlament außerhalb des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens nur in eingeschränkter Weise an der Rechtsetzung beteiligt ist und in diesen Bereichen ein Parlamentsvorbehalt entweder ins Leere ginge oder aber das vertraglich festgelegte Rechtsetzungsverfahren aushebeln würde. Bei zutreffendem föderativem Verständnis bezieht sich Art. 52 Abs. 1 GRCh aber nicht allein auf materielle Gesetze der Union, sondern ebenso auf solche der Mitgliedstaaten.²⁸¹ Auch die Mitgliedstaaten können im Anwendungsbereich des Unionsrechts auf gesetzlicher Grundlage Unionsgrundrechte einschränken. Gegenüber den Mitgliedstaaten kann das Unionsrecht aber ebenfalls keinen Parlamentsvorbehalt einfordern, da die Befugnis zur parlamentarischen Rechtserzeugung in einigen Mitgliedstaaten wiederum von Verfassungs wegen sachbereichlich limitiert ist, das Parlament also mitunter in dem betreffenden Bereich gar kein Gesetz erlassen dürfte.²⁸²

Zweitens darf die Einschränkung den *Wesensgehalt* des betreffenden Grundrechts nicht antasten. Der unionsgrundrechtliche Wesensgehalt ist ein Beispiel für eine zunehmend eigenständige unionale Grundrechtsdogmatik, die sich in Teilen von ihren historischen Vorbildern – hier u.a. Art. 19 Abs. 2 GG – gelöst hat. So geht der Wesensgehalt gerade nicht im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf, sondern markiert den grundrechtlichen Kern, der einer Abwägung nicht zugänglich ist.²⁸³ Dieser ist nach der Rechtsprechung nur dann berührt, wenn das Grundrecht schlechthin entzogen, d.h. *als solches* (EN *as such*, FR *en tant que tel*) in Frage gestellt wird.²⁸⁴ Das soll z.B. der Fall sein, wenn einer Behörde gestattet wird, „generell auf den Inhalt elektronischer Kommunikation zuzugreifen“.²⁸⁵ Weil der Wesensgehalt den abwägungsfesten Kern markiert, wird seine Verletzung konsequenterweise bereits vor dem Grundsatz der Verhältnis-

281 Dies nunmehr ausdrücklich anerkennend EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* u.a. (Fn. 12), Rn. 60.

282 In Frankreich etwa durch Art. 34 der französischen Verfassung. Dazu eingehend Nikolaus Marsch, *Rechtsetzung*, in: ders./Yoan Vilain/Mattias Wendel (Hrsg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin: Springer 2015, § 5, Rn. 12.

283 Vgl. Maja Brkan, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order*, EuConst 14 (2018), 332–368, 349 ff.; Koen Lenaerts, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, GLJ 20 (2019), 779–793.

284 Vgl. EuGH, *Delvigne* (Fn. 276), Rn. 48; Urteil v. 20.3.2018, Rs. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 43 – *Menci*.

285 So EuGH, *Schrems* (Fn. 10), Rn. 94.

mäßigkeit geprüft.²⁸⁶ Ist der Wesensgehalt verletzt, erübrigt sich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt an dritter Stelle und bildet regelmäßig das Herzstück der Rechtfertigungsprüfung. Die Prüfung umfasst stets das Vorliegen eines legitimen Ziels, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit. Das häufig entscheidende Element der Abwägung wird dabei entweder implizit in die Prüfung der Erforderlichkeit integriert oder aber – der deutschen Grundrechtsdogmatik angenähert – stärker von der Frage nach einem milderen Mittel gleicher Eignung separiert und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zugeordnet.²⁸⁷ Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung variiert der Gerichtshof seine Kontrolldichte je nach Fall. Die Skala reicht von der umfassenden gerichtlichen Nachprüfung (einschließlich der EU-Gesetzgebung)²⁸⁸ bis hin zur Überprüfung, ob das handelnde nationale oder europäische Organ seinen Beurteilungsbzw. Wertungsspielraum überschritten hat.²⁸⁹ Ähnlich dem EGMR erkennt der EuGH den Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen eine föderative *margin of appreciation* zu.²⁹⁰ Auch die Rechtfertigungsprüfung steht so im Zeichen eines Wechselspiels zwischen Einheit und Vielfalt. Eine föderative Disbalance im Sinne einer erhöhten Kontrolldichte gegenüber den Mitgliedstaaten bei gleichzeitig niederschwelliger Kontrolldichte gegenüber Unionsorganen²⁹¹ lässt sich jedenfalls in der jüngeren Rechtsprechung nicht ausmachen.²⁹²

286 Vgl. *pars pro toto* EuGH, Urteil v. 27.9.2017, Rs. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, Rn. 64 ff. – *Puškár*.

287 In der jüngeren Rechtsprechung scheint sich die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne jedenfalls in der Grundrechtsprechung zunehmend als eigenständiger Prüfungspunkt herauszubilden. Vgl. exemplarisch EuGH, *Sky Österreich* (Fn. 276), Rn. 50, 58 ff.; Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661 – *Schaible*, Rn. 29, 43, 60 ff.; Urteil v. 28.11.2023, Rs. C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924, *Commune d'Ans*, Rn. 40 f. Vgl. zudem EuG, Urt. v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483 – *Russia Today France/Rat*, Rn. 168 ff.

288 EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10), Rn. 47 f. im Sinne einer „strikten Kontrolle“. Zumeist ist die Kontrolldichte gegenüber dem Unionsgesetzgeber aber vergleichsweise niedrig, vgl. *Schaible* (Fn. 287), Rn. 47 ff. m.w.N.

289 Zu letzterem EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 67, 69, 71, 74.

290 Ebd.

291 So die Kritik bei Peter M. Huber, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 19 EUV, Rn. 19.

292 Vgl. als Gegenbeispiele exemplarisch einerseits EuGH, *Digital Rights Ireland u.a.* (Fn. 10), Rn. 47 f. (strikte Kontrolle gegenüber dem Unionsgesetzgeber), und an-

c) Pluralität der Grundrechtsverhältnisse

Die Vielfalt im System des unionalen Grundrechtsschutzes zeigt sich schlussendlich auch in der Pluralität der Grundrechtsverhältnisse. Schon das klassisch *vertikale Grundrechtsverhältnis* zwischen Individuum und öffentlicher Gewalt ist in der EU aufgrund des dezentralen Vollzugs oder der häufig mehrstufigen Rechtsetzung aufgefächert. Daher muss regelmäßig genau bestimmt werden, gegen die Ausübung welcher öffentlichen Gewalt das Individuum auf der Grundlage seiner Grundrechte vorgeht. Es gibt, mit anderen Worten, eine Vielschichtigkeit vertikaler Grundrechtsverhältnisse.

Zudem erstreckt sich das Unionsrecht auch auf *horizontale und multipolare Grundrechtsverhältnisse*. Trotz zahlreicher verbleibender Unsicherheiten hinsichtlich Grundlagen und Reichweite der unionsgrundrechtlichen Drittwirkung²⁹³ kann jedenfalls als gesichert gelten, dass das Unionsrecht und insbesondere Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh eine Direktwirkung nicht etwa generell ausschließen²⁹⁴ und dass der Gerichtshof mehreren Grundrechten Drittwirkung beigemessen hat, d.h. Wirkung zwischen Privaten im horizontalen Rechtsverhältnis. Das gilt allen voran für den Bereich des Antidiskriminierungsrechts²⁹⁵ und des Arbeitsrechts.²⁹⁶ Inwieweit der Gerichtshof diese Rechtsprechung auch auf andere Grundrechte und in andere Bereiche hinein erstrecken wird, bleibt abzuwarten. Eine besondere Bedeutung scheint dem Kriterium zuzukommen, inwieweit das betreffende Grundrecht auf das sich eine Privatperson beruft, schon „seinem Wesen nach mit

dererseits *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 67 ff., 74 (zurückgenommene Kontrolldichte gegenüber dem nationalen bzw. lokalen Normgeber).

293 Eingehend zur Problematik *Eleni Frantziou*, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union: a Constitutional Analysis*, Oxford: OUP 2019; *dies.*, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle?*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22 (2020), 208–232r; *Achim Seifert*, *L'effet horizontal des droits fondamentaux: Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2012, 801 ff.; *Hans D. Jarass*, *Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, 310–334 (330 ff.).

294 So ausdrücklich EuGH, *Bauer* (Fn. 257), Rn. 87.

295 EuGH, *Egenberger* (Fn. 11), Rn. 76 ff., in Bezug auf Art. 21 und Art. 47 GRCh; *IR (Katholischer Chefarzt)* (Fn. 11), Rn. 69, in Bezug auf Art. 21 GRCh.

296 EuGH, *Bauer* (Fn. 257), in Bezug auf das Recht auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 31 Abs. 2 GRCh, sowie Urteil v. 6.11.2018, Rs. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 – *Max-Planck*, ebenfalls in Bezug auf Art. 31 Abs. 2 GRCh.

einer entsprechenden Pflicht“ des jeweiligen Vertragspartners einhergeht.²⁹⁷ Eine spezifische Dogmatik der Drittwirkung ist der Rechtsprechung jedenfalls bislang kaum zu entnehmen. Der Gerichtshof unterscheidet auch nicht konzeptionell zwischen der – in kaum einem Mitgliedstaat anerkannten²⁹⁸ – unmittelbaren und der mittelbaren²⁹⁹ Drittwirkung, obwohl sich die Unionsgrundrechte in der Rechtsprechung in unterschiedlichen Modi auf horizontale bzw. multipolare Rechtsverhältnisse auswirken können. Die Spanne reicht von der lediglich grundrechtskonformen Auslegung nationalen und unionalen Rechts,³⁰⁰ über die Nichtanwendbarkeit EU-grundrechtswidrigen nationalen Rechts³⁰¹ bis hin zu Fällen, in denen einer privaten Vertragspartei unmittelbar aus dem Unionsgrundrecht fließende Rechtspflichten auferlegt zu werden scheinen.³⁰² Die Übergänge sind fließend, was eine genaue Kategorisierung der Drittwirkung erschwert.

Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive ist die genaue Kategorisierung vielleicht auch gar nicht entscheidend. Ungleich bedeutender erscheint die kompetenzrechtliche Frage, inwieweit es dem (Unions-)Gesetzgeber obliegt, horizontale bzw. multipolare Grundrechtsverhältnisse bereits in grundrechtskonkretisierender Weise legislativ vorzustrukturieren und insbesondere substanzielle Vorgaben für die Auflösung von Grundrechtskollisionen zu treffen. Rechtsdogmatisch kann diese Frage wiederum an den (materiellen) Gesetzesvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 GRCh angedockt werden. Ein besonders illustratives und gesellschaftlich relevantes Beispiel für diese Frage ist die Bindung von Social-Media-Plattformen an grund-

297 EuGH, *Bauer* (Fn. 257), Rn. 90. Dies betonend auch *Sacha Prechal*, Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 66 (2020), 407–426 (420 f.).

298 Vgl. *Leonard Besselink*, The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon, in: Julia Laffranque (Hrsg.), *Reports of the FIDE Congress Tallinn 2012*, Bd. 1, Tartu: Tartu University Press 2012, 18 f.

299 Für die deutsche Grundrechtsdogmatik klassisch BVerfG, Urteil v. 15.1.1958, 1 BvR 400/51 – *Lüth*, Rn. 25 ff.

300 Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, Rn. 70 – *Promusicae*.

301 So EuGH, *Egenberger* (Fn. 11), Rn. 79.

302 Vgl. EuGH, *Bauer* (Fn. 257), Rn. 90 sowie zuvor Rn. 86 a.E. („zu der sie [die Arbeitgeber] die Achtung des in dieser Bestimmung gewährleisteten Grundrechts verpflichtet“), allerdings kombiniert mit der Nichtanwendbarkeit entgegenstehenden nationalen Rechts (ebd., Rn. 86, 91). Da der EuGH genau genommen aber das nationale Gericht in die Pflicht nimmt, die Zahlung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer (bzw. seinen Rechtsnachfolger) sicherzustellen, kann selbst diese Form der Drittwirkung letztlich als mittelbare beschrieben werden.

rechtliche Standards, wie sie mit dem Digital-Services-Act (DSA)³⁰³ intendiert ist. Dabei sollte der Unionsgesetzgeber die Abwägung der konfligierenden Grundrechte substanziell vorstrukturieren und sie nicht primär Facebook & Co und der sie (falls überhaupt) kontrollierenden Judikative überlassen.³⁰⁴ Anders gesagt, die Frage der Wirkung von Unionsgrundrechten in horizontalen bzw. multipolaren Grundrechtsverhältnissen verweist zurück auf die legislative Verantwortung des Unionsgesetzgebers zur Konkretisierung von Grundrechtsverhältnissen.

3. Einheit und Vielfalt in der gerichtlichen Durchsetzung

a) Der EuGH als unitarisierende Grundrechtsinstanz

Die Durchsetzung der Unionsgrundrechte erfolgt durch viele Akteure und auf vielen Ebenen. Eine zentrale Rolle bei der Grundrechtskonkretisierung spielen, wie bereits mehrfach erwähnt, die Gesetzgeber auf europäischer und nationaler Ebene. Auch die Exekutive leistet einen in der Rechtspraxis wichtigen Beitrag zur Grundrechtsdurchsetzung. Auf Unionsebene wurde mit der Agentur für Grundrechte sogar eine spezialisierte Stelle eingerichtet, welche Union und Mitgliedstaaten mit grundrechtsspezifischer Expertise und Datenerhebungen unterstützen soll.³⁰⁵ Für die individuelle Durchsetzung der Grundrechte im Einzelfall zentral aber ist die Judikative. Auf ihr liegt der Fokus der folgenden, den Beitrag um die Dimension der gerichtlichen Grundrechtsdurchsetzung abrundenden Überlegungen. Auch in der Durchsetzung zeigt sich einmal mehr das für das System des

303 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste. Art.14 Abs.4 des DSA lautet: „Die Anbieter von Vermittlungsdiensten gehen bei der Anwendung und Durchsetzung der [...] Beschränkungen [wie z.B. Entfernen oder Demoting von Inhalten] sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig vor und berücksichtigen dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die Grundrechte der Nutzer, die in der Charta verankert sind, etwa das Recht auf freie Meinungsäußerung, die Freiheit und den Pluralismus der Medien und andere Grundrechte und -freiheiten.“

304 Näher *Mattias Wendel*, Taking or Escaping Legislative Responsibility? EU Fundamental Rights and Content Regulation under the DSA, in: Antje von Ungern-Sternberg (Hrsg.), *Content Regulation in the European Union*, Schriften des Institute for Digital Law Trier (IRDT), Trier 2023, 59–84.

305 Rechtsgrundlage ist die Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates v. 15.2.2007, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2022/555 des Rates v. 5.4.2022.

europäischen Grundrechtsschutzes typische pluralistische Zusammenspiel von Einheit und Vielfalt.

Judikativ wird Grundrechtseinheit in der EU insbesondere durch den EuGH generiert. Der EuGH ist allerdings kein spezialisiertes Grundrechtsgericht. Das hat Vor- und Nachteile. Zu den Nachteilen zählt, dass es an der für Verfassungsgerichte typischen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen, zuweilen auch personellen Fokussierung auf grundrechtliche Fragestellungen fehlt.³⁰⁶ Vorteilhafte Kehrseite dieses generalistischen Institutionendesigns im Sinne eines Obersten Gerichtshofs ist es, dass die umfassende Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung des unionalen Fachrechts nicht nur für die Reichweite unionaler und nationaler Grundrechte, sondern auch für die grundrechtskonforme Auslegung des sekundärrechtlichen Fachrechts von zentraler Bedeutung ist. Diese kann somit aus einer Hand erfolgen. Folgerichtig beschränkt sich die „Grundrechtsjudikatur“ des EuGH in aller Regel auch nicht auf die Auslegung der relevanten Unionsgrundrechte, sondern bildet die Gemengelage aus fachrechtlichen und grundrechtlichen Rechtsfragen ab, die den Gerichtshof zumeist im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens erreicht. Typischerweise konzentrieren sich die Entscheidungsgründe auf eine *grundrechtskonforme Auslegung* des Sekundärrechts.³⁰⁷

Der EuGH hat unmissverständlich klargestellt, über die „ausschließliche Zuständigkeit für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts“ zu verfügen und diese mittels des Vorrangprinzips in allen Mitgliedstaaten auch entgegen verfassungsgerichtlicher Widerstände durchzusetzen.³⁰⁸ Die vom Gerichtshof vorgenommene Auslegung der Unionsgrundrechte setzt damit im Anwendungsbereich des Unionsrechts einen unionsweit wirkenden grundrechtlichen Unitarisierungsprozess in Gang, der den nationalen Grundrechten nur (aber gleichwohl in beachtlichem Umfang) unter Ein-

306 Allerdings gehören dem Gerichtshof auch immer wieder Persönlichkeiten an, die zuvor als Richter:innen an nationalen Verfassungsgerichten gewirkt oder als Wissenschaftler:innen intensiv zu (Unions-)Grundrechten geforscht haben.

307 Vgl. exemplarisch aus den unterschiedlichen Bereichen des Migrations-, Datenschutz- und Tierschutzrechts EuGH, Urteil v. 19.3.2020, Rs. C-564/18, ECLI:EU:C:2020:218, Rn. 57 ff. – *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*; Urteil v. 6.10.2020, verb. Rs. C-511/18 u.a., ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 105 ff. – *La Quadrature du Net u.a.*; *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.* (Fn. 12), Rn. 39 ff.

308 EuGH, RS (*Wirkungen der Entscheidungen eines Verfassungsgerichts*) (Fn. 149), Rn. 52.

haltung der *Melloni*-Grenzen Raum lässt.³⁰⁹ Der EuGH fungiert insoweit als zentralisierter Maßstabsgenerator, der in den allermeisten Fällen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen wird.

b) Nationale (Verfassungs-)Gerichte als europäische Grundrechtsgerichte

Dass der EuGH insbesondere im Rahmen eines ebenenübergreifenden, aber dezentral aus den Mitgliedstaaten heraus angestoßenen judikativen Dialogverfahrens als Grundrechtsinterpret fungiert, unterstreicht, dass der Prozess der europäischen Grundrechtsdurchsetzung in besonderer Weise durch vielfaltswahrende verfahrensrechtliche Vorkehrungen gerahmt ist. So wie die EU generell eher einem mischförderativen Ansatz folgt,³¹⁰ weist auch ihr Gerichtssystem mischförderative Strukturen auf. In diesem System obliegt es EuGH und nationalen Gerichten gemeinsam, die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den wirksamen Schutz der aus ihm fließenden Individualrechte zu gewährleisten.³¹¹ Innerhalb dieses kooperativen Rahmens agieren nationale Gerichte funktional als europäische Gerichte bzw. haben das „Amt des Unionsrichters“ inne, wie es der EuGH formuliert.³¹² Sie erfüllen ein grundlegendes europäisches Mandat.³¹³

Für die judikative Durchsetzung der Unionsgrundrechte kommt es im Rechtsalltag daher in besonderem Maße auf die nationalen Gerichte an. Sie sind es, die die Charta in tausenden von Einzelfällen anwenden.³¹⁴ Und sie sind es, die am Ende die Übersetzung der Unionsgrundrechte in die innerstaatliche Rechtsordnung erbringen. Die elementare Bedeutung einer funktionierenden nationalen Justiz als Gelingensbedingung der europäischen Rechtsgemeinschaft zeigt gerade auch der in der jüngeren

309 Dazu bereits IV.1.b.

310 Vgl. abermals Schütze (Fn. 98).

311 Vgl. EuGH, *Euro Box Promotion u.a.* (Fn. 129), Rn. 254 m.w.N.

312 Ebd., Rn. 257 (EN *role of a court of the European Union*, FR *l'office de juge de l'Union*).

313 Zu diesem generell *Monica Claes*, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart 2005, 58 ff.; *John Temple Lang*, *The Duties of National Courts under the Constitutional Law of the European Community*, Lasok Lecture Exeter (1987).

314 Vgl. in rechtsvergleichender Perspektive abermals die einzelnen Länderberichte in Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30).

EuGH-Rechtsprechung über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV erfolgende unionsrechtliche Zugriff auf die nationale Justiz zum Zwecke der Sicherung ihrer Unabhängigkeit.³¹⁵ Die Kompromittierung richterlicher Unabhängigkeit in mehreren EU-Mitgliedstaaten zeigt jedoch auch, wie anfällig das dezentrale System der Grundrechtsdurchsetzung ist. Ganz unabhängig vom gezielten Rückbau der Rechtsstaatlichkeit in einigen EU-Mitgliedstaaten ist der gerichtliche Schutz der Grundrechte innerhalb der EU sehr unterschiedlich organisiert. Dies gilt sowohl für die Existenz spezialisierter Verfassungsgerichte als auch das jeweilige prozessrechtliche Setting sowie generell für die Rolle der Justiz gegenüber den anderen Gewalten.³¹⁶

In mehreren Mitgliedstaaten, die über eine Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne verfügen, lässt sich indes ein in rechtsvergleichender Perspektive bemerkenswerter Trend beobachten: Nationale Verfassungsgerichte übernehmen vermehrt die Rolle europäischer Grundrechtsgerichte, indem sie die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab anerkennen. Das gilt – in chronologischer Reihenfolge – für die belgische *Cour constitutionnelle*,³¹⁷ den österreichischen *Verfassungsgerichtshof*,³¹⁸ die italienische *Corte costituzionale*³¹⁹ und das deutsche *Bundesverfassungsgericht*³²⁰ sowie

315 Vgl. die in Fn. 15 und Fn. 140 zitierte Rechtsprechung.

316 Vgl. Maartje De Visser, *Constitutional Review in Europe*, Oxford: Hart 2013, 93 ff.

317 Belg. VerFGH, Entscheidung v. 22.7.2004, Nr. 136/2004, Abschnitt B.5.3, zunächst v.a. gerichtet auf die Einbeziehung der EMRK, des IPbPR und der AEMR, später dann auch auf die GRCh, vgl. belg. VerFGH, Entscheidung v. 30.6.2011, Nr. 116/2011, Abschnitte B.3, B.11 f. (mit vorausgehender Vorlage an den EuGH in der Rs. C-236/09), sowie Entscheidung v. 15.3.2018, Nr. 29/2018, Abschnitte B.9 und B.15. Näher Sarah Lambrecht, *Belgium: The Charter in a Tradition of Openness*, in: Bobek/Adams-Prassl (Fn. 30), 87–108.

318 Öst. VfGH, Erkenntnis v. 14.3.2012, U 466/11–18 u.a., ECLI:AT:VFGH:2012:U466.2 011; VfGH, Erkenntnis v. 29.11.2021, E 3127/2021, ECLI:AT:VFGH:2021:E3127.2021, jeweils vermittelt über den (unionsrechtlichen) Äquivalenzgrundsatz. Zum Ganzen Magdalena Pöschl, *Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon*, ZÖR 67 (2012), 587–609, 590 ff.; Michael Potacs, *Rechte der EU-Grundrechte-Charta als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*, JbI 134 (2012), 503–511.

319 Ital. Corte costituzionale, Entscheidung v. 7.11.2017, Nr. 269/2017, ECLI:IT:COST:2 017:269, Abschnitt 5.2; Entscheidung v. 23.1.2019, Nr. 20/2019, Abschnitt 2.3. Zum Ganzen Giuseppe Martinico/Giorgio Repetto, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe*, EuConst 15 (2019), 731–751 (737 ff.).

320 Grundlegend BVerfGE 152, 216 – *Recht auf Vergessen II*, sowie, dem im Grundsatz folgend, auch der Zweite Senat: BVerfGE 156, 182 – *Europäischer Haftbefehl III*, und BVerfG, Beschluss v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14 – *Ökotox-Daten*.

in gewissem Umfang auch für den französischen *Conseil constitutionnel*.³²¹ Trotz aller Verschiedenheit im Detail eint diese Verfassungsgerichte, dass sie Unionsgrundrechte in ihren Prüfungsmaßstab einbezogen und damit regelmäßig³²² zugleich ihr Verhältnis zu den Fachgerichten dergestalt neu geordnet haben, dass sie die Grundrechtskontrolle bei der Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne eines *uni et impera* konzentrieren.³²³ Die Verfassungsgerichte überlassen die Kontrolle der Einhaltung von Unionsgrundrechten im innerstaatlichen Bereich damit nicht mehr allein den Fachgerichten im Dialog mit dem EuGH, sondern übernehmen einen im Kern begrüßenswerten Schutzauftrag für die innerstaatliche Einhaltung der Unionsgrundrechte. Damit lösen sie zugleich das mit der Einrichtung einer zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit gegebene normative Versprechen ein, den Bürgerinnen und Bürgern eine Grundrechtskontrolle durch ein spezifisch dafür zugeschnittenes Gericht zu gewähren, auch wenn die einschlägigen Grundrechte mittlerweile solche des Unionsrechts sind.³²⁴ Durch die Einbeziehung der Unionsgrundrechte in den verfassungsgerichtlichen (Gesamt-)Prüfungsmaßstab können die Unionsgrundrechte vor nationalen Verfassungsgerichten u.U. sogar dann relevant werden, wenn der Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens gar nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.³²⁵

321 Franz. *Conseil constitutionnel*, Entscheidung v. 26.8.2018, 2018–768 DC – *Geschäftsgeheimnis*, Rn. 12 (Grundrechtsprüfung im Spielraumbereich unter Hinweis, dass das betreffende Verfassungsprinzip ebenso – *également* – durch die Charta geschützt werde) sowie Rn. 10 und Rn. 38 (Ablehnung der Grundrechtsprüfung im zwingenden Bereich).

322 Für den franz. *Conseil constitutionnel* gilt dies nur bedingt.

323 Im Einzelnen Wendel, *Europäischer Grundrechtsschutz* (Fn. 17), 334 ff.

324 BVerfGE 152, 216 (Rn. 62) – *Recht auf Vergessen II*, sowie sinngemäß ital. *Corte costituzionale* 2017 (Fn. 319), Abschnitt 5.2.

325 Dementsprechend erklärte der EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen der ital. *Corte costituzionale* für zulässig, soweit dieses die vor ihm anhängige konkrete Normenkontrolle sowohl anhand der nationalen als auch der unionalen Grundrechte entscheide, um „allen italienischen Gerichten eine Entscheidung mit Wirkung *erga omnes* an die Hand zu geben“, EuGH, Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-350/20, ECLI:EU:C:2021:659, Rn. 40 – *O.D. u.a.*

c) Konfliktpräventive Verschleifung: Einheit und Vielfalt im Grundrechtsdialog

Die Übernahme einer verfassungsgerichtlichen Kontrollverantwortung für die innerstaatliche Einhaltung der Unionsgrundrechte ist außerordentlich komplex und vielschichtig.³²⁶ In der Gesamtschau aber handelt es sich um eine begrüßenswerte Entwicklung, zumal sie das Konfliktpotenzial im Verhältnis zwischen EuGH und nationalen Verfassungsgerichten vermindert. Dieses Verhältnis ist im Grundrechtsbereich oft – und zu Recht – als äußerst konfliktträchtig wahrgenommen worden, weil der EuGH bereits früh nationale Grundrechte als Prüfungsmaßstab für Unionsrecht bzw. unionsrechtlich determiniertes nationales Recht ausschloss³²⁷ und nationale Verfassungsgerichte darauf mit der Beanspruchung vorrangrelativierender Kontrollvorbehalte reagierten.³²⁸ Dabei ging es aber stets um die (schwindende) Reichweite nationaler Grundrechte im Kraftfeld des Europarechts. Die Anerkennung der Unionsgrundrechte als verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab eröffnet eine neue Perspektive, weil sie die Verfassungsgerichte und ihr Bestreben nach einem substanziellen Niveau des Grundrechtsschutzes in den Dienst des unionsrechtlichen Schutzversprechens stellt. So zeigt etwa der Abgleich der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen in *Europäischer Haftbefehl II* mit der jüngeren, bereits dem Neuansatz folgenden Entscheidung in *Europäischer Haftbefehl III*, dass das BVerfG mittels direkter Anwendung der Unionsgrundrechte in der Lage ist, seine „grundrechtsspezifische Kontrollfunktion“³²⁹ auf hohem Niveau zu erfüllen, ohne dabei auf die äußersten integrationsfesten Grenzen des GG rekurren zu müssen.³³⁰

326 Näher Wendel, Garant (Fn. 103), 164 ff.

327 EuGH, *Internationale Handelsgesellschaft* (Fn. 253), Rn 3.

328 Klassisch ital. *Corte costituzionale*, Frontini (Fn. 20), sowie BVerfGE 37, 271 – *Solange I*. Rechtsvergleichender Überblick bei Franz C. Mayer/Mattias Wendel, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 2: Europäisches Organisationsverfassungsrecht, Baden-Baden: Nomos 2022, § 4, Rn. 220 ff. (Grundrechtsvorbehalte) und Rn. 248 ff. (Identitätsvorbehalte), jeweils m.w.N.

329 BVerfGE 152, 216 (Rn. 62) – *Recht auf Vergessen II*.

330 Während das BVerfG in seinem Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 – *Europäischer Haftbefehl II*, noch eine vorrangrelativierende Identitätskontrolle ausübte, kamen in BVerfGE 156, 182 – *Europäischer Haftbefehl III*, bereits direkt die Unionsgrundrechte zum Tragen, was die Verlagerung der Identitätskontrolle auf eine sichernde Sekundärebene erlaubte.

Allerdings kann die Rolle nationaler (Verfassungs-)Gerichte als Garanten der Unionsgrundrechte nur gelingen, wenn diese Gerichte einen direkten Dialog mit dem EuGH suchen. Darin liegt keineswegs ein Akt der Unterwerfung, sondern vielmehr eine Chance, die europäische Grundrechtsprechung aktiv mitzuprägen und durch Impulse zu bereichern, die aus dem reichen Erfahrungsschatz nationaler Grundrechtsprechung schöpfen können. Insoweit ist es in höchstem Maße bedauerlich, dass das BVerfG dem EuGH bislang in keinem einzigen Grundrechtsfall ein Vorabentscheidungsersuchen unterbreitet hat – anders als seine oben genannten europäischen Pendanten. Damit verpasst es das BVerfG bislang, mit dem EuGH in einen formalisierten³³¹ Grundrechtsdialog zu treten. Auf Seiten des EuGH bedarf es dagegen vielleicht noch eines stärkeren Maßes an Responsivität,³³² um den nationalen Verfassungsgerichten hinreichend Anreize für einen formalisierten Grundrechtsdialog zu setzen und mit ihnen gemeinsam den Pfad weg vom Anspruch auf letzte (oder erste) Wörter und hin zu einem „gemeinsamen Wort“³³³ nationaler und europäischer Grundrechtsjudikatur zu beschreiten.

V. Ausblick

Das System des europäischen Grundrechtsschutzes ist vielschichtig. Es muss das richtige Gleichgewicht zwischen unionaler Grundrechtseinheit und nationaler Grundrechtsvielfalt herstellen und dabei stets das paneuropäische Mindestniveau der EMRK halten. Die Effektivität dieses pluralistischen Schutzsystems, aber auch seine Akzeptanz werden künftig noch mehr davon abhängen, dass die beteiligten Akteure im Sinne eines optimierten Schutzes kooperativ zusammenwirken. Im Sinne von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit sollten, wo immer möglich, Komplexitäten pro-

331 Jenseits des formalisierten Dialogs gibt es freilich eine Reihe informeller Foren, die einen personellen Austausch zwischen EuGH und BVerfG erlauben.

332 Der Dialog zwischen der ital. *Corte costituzionale* und dem EuGH in *Taricco* indiziert aber eine gestiegene Bereitschaft des EuGH, spezifischen Anliegen nationaler Verfassungsgerichte im Grundrechtsbereich Rechnung zu tragen, vgl. EuGH, Urteil v. 5.12.2017, Rs. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 – *M.A.S. u.a. (Taricco II)*, in Antwort auf ital. *Corte costituzionale*, Vorlagebeschluss v. 23.11.2016, Nr. 24/2017.

333 Im Sinne eines „gemeinsamen Wortes“ *Koen Lenaerts* in einer Rede auf einer Konferenz im Bundesministerium für Wirtschaft- und Klimaschutz am 9.9.2022 aus Anlass des 70-jährigen Bestehens des EuGH.

zedural wie materiell-rechtlich reduziert werden, ohne dabei die Balance zwischen Einheit und Vielfalt einseitig aufzuheben.

Wertebindung, Stabilität und Klarheit des Schutzsystems sind notwendige Bedingungen, um die substanziellen Herausforderungen zu bewältigen, vor die der europäische Grundrechtsschutz in der unsicheren Weltordnung des 21. Jahrhunderts gestellt ist. Es sind ihrer viele.³³⁴ Auch und gerade auf dem Feld des Grundrechtsschutzes wird sich zeigen, wie ernst es die Union und ihre Mitgliedstaaten mit der Achtung ihrer Grundwerte halten.

334 Krieg, fluchtbedingte Migration, Autoritarismus, Schleifung rechtsstaatlicher Standards, künstliche Intelligenz usf.

Europäische Verfassungsaufsicht

Claudio Franzius*

I. Problem	671
1. Causa Österreich	671
2. Polen und Ungarn	672
3. Pushbacks in Griechenland	674
II. Normgenese und Normstruktur	675
1. Art. 7-Verfahren	677
2. Rechtsstaatsrahmen	679
3. Kontext	683
III. Theorie	685
1. Verfassungspluralistisches Deutungsangebot	685
2. Konsequenzen	690
IV. Dogmatik	697
1. Systematischer Kontext	697
2. Dezentrale Alternativen	707
3. Kombinationen	720
V. Ausblick	725
1. Kritik	725
2. Ausschluss des Mitgliedstaates?	726
3. Transformationspotentiale	729

I. Problem

1. Causa Österreich

Für den Problemhintergrund des Art. 7 EUV ist die „Causa Österreich“ aufschlussreich. Sie zeigt die Ambivalenz der Norm, werden ihr zur Sicherung der gemeinsamen Werte doch nur geringe Erfolgsaussichten zugetraut, obwohl die Vorschrift für den Erhalt der europäischen Verbundordnung unerlässlich ist.

In Österreich war die Freiheitliche Partei Österreichs (FPÖ) unter ihrem Vorsitzenden *Jörg Haider* aus den Nationalratswahlen im Oktober 1999 als zweitstärkste Partei hervorgegangen. Es deutete sich eine Koalition mit der Österreichischen Volkspartei (ÖVP) an, woraufhin die portugiesische Ratspräsidentschaft im Namen der übrigen dreizehn Regierungen für den

* Für hilfreiche Anmerkungen bei der Entstehung dieses Beitrags danke ich *Armin von Bogdandy* und *András Jakab*, ferner *Isabelle Ley*, *Franz Mayer* und meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter *Sebastian Hapka*.

Fall der Regierungsbeteiligung der FPÖ weitreichende Sanktionen gegen Österreich ankündigte. Weil ein Verstoß gegen die Grundwerte der Union nicht festgestellt und von der österreichischen Regierung noch gar keine gegen die Union gerichtete Maßnahme ergriffen worden war, standen die „Sanktionen“ – letztlich wurden nur die bilateralen Beziehungen zur österreichischen Bundesregierung reduziert – auf einer rechtlich unsicheren Grundlage.¹ Zur Konfliktlösung wurden „Drei Weise“ gebeten, die Haltung Österreichs zu den Werten der Union sowie die Entwicklung und politische Natur der FPÖ zu beurteilen. Sie kamen zu dem Ergebnis, dass die österreichische Regierung zwar die europäischen Werte einhalte, die FPÖ aber als rechtspopulistische Partei mit radikalen Elementen zu qualifizieren sei.² Auf den Hinweis, dass die Isolierung beendet werden sollte, hob die französische Ratspräsidentschaft im September 2000 die Maßnahmen gegen Österreich auf. Es müsse aber für vergleichbare Situationen auf Unionsebene ein Frühwarnsystem entwickelt werden.

2. Polen und Ungarn

Inzwischen hat sich die Situation dramatisch zugespitzt. Das erstmals 2017 von der Kommission gegen Polen eingeleitete Verfahren nach Art. 7 EUV³ schien die mit dem gezielten Umbau der polnischen Justiz hervorgetretenen Erosionen der Rechtsstaatlichkeit⁴ nicht aufhalten zu können.⁵ Heute

-
- 1 *Frank Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, Berlin: Springer 2002, 28 ff.
 - 2 *Martti Ahtisaari/Jochen A. Frowein/Marcelino Oreja*, Österreich-Bericht für die 14 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, EuGRZ 2000, 404–416 (414).
 - 3 Europäische Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017), 835 final.
 - 4 Dazu *Eva Ellen Wagner*, Wertebindung und Wertesicherung in der Europäischen Union, in: *Stephanie Schiederemair/Mark D. Cole/Eva Ellen Wagner* (Hrsg.), Verfassungsrecht, Internationales Recht, Medienrecht, FS für D. Dörr, Heidelberg: C.F. Müller 2022, 213–228.
 - 5 Zu Polen *Wojciech Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford: OUP 2019. Zur aktuellen Entwicklung *Anna Wyrozumska*, Conflict Between the Polish Constitutional Tribunal and the CJEU With Regard to the Reforms of the Judiciary, AVR 60 (2022), 379–409; *Andrzej Drzemczewski*, The Erosion of the Rule of Law and of Judicial Independence in Poland since 2015. The Council of Europe's Reaction – too Little, too Late?, in: *Jakub Urbanik/Adam Bodnar* (Hrsg.), *Περιμένοντας τους Βαρβάρους*, Law in a Time of Constitutional Crisis. Studies Offered to Mirosław Wyrzykowski, Warschau: C.H. Beck 2021, 149–167.

liegt in mitgliedstaatlichen Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ein zentrales Problem für den Zusammenhalt der Union, die wegen ihrer Konstruktion als Verbundordnung in besonderem Maße auf das Intaktbleiben der mitgliedstaatlichen Verfassungen angewiesen ist und sich Gleichgültigkeit gegenüber innerstaatlichen Vorgängen nicht leisten kann, soll das Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft nicht untergraben und der Verfassungskern beschädigt werden.⁶ Dazu gehört die Anerkennung des Vorrangs des Unionsrechts, der vom polnischen Verfassungsgerichtshof offen in Frage gestellt wird.⁷ Zwar hat die Missachtung von Urteilen des EuGH erneut Vertragsverletzungsverfahren und Zwangsgelder gegen Polen provoziert. Aber auch im Falle einer Verurteilung ist das Problem dadurch nicht gelöst, sind die Fronten erst einmal so verhärtet wie im Konflikt mit dem Umbau der Justiz in Polen.

Art. 7 EUV etabliert ein politisches Verfahren, lässt die rechtlichen Sicherungen aber nicht hinter der Politik zurücktreten, wie es von den Unionsorganen lange Zeit gegenüber Ungarn unter der Regierung von *Viktor Orbán*⁸ praktiziert wurde. Zwar ist auch hier ein Verfahren nach Art. 7 EUV eingeleitet worden. Weil illiberale Tendenzen jedoch kein Einzelfall sind, der Autoritarismus vielmehr um sich greift⁹ und beginnt, auch intakte Demokratien zu infizieren, wird man die von Art. 7 Abs. 2 EUV verlangte Einstimmigkeit im Europäischen Rat für den Feststellungsbeschluss einer „schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung der Werte“ kaum erwarten können. Das mag dem politischen Verfahren als „Drohkulis“ die Zähne nehmen, kann aber für die rechtlichen Verfahren durchaus Wirkungen haben, indem bereits die Vorstufe der Gefahr einer Werteverletzung im Vertragsverletzungs- oder Vorabentscheidungsverfahren durch den EuGH aufgegriffen wird. Es darf nicht aus dem Blick geraten, dass Art. 7 EUV in den Unionsorganen „angekommen“ ist. So schwer es auch fällt, das komplizierte Verfahren bis in die Sanktionsstufe zu tragen, ist der wachsende

6 Statt vieler *Rainer Hofmann/Alexander Heger*, Die Zukunft der Europäischen Union als Werteunion, EuGRZ 2022, 361–378 (363 ff.).

7 Polnischer Verfassungsgerichtshof, Urteil v. 7.10.2021, K 3/21. Leitsätze: EuR 2022, 511–520; dazu *Hermann-Josef Blanke/Aimee Sander*, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher. Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn, EuR 2023, 54–84 (69 ff.).

8 Zu Ungarn *László Sólyom*, The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary, in: Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area, Baden-Baden: Nomos 2015, 5–31.

9 *Günter Frankenberg*, Autoritarismus, Berlin: Suhrkamp 2020, 92 ff.

Rechtfertigungsdruck der betreffenden Mitgliedstaaten in den Unionsorganen doch längst Realität.

3. Pushbacks in Griechenland

Zwar mag ein „lernender Autoritarismus“¹⁰ beobachtet werden können, der von Regierungen zum Verbleib in der Union an den Tag gelegt wird. Die Unterschiede in den Mitgliedstaaten sind jedoch erheblich.¹¹ Deshalb verbietet es sich, alle betreffenden Mitgliedstaaten über einen Kamm zu scheren und mit dem Finger auf Polen oder Ungarn zu zeigen, anderswo wie vor allem in Rumänien¹² oder Griechenland aber wegzusehen.

So sind ein weiteres Beispiel für den Problemhintergrund dieses Beitrags die illegalen „Pushbacks“ in Griechenland, mit denen Migranten gehindert werden, einen Asylantrag an der Außengrenze der Union zu stellen. Dies geschieht, wie ein OLAF-Bericht verdeutlicht, im kollusiven Zusammenwirken mit der EU-Grenzschutzbehörde FRONTEX und gefährdet das Leben gewaltsam auf See ausgesetzter Menschen, die dort zu ertrinken drohen.¹³ Mag die Anwendung des Art. 7 EUV zur Durchsetzung der „Werte“ des Art. 2 EUV mit Blick auf die Mitgliedstaaten wegen ihrer durch Art. 4 Abs. 2 EUV geschützten „Identität“ auch Zurückhaltung gebieten, so kann dieser „Standard“ kaum ähnlich zurückhaltend für die Einhaltung der grundlegenden Werte durch die Unionsorgane gelten.¹⁴ Es muss aber

10 Begriff: *Christoph Möllers/Linda Schneider*, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 94.

11 Vgl. *Zoltán Szente*, *Subverting Judicial Independence in the New Authoritarian Regimes: Comparing Polish and Hungarian Judicial Reforms*, in: Martin Belov (Hrsg.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, The Hague: Eleven International 2019, 341–357.

12 Zu Verstößen gegen die Unabhängigkeit der Justiz EuGH, Urteil v. 18.5.2021, Rs. C-83/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 179 ff. – *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“*; Urteil v. 21.12.2021, Rs. C-357/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 154 ff. – *Euro Box Promotion*, mit der Betonung eines unbedingten Anwendungsvorrangs des Unionsrechts; kritisch *Ferdinand Weber*, *Die Identität des Unionsrechts im Vorrang*, JZ 2022, 292–301 (295 ff.).

13 OLAF, *Final Report on Frontex*, CASE No OC/2021/0451/AI (unveröffentlicht), <<https://fragdenstaat.de/dokumente/233972-olaf-final-report-on-frontex>>. Zur Unvereinbarkeit der Lebensbedingungen in den griechischen „Hotspots“ mit der Menschenwürde EGMR, *A.D. v. Greece*, App. No. 55363/19, Urteil v. 4.4.2023.

14 Zur „Doppelnatur“ des Art. 2 EUV von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV. Je nach Anwendungskontext entsprechen die Vorschriften unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Grundverständnissen. Für die Unionsrechtsordnung sei es die „Grund-

gesehen werden, dass sich Art. 7 EUV nicht gegen die Union richtet und punktuelle Verstöße eines Mitgliedstaates gegen das Unionsrecht nicht ausreichen, um das Art. 7-Verfahren zu aktivieren. Die Pushbacks in Griechenland fallen daher nicht unter Art. 7 EUV.¹⁵

Wie aber ist Art. 7 EUV zu verstehen (II.)? Unter einem verfassungspluralistischen Deutungsangebot, das auf ein Zusammenlesen der Verfassungen gerichtet ist (III.), geht es dogmatisch darum, die passenden Kombinationen nach Maßgabe der Einsicht zu finden, dass es eine ideale Lösung für das Problem nicht gibt, es aber sinnvoll ist, an die analytische Unterscheidung zwischen zentralen und dezentralen Sicherungsmechanismen in Recht und Politik anzuknüpfen und neue Verbindungen aufzuzeigen (IV.). Das legt den Weg für das Transformationspotential des Unionsverfassungsrechts offen, dem aufgegeben ist, die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen in Übereinstimmung mit den Werten des Art. 2 EUV zu bringen (V.).

II. Normgenese und Normstruktur

Art. 7 EUV ist mit dem Vertrag von Amsterdam in das Primärrecht eingeführt worden, hat aber Vorläufer, die zur Abwehr kommunistischer Bestrebungen angedacht waren¹⁶ und wird teilweise immer noch verstanden, als sei die Vorschrift für die Abwendung eines Militärputschs in einem Mitgliedstaat geschaffen worden.¹⁷ Mit dem Vertrag von Nizza ist der Anwendungsbereich insoweit ausgedehnt worden, als schon mit der Gefahr einer Verletzung der gemeinsamen Werte das Verfahren eingeleitet werden

ordnung“ der Union, für die nationalen Rechtsordnungen dagegen nur eine bloße „Rahmenordnung“. Zu beiden Dimensionen auch *Luke Dimitrios Spieker*, *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*, Oxford: OUP 2023.

- 15 Es handelt sich um schwerwiegende kontinuierliche Grundrechtsverletzungen, aber es lässt sich kaum sagen, die Rechtsstaatlichkeit oder Demokratie in Griechenland sei systematisch erodiert. Das schließt ein Vorgehen nach Art. 7 EUV aus.
- 16 Siehe etwa *Frank Schorkopf*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Stand: 82. EL, München: C.H. Beck 2023, Art. 7 EUV, Rn. 1, mit dem Hinweis auf einen 1978 unterbreiteten Vorschlag der Kommission für ein „Feststellungs- und Sanktionsverfahren“ aus Anlass des geplanten Beitritts Griechenlands.
- 17 Implizit *Schorkopf* (Fn. 16), Art. 7 EUV, Rn. 65. Dafür spricht, dass die Motive für die Vorgängerregelung im Zeichen des Beitritts Griechenlands standen, wo von April 1967 bis Juli 1974 die Militärdiktatur der Obristen herrschte.

kann. Der Verfassungsvertrag verortete den Sicherungsmechanismus bei der „Zugehörigkeit zur Union“ in Art. I-59 VVE, doch die heutige Fassung durch den Vertrag von Lissabon kehrte systematisch zu Art. 7 EUV zurück, nimmt jetzt aber nicht mehr die Grundsätze des Art. 6 EUV a.F., sondern die Werte des Art. 2 EUV in Bezug.¹⁸

Zwar ist unsicher, inwieweit das an strenge Voraussetzungen gebundene politische Verfahren geeignet ist, der schleichenden Aushöhlung der gemeinsamen Werte zu begegnen. Dafür ist jedoch in Erinnerung zu rufen, dass in allen föderativen Ordnungen die zwangsweise Durchsetzung der Übereinstimmung mit den Grundwerten der gemeinsam getragenen Ordnung prekär ist. Das zeigen die historischen Konflikte in Bundesstaaten, die keine überzeugende institutionelle Lösung gebracht haben, sondern letztlich mit Gewalt gelöst wurden. Weil wir bis heute sogar in konsolidierten Bundesstaaten nicht wissen, wie mit dem Problem umzugehen ist, erscheint die Hilflosigkeit der Union gegenüber autoritären Entwicklungen in ihren Mitgliedstaaten wenig erstaunlich.¹⁹

Zur Bewältigung der „Causa Österreich“ wurde auf das damalige Art. 7-Verfahren nicht zurückgegriffen. Manche sahen darin einen Verfassungsbruch. Aus dem Konflikt ging seinerzeit die FPÖ gestärkt hervor, obwohl ihr damaliges Programm den Werten des heutigen Art. 2 EUV widersprach. Dieser Umstand hat jedoch zu keinem Zeitpunkt die Sorge um ein Abgleiten Österreichs in eine autoritäre Ordnung rechtfertigen können, weshalb dieser Fall als ein Menetekel für die Union und ihre Maßnahmen zum Schutz der Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung in die Geschichte der „Wertegemeinschaft“²⁰ eingegangen ist. Um Entwicklungen in den Mitgliedstaaten besser überwachen zu können, wurde in Reaktion auf die „Causa Österreich“ dem Feststellungs- und Sanktionsverfahren eine Stufe vorgeschaltet, die nach Art. 7 Abs. 1 EUV ein Handeln der Unionsorgane schon bei der Gefahr der Verletzung grundlegender europäischer Werte erlaubt (1.). Wie die jüngeren Entwicklungen in Mitgliedstaaten wie Polen

18 Zur Geschichte des Art. 7 EUV *Wojciech Sadurski*, Adding Bite To A Bark. The Story of Article 7, E.U. Enlargement, And Jörg Haider, *Columbia Journal of European Law* 16 (2010), 385–426.

19 So *Christoph Möllers*, Die EU als demokratische Föderation, Köln: Klaus Bittner 2019, 35 f. Am Anfang war die Union alles andere als eine Wertegemeinschaft, vgl. *Kiran Patel*, Project Europe, Cambridge: CUP 2020, 146 ff.

20 Kritisch *Martin Nettesheim*, „Gegründet auf Werten ...“. Das Narrativ der Wertegemeinschaft und der Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV, in: Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Die Neuerfindung Europas, Baden-Baden: Nomos 2019, 91–110.

oder Ungarn unter einer weiteren Vorverlagerung der Reaktions- und Einflussmöglichkeiten durch den Rechtsstaatsrahmen der Kommission (2.) zeigen, ist es mit der Ermöglichung von Vorfeldmaßnahmen allein nicht getan. Nutzlos ist Art. 7 EUV damit aber nicht (3.).

1. Art. 7-Verfahren

Die politische und zentrale Antwort der Verträge²¹ auf die Sicherung der Werte des Art. 2 EUV ist unschwer in Art. 7 EUV zu finden. Das Verfahren ist dreistufig ausgestaltet: Große Hoffnungen wurden in die Vorverlagerung der Reaktionsmöglichkeiten durch den Frühwarnmechanismus des Art. 7 Abs. 1 EUV gelegt, der mit dem Vertrag von Nizza in Reaktion auf das Vorpreschen der Mitgliedstaaten in der „Causa Österreich“ im Primärrecht aufgenommen wurde. Obwohl sich viele Institutionen wie die Venedig-Kommission²² und der EuGH einig sind, dass in Polen oder Ungarn eindeutige Anzeichen für eine Gefahr der Verletzung der in Art. 2 EUV normierten Werte vorliegen, fällt es den Unionsorganen schwer, eine hinreichend klare Feststellung zu treffen, die als eine im Vertrag angelegte Voraussetzung für die im Europäischen Rat nach Art. 7 Abs. 2 EUV einstimmig zu treffende Feststellung der Werteverletzung vorliegen muss, bevor es möglich ist, die nach Art. 7 Abs. 3 EUV denkbaren Sanktionen mit Strafcharakter²³ auszusprechen. Dazu gehören neben der ausdrücklich erwähnten Aussetzung des Stimmrechts im Rat die Aussetzung von Teilnahme- und Mitwirkungsrechten in den unionsrechtlich vorgesehenen Gremien. Umstritten ist, ob zu den Sanktionen auch die Aussetzung von Ansprüchen aus dem unionalen Finanztransfer gehören.²⁴ Der Vertragstext bleibt insoweit etwas kryptisch,

21 Zum Begriff des Politischen *Juliane Kokott*, Der Begriff „politisch“ im Normzusammenhang nationalen und internationalen Rechts, *ZaöRV* 51 (1991), 603–650; *Josef Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 1. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 1993, § 162; *Alexander Melzer*, Das Politische und das europäische Verfassungsrecht, *Der Staat* 57 (2018), 529–562 (546 ff.).

22 Dazu *Thomas Markert*, Die Venedig-Kommission des Europarats. Vom Beratungsgremium zum Akteur der Verteidigung von Rechtsstaat und Demokratie (1990–2022), *EuGRZ* 2022, 608–636.

23 So schon früher *Frank Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union, Berlin: Duncker & Humblot 2000, 123; *Ulrike Kassner*, Die Unionsaufsicht, Berlin: Peter Lang 2003, 191.

24 *Schorkopf* (Fn. 16), Art. 7 EUV, Rn. 43; a.A. *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 7

wenn es in Art. 7 Abs. 3 S. 2 EUV heißt, der Rat berücksichtige bei der Aussetzung von Rechten „die möglichen Auswirkungen einer solchen Aussetzung auf die Rechte und Pflichten natürlicher und juristischer Personen“.

Art. 7 EUV ist neben Art. 2 EUV die einzige Vorschrift der Unionsverträge, die alle Felder des mitgliedstaatlichen Handelns erfasst, also auch jene, die deren alleiniger Kompetenz unterfallen, hat aber anders als das Vertragsverletzungsverfahren eine klare politische Stoßrichtung. Die Vorschrift strukturiert das Handeln der Unionsorgane, sind diese mit Verletzungen der Werte des Art. 2 EUV konfrontiert. Den Unionsorganen ist für die Entscheidung, das Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, ein breites Ermessen eingeräumt, das als Verfahrensermessen auch der Kontrolle durch den EuGH unterliegt. Die Gefahrenschwelle richtig zu bestimmen, fällt aber nicht einfach. Erfolgt der Zugriff zu spät, kann die Maßnahme nichts mehr retten, geschieht er zu früh, so wird der Anlass die Maßnahme nicht rechtfertigen können.²⁵ Der Ausschluss einer materiellen Rechtskontrolle durch den EuGH ist angesichts der Tragweite des Verfahrens für den betreffenden Mitgliedstaat verständlich, aber doch überraschend, sind es doch gerade föderative Konflikte gewesen, die für die Entstehung und den „Daseinsgrund“ der Verfassungsgerichtsbarkeit verantwortlich gemacht werden.²⁶ Deshalb wird im Ausschluss der Justiziabilität nach Art. 269 AEUV ein Fall „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ gesehen.²⁷ Das ist in der Diktion nicht unproblematisch, wenngleich man sich nicht nur von der in der Politikwissenschaft verbreiteten Vorstellung befreien sollte, das von Recht nur gesprochen werden könne, wenn es zwangsbewehrt ist, sondern ebenso davon, dass eine gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen sein soll, wo es sich um einen originär politischen Konflikt handelt.

Aber es drohen Blockaden, wenn sich Mitgliedstaaten gemeinsam einer „illiberalen Demokratie“ unter Zurückdrängung oder Gleichschaltung der Justiz verschreiben und im Europäischen Rat zusammenschließen, um

EUV, Rn. 25, der auch einen Ausschluss der Klageberechtigung vor dem EuGH für denkbar hält.

25 Möllers/Schneider (Fn. 10), 135.

26 Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 30–88 (81).

27 Vgl. Thomas Giegerich, Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchen in den Mitgliedstaaten, ZEuS 2019, 61–112 (88 f.). Konsens besteht jedoch darin, dass „mit Blick auf die Mindestinhalte von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ein Nichts-Tun keine Option“ ist, so Hofmann/Heger (Fn. 6), 375.

das Verfahren nach Art. 7 EUV mit dem Einstimmigkeitserfordernis für die Feststellung einer Werteverletzung zu torpedieren. Warum es dann, wie im Fall von Polen und Ungarn, ein „Trick“ sein soll, die Verfahren zu verbinden, um nicht nur einem, sondern beiden Mitgliedstaaten die Stimmberechtigung nach Art. 354 Abs. 1 AEUV im Europäischen Rat zu entziehen, erschließt sich nicht.²⁸ Die Ablehnung, das Aufsichtsregime an die Realitäten anzupassen, führt jedenfalls zu einem paradoxen Ergebnis: Je größer die Gefahr, dass die Union insgesamt Schaden nimmt, desto weniger effektiv sind die Abwehrmaßnahmen, die von der Union ergriffen werden können. Das mag noch nicht gegen die Regelung des Art. 7 EUV sprechen, zeigt aber, dass wir es heute mit Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu tun haben, die eine Weiterentwicklung der europarechtlichen Schutzmechanismen erfordern, die nicht bloß auf eine theoretisch denkbare, aber praktisch wenig wahrscheinliche Änderung der Verträge auszurichten, sondern im geltenden Recht angelegt darauf zu befragen sind, inwieweit mit den vorhandenen Instrumenten in der Gegenwart etwas bewirkt werden kann. Das hat die Sicht auf Art. 7 EUV nachhaltig verändert. Erschien nach dem geflügelten Wort des ehemaligen Kommissionspräsidenten *Barroso*, der in der Vorschrift eine „nuclear option“ sah, die Nutzung des Art. 7-Verfahrens politisch unwahrscheinlich, so hat sich das mit der Intensivierung der Rechtsstaats- und Demokratiekrise in Polen und Ungarn geändert, mag ein Feststellungsbeschluss des Rates nach Art. 7 Abs. 1 EUV in den eingeleiteten Verfahren auch noch ausstehen.²⁹

2. Rechtsstaatsrahmen

Es mag sein, dass in den Verträgen eine Asymmetrie angelegt ist, vergleichsweise strenge Voraussetzungen für den Beitritt zur Union zu formulieren, denen andererseits, sind sie erfüllt und der Beitritt erst einmal vollzogen, keine starken Sicherungsmechanismen zur Gewährleistung der dauerhaf-

28 So aber *Giegerich* (Fn. 27), 86, gegen *Alexander Thiele*, Art. 7 EUV im Quadrat?, *VerfBlog* (24.7.2017); siehe auch *Kim Lane Scheppelle*, Can Poland be Sanctioned by the EU? Not Unless Hungary is Sanctioned Too, *VerfBlog* (24.10.2016).

29 Vgl. *Laurent Pech*, Article 7 TEU. From ‚Nuclear Option‘ to ‚Sisyphian Procedure‘?, in: *Uladzislau Belavusau/Aleksandra Gliszczynska-Grabias* (Hrsg.), *Constitutionalism Under Stress*, Oxford: OUP 2020, 157–174. Die Europäische Kommission hat nach dem Regierungswechsel in Polen das Art. 7-Verfahren gegen Polen eingestellt, vgl. Pressemitteilung v. 6.5.2024, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_2461>.

ten Einhaltung der Voraussetzungen für die Mitgliedschaft in der Union zur Seite gestellt sind. Einen Bundeszwang kennt die föderale Ordnung der Union nicht. Das Aufsichtsregime muss gerade aus dem Fehlen eines Bundeszwangs entwickelt und ausgeformt werden. Dies war ein Grund für Überlegungen zur Einrichtung einer Kopenhagen-Kommission, die als „watchdog“ das Abgleiten eines Mitgliedstaates von den gemeinsamen Werten überwachen sollte, aber als politischer Sicherungsmechanismus verstanden wurde.³⁰ Zu den politischen Mechanismen gehören auch der von der Kommission als zentrale Vorfeldmaßnahme zu Art. 7 EUV eingeführte EU-Rechtsstaatsrahmen und das so genannte Justizbarometer mit dem auf ein „naming and shaming“ gerichteten Scoreboard, das sich freilich auch unter die dezentralen Mechanismen subsumieren lässt.³¹

Das Rechtsstaatsprinzip ist das Herzstück einer als „Rechtsgemeinschaft“ verstandenen politischen Ordnung.³² So wundert es nicht, dass Sorgen um diesen „Wert“ den Grundnerv der Union und ihrer Mitgliedstaaten berühren, mag heute auch die Demokratie vermehrt in den Vordergrund treten. Weil jedoch die Hürden für die Aktivierung des Art. 7 EUV hoch sind, die Praxis aber zeigte, dass es schwerwiegende Rechtsstaatskrisen geben kann, die noch nicht die Schwelle des Art. 7 EUV erreichen, beschloss die Kommission im März 2014 einen EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, um sich nicht allein auf punktuelle Interventionen wie das Vertragsverletzungsverfahren beschränken zu müssen. Dieser Rechtsrahmen, inhaltlich angelehnt an die Checkliste zur Rechtsstaatlichkeit, die von der Venedig-Kommission des Europarats im März 2016 angenommen

30 Jan-Werner Müller, Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU. The Idea of a Copenhagen Commission, in: Carlos Closa/Dimitry Kochenov (Hrsg.), Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union, Cambridge: CUP 2016, 206–224 (213 ff.); Armin von Bogdandy/Carlino Antpöhler/Michael Ioannidis, Protecting EU Values. Reverse Solange and the Rule of Law Framework, in: András Jakab/Dimitry Kochenov (Hrsg.), The Enforcement of EU Law and Values, Oxford: OUP 2017, 218–233 (228 ff.).

31 Vgl. Elisabeth van Rijckevorsel, The EU and the Indirect Promotion of its Values. An Analysis of the EU Justice Scoreboard and of the Roma Framework, *Journal européen des droits de l'homme* 3 (2016), 444–468. Vorschläge für eine Weiterentwicklung bei András Jakab/Lando Kirchmair, How to Develop the EU Justice Scoreboard into a Rule of Law Index. Using an Existing Tool in the EU Rule of Law Crisis In a More Efficient Way, *GLJ* 22 (2021), 936–955.

32 Mehrdad Payandeh, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, *JuS* 2021, 481–489. Zu den Herausforderungen Jonathan Bauerschmidt, Rechtsstaatlichkeit in der EU und die Instrumente zu ihrer Verteidigung, Art. 7 EUV, Rechtsstaatlichkeitsbericht und -dialog, Haushaltskonditionalität, *EuR* 2024, 300–322.

wurde, hat die Form einer Mitteilung der Kommission, durch welche keine neuen Pflichten der Mitgliedstaaten begründet werden.³³ Die Anwendung dieses „informellen Dialogs“ setzt voraus, dass es in einem Mitgliedstaat zu einer systemimmanenten Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit kommt und nationale Sicherungsmechanismen nicht mehr ausreichend erscheinen, um die Gefahr abzustellen. Das Verfahren ist dreistufig ausgestaltet, bestehend aus einer Sachstandsanalyse, einer Stellungnahme und einer Empfehlung.³⁴ Ziel ist es, die Aktivierung des Art. 7 EUV zu vermeiden, wenngleich der Kommission dadurch nicht die Möglichkeit genommen wird, das Verfahren nach Art. 7 EUV zu eröffnen oder Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.³⁵ Es sollte nicht verschwiegen werden, dass die erfolglose Durchführung des über den Rechtsstaatsrahmen strukturierten „Dialogs“ unter regelmäßiger Information von Parlament und Rat den Rückgriff auf Art. 7 EUV erleichtert, wie der „Fall“ Polen zeigt.³⁶ Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Rechtsstaatsrahmens, der im Vorfeld des Art. 7 EUV hilft zu entscheiden, ob das „Sanktionsverfahren“ eingeleitet wird, sind inzwischen ausgeräumt.³⁷ Davon zu unterscheiden ist der Rechtsstaatsdialog des Rates, der zunächst keine konkreten Rechtsstaatsprobleme in einzelnen Mitgliedstaaten behandelte und in keinem vergleichbar direkten Bezug zu Art. 7 EUV

33 Europäische Kommission, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM(2014) 158 final; dazu *Bernd Martenczuk*, Art. 7 EUV und der Rechtsstaatsrahmen als Instrumente zur Wahrung der Grundwerte der Union, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Verfassungskrisen der EU*, Baden-Baden: Nomos 2018, 41–59 (47 ff.); *Leonard Besselink*, The Bite, the Bark, and the Howl, in: András Jakab/Dimitry Kochenov (Hrsg.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford: OUP 2017, 128–144 (134 ff.).

34 Zum Verfahren *Schorkopf*, Art. 7 (Fn. 16), Rn. 61 ff. Eine Analyse der Stellungnahme der Kommission v. 1.6.2016 Regarding the Rule of Law in Poland, C(2016) 3500 final und der anschließenden Empfehlungen zur Rechtsstaatlichkeit in Polen bei *Matthias Schmidt*, *Verfassungsaufsicht in der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2021, 412 ff., 418 ff.

35 Zum EU-Rahmen als Beispiel des Typus der „primärrechtsergänzenden“ Mitteilung *Schmidt*, *Verfassungsaufsicht* (Fn. 34), 388 ff.

36 COM(2017) 835 final; dazu *Martenczuk* (Fn. 33), 50 ff.; *Schmidt*, *Verfassungsaufsicht* (Fn. 34), 489 ff. Ein Automatismus besteht nicht, der Kommission verbleibt vielmehr ein Ermessen zur Eröffnung des Art. 7-Verfahrens.

37 Statt vieler *Günter Wilms*, Protecting Fundamental Values in the European Union Through the Rule of Law, European University Institute 2017, 76 ff. Krit. zum systemischen Defizit im EU-Rahmen *Schorkopf* (Fn. 16), Art. 7 EUV Rn. 65 f.

stand, aber deshalb auch Bedenken an der Kompetenz des Rates hervorgerufen hat, einen solchen Dialog überhaupt abzuhalten.³⁸

Festzuhalten ist, dass mit einem „Instrument“ allein die Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung nicht zu sichern ist.³⁹ Allerdings ist der EU-Rahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit „der Beginn eines Schismas in der Rechtswissenschaft, was die Beurteilung der Maßnahmen der Kommission – und später anderer Unionsorgane – hinsichtlich des effektiven Umgangs mit der Rechtsstaatlichkeitskrise“ angeht.⁴⁰ Das gilt erst recht für Engführungen der Wertesicherung durch Art. 7 EUV. Sicherlich kann ein maßgeblicher Ansatz im Schutz der demokratischen Opposition gesehen werden.⁴¹ Das greift in dieser Allgemeinheit jedoch zu kurz, weil Sicherungen der Chance, die Mehrheit zu erringen, noch keine Gewähr dafür liefern, dass ein Neuanfang im Einklang mit den Werten möglich ist, lassen sich doch die geschaffenen Strukturen wie unter den „Kardinalgesetzen“ in Ungarn nicht mehr einfach ändern. So richtig der Hinweis auf die Notwendigkeit des Politikwechsels im und durch den betreffenden Mitgliedstaat auch ist, weil er von den Unionsorganen nicht einfach erzwungen werden kann, so wenig überzeugend ist es, die rechtlichen Instrumente zur Sicherung der grundlegenden Werte des Art. 2 EUV kleinzureden.⁴² Das zeigt die jüngere Rechtsprechung des EuGH, der dazu übergegangen ist, das konstitutionalistische Argument weniger auf die funktionale Marktintegration, sondern stärker auf axiologische Aussagen zu beziehen, was zwangsläufig neue Durchsetzungsfragen aufwirft⁴³ und eine Weiterentwicklung des Unionsverfassungsrechts für den Schutz der Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung impliziert.⁴⁴

38 Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates der EU und der im Rat vereinigten Mitgliedstaaten über die Gewährleistung der Achtung der Rechtsstaatlichkeit, Dok. 17014/14 v. 16.12. 2014.

39 Zur „Vierfeldermatrix“ der Instrumente unten III.2.c.

40 Schmidt, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 377.

41 So Möllers/Schneider (Fn. 10), 124 ff.

42 Siehe aber Möllers/Schneider (Fn. 10), 28: „Wenn Einigkeit darüber besteht, dass die Konfliktlösung verrechtlicht werden soll, ist der Konflikt im Wesentlichen gelöst“.

43 Vgl. Armin von Bogdandy/Luke Dimitrios Spieker, Reverse Solange 2.0. Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter, EuR 2020, 301–332 (303 ff.).

44 Siehe etwa EuGH, Urteil v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 – *Ungarn/Parlament und Rat*; Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98 – *Polen/Parlament und Rat*. Zu diesem Entwicklungsstrang Friedemann Kainer, Die Konstitutionalisierung der Werte des Art. 2 EUV. Zwischen Funktion und Axiom, integration 3/2024, 207–

3. Kontext

Es spricht einiges dafür, dass das Art. 7-Verfahren als solches in der Praxis aufgrund der bestehenden hohen Hürden nur wenig bewirkt hat, aber die Einschätzung und Bewertung ändert sich, wenn es auf andere Schutzmechanismen bezogen und die politische Einschätzung des Vorliegens einer Gefahr der Werteverletzung für die rechtliche Überprüfung einer Vertragsverletzung nach Art. 258 f. AEUV fruchtbar gemacht wird.⁴⁵ Darüber mögen nur punktuelle Verstöße sanktioniert werden können, aber mit der Verhängung von Zwangsgeldern kann ein Druck zur Beseitigung des Vertragsverstosses aufgebaut werden.⁴⁶ Art. 7 EUV muss im Kontext aller Schutzmechanismen gelesen werden, mit denen die von der Vorschrift in Bezug genommenen Werte gesichert werden können.

Zu den politischen Verfahren zentraler Natur gehören neben dem Verfahren des Art. 7 EUV der informelle Dialog durch den Rechtsstaatsmechanismus, aber auch die fiskalische Verfassungsdurchsetzung über die Konditionalitätsverordnung⁴⁷ und – theoretisch – der Ausschluss des gegen die Werte des Art. 2 EUV verstoßenden Mitgliedstaates.⁴⁸ Diese zentralen Schutzmechanismen sind im Zusammenhang zu verstehen mit dezentralen Mechanismen wie der Unterstützung der Opposition und anderer gesellschaftlicher Kräfte im betreffenden Mitgliedstaat sowie der Sicherung seiner Medien. Diese Wege sperren nicht die Mobilisierung des Rechts,

223; kritisch *Martin Nettesheim*, Die Werte der Union. Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung, EuR 2022, 525–546 (534 ff.).

45 Zur Verzahnung der Verfahren bereits *Kathrin Träbert*, Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedstaaten, Berlin: Peter Lang 2010. Aus jüngerer Zeit *Christophe Hillion*, Overseeing the Rule of Law in the EU. Legal Mandate and Means, in: Carlos Closa/Dimitry Kochenov (Hrsg.), Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union, Cambridge: CUP 2016, 59–81 (74 ff.).

46 Vgl. *Max Erdmann*, Geld und Europäisches Verfassungsrecht. Institutionelle Wertesicherung durch Zwangsgelder in der Europäischen Union, Der Staat 62 (2023), 243–271 (258 ff.). Dafür ein Beispiel: Die einstweilige Anordnung, wonach die polnische Regierung ein Zwangsgeld von 100.000 EUR pro Tag zu zahlen habe, sollte die Abholzung des Białowieża-Urwaldes fortgesetzt werden, begründete der EuGH mit dem Erfordernis, die effektive Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten, die Bestandteil der in Art. 2 EUV normierten Werte sei, auf die sich die Union gründe, vgl. EuGH, Beschluss v. 20.11.2017, Rs. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, Rn. 102, 118 – *Kommission/Polen*.

47 VO 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. 2020 L 433/I; dazu unten IV.1.b.

48 Dazu unten V.2.

wobei neben zentralen Verfahren wie dem Vertragsverletzungsverfahren auch dezentrale Mechanismen in den Blick zu nehmen sind. Letztere thematisieren über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV die Voraussetzungen der horizontalen Kooperation⁴⁹ und könnten für systemische Defizite in der betreffenden Rechtsordnung denkbare Grenzen des Binnenmarkts aufzeigen, der auf seine Rechtsstaatskonditionalität zu befragen ist.⁵⁰

Nimmt man die wechselseitigen Bezugnahmen in den Blick, so wäre es eine verkürzte Sicht, die Bemühungen um eine Aktivierung des Art. 7-Verfahrens zur Sicherung der Werte in „notleidenden“ Mitgliedstaaten für gescheitert zu halten.⁵¹ Sicherlich: Die Hürden für das Passieren der „Stufen“ sind hoch und die Zurückhaltung, das Verfahren einzuleiten, war lange Zeit bemerkenswert. Aber es ist unrichtig, das Verfahren vom Ende aus zu betrachten und von ausbleibenden Sanktionsbeschlüssen auf die Nutzlosigkeit des Verfahrens zu schließen. Ist die Schwelle des Art. 7 EUV erreicht und das Verfahren zu einem Abschluss gebracht, mag es zu spät sein, den Mitgliedstaat zur Umkehr zu bewegen und die europarechtliche Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung wiederherzustellen. Aber es wird der politischen Praxis nicht gerecht, die Funktion des Art. 7-Verfahrens lediglich darin zu sehen, andere Mitgliedstaaten von Werteverletzungen abzuschrecken. Das wird seiner Thematisierung in der Kommission und im Rat nicht gerecht, der sich schwer tun mag, die Gefahr einer Werteverletzung mit qualifizierter Mehrheit festzustellen. Dass aber die Einleitung des Verfahrens gegen Polen oder Ungarn wirkungslos geblieben ist, lässt sich kaum sagen. Zum einen wächst der Rechtfertigungszwang in den betreffenden Mitgliedstaaten für die Abkehr von den Werten und zum anderen darf die Funktion des Art. 7 EUV nicht dahingehend missverstanden werden, ein abschließendes Verfahren für das Handeln der Unionsorgane zu statuieren, das es verbietet, den „begründeten Vorschlag“ nach Art. 7 Abs. 1 EUV in anderen Verfahren aufzugreifen und in deren Logik zu verarbeiten. Hier lässt sich durchaus eine Weiterentwicklung feststellen, haben sich doch die dogmatischen Grenzen, die Art. 7 EUV für andere Verfahren der Wertesicherung bereitstellt, verschoben. Nicht erst der Abschluss, sondern bereits

49 Unten IV.2.b.

50 Unten IV.3.c.

51 Jüngst etwa *Dimitry Kochenov*, *EU Rule of Law Today. Limiting, Excusing, or Abusing Power?*, in: Swedish Institute for European Policy Studies (Hrsg.), *The Rule of Law in the EU. Crisis and Solutions*, Stockholm: Sieps 2023, 28–33; ähnlich *R. Daniel Keleman*, *Article 7's Place in the EU Rule of Law Toolkit*, ebd., 22–27.

die Einleitung des Art. 7-Verfahrens zeigt Wirkungen, die über die Feststellung von Werteverletzungen durch die Venedig-Kommission hinausgehen.

Für das Verständnis von Art. 7 EUV und seine Bewertung sind die in Art. 1 und Art. 2 EUV zum Ausdruck gebrachten Charakteristika der politischen Ordnung maßgeblich, die mit dem Ziel der Union nach Art. 3 Abs. 1 EUV, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern, verbunden werden. Ein Sanktionsbeschluss nach Art. 7 EUV mag an strengere Voraussetzungen gebunden sein als der Beitritt nach Art. 49 EUV, aber die Sicherung der Werte in der Union ist ein Musterbeispiel für die Verkoppelung von Politik und Recht. So wird der politische Mechanismus nach Art. 7 EUV, der schon mit der Einleitung des Verfahrens in den Unionsorganen nicht unerhebliche Wirkungen erzeugt, in den rechtlichen Verfahren – namentlich dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV und dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV – aufgegriffen, wodurch diese Verfahren für Werteverletzungen einen neuen und vor dem Hintergrund des in Art. 2 EUV verorteten Verfassungskerns dogmatisch noch zu erschließenden Anwendungsbereich erhalten.

III. Theorie

1. Verfassungspluralistisches Deutungsangebot

Das Verfahren nach Art. 7 EUV ist politischer Natur, aber verfassungsrechtlich vorgegeben.⁵² Heute ist klar, dass es um den zentralen Durchsetzungsmechanismus des europäischen Verfassungskerns geht, der in Art. 2 EUV nicht bloß als Präambel dem Vertrag vorangestellt, sondern auf die Ausbuchstabierung in den nachfolgenden Vorschriften angelegt ist. Besonders deutlich wird dies in der Konkretisierung der Rechtsstaatlichkeit durch Art. 19 EUV, der mit dieser „Aufladung“ unionsverfassungsrechtliche Pflichten zur Ausgestaltung der nationalen Justizsysteme statuiert.⁵³ Ob hier

52 Zur Bedeutung des Art. 7-Verfahrens *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 347 ff. Monografisch: *Katharina Serini*, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaates gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, Berlin: Duncker & Humblot 2009, 17 ff.; *André Hau*, Sanktionen und Vorfeldmaßnahmen zur Absicherung der europäischen Grundwerte, Baden-Baden: Nomos 2002; *Kassner* (Fn. 23).

53 Zur systematischen Interpretation der erst vergleichsweise spät in das Blickfeld geratenen Grundnorm durch den EuGH *Benedikt Assenbrunner*, Struktursicherung im europäischen Verfassungsverbund durch Art. 2 EUV, DÖV 2023, 609–618 (612 ff.).

eine mit der Menschenwürde des Art. 1 GG vergleichbare Hierarchisierung des Primärrechts einhergeht, ist unsicher. In dem Maße jedoch, wie die Fundierung der Werte in Art. 2 EUV auf andere Vorschriften des Primärrechts einwirkt, verändert sich deren Charakter, was von jenen beklagt wird, die einer über die Marktausrichtung hinausgehenden Konstitutionalisierung skeptisch gegenüber stehen.⁵⁴ Mit der Bezugnahme auf Art. 2 EUV modifiziert das Durchsetzungsregime des Art. 7 EUV aber auch die Kompetenzgrenzen der Verträge, richtet sich Art. 2 EUV doch nicht nur an die Unionsorgane, sondern auch an die Mitgliedstaaten und erlaubt den Zugriff auf Gegenstände und Sektoren, die bislang der Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten unterlagen. Wer sauber zwischen dem, was die Union darf, und dem, was ihren Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt, zu unterscheiden pflegte, wird dem verfassungsrechtlichen Verständnis der Werte und ihrer Durchsetzung entweder überhaupt nicht oder nur eingeschränkt zustimmen können.⁵⁵ Demgegenüber erlaubt es eine verfassungspluralistische Deutung, die Werte der Union und deren Durchsetzung im Lichte des Art. 7 EUV auf zentrale und dezentrale Schutzmechanismen zu befragen.

Zwar speisen sich die Grundwerte der Union aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, aber die Union ist mehr als ein Spiegelbild ihrer mitgliedstaatlichen Verfassungen.⁵⁶ Schon die Hochzonung von Strukturprinzipien wie Rechtsstaatlichkeit und Demokratie auf die Unionsebene, um von hier aus Anforderungen an die Mitgliedstaaten zu formulieren, kommt ohne Abstraktionen nicht aus.⁵⁷ Erst recht fällt es schwer, diese

54 Vgl. *Matthias Ruffert*, Besprechung, AöR 147 (2022), 179–183 (181 f.).

55 Vergleichsweise unproblematisch ist die Durchsetzungsfrage, wird sie allein politisch in der Hand der vielfach von den Mitgliedstaaten beherrschten Unionsorgane wie dem Rat oder dem Europäischen Rat verstanden. Die Einschätzung ändert sich, wenn sie rechtlich unter Einschaltung des EuGH verstanden wird, der zwar kein Verfahren nach Art. 7 EUV erzwingen, aber auf Art. 2 EUV zugreifen kann und damit die Konstitutionalisierungsidee auf neue Felder ausrichtet.

56 Anders *Andreas Voßkuhle*, Die Idee der europäischen Wertegemeinschaft, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, Berlin: Suhrkamp 2021, 108–136 (125 ff.). Zur Union als Wertegemeinschaft als Grundlage und Begrenzung des Staatsordnungsmodells demokratischer Verfassungsstaaten in der Union *Egils Levits*, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, in: Thomas Jaeger (Hrsg.), Europa 4.0? Die EU im Angesicht politischer und technologischer Herausforderungen, Wien: Jan Sramek 2018, 239–270 (243 ff.).

57 Das gilt schon für die Rechtsstaatlichkeit, vgl. *Christoph Möllers*, Reflexionen über den Rechtsstaat, ZRP 2020, 27–30; *Werner Schroeder*, The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU. What Does it Mean and Imply?, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), Defending Checks and Balances in EU Member States, Berlin:

Werte, die nach Art. 2 S. 2 EUV „allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam (sind), die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern“ auszeichnet, gegenüber „abtrünnigen“ Mitgliedstaaten durchzusetzen. Unterbleibt dies jedoch, beginnen jene Mitgliedstaaten, die sich von liberalen Deutungsmustern der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit abwenden, die Bestimmung der gemeinsamen Werte mitzuprägen. In dieser wechselseitigen Verwobenheit der politischen Ordnungen liegt ein Problem, das für die Durchsetzungsfrage der Werte⁵⁸ nicht folgenlos bleibt.

a) Recht oder Politik: Wer schützt die Werte?

Die berühmte Frage, wer der Hüter der Verfassung ist, lässt sich für die Sicherung der Werte des Art. 2 EUV nicht einfach beantworten. Der Systematik der Verträge zufolge gibt Art. 7 EUV eine erste Antwort. Danach ist es Sache der Politik, in einem auf den *Europäischen Rat* zugeschnittenen Verfahren zu entscheiden, dass ein Verstoß gegen die Werte vorliegt und Sanktionen zu beschließen.⁵⁹ Den Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat die Verantwortung für die Sicherung der Werte zuzusprechen, drängt sich aber nicht auf und weckt Assoziationen zum Reichspräsidenten der Weimarer Verfassung, obwohl sich die Einschätzung des Europäischen Rates in jüngerer Zeit verändert hat und nicht länger von einem „Fremdkörper“ im Institutionengefüge die Rede sein kann.⁶⁰ Eine „Hüterfunktion“ für die Verträge hat auch die *Kommission*, der sie jedoch mit Blick auf

Springer 2021, 105–126. Für die anderen in Art. 2 EUV normierten Werte gilt es noch mehr. Man stelle sich vor, die Union schriebe einen bestimmten Demokratiestandard allen Mitgliedstaaten im Detail vor. Zum geforderten Ausschluss von Mitgliedern des Europäischen Rates *John Cotter*, Untying the Ties that (don't) Bind. The European Council's Discretion to Exclude Democratically Unaccountable Representatives, *Verf-Blog* (7.7.2022).

58 Kritisch zur Werte-Renaissance *Christoph Möllers*, Unsere Werte, *Merkur* 76 (2022), Heft 883, 5–16.

59 *Jan-Werner Müller*, Europas anderes Demokratieproblem, oder: Ist Brüssel Hüter der Demokratie in den Mitgliedstaaten?, in: Jürgen Rüttgers/Frank Decker (Hrsg.), *Europas Ende, Europas Anfang*, Frankfurt a.M.: Campus 2017, 133–147 (140).

60 Vgl. *Franz Mayer*, Die europäische Union als Präsidialregime. Aus polnischen Verfassungserfahrungen lernen?, in: Jakub Urbanik/Adam Bodnar (Hrsg.), *Περιμένοντας τους Βαββάρους*. Law in a Time of Constitutional Crisis. Studies Offered to Mirosław Wyrzykowski, Warschau: C.H. Beck 2021, 485–497.

die Werte des Art. 2 EUV lange Zeit nur unzureichend nachgekommen ist, vielleicht aber auch nicht nachkommen kann.⁶¹ Angesichts der Verzögerungsstrategien, die dem Europäischen Rat und der Kommission bei der Anwendung des neuen Rechtsstaatsmechanismus nach der Konditionalitätsverordnung vorgeworfen werden, fragt sich, ob nicht das *Europäische Parlament* „als Hüterin der Rechtsstaatlichkeit in Europa“ in Betracht kommt, die ein Untätigsein der Exekutive vor dem EuGH rügen kann.⁶² Das lenkt den Blick auf rechtliche Verfahren zur Sicherung der Werte. Zwar ist dem Gerichtshof eine materielle Kontrolle, ob die Voraussetzungen des Art. 7 EUV vorliegen, nach Art. 269 AEUV versperrt, wohl aber können politische Entscheidungen nach Art. 7 EUV in anderen Konstellationen für Klagen der beteiligten Akteure hilfreich sein.

Es mag auf den ersten Blick irritieren, den *EuGH* für die Sicherung der Grundwerte in den Mitgliedstaaten zu aktivieren, wird die Rolle des Gerichtshofs doch verbreitet hinterfragt.⁶³ Das gilt nicht nur für solche Mitgliedstaaten, die sich von den gemeinsamen Werten abwenden, sondern auch für mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte in „intakten“ Demokratien, die sich einer „Überfremdung“ durch eine für aktivistisch gehaltene Rechtsprechung des EuGH zu erwehren suchen.⁶⁴ Es wird dagegen zu zeigen sein, dass die Entscheidung des Vertragsgebers, die Sicherung der Werte nach Art. 7 EUV der Politik zu überantworten, nicht bedeutet, dass der Weg über das Recht versperrt ist. Das Vertragsverletzungsverfahren mag punktuell, wenngleich selten unter ausdrücklicher Auseinandersetzung mit der Rechtsstaatlichkeit, durchaus Vorzüge gezeigt haben. Es fragt sich aber, ob die Verbundordnung, wie sie für die Werteordnung konstituierend ist,

61 Frank Schorkopf, Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?, *EuR* 2016, 147–163 (159).

62 Skeptisch Ulrich Karpenstein, Das Parlament als Hüterin der Rechtsstaatlichkeit in Europa?, *EuZW* 2021, 457–458.

63 Das gilt für die Verfassungsgerichtsbarkeit allgemein, vgl. Dieter Grimm, Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 59 (2020), 321–354. Zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber, Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, in: dies. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VII, Heidelberg: C.F. Müller 2021, § 126.

64 Vgl. BVerfGE 154, 17 – *PSPP*; dazu Ulrich Haltern, Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen, *AöR* 146 (2021), 195–252; Andrej Lang, Das Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof nach dem *PSPP*-Urteil, *Der Staat* 60 (2021), 99–131.

nicht auch auf der Durchsetzungsebene eine Aktivierung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV ratsam erscheinen lässt, um die Werte zu sichern.⁶⁵ Dieser Weg wird hier als ein dezentraler Mechanismus des Rechts verstanden, weil er von Gerichten aus den Mitgliedstaaten angestoßen wird, die vom Unionsrecht dazu berechtigt, aber auch verpflichtet⁶⁶ sein können, ohne dass der EuGH in der Sache abschließend entscheidet.⁶⁷ Einfach ist dieses Verfahren nicht, aber als „DNA“ des europäischen Verfassungsrechts, weil es die Fachgerichte in den Kontrollzusammenhang einbezieht, ein naheliegender Zugriff auf die rechtliche Bewältigung der Verbundfragen und damit auch der Wertesicherung.⁶⁸ So hat sich der EuGH als „Aufsichtsinstanz“ über die mitgliedstaatliche Gerichtsorganisation entwickelt und aus Art. 19 Abs. 1 EUV im Lichte des Art. 2 EUV die Befugnis entnommen, für die Unabhängigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte konstitutionelle Maßstäbe zu entwickeln und durchsetzen zu können.⁶⁹

b) Zentral oder dezentral? Zusammenlesen der Verfassungen

Die Europäische Union ist eine politische Ordnung der Verkoppelungen, Vermittlungen⁷⁰ und Verzahnungen. Sie verfügt über Organe, die zur Siche-

65 So bereits *Claudio Franzius*, Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn, DÖV 2018, 381–389 (385 ff.); skeptisch *Andreas Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 3, Heidelberg: C.F. Müller 2022, § 59 Rn. 40 ff.

66 von *Bogdandy/Spieker* (Fn. 43), 305 ff.

67 Dies als Nachteil begreifend *Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 49.

68 Zu den Möglichkeiten und Grenzen *Sebastian Hapka*, Die Rolle des Vorabentscheidungsverfahrens in der europäischen Verfassungsaufsicht, GVRZ 2023, 2–9. Die Suche nach der „einen“ Aufsichtsinstanz ist vergeblich, vgl. zur Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts bei der „unechten“ Vertrauensfrage nach Art. 68 GG BVerfGE 114, 121 – *Bundestagsauflösung III*.

69 Leitentscheidungen: EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *ASJP*; Urteil v. 26.7.2018, Rs. C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586 – *LM*; Urteil v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 5.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 19.11.2019, Rs. C-585/18, ECLI:EU:C:2019: 982 – *A.K.*; Urt. v. 2.3.2021, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – *A.B.*; dazu *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2022, 412 ff.

70 Zur „Vermittlung“ europäischer und nationaler Identität von *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 182 ff. Ob es sinnvoll ist, den heiklen Begriff der Identität für die Unionsordnung zu verwenden, kann bezweifelt werden, mag er auch in Art. 4 Abs. 2 EUV –

rung ihrer Werte tätig werden können, aber vielfach von den Mitgliedstaaten gebremst werden. Wenn von Aufsicht die Rede ist, darf nicht aus dem Blick geraten, dass es neben der vertikalen auch eine horizontale Kontrollperspektive gibt, die immer schon bestanden hat, aber etwas versteckt war und explizit zu machen ist.

Die große Herausforderung, die mit Blick auf das Potential des Art. 7 EUV zur Durchsetzung der Werte besteht, liegt darin, dass es weder der „klassischen“ Europarechtswissenschaft noch der Verfassungsrechtswissenschaft bislang nachhaltig gelungen ist, die Verfassungen zusammen zu lesen. Auf der einen Seite wird befürchtet, dass grundlegende Postulate wie der Vorrang des Unionsrechts in Frage gestellt werden könnten. Auf der anderen Seite besteht schon lange – einst hinter dem rechtlich angreifbaren Souveränitätsvorbehalt versteckt, heute als nationaler Identitätsvorbehalt gegen die Union ins Feld geführt – die Sorge, dass grundlegende Errungenschaften des nationalen Verfassungsrechts verloren gehen könnten. Hier sei, konzeptionell angestoßen durch den Wechsel der Perspektive von der supranationalen Unionsrechtsordnung zum Denken des Rechtsstoffs in der europäischen Gesellschaft, die eben keineswegs allein durch das Unionsrecht bestimmt wird, das Erfordernis eines Zusammenlesens der Verfassungen für die Sicherung der Werte des Art. 2 EUV hervorgehoben.

2. Konsequenzen

a) Recht und Politik

Theoretisch bietet es sich deshalb an, die Wertedurchsetzung verfassungspluralistisch zu verstehen. Das ist in Art. 2 S. 1 EUV (Bindung der Union) bzw. S. 2 (Bindung der Mitgliedstaaten) angelegt und vermag das Transformationspotential des Unionsverfassungsrechts jenseits aller viel zu einfachen Illusionen einer Bundesstaatswerdung zu vermessen. Verfassungen, so

anders als im Grundgesetz, das vom BVerfG im Sinne nationaler Verfassungsidentität in eine Oppositionsrolle zum Unionsrecht gebracht wird – ausdrücklich einen textlichen Niederschlag und der Gerichtshof Interesse an der Begrifflichkeit gefunden haben, vgl. EuGH, *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 268: Der Union dürfe „nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie zur Verteidigung ihrer Identität, zu der die in Art. 2 EUV genannten Werte gehören (...) geeignete Maßnahmen ergreift, die sich gemäß Art. 5 Abs. 1 der angefochtenen Verordnung ausschließlich auf die Ausführung des Haushaltsplans der Union“ beziehen; kritisch zur Verwendung des Begriffs der Identität *Max Steinbeis*, *Wer wir sind*, *VerfBlog* (19.2.2022).

lässt sich sagen, verkoppeln Recht und Politik.⁷¹ Das führt bei der Frage nach dem unionsverfassungsrechtlichen Schutz ihrer Werte unweigerlich zu einer Schärfung des Primats der Politik. So antworten die Verträge in Art. 7 EUV mit einem politischen Verfahren, das nur begrenzt einer – lediglich verfahrensrechtlichen – Kontrolle durch den EuGH unterworfen ist. Dass sich Wertekonflikte durch die Gerichte auflösen lassen, erscheint illusorisch, darf aber nicht verdecken, dass dem Recht – und den Gerichten – nach den Verträgen durchaus eine Rolle zukommt, mag dem Problem wie in Polen oder Ungarn auch nicht mit einem Gerichtsurteil allein beizukommen sein. Hinzu kommt, dass sich die politische Lösung von Konflikten – sei es zentral oder dezentral – nicht im rechtslosen Raum beschreiben lässt. So dürfte dem politischen Wunsch, sollte er denn so geäußert werden, einen Mitgliedstaat aus der Union auszuschließen, jedenfalls das Unionsrecht entgegenstehen. Sowohl für die politische als auch für die rechtliche Sicherung der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV stellt sich aber die Frage, wie sich dessen Inhalte genauer bestimmen lassen.

Die Deutung der unionsverfassungsrechtlichen Werte als Grundordnung für die Union und als Rahmenordnung für die Mitgliedstaaten⁷² legt zur Frage der Durchsetzung der Werte eine Verkoppelung nahe. Weil der unbekümmerte Rückgriff auf Werte, die sich theoretisch nicht ohne weiteres einfangen lassen, dort auf Schwierigkeiten trifft, wo auf eine eigenständige, zumeist als souverän empfundene Rechtsordnung zugegriffen wird, erscheint ein verfassungspluralistisches Deutungsangebot für die Verarbeitung der Probleme angezeigt.⁷³ Das legt ein Zusammenlesen von Art. 2 und Art. 4 Abs. 2 EUV nahe. Ein Vorteil dieser Perspektive ist die Überwindung der unversöhnlichen Dichotomie von Autonomie und Heteronomie, in die ein Denken gestellt ist, dass die politische Ordnung entweder von der Union oder von den Mitgliedstaaten aus betrachtet. Die keineswegs homogene,

71 Statt vieler *Stefan Oeter*, Verkoppelung von Recht und Politik im europäischen Verfassungsdenken, in: Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2010, 67–85; für die Verfassungsgerichtsbarkeit *Matthias Jestaedt*, Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 317–332; *Dieter Grimm*, *Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics*, in: Bogdan Iancu (Hrsg.), *The Law/Politics Distinction in Contemporary Adjudication*, Utrecht: Eleven 2009, 21–34.

72 von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band.

73 Dazu *Franz Mayer*, *Verfassung im Nationalstaat. Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, VVDStRL 75 (2016), 7–63 (38 ff.).

sondern in unterschiedlichen Schattierungen auf die Verbundordnung gelegte Sicht des Verfassungspluralismus⁷⁴ beinhaltet im Kern den Verzicht auf die Suche nach dem letzten Wort. Denn es hat sich inzwischen herumgesprochen, dass es ein „letztes Wort“ weder zugunsten der Unionsebene noch – entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – zugunsten der nationalen Ebene geben kann. Es geht vielmehr darum, wie die Interaktion der Organe im Alltag ausgestaltet wird, ohne letzte Vorbehalte auf den Ebenen – sei es mit dem Autonomieanspruch der Union⁷⁵ oder dem Souveränitätsanspruch der Mitgliedstaaten⁷⁶ – zu überhöhen. Der Verfassungspluralismus erlaubt es, die miteinander verbundenen Rechtsordnungen jenseits übergreifender Hierarchievorstellungen zusammen zu lesen, was sich ungeachtet aller geäußerten Vorbehalte, daraus praktisch nur wenig herleiten zu können, an der Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens deutlich machen lässt, das auf einen Dialog der Gerichte, aber eben kein „letztes Wort“ setzt.⁷⁷

Dass die Maßstäbe des Art. 2 EUV zurückhaltend gebildet werden müssen, ergibt sich auch daraus, dass die Bedrohung demokratischer Ordnungen aus der demokratischen Selbstbestimmung selbst herrührt, auf die sich die betroffenen Regierungen ausdrücklich berufen.⁷⁸ Es wäre eigentümlich, wenn das in der Theorie verbreitete Hinterfragen der liberalen Ordnung⁷⁹ für die verfassungsrechtliche Bewertung folgenlos bliebe. Insoweit ist schon der Rückgriff auf gemeinsame Werte, gleichsam als Chapeau über das

74 Übersicht: Matej Avbelj/Jan Komárek (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*, Oxford: Hart, 2012.

75 Dazu Koen Lenaerts/José A. Gutiérrez-Fons/Stanislas Adam, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, ZaöRV 81 (2021), 47–88 (52 ff.).

76 Eindringlich BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*; dazu Claudio Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010.

77 Claudio Franzius, *Verfassungspluralismus. Was bedeutet das konkret?*, RW 7 (2016), 62–89 (76 ff.).

78 Möllers/Schneider (Fn. 10), 97 sehen darin ein europaweites politisches Projekt. Mitgliedstaaten wie Polen und Ungarn wenden sich von der Union nicht einfach ab, sondern wollen ein anderes Europa, was sich nicht zuletzt in der Inanspruchnahme von Rechtsschutz gegen Rechtsakte der Union zeigt, etwa EuGH, Urteil v. 3.6.2021, Rs. C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426 – *Ungarn/Parlament*.

79 Siehe nur den Exzellenzcluster „Contestations of the Liberal Script“ an der FU Berlin, <<https://www.scripts-berlin.eu>>. Wird die europäische Wirtschaftsverfassung unter die Werte des Art. 2 EUV gestellt, dann verlangt das „ein Verfassungsdenken aufzugeben, das das europäische Vertragsrecht primär als eine liberale Marktverfassung monetaristischer Ausrichtung“ liest, so für den Strukturwandel des öffentlichen Rechts von Bogdandy, Strukturwandel (Fn. 69), 266; Goldmann, in diesem Band.

Primärrecht gelegt, nicht unproblematisch.⁸⁰ Just zu dem Zeitpunkt, wo in Deutschland unter dem Grundgesetz die wertbezogene Argumentation aufgegeben wurde, treten die Werte und ihre Durchsetzung über Art. 7 EUV wieder in das Verfassungsrecht ein. Geht es darum, die Frage nach den Schutzmechanismen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten zu beantworten, darf das eigene Verständnis dieser Werte im betreffenden Mitgliedstaat nicht ausgeblendet werden. Das bestätigt das Achtungsgebot aus Art. 4 Abs. 2 EUV.

Helfen kann dabei, die Werte des Art. 2 EUV nicht als Optimierungsgebot, sondern als „rote Linien“ zu verstehen, die zu überschreiten die Union nicht hinnehmen kann, ohne sich selbst zu gefährden, aber eben auch ohne konkrete Vorgaben zu machen.⁸¹ Die Devise lautet nicht, so soll es sein, sondern, so geht es nicht, was die Frage offen lässt, wer darüber entscheidet, jedenfalls im „Einschätzungsverbund“ kaum allein dem EuGH überantwortet sein kann.⁸² So gesehen bietet sich übergreifend eine verfassungspluralistische Sichtweise an, die damit nicht antikonstitutionalistisch⁸³ sein muss, aber das vertikale und horizontale Gefüge der Rechtsordnungen unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen in der europäischen Gesellschaft zu ordnen vermag. Das bedeutet nicht, auf die zentrale Durchsetzung der Werte durch die Unionsorgane zu verzichten, will die anderen Mitgliedstaaten aber nicht aus der Verantwortung entlassen und legt besonderes Augenmerk auf dezentrale Schutzmechanismen mit der Frage, wie die Union bei Veränderungen „von innen“ helfen und Akteure wie die Opposition oder nationale Gerichte unterstützen kann.

80 Näher *Roberta Astolfi*, Über Begriffe und Werte im Recht, Münster: LIT 2020, 189 ff.; *Koen Lenaerts*, Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: eine Annäherung, EuGRZ 2017, 639–642; *Levits* (Fn. 56), 239 ff. Zur „Dogmatik im Neuland der Werte“ *Armin von Bogdandy*, Tyrannei der Werte?, ZaöRV 79 (2019), 503–552 (504 ff.).

81 *Armin von Bogdandy u.a.*, A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law. The Importance of Red Lines, CML Rev. 55 (2018), 983–996.

82 Politische Festlegungen der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte durch die Kommission können helfen, aber auch die Rechtsprechung des EGMR: *von Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 375 f.

83 Das Verfassungskonzept und der Rechtspluralismus stehen sich nicht so unversöhnlich gegenüber wie vielfach angenommen wird, vgl. *Stefan Kadelbach*, Konstitutionalisierung und Rechtspluralismus. Über die Konkurrenz zweier Ordnungsentwürfe, in: Jochen Bung/Armin Engländer (Hrsg.), Souveränität, Transstaatlichkeit und Weltverfassung, ARSP-Beiheft 153 (2017), 97–108. Zur Verbindung der Perspektiven *Claudio Franzius*, Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, Frankfurt a.M.: Campus 2014, 98 ff.

b) Relative Homogenität in der Föderation

Es gibt in keiner Rechtsordnung den *einen* Akteur, der für die Sicherung der Werte zuständig wäre. Und es gibt nicht das eine Instrument, worüber das gewährleistet werden soll. Dennoch verlangen föderale Ordnungen eine relative Homogenität ihrer politischen Ausrichtung.⁸⁴ Das zu propagieren, wie es Art. 2 EUV tut, ist eine Sache, aber ungleich schwerer ist die Frage ihrer Durchsetzung zu beantworten, wobei sich das Problem in allen föderalen Ordnungen stellt und keine unionsverfassungsrechtliche Besonderheit ist, die mit dem Hinweis auf Art. 7 EUV schon beantwortet wäre. Natürlich macht es einen Unterschied, ob Verfahrenshomogenität – ungeachtet aller berechtigten Zweifel an dieser Gegenüberstellung – auf einen Bundesstaat oder auf einen Staatenbund bezogen wird, sind doch selbst die Unterschiede der Homogenitätsanforderungen in Bundesstaaten erheblich. Es fällt aber auf, dass sich in der Verbundordnung der Union die Durchsetzungsmechanismen als besonders schwach erweisen. Das muss nicht bedeuten, jede Maßnahme hinzunehmen, obwohl sie in Konflikt mit den Werten des Art. 2 EUV gerät. Die Sicherungen der Homogenität, die in jeder föderalen Ordnung stets nur eine relative ist, müssen nicht schwächer gemacht werden als sie sind, wenn es heißt, ein „politischer Standpunkt, der der offiziellen Unionshaltung oder der kumulierten politischen Mehrheitsmeinung“ widerspricht, verdiene „grundsätzlich eine neutrale Haltung in einer pluralen europäischen Politikordnung und keine Verfolgung“.⁸⁵

Wie Art. 7 EUV zeigt⁸⁶ und in der Dogmatik der Verknüpfungen unterschiedlicher Schutzmechanismen⁸⁷ noch zu sehen sein wird, ist das lange Zeit verbreitete Wegsehen der Unionsorgane von Werteverletzungen einzelner Mitgliedstaaten keine Option. Richtig ist aber, dass die Mitgliedstaaten in der Union über eine größere Eigenständigkeit verfügen als die deutschen

84 Siehe auch die opening line bei Möllers/Schneider (Fn. 10), 5 ff., 9 unter dem Rückgriff auf Peter Lerche, Föderalismus als nationales und internationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), 77–104 (87), wonach Regeln und Entscheidungen in einem Gliedstaat in den anderen nur anerkannt und angewendet werden können, wenn man darauf vertrauen könne, dass die Standards, nach denen diese Entscheidungen getroffen wurden, in allen Ländern gemeinsamen Mindeststandards genügen. In der Union sollte freilich nicht von „Homogenität“ gesprochen werden, sondern von Struktursicherung, vgl. Assenbrunner, Struktursicherung (Fn. 53), 618.

85 So Schorkopf, Wertesicherung (Fn. 61), 161.

86 Oben II.

87 Unten IV.3.

Bundesländer oder amerikanischen Bundesstaaten. Vor allem die in Art. 4 Abs. 2 EUV vorgegebene Wahrung nationaler Identität verbietet es, in Art. 2 EUV eine Homogenitätsklausel vergleichbar mit Art. 28 GG oder Art. IV Sec. 4 und Art. XIII bis XV der US-Verfassung zu sehen. „Den Unionsorganen fehlt das Mandat, die Prinzipien des Art. 2 EUV zu einem gemeineuropäischen Bauplan mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts zu entfalten. Jeder Eindruck von Verfassungshomogenisierung ist zu vermeiden.“⁸⁸ Denn die Verfassungsautonomie als eine relative auszuweisen, besteht nicht nur mit Blick auf die Mitgliedstaaten, solange sie der Union angehören und nicht einfach machen können, was sie wollen. Art. 2 EUV ist eine Grenze für die Inanspruchnahme nationaler Verfassungsidentität. Es ist daran zu erinnern, dass auch die Autonomie, die der EuGH für die Unionsrechtsordnung proklamiert, nur eine relative ist, die für die Zurückweisung nationaler Identitätsvorbehalte gute Gründe erfordert, die in „systemischen Defiziten“⁸⁹ dogmatisch näher auszuformen sind.⁹⁰

c) Europäische Verfassungsaufsicht

Was folgt daraus für die europäische Verfassungsaufsicht? Schon die Begrifflichkeit ist im Unionsrecht neu⁹¹ und rechtfertigungsbedürftig. Gibt es, ja kann es eine solche Werte sichernde Verfassungsaufsicht geben? Wer soll insoweit adressiert werden?

Es versteht sich von selbst, dass für die Verfassungsaufsicht ein Unionsorgan gesucht wird. Soll es die Kommission als „Hüterin der Verträge“ sein? Oder kann vergleichbar mit den Verfassungsstaaten, die eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingerichtet haben, der EuGH diese Aufgabe übernehmen? Art. 7 EUV dürfte eher den Europäischen Rat in dieser Rolle sehen. Welches Unionsorgan hier primär verantwortlich ist, hängt auch von der Antwort auf die Frage ab, ob Werteverletzungen politisch oder rechtlich

88 von Bogdandy, Strukturwandel (Fn. 69), 274. Das ist leichter gesagt als getan, wie sich an den Unionsgrundrechten ablesen lässt, die vom EuGH inzwischen „ernst“ genommen immer wieder Anlass zu Sorgen einer Uniformierung der Grundrechtskulturen liefern.

89 Ausf. Sebastian Hapka, Systemische Mängel in Justizsystemen, Tübingen: Mohr Siebeck 2024, im Erscheinen.

90 Unten IV.2.b.

91 Siehe aber bereits Franzius, Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn (Fn. 65), 385 ff. Ausf. Schmidt, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 239 ff.

begegnet werden soll. Eine verfassungspluralistische Lesart macht es plausibel, mehr als nur ein Unionsorgan nach den Verträgen für aufsichtsbe-
fugt zu halten und in die Verbundordnung auch nationale Institutionen
einzubeziehen, weshalb die Initiierung des Vorabentscheidungsverfahrens
ebenfalls zur europäischen Verfassungsaufsicht gezählt werden kann.⁹²

Zusammengefasst: In der theoretischen Perspektive des Verfassungsplu-
ralismus geht es um mehr als eine realitätsnahe Beschreibung der Verbin-
dungen zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht. Vielmehr
wird eine Antwort auf die unentschiedene Frage gegeben, ob sich die
Unionsrechtsordnung als autonom oder heteronom verstehen lässt. Für
die Durchsetzung der Werte, die Art. 7 EUV im Blick hat, stellt das ver-
fassungspluralistische Deutungsangebot hinter die Vorstellung einer rechts-
ordnungsübergreifenden Hierarchie ein Fragezeichen und gebietet die Ein-
beziehung der nationalen Ebene, sei es der betroffenen Mitgliedstaaten und
ihrer Untergliederungen oder solcher Mitgliedstaaten, die für die Überwa-
chung des gemeinsamen Wertefundaments aktiviert werden. Daraus ergibt
sich die nachfolgende Vierfeldermatrix ohne Präferenz für ein Instrument.
Weil es in den Auseinandersetzungen um „Werteverletzungen“ von Mit-
gliedstaaten darum geht, eine wirkungsvolle Verbindung unterschiedlicher
Maßnahmen zu finden, sei an dieser Stelle betont, dass die in der Matrix
genannten Maßnahmen sich nicht wechselseitig ausschließen, sondern mit-
einander verknüpft werden können.⁹³

Recht	Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV)	Systemische Mängel Vorabentscheidungsverfahren Rechtsstaat und Binnenmarkt (Art. 267 AEUV)
Politik	Art. 7 Verfahren Rechtsstaatsmechanismus Konditionalitätsverordnung Ausschluss?	Europäische Öffentlichkeit Unterstützung der Opposition Medien

zentral

dezentral

© eigene Darstellung

92 Anders Schmidt (Fn. 34), 286 ff. Seine Arbeit legt den Fokus auf die oft gescholtene
Kommission und verzichtet auf ein Bashing, kann das zurückhaltende Vorgehen der
Kommission aber nicht erklären.

93 Nur so ist einem „Frankenstate“ in der treffenden Begrifflichkeit von Kim Lane
Scheppelle, *The Rule of Law and the Frankenstate. Why Governance Checklists Do
Not Work*, Governance 26 (2013), 559–562, beizukommen.

IV. Dogmatik

Wie ist diese Matrix zu verstehen? Drei Punkte seien hervorgehoben: Erstens verbietet es der systematische Kontext, dem politischen Verfahren nach Art. 7 EUV eine Sperrwirkung gegenüber rechtlichen Sicherungsmechanismen einzuräumen (1.). Das beschreibt die Verfassungsaufsicht indes nur unvollkommen. Daher sind zweitens neben zentralen Problemlösungen auch dezentrale Mechanismen der Wertesicherung in den Blick zu nehmen (2.). Diese werden hier nicht als Alternative zum Art. 7-Verfahren verstanden. Vielmehr geht es drittens darum, eine kombinierte Vorgehensweise dogmatisch auszuformen (3.).

1. Systematischer Kontext

Allein die Lektüre von Art. 7 EUV lässt nicht erkennen, wie die Union zentral auf (drohende) Werteverletzungen reagieren kann oder muss. Zu nennen sind der Rechtsstaatsrahmen als Vorfeldinstrumentarium (a), aber auch die Idee, durch den Konditionalitätsmechanismus über die Zurückhaltung von Haushaltsmitteln den betreffenden Mitgliedstaat zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit anzuhalten (b). Eine Sperrwirkung entfaltet Art. 7 EUV für beide Verfahren nicht (c).

a) Rechtsstaatsrahmen

Um die Lücken der Wertesicherung zu füllen, die von den hohen Hürden des Art. 7 EUV aufgestellt werden, aber auch um auf die neuen Entwicklungen in nicht nur einem Mitgliedstaat zu reagieren, führte die Kommission ein Verfahren ein, das als EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips im Vorfeld des Art. 7 EUV angesiedelt ist. Mit der Wahl einer Mitteilung zur Schaffung eines neuen Verfahrens entschied sich die Kommission nicht nur gegen den Versuch einer Primärrechtsänderung, sondern auch gegen einen verbindlichen Sekundärrechtsakt, was ihrer Bedeutung als politischem Instrument der Verfassungsaufsicht nicht abträglich sein muss.⁹⁴ Nicht nur, dass über „soft law“ das Verfahren nach Art. 7 EUV vorbereitet werden kann. Der intendierte Dialog mit dem Mitgliedstaat lässt Tatsachen

94 Dazu näher *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 369 ff.

hervortreten, die im Vertragsverletzungsverfahren oder Vorlageverfahren vor dem EuGH relevant sein können.

b) Fiskalische Verfassungsdurchsetzung

In den Kontext des Art. 7 EUV gehört auch die „fiskalische Verfassungsdurchsetzung“⁹⁵ nach Maßgabe der auf die Schwächen des politischen Verfahrens nach Art. 7 EUV reagierenden Konditionalitätsverordnung.⁹⁶ Dabei handelt es sich um einen zentralen Mechanismus der politischen Verfassungsaufsicht, dem zugetraut wird, die Einhaltung *rechtsstaatlicher* Grundwerte sichern zu können. Es ist ein administratives Verfahren, das über den Rat politisch rückgebunden ist. Ihm ist nicht bloß ein Veto eingeräumt, sondern er muss die Maßnahmen gegen einen Mitgliedstaat positiv beschließen. Damit wird an die umstrittene Politik der Konditionalität bei der Gewährung von Finanzhilfen an Eurostaaten angeknüpft und im Grunde der „Conditionality Constitutionalism“ aufgegriffen, der nach 1989 bei der Erweiterung der Union verfolgt wurde⁹⁷ und zunächst auch erfolgreich war. Sicherlich: Die Konditionalitätsverordnung erlaubt keine freie Verknüpfung politischer Ziele mit der Gewährung von Finanzmitteln. Sie dient nicht der Wertesicherung, sondern dem Schutz des Unionshaushalts. Darin unterscheidet sie sich von Art. 7 EUV und früheren Vorschlägen, die ohne den scharfen Fiskalnexus nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung mit der „hinreichend unmittelbaren Beeinträchtigung“ des Haushaltsvollzugs auskamen. Mittelbar wird mit der Zurückhaltung von Finanzmitteln aber sehr wohl Druck auf die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit ausgeübt, die als eine „Prämisse“ für den Beitritt, aber auch für den Erhalt der Vorteile

95 Begriff: *Christian Neumeier/Roya Sangi*, Fiskalische Verfassungsdurchsetzung im Unionsrecht, JZ 2022, 282–292; s. auch *Möllers*, Unsere Werte (Fn. 58): „Das Herz der Wertedurchsetzung ist geldwerter Natur.“

96 VO 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 16.12.2020 über die allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union; dazu *Justyna Łacny*, The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020. Is it All About Money?, *Hague Journal on the Rule of Law* 13 (2021), 79–105. Zum Ganzen *Malte Symann*, Schutz der Rechtsstaatlichkeit durch europäisches Haushaltsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

97 Vgl. *Catherine Dupré*, The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept, in: *Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend* (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Baden-Baden: Nomos 2015, 351–370 (355 f.).

aus der Mitgliedschaft zur Union fungiert.⁹⁸ Das gilt erst recht für das Zurückbehalten von Mitteln aus dem NGEU-Wiederaufbaufonds, die nicht unter die Konditionalitätsverordnung fallen und daher ohne die hier normierten Voraussetzungen verweigert werden können.⁹⁹

Die Konditionalitätsverordnung reagiert auf die Schwächen des Art. 7 EUV, macht die Auszahlung von Finanzmitteln aber allein von der Einhaltung der durch Art. 2 EUV vorgegebenen rechtsstaatlichen Grundsätze abhängig, die in einem funktionalen Verhältnis zum Vollzug des Haushalts stehen, der eben ohne rechtsstaatliche Institutionen nicht gelingen kann.¹⁰⁰ Mit einer Homogenisierung der Rechtsstaatsanforderungen hat das nichts zu tun. Es geht vielmehr um ein Minimum oder den Kern an Rechtsstaatlichkeit, ohne die ein ordnungsgemäßer Haushaltsvollzug nicht gewährleistet ist und die früher gerne als Rechtsgemeinschaft bezeichnete¹⁰¹ Union

98 Der EuGH erklärte in der Zurückweisung der Nichtigkeitsklagen von Polen und Ungarn gegen die Konditionalitätsverordnung, dass „die Achtung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat eine Voraussetzung für den Genuss aller Rechte ist, die sich aus der Anwendung der Verträge auf diesen Mitgliedstaat ergeben (...). Die Achtung dieser Werte kann nämlich nicht auf eine Verpflichtung reduziert werden, der ein Beitrittskandidat im Hinblick auf seinen Beitritt zur Union unterläge und der er danach wieder entsagen könnte“, vgl. EuGH, *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 144 f.; *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 126 f. Ein „Rückschrittsverbot“ war bereits im Urteil v. 20.4.2021, Rs. C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, Rn. 63 – *Repubblica*, für die Organisation der Justiz formuliert worden, dazu *Oliver Mader*, Wege aus der Rechtsstaatsmisere. Der neue EU-Verfassungsgrundsatz des Rückschrittsverbots und seine Bedeutung für die Wertedurchsetzung, EuZW 2021, 917–922; kritisch *Nettesheim*, Die Werte der Union (Fn. 44), 541 f.

99 Von „impliziten finanziellen Sanktionen“ spricht *Erdmann*, Geld und europäisches Verfassungsrecht (Fn. 46), 269 f.

100 Es ist, wie der EuGH festgestellt hat, kein Sanktionsmechanismus für Verstöße gegen Art. 2 EUV, vgl. *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 115, und *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 129, 210. Der Juristische Dienst des Rats hatte es anders gesehen und Art. 7 EUV für abschließend gehalten, vgl. Rechtsgutachten des Juristischen Dienstes des Rats v. 25.10.2018, Ratsdokument Nr. 13593/18. Mit dieser Begründung wurde bereits die Rechtmäßigkeit des Rechtsstaatsdialogs bezweifelt, vgl. Rechtsgutachten des Juristischen Dienstes des Rats v. 27.5.2014, Ratsdokument Nr. 10296/14. Das überzeugte schon damals nicht, vgl. *Martenczuk* (Fn. 33), 49; anders *Thomas Giegerich*, Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU, in: Christian Calliess (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung, Liber Amicorum für Thorsten Stein, Baden-Baden: Nomos 2015, 499 (532 ff.), mit Zweifeln an der Kompetenz der Kommission für den EU-Rechtsstaatsrahmen. Zum Ganzen *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 377 ff.

101 Kritisch *Armin von Bogdandy*, Jenseits der Rechtsgemeinschaft. Begriffslarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, EuR 2017, 487–511.

nicht funktionieren kann. Dabei darf die häufig zurückgestellte Frage, ob die Unionsorgane ihrerseits das ja auch sie bindende Rechtsstaats- und Demokratieprinzip einhalten, nicht ausgeblendet werden.¹⁰²

Als ein Nachteil politischer Verfahren zur Wertesicherung in der Union wird die souveränitätszentrierte Diplomatie im Rat ausgemacht.¹⁰³ Ungeachtet der Frage, ob diese Einschätzung noch zutrifft und nicht längst die völkerrechtliche Kultur der Verhandlungen im Europäischen Rat überwunden ist, kommt dem Europäischen Rat – früher als dem „König im Frühkonstitutionalismus des 19. Jahrhunderts“ nicht unähnlich betrachtet¹⁰⁴ – im konstitutionellen Transformationsprozess eine Schlüsselrolle zu.¹⁰⁵ Seiner Rolle für die Verteidigung der Werte wird er freilich nicht immer gerecht. So ist es vor allem der Europäische Rat, der Erfolgen im Art. 7-Verfahren im Weg steht. Vieles, was heute in Gefahr ist, geht jedenfalls auch auf ein Versagen der Unionsorgane zurück, die zu lange weggeschaut haben.¹⁰⁶ Es wäre jedoch verfehlt, diesen Befund als Rückkehr zur völkerrechtlichen Logik zu deuten.¹⁰⁷ Der Europäische Rat ist kein König, der kein Unrecht tun kann.¹⁰⁸ Schon die Untätigkeitsklage des Europäischen Parlaments gegen die Kommission zeigte, dass ein Abwarten, die Konditionalitätsverordnung mit dem Zurückbehalten von Haushaltsmitteln anzuwenden, gegen Unionsrecht verstoßen kann. Vor allem aber verstößt der

102 Das gilt auch für die Kommission, anders *Schorkopf*, Wertesicherung (Fn. 61), 149, wonach die Kommission nicht als „Hüter der liberalen Demokratie“ fungieren könne. Der Maßstab für die Wertesicherung habe ein Abstraktionsniveau, das es den Unionsorganen nur in seltenen Fällen gestatte, in die politische Entwicklung eines Mitgliedstaates zu intervenieren. Damit lässt sich ein Untätigwerden aber nicht rechtfertigen.

103 *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 142 ff.

104 So noch *Armin von Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 1. Aufl., Berlin: Springer 2003, 149–203 (169). Heute erscheint der Europäische Rat als ein kollektiver Präsident der Union, was die Deutung des europäischen Regierungssystems als ein parlamentarisches in Frage stellt, vgl. *Mayer*, Die Europäische Union als Präsidialregime (Fn. 60), 488 ff.

105 *von Bogdandy/Rugge*, in diesem Band, wonach die europäische Gesellschaft mit dem Europäischen Rat zu demokratischer Handlungsfähigkeit gefunden habe.

106 Zum Dilemma oben II.1.

107 Dass sich das Unionsrecht in der „Krise“ wieder dem Völkerrecht annähert, wie *Frank Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), 183–225 (204 ff.), für die Staatsschuldenkrise meinte, trifft so nicht zu, unterschätzt die Stabilität des Unionsrechts und wird mit den Reaktionen auf die Rechtsstaats- und Demokratiekrise nur begrenzt bestätigt.

108 *Rex non potest peccare*.

Beschluss des Europäischen Rates, die Verordnung so lange nicht anzuwenden, bis die Kommission abstrakt-generelle Leitlinien erarbeitet habe und das Urteil des EuGH über die Klagen von Ungarn und Polen abzuwarten, gegen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.¹⁰⁹ Denn die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates erzeugen keine Rechtsfolgen, erst recht nicht von der Verordnung abweichende Rechtsfolgen. Unionsrechtswidrig ist es, die Anwendung einer Verordnung durch die Kommission von der vorherigen Erarbeitung von Leitlinien abhängig zu machen.¹¹⁰ Daran änderten auch die erhobenen Nichtigkeitsklagen von Ungarn und Polen nichts. Sie hatten nach Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung, die eine Nichtanwendung der Verordnung hätte rechtfertigen können.¹¹¹ Hier haben wir ein Beispiel für die in der Realität nur begrenzte Steuerungskraft des Rechts bei der Aktivierung politischer Verfahren. Die Politik tut sich schwer, angemessene Antworten auf die Rechtsstaatskrise zu finden.

c) Sperrwirkung gegenüber anderen Schutzmechanismen?

aa) Konditionalitätsmechanismus

Der politische Konditionalitätsmechanismus tritt neben Art. 7 EUV, dem insoweit keine Sperrwirkung zukommt. Letzteres war schon für den Rechtsstaatsrahmen nicht mehr zweifelhaft, wurde aber auch vom EuGH in seinem grundlegenden Urteil zur Konditionalitätsverordnung bestätigt¹¹² und macht deutlich, dass es der Umstand, dass wir mit Art. 7 EUV einen Wertesicherungsmechanismus haben, nicht ausschließt, auf anderem Wege die Sicherung der Werte zu verfolgen. Einen Exklusivitätsanspruch verfolgt Art. 7 EUV gegenüber anderen politischen Verfahren nicht.

109 Uta Stäsche, Europäischer Rechtsstaat als Spielball der EU-Institutionen? Zum Umgang mit der Haushaltskonditionalität am Beispiel der Rechtsstaatlichkeitsverletzungen in Polen und Ungarn, ZEuS 2021, 561–616 (607 ff.); Oliver Mader, Rechtsstaatlichkeit und Haushalt: Der Stand des Werteschutzes in der EU nach dem Streit über die Rechtsstaatsverordnung, EuZW 2021, 133–141 (139 ff.).

110 Art. 4 Abs. 1 der Verordnung räumt der Kommission kein Ermessen ein.

111 Vgl. Neumeier/Sangi (Fn. 95), 291.

112 EuGH, Ungarn/Parlament und Rat (Fn. 44); dazu Ferdinand Weber, Horizontale Unionsaufsicht und vertikale Weiterentwicklung zum Schutz der unionalen Verfassungsidentität, EuR 2022, 785–797.

Der EuGH beschränkt sich nicht darauf, in Art. 322 AEUV die Kompetenz für den Erlass der Konditionalitätsverordnung zu sehen. Die Verordnung beruhe darauf, dass „jeder Mitgliedstaat die in Art. 2 EUV genannten gemeinsamen Werte, auf die sich die Union gründet, mit allen anderen Mitgliedstaaten teilt und anerkennt, dass sie sie mit ihm teilen. Diese Prämisse gehört zu den besonderen und wesentlichen Merkmalen des Unionsrechts, die mit dessen Eigenart zusammenhängen und sich aus der Autonomie ergeben, die das Unionsrecht gegenüber den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und dem Völkerrecht genießt. Sie impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten in die Anerkennung dieser Werte und damit in die Beachtung des Unionsrechts, mit dem sie umgesetzt werden (...). Daraus folgt, dass die Achtung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat eine Voraussetzung für den Genuss aller Rechte ist, die sich aus der Anwendung der Verträge auf diesen Mitgliedstaat ergeben“.¹¹³ Und weiter heißt es, die Werte erstmals in das Zentrum der Union stellend: „Die in Art. 2 EUV genannten Werte wurden von den Mitgliedstaaten festgelegt und sind ihnen gemeinsam. Sie geben der Union als Rechtsgemeinschaft schlechthin ihr Gepräge“.¹¹⁴ Somit muss die Union auch in der Lage sein, diese Werte im Rahmen der ihr durch die Verträge übertragenen Aufgaben zu verteidigen. Daraus folgt, dass der Wert der Rechtsstaatlichkeit, der der Union und den Mitgliedstaaten gemeinsam ist und zu den elementaren Grundlagen der Union und ihrer Rechtsordnung gehört, im Einklang mit dem in Art. 5 Abs. 2 EUV verankerten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung sowie dem in Art. 7 AEUV vorgesehenen Grundsatz der Kohärenz der Unionspolitik als Basis für einen Konditionalitätsmechanismus dienen kann, der vom Begriff „Haushaltvorschriften“ im Sinne von Art. 322 Abs. 1 Buchst. a AEUV gedeckt“ ist.¹¹⁵ Der Gerichtshof macht hier unmissverständlich klar, dass Art. 2 EUV nicht nur seinen Niederschlag in Art. 7 EUV gefunden hat, sondern in einer Vielzahl von Vorschriften – wie unter dem Zusammenlesen von Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh¹¹⁶ – konkretisiert wird und den Unionsgesetzgeber nicht daran hindert, ein weiteres Verfahren einzuführen, dass

113 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 125 f.

114 EN: *identity* und FR: *identité*.

115 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 126 f.

116 EuGH, Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – *Kommission/Polen*; dazu *Laura Hering*, Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument der zum Schutz der Unionswerte, DÖV 2020, 293–302 (297 ff.).

sich nach Zweck und Gegenstand sowie nach den Voraussetzungen und Rechtsfolgen vom Art. 7-Verfahren unterscheidet.

bb) Vertragsverletzungsverfahren

Die Vorstellung, dass ein Umkippen von dem Wertefundament, auf dem die Union beruht, nur politisch begegnet werden darf, ist ebenso sympathisch wie überholt. Auf Art. 2 EUV nimmt zwar nur Art. 7 EUV ausdrücklich Bezug, aber das bedeutet nicht, dass damit der Weg versperrt sei, mit Vertragsverletzungsverfahren auf Verstöße gegen das Unionsrecht zu reagieren.¹¹⁷ Anders sähe es wohl aus, sollte ein Verfahren nach Art. 258 AEUV allein auf systemische Verletzungen des Art. 2 EUV ohne einen konkreten Fall gestützt werden, weil sich dann die Frage stellen würde, warum es überhaupt des Art. 7-Verfahrens als einem politischen Verfahren bedarf. Sicherlich gibt es auch im Unionsverfassungsrecht viele Anknüpfungspunkte für einen Primat des Politischen, wie zum Beispiel der EuGH in seiner zurückhaltenden Rechtsprechung gegenüber Primärrechtsverletzungen von Sekundärrechtsakten zeigt.¹¹⁸ Das bedeutet aber nicht, dass es nicht möglich wäre, einen Werteverstoß vor dem EuGH rügen zu können.

Die Verträge kennen als zentrales rechtliches Verfahren zur Durchsetzung der Vertragstreue das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV.¹¹⁹ Es ist jedoch umstritten, ob es als Instrument der Verfassungsaufsicht eingesetzt werden kann oder soll. Sicherlich: Verletzt ein Mitgliedstaat die Verträge, muss er mit einem Vertragsverletzungsverfahren rechnen. Dafür muss die von der Kommission als verletzt gerügte Vorschrift aber justiziabel sein. Das wurde lange Zeit für Art. 2 EUV verneint. Es wäre heute jedoch verfehlt anzunehmen, der Schutz der Werte sei allein dem Verfahren nach Art. 7 EUV vorbehalten. So richtig der „Vorbehalt des Politischen“ in föderativen Konflikten auch sein mag – Art. 7 EUV sperrt nicht prinzipiell

117 Vgl. *Luke Dimitrios Spieker*, The Conflict Over the Polish Disciplinary Regime for Judges. An Acid Test for Judicial Interdependence, Union Values and the Primacy of EU Law: *Commission v. Poland*, CML Rev. 59 (2022), 777–811 (780 ff.). Zur Justitiabilität des Art. 2 *ders.*, EU Values (Fn. 14). Anders aber früher die Annahme, Art. 7 EUV sei *lex specialis* zum Vertragsverletzungsverfahren, etwa bei *Martenczuk* (Fn. 33), 45 f.

118 Dahinter verbirgt sich der Respekt vor dem politischen Prozess, den in der Sekundärrechtsetzung die Mitgliedstaaten im Rat mittragen.

119 Siehe auch *Meike Eekhoff*, Die Verbundaufsicht, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, 187 ff. zu anderen Verfahren.

den Einsatz des Vertragsverletzungsverfahrens für die Einhaltung der Verträge und kann damit auch zur Verteidigung der Werte beitragen.

Sicherlich geht ein zentraler Zugriff auf die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten mit erheblichen Legitimationsproblemen einher, denen jedoch insoweit begegnet werden könnte, wenn auf das Verfahren nach Art. 259 AEUV zurückgegriffen wird, in dem die Klageerhebung nicht der Kommission, sondern den Mitgliedstaaten zufällt.¹²⁰ Die Fälle, wo das Vertragsverletzungsverfahren von einem Mitgliedstaat initiiert wurde, sind bislang jedoch eher selten geblieben und betrafen Nachbarschaftsstreitigkeiten, aber nicht die Eindämmung einer Rechtsstaats- und Demokratiekrise. Wird gesagt, es sei ein interessanter, aber nicht der von den Mitgliedstaaten gewählte Weg, so wird deutlich, dass es sich um politische Versäumnisse handelt, die nicht dem Recht anzulasten sind.¹²¹

cc) Ausdehnung auf Systemverletzungen?

In eine Konkurrenz zu Art. 7 EUV tritt das Vertragsverletzungsverfahren, wenn darüber auch Systemverletzungen einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen würden. Eine Antwort darauf ist nicht dem Vertragsgeber vorbehalten, sondern kann von der Rechtsprechung gegeben werden, die jenen Schritt gehen müsste, um die Sicherung der Werte – soll daran festgehalten werden¹²² – zu effektuieren.¹²³ Der EuGH hat in der Evolution der hier als Verfassungskern verstandenen Norm¹²⁴ durchaus vorsichtig agiert, jedenfalls den Schritt, ein Vertragsverletzungsverfahren ohne Konkretisierungsschritt unmittelbar auf Art. 2 EUV zu stützen, bislang nicht gewagt.

Warum ist das so? Werteverletzungen sind Rechtsverletzungen, denen entgegentreten Art. 7 EUV der Politik zuweist. Die Initiative liegt bei einem Drittel der Mitgliedstaaten, dem Europäischen Parlament oder der Europäischen Kommission und die Entscheidungsgewalt beim Rat bzw. dem Europäischen Rat. Demgegenüber ist das Vertragsverletzungsverfah-

120 *Dimitry Kochenov*, Biting Intergovernmentalism. The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool, *Hague Journal on the Rule of Law* 7 (2015), 153–174 (170 f.).

121 Zu dieser wenig überzeugenden Begründung *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 531 f.

122 Kritisch *Schorkopf* (Fn. 16), Art. 7 EUV, Rn. 72 „Das Denken in Mechanismen der Wertesicherung bewegt sich stets am Rand der Kompetenzüberschreitung.“

123 Für ein restriktives Verständnis *Vofßkuhle*, Wertegemeinschaft (Fn. 56), 124 ff.

124 *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band.

ren ein rechtliches Verfahren, in dem am Ende der EuGH entscheidet. Freilich ist eine pauschale Gegenüberstellung von Politik und Recht verfehlt. Das Recht tritt vielfach nicht an die Stelle von Politik, kann und soll vielmehr politische Prozesse anstoßen. Hier liegt kein Grund für die Zurückhaltung, systemische Wertverletzungen im Vertragsverletzungsverfahren aufzugreifen. Näher liegt die Verbindung der hohen Hürden des Art. 7 EUV mit der Weite der Werte des Art. 2 EUV.

Schon mit der Operationalisierung der Werte in Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh für die nationale Justiz greift der EuGH auf den nicht harmonisierten Bereich zu, der betroffene Mitgliedstaaten provoziert, der als übergriffig wahrgenommenen Rechtsstaatskontrolle die nationale Verfassungsidentität nach Art. 4 Abs. 2 EUV entgegenzustellen. Solange hiermit argumentiert wird, steht dem das Unionsrecht mit seiner Austarierung der föderalen Balance nicht entgegen¹²⁵ und wird vom Gerichtshof auch ernst genommen. Anders sieht es aus, wenn Verfassungsgerichte in der nationalen Verfassung wurzelnde Vorbehalte aktivieren, wie es das Bundesverfassungsgericht mit der Ultra-vires-Kontrolle oder dem Identitätsvorbehalt¹²⁶ für sich in Anspruch nimmt, was, bei allen Unterschieden in den zu entscheidenden Fällen, von anderen nationalen Verfassungsgerichten in der Zurückweisung der Werte-Rechtsprechung des EuGH¹²⁷ aufgegriffen werden kann.¹²⁸

So wie sich die übrigen Mitgliedstaaten positionieren müssen, um ein autoritäres Umkippen der politischen Ordnung eines einzelnen Mitgliedstaates von den gemeinsamen Werten abzuwenden, können sich nationale Verfassungsgerichte in ihrer Rechtsprechung auch zusammentun, um

125 Instrukтив *Luke Dimitrios Spieker*, Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts, CML Rev. 57 (2020), 361–398.

126 Dazu *Peter M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, Der Staat 56 (2017), 398–414 (404 ff.); *Lucas Hartmann*, Fehlerfolgen. Ist die verfassungsgerichtliche Ultra-Vires- und Identitätskontrolle aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtlich wirkungslos?, Der Staat 60 (2021), 387–431.

127 Erläuternd *Lenaerts*, Die Werte der Europäischen Union (Fn. 80).

128 Für Polen *Stanisław Biernat*, How Far Is It from Warsaw to Luxembourg and Karlsruhe: The Impact of the PSPP Judgment on Poland, GLJ 21 (2020), 1104–1115; für Ungarn *Beáta Báko*, The Zauberlehrling Unchained?, ZaöRV 78 (2018), 863–902 (877 ff.). Ablehnend zu einer insoweit vielfach vermissten Folgenverantwortung des Bundesverfassungsgerichts *Andreas Voßkuhle*, Applaus von der „falschen“ Seite: Zur Folgenverantwortung von Verfassungsgerichten, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichts, Berlin: Suhrkamp 2021, 334–342.

einem für verfehlt gehaltenen „Wertekonstitutionalismus“ des EuGH¹²⁹ zu begegnen. Auch das Bundesverfassungsgericht, in dessen Rechtsprechung einst Werte eine große Rolle spielten, sucht inzwischen Unterstützung in der Rechtsprechung anderer Verfassungsgerichte, was im Grunde nur die Umstellung der Perspektive von der supranationalen Rechtsgemeinschaft zum europäischen Rechtsraum¹³⁰ nachzeichnet und grundsätzlich zu begrüßen ist. Es bleibt aber zu fragen, warum angesichts der Präferenz der Verträge mit Art. 7 EUV für ein politisches Lösungsmodell auf das Recht zur Wertesicherung gesetzt werden soll. Wird Art. 2 EUV unmittelbar von der Rechtsprechung aktiviert, dann ließe sich eine Beschränkung auf die Rechtsstaatlichkeit nicht mehr rechtfertigen. Alle dort genannten Werte wären erfasst und über das Vertragsverletzungsverfahren auch durchsetzbar. Im Vertragsverletzungsverfahren gegen die „Lex Tusk“, einem polnischen Gesetz, das eine Untersuchungskommission zu „russischer Einflussnahme“ eingerichtet hat, dem vorgeworfen wird, Oppositionspolitiker von Wahlen auszuschließen, schlägt die Kommission diesen Weg ein.¹³¹

Höchststrichterlich ist bislang nicht geklärt, inwieweit Art. 7 EUV einen unmittelbaren Rückgriff auf Art. 2 EUV im Vertragsverletzungsverfahren sperrt. So fragt sich, ob Gerichte imstande sind, für die hinter Wertkonflikten stehenden föderalen Konflikte einen Beitrag zu liefern. Zwar sind es gerade diese föderalen Konflikte, die ein wesentlicher Anlass für die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit waren. Aber man kann sich sehr wohl fragen, ob in der Union für die Aktivierung des Rechts in den Händen des EuGH ein vergleichbar hohes Maß an politischer Konsolidierung vorausgesetzt werden kann.¹³² Eine unmittelbare Aktivierung der Werte des Art. 2 EUV durch den EuGH im Vertragsverletzungsverfahren sollte jedenfalls gut überdacht sein, um keine kontraproduktiven Ergebnisse zu erzielen, mögen Warnungen auch überzogen sein, in der Erweiterung der gerichtli-

129 Frank Schorkopf, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, JZ 2020, 477–485 (480 ff.).

130 Armin von Bogdandy, Der europäische Rechtsraum, AöR 144 (2019), 321–357.

131 Pressemitteilung der Kommission v. 8.6.2023, <https://germany.representation.ec.europa.eu/index%2Ephp/news/rechtsstaatlichkeit-eu-kommission-leitet-vertragsverletzungsverfahren-gegen-polen-ein-2023-06-08_de>. Damit wird deutlich gemacht, dass es heute nicht mehr allein um den Schutz der Rechtsstaatlichkeit geht, sondern vermehrt auf Gefährdungen der Demokratie zugegriffen wird.

132 Möllers/Schneider (Fn. 10), 28. Zur Rolle der Gerichte bei der Lösung von Wertkonflikten Franz C. Mayer, Judikativer Werteschutz in der Europäischen Union: Grundlagen und Chancen, EuR 2024, 219–240; sehr kritisch Martin Nettesheim, Die föderale Homogenitätsklausel des Art. 2 EUV, EuR 2024, 269–300.

chen Prüfungskompetenz eine „revolutionäre“ Erweiterung zu sehen, die vergleichbar mit *van Gend & Loos* oder *Costa/ENEL* „die Legitimation des Gerichtshofs auf die Probe stellen und auf den Widerstand mitgliedstaatlicher Gerichte auch in funktionierenden demokratischen Ordnungen stoßen“ könnte.¹³³

Ob mit rechtlichen Verfahren viel gewonnen ist, steht ohnehin auf einem anderen Blatt. Beide Verfahren, sei es politisch oder rechtlich, werden trotz ihrer Unterschiede – hier eine systemische Abkehr von den Werten, dort ein punktueller Verstoß gegen die Verträge – als zentrale Verfahren eingeordnet, der als dezentrales Verfahren im Recht das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV gegenübergestellt werden kann. Der bloße Umstand, dass es das politische Verfahren nach Art. 7 EUV gibt, hindert nationale Gerichte nicht, Wertverstöße in einem Mitgliedstaat zum Anlass zu nehmen, die Kooperation mit diesem zu hinterfragen und mögliche Grenzen des Vertrauens dem EuGH vorzulegen. Auch hier kann natürlich gefragt werden, ob damit viel gewonnen ist. Gesperrt ist das Verfahren aber nicht und kleinreden sollte man es auch nicht, mag es auch eine Herausforderung für nationale Gerichte sein, die Einhaltung der Unionsgrundrechte im „fremden“ Mitgliedstaat zu überprüfen¹³⁴ oder ihre Entscheidung vom Vorliegen oder Nichtvorliegen systemischer Defizite abhängig machen und gegebenenfalls dem EuGH vorlegen zu müssen.¹³⁵ Das gilt aber auch für die Aktivierung der Gerichte bei Grundrechtsverletzungen im „eigenen“ Staat, wie die Fälle aus Polen zeigen.

2. Dezentrale Alternativen

Art. 7 EUV normiert ein Verfahren zur Durchsetzung der in Art. 2 EUV niedergelegten Werte. Vor dem Hintergrund der verbreiteten, aber so pauschal unrichtigen Behauptung, dass eine rechtliche Politikdeterminierung in ein Demokratiedefizit münde¹³⁶ und für die Verfassungsaufsicht der Uni-

133 Möllers/Schneider (Fn. 10), 90 f., 147 f.

134 Iris Canor, Solange horizontal. Der Schutz der EU-Grundrechte zwischen Mitgliedstaaten, ZaöRV 73 (2013), 249–294 (269 ff.).

135 Sehr viel zurückhaltender Voßkuhle, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 51: „Die Kosten der Juridifizierung des föderativen Rechtsstaatskonflikts könnten mittel- und langfristig (...) hoch sein.“ Zum Vorschlag einer strafrechtlichen Bewehrung des europäischen Verfassungskerns unten V.3.b.

136 Frank Schorkopf, Von Bonn über Berlin nach Brüssel und Den Haag. Europa- und Völkerrechtswissenschaft in der Berliner Republik, in: Thomas Duve/Stefan

on zu vermeiden sei, rücken als Alternative zu zentralen Problemlösungen – wie dem an Grenzen stoßenden Art. 7-Verfahren – dezentrale Mechanismen der politischen Sicherung grundlegender Werte in den Vordergrund. Das ist schon allein deshalb naheliegend, weil Art. 2 S. 2 EUV von einer europäischen Gesellschaft spricht, die jene Fokussierung auf die Staaten vorsichtig relativiert, mit denen gemeinsam ein abtrünniger Mitgliedstaat nach allem, was wir beobachten können, nicht wieder in die Gemeinschaft „liberaler Demokratien“ als der Basis des Integrationsprojekts zurückgeholt werden kann. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass es für die Effektivität der Wertesicherung auf die „richtigen“ Kombinationen der in der Vierfeldermatrix vorgestellten Mechanismen ankommt. Diese können sich gegenseitig blockieren, aber auch wechselseitig ergänzen und machen deutlich, dass es verfehlt wäre, in Art. 7 EUV das einzige „Instrument“ zu sehen, mit dem der Erosion der gemeinsamen Werte in der europäischen Gesellschaft begegnet werden kann.

Dogmatisch wird die Einbeziehung dezentraler Sicherungsmechanismen durch die Besonderheiten des Verfassungsrechts im europäischen Rechtsraum nahegelegt. Nicht nur ein Unionsorgan ist als mit der Aufsicht betraut anzusehen. Vielmehr sind auch die nationalen Kräfte in die Aufsichtsmechanismen einzubeziehen. Dem steht Art. 7 EUV nicht entgegen und wenn zugunsten der Mitgliedstaaten gesagt wird, sie tragen in den Grenzen des Art. 2 EUV die Union und werden von dieser als politische Einheiten adressiert, so ist das richtig, aber nur die halbe Wahrheit. Es ist heute nicht mehr besonders zu begründen, dass sich die nationalen Gerichte funktionell als Unionsgerichte ausweisen, und das Gemeinwesen, dass wir als die Europäische Union bezeichnen, konstituiert sich nicht nur aus dem Unionsrecht, sondern auch aus dem nationalen Europaverfassungsrecht. Angesichts der wechselseitigen Bezugnahme der Rechtsordnungen aufeinander, sind diese nicht nur als „permeabel“¹³⁷ anzusehen, sondern auch in einer wechselseitigen Abhängigkeit voneinander zu betrachten und gebieten eine Distanz zu völkerrechtlichen Konzeptionen, die mit den Staats- und Regierungschefs nur die Repräsentanten des Staates in den Blick bekommen.

Deshalb spricht vieles dafür, auch solche Kräfte für die Verfassungsaufsicht in den Blick zu nehmen, die nicht mit Zwangsgewalt ausgestattet sind,

Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, Berlin: Suhrkamp 2018, 327–356 (348).

137 Ausführlich *Mattias Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 71 ff.

aber innerstaatlich die Werte verteidigen, von denen Art. 2 EUV spricht. Es ist sicherlich nicht einfach zu behaupten, dass die nationale Öffentlichkeit im Namen einer europäischen Öffentlichkeit auftritt, obwohl es dafür in der Rechtsstaatskrise durchaus Anzeichen gibt und eine dichotomische Gegenüberstellung im Grunde nur mit einer negativen Bundesstaatsanalogie¹³⁸ aufrechterhalten werden kann. Längst ist zu beobachten, dass sich nationale Gerichte über ihre Counterparts vermehrt Sorgen machen, in die Eindämmung der Rechtsstaatskrise einbezogen werden und darüber eine europäische Öffentlichkeit schaffen. Kritische Stimmen, die sich zur Einbindung nationaler Gerichte in den Kampf um Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zurückhaltend äußern, gehen implizit von getrennten Rechtsordnungen aus, was jedoch für die Union und ihr Recht – autonom, aber gespeist aus den Mitgliedstaaten – so nicht zutrifft. Jede Beschreibung der Verfassungsaufsicht bleibt lückenhaft, sollte sie die nationalen Akteure für die Initiierung oder Befolgung von Aufsichtsmaßnahmen ausklammern.

a) Politisch: Schutz der Opposition

Wenn hier von dezentralen Mechanismen die Rede ist, dann ist damit gemeint, nicht auf die Regierung des Staates zuzugreifen und sie im Dialog oder zwangsweise zur Umkehr zu bewegen, sondern – entgegen jeder überzogenen Souveränitätsvorstellung, die im Unionsverfassungsrecht längst verabschiedet ist – auf innerstaatliche Kräfte zu setzen, um diese im Kampf für die Einhaltung der grundlegenden Werte zu unterstützen. Das ist in erster Linie die politische Opposition, auf die zuzugreifen kein Problem darstellt, soweit die Union nicht länger allein als völkerrechtliche, von den Mitgliedstaaten geschaffene Einrichtung verstanden wird. Daneben sind es die Medien, deren Schutz rechtlich veranlasst ist, aber auch alle anderen gesellschaftlichen Kräfte, die sich gerade auch in solchen Mitgliedstaaten bemerkbar machen, denen vorgeworfen wird, sich von den Werten des Art. 2 EUV zu verabschieden. Beispiele dafür, dass es gelingen kann, die völkerrechtliche Außenhaut des Souveränitätspanzers zu durchbrechen, gibt es genügend, zum Beispiel mit der Unionsbürgerschaft. Dennoch bleibt es dabei, dass zur Stärkung dezentraler Sicherungsmechanismen der gemeinsamen Werte eine weitergehende Überwindung der Staatenperspek-

138 Dazu *Christoph Schönberger*, Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AöR 129 (2004), 81–120.

tive notwendig wäre, die sich in der Praxis bislang nur vereinzelt zeigt, obwohl es mit der Bezugnahme auf „die Gesellschaft“ an einem prominenten Ort einen Anhaltspunkt dafür gibt.¹³⁹

b) Rechtlich: Vorabentscheidungsverfahren

Soll stattdessen auf das Recht gesetzt werden? Die Frage so zu stellen, hat weniger mit einem Misstrauen gegenüber der Politik zu tun und es wäre naiv zu glauben, dort, wo die Politik scheitert, könnte das Recht ein Problem allein lösen. Befreit man sich aber von der Vorstellung, es handele sich dabei einfach um Alternativen, öffnet sich ein Weg, dem Recht einen bescheidenen Beitrag zur Eindämmung der Rechtsstaatskrise zutrauen zu können.¹⁴⁰

Dazu gehört nicht nur das Vertragsverletzungsverfahren, sondern auch das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV, das – von nationalen Gerichten angestoßen – für die Union zum wichtigsten gerichtlichen Verfahren gehört, ja zu einem guten Teil den Erfolg des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten überhaupt erst erklärt. Hier stellen sich aber Fragen: Ist das Verfahren, das mit der Vorlage ja einen konkreten Fall verlangt, überhaupt ein Instrument der Verfassungsaufsicht? Ungeachtet aller Fragen nach der Sinnhaftigkeit rechtlicher anstelle politischer Verfahren, die mit Blick auf

139 von Bogdandy, Strukturwandel (Fn. 69), versteht das offenbar anders, wenn es im Klappentext seines Buches heißt, die „Nationalstaaten“ bestünden als evolutionäre Errungenschaften fort, aber eingebettet und aufgehoben in der demokratischen europäischen Gesellschaft. Die Große Kammer des EuG spricht im Urteil v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483, Rn. 55, 88, 193 – *RT France/Rat*, vom „Schutz der europäischen Gesellschaft“ bzw. der Bewahrung der Integrität der demokratischen Debatte in der europäischen Gesellschaft. Zum Schutzgut des demokratischen Prozesses in den Mitgliedstaaten bereits EuGH, Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 66 – *Wightman*.

140 Es gehört inzwischen zum guten Ton, die Gleichursprünglichkeitsthese von *Habermas* zu betonen, wonach Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nicht gegeneinander ausgespielt werden dürfen, vgl. *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt a.M.: Fischer 1994, 83 ff. Recht und Politik sind zu unterscheiden, aber zusammen zu denken, weshalb es darum geht, die Verkoppelung für die Verfassungsaufsicht auszubuchstabieren, vgl. *András Jakab*, What Can Constitutional Law Do Against the Erosion of Democracy and the Rule of Law? On the Interconnectedness of the Protection of Democracy and the Rule of Law, *Constitutional Studies* 6 (2020), 5–34.

Art. 7 EUV nicht so bleiben müssen, wie sie sind, wird eine Überforderung der nationalen Justiz mit Vorlageverfahren behauptet, zumal sich Richterinnen und Richter mit Rechtsstaatsvorlagen im eigenen Land schnell persönlichen Repressionen ausgesetzt sehen.¹⁴¹ Das kann das Vorlageverfahren aber nicht zurückstellen, was auch für die Verarbeitung der Rechtsstaats- und Demokratiekrise und allgemein den Umgang mit den gemeinsamen Werten des Art. 2 EUV gilt.¹⁴²

Die Geschichte der Aktivierung des Vorlageverfahrens für den Schutz der Werte des Art. 2 EUV ist oft erzählt worden.¹⁴³ Einerseits wird an eine „Strategie“ angeknüpft, die seit *van Gend & Loos* in der Rechtsprechung des EuGH angelegt ist. Andererseits kommt hier der Wandel von der älteren projekt- zur neueren wertebezogenen Judikatur¹⁴⁴ zum Ausdruck, der ungeachtet aller Zweifel an der Tragfähigkeit eines „transformativen Konstitutionalismus“¹⁴⁵ den Ansatz eines dezentralen, auf rechtliche Steuerung setzenden Verfahrens im Kontext des an Grenzen stoßenden Art. 7 EUV-Verfahrens hervorhebt. Angefangen mit dem Urteil in der Rechtssache *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP), womit der EuGH die richterliche Unabhängigkeit und einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz nach Art. 19 EUV als Konkretisierung der in Art. 2 EUV garantierten Rechtsstaatlichkeit ausflaggte¹⁴⁶ und damit als Maßstab für die Kontrolle

141 Statt vieler *Vofskuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 49. Eindrücke schildert *Markus Kenntner*, Die polnische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Zeiten der PiS-Justizreform, NVwZ 2021, 610–616.

142 Vgl. *Armin von Bogdandy/Luke Dimitrios Spieker*, Countering the Judicial Silencing of Critics. Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges, *European Constitutional Law Review* 15 (2019), 391–426 (393 ff.); *Hapka*, Rolle des Vorabentscheidungsverfahrens (Fn. 68), 3 ff.; anders *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 23 f.

143 Statt vieler – etwas martialisch – *Vofskuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 42 („die Waffen werden geschmiedet“).

144 Kritisch *Nettesheim*, Die Werte der Union (Fn. 44), 525 ff.

145 Begriff und Einordnung: *von Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 119 ff.; *ders./Spieker*, in diesem Band, V. Die Fokussierung auf den neuen Begriff der „europäischen Gesellschaft“ wird vorliegend ausdrücklich für rechtswissenschaftlich gewinnbringend gehalten.

146 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*; dazu *Luke Dimitrios Spieker*, Defending Union Values in Judicial Proceedings. On How to Turn Article 2 TEU into a Judicially Applicable Provision, in: *Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin: Springer 2021, 237–268 (247 ff.). Für Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV findet die Beschränkung der Charta-Rechte nach Art. 51 GRCh keine Anwendung. Weil nicht die „Durchführung“ des Unionsrechts, sondern die

auch in anderen Fällen öffnete, war es zunächst ein Vorabentscheidungsersuchen des irischen High Court, der in Mängeln des polnischen Justizsystems ein Überstellungshindernis für die Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls sah, was vom EuGH unter Aktivierung des Art. 47 GRCh bestätigt wurde.¹⁴⁷ Diese horizontale Perspektive gilt es hervorzuheben, greift doch nicht der Einwand, auf Vorlagen nationaler Gerichte könne nicht gesetzt werden, weil sich Richterinnen und Richter in Polen disziplinarischen Maßnahmen ausgesetzt sehen. Letzteres konnte und kann wohl noch immer nicht ausgeschlossen werden, hat aber polnische Gerichte nicht davon abgehalten, erkennbare Systemmängel dem EuGH vorzulegen.¹⁴⁸ Der Weg von *ASJP* über *LM*¹⁴⁹ zu *A.K.* ist insoweit bemerkenswert und verdeutlicht im Schutz der Werte durch das Vorlageverfahren die Verbundperspektive. Je mehr Institutionen in der nationalen Justiz als solcher – und nicht bloß in einem Urteil – ein Problem sehen, desto größer fällt die Legitimation im „Einschätzungsverbund“¹⁵⁰ aus.

Im Vorabentscheidungsverfahren erhält der EuGH das Fallmaterial von den nationalen Gerichten, die im Falle von Polen verdeutlichen, dass es sich nicht allein um einen europäischen Konflikt handelt, der alle Mitgliedstaaten in der Anwendung des europäischen Rechts erfasst, sondern dass eine Konfliktlinie auch durch Polen verläuft. Zwar lässt sich die Rechtsprechung des EuGH als eine Operation am offenen Herzen bezeichnen, die parallel zum Umbau der Justiz in Polen erfolgt, nur tastend auf die Werte zugreift und allein kaum in der Lage sein wird, die rechtsstaatlichen Defizite wirksam zu bekämpfen oder zu beseitigen. Aber Beschneidungen des Vorlagerechts nationaler Gerichte tritt der EuGH schon seit langer Zeit vehement entgegen.¹⁵¹ Warum dann nicht auf die nationalen Gerichte

Pflicht zur Rechtsschutzgewährung „in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen“ maßgeblich ist, sind dem Zugriff des EuGH auf die Justiz in Polen kaum Grenzen gesetzt.

147 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 61 ff. – *LM*.

148 EuGH, *A.K.* (Fn. 69).

149 Dazu die Beiträge von *Stanisław Biernat/Paweł Filipek*, *Catherine Dupré*, *Agnieszka Frąckowiak-Adamska* und *Matteo Bonelli*, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin: Springer 2021, 403–430, 431–442, 443–454, 455–476.

150 Begriff: von *Bogdandy*, *Strukturwandel* (Fn. 69), 374 ff.

151 EuGH, Urteil v. 4.10.2018, Rs. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811 – *Kommission/Frankreich*; dazu *Laura Hering*, *Zwischen Dialog und Kontrolle. Das Vertragsverletzungsverfahren zur verschärften Durchsetzung von Vorlagepflichtverletzungen letztinstanzlicher Gerichte*, *EuR* 2020, 112–132. Zu Ausnahmen von der Vorlagepflicht

setzen, die um Rechtsstaatlichkeit kämpfen und sich ihrer „Gleichschaltung“ erwehren? Hier hat sich der EuGH positioniert: Auf die Erklärung des polnischen Verfassungsgerichtshofs, die Rechtsprechung des EuGH sei ultra vires und damit verfassungswidrig, reagierte der Gerichtshof in rumänischen Fällen, indem er die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen¹⁵² für unionsrechtswidrig erklärte, sofern das Verfassungsgericht nicht hinreichend unabhängig sei.¹⁵³ Letzteres ist heute in Polen kaum mehr zweifelhaft.

aa) Grenzen gegenseitigen Vertrauens: Systemische Mängel

Die Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundwerte, wozu die richterliche Unabhängigkeit gehört, ist eine Voraussetzung gegenseitigen Vertrauens. Verstöße gegen die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsätze markieren eine Grenze des gegenseitigen Vertrauens im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wodurch die horizontale Kooperation, gleichsam als Herzstück der Integration, begrenzt wird.¹⁵⁴ Verstößt ein Mitgliedstaat gegen die Werte des Art. 2 EUV, muss er damit rechnen, dass die Vertrauensgrundlage entfällt. Zweifel berechtigten „Vertrauens“ berühren einen Grundnerv der Union, kann das Vertrauen doch heute nicht mehr so selbstverständlich wie früher einfach unterstellt werden.¹⁵⁵ So findet die Überstellung eines mit europäischen Haftbefehls gesuchten Beschuldigten dort eine Grenze, wo nicht sichergestellt ist, dass dieser im Ausstellungsstaat

EuGH, Urteil v. 6.10.2021, Rs. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 – *Consorzio Italian Management u.a./Rete Ferroviaria Italiana SpA*.

152 Dazu EuGH, Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99 – RS.

153 EuGH, *Euro Box Promotion* (Fn. 12), Rn. 230. Das wird man für das BVerfG nicht sagen können, wenngleich die Parallelen im Ultra-vires-Vorwurf zwischen dem PSPP-Urteil des BVerfG und dem polnischen Verfassungsgerichtshof in den Verfahren K 3/21, K 6/21 und K 7/21 unverkennbar sind, vgl. *Alexander Heger*, Der EuGH ultra vires? Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Verfassungsgerichtshofs von Polen im Vergleich, in: Philipp B. Donath u.a. (Hrsg.), *Der Schutz des Individuums durch das Recht*, FS für R. Hofmann, Berlin: Springer 2023, 961 (964 ff.).

154 Zum Vertrauen auch *Claudio Franzius*, *Gewährleistung im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 254 ff.

155 Zur Figur des wechselseitigen Vertrauens *Koen Lenaerts*, *La vie après l'avis. Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, CML Rev. 54 (2017), 805–840 (812 ff.); *ders.*, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, YBEL 38 (2019), 3–17.

ein Verfahren erhält, dass mit den Werten des Art. 2 EUV übereinstimmt. Daran zeigt sich, dass die Vorstellung einer unhinterfragten Übereinstimmung mit dem Primärrecht nicht mehr trägt. Eröffnet wird nicht bloß die Möglichkeit eines Art. 7-Verfahrens in der Hand der Unionsorgane. Nationale Gerichte werden vor Prüfungen in fremden Mitgliedstaaten gestellt, die es dem Integrationsprojekt erschweren, seine Plausibilität unter Beweis zu stellen.

Autoritäre Strukturen, die gegen Art. 2 EUV verstoßen, äußern sich nicht in einzelnen Handlungen, sondern in deren Gesamtheit. Selbst gravierende Maßnahmen, wie die Schaffung der Disziplinarkammer beim Obersten Gericht in Polen, mögen für sich genommen vielleicht noch hinnehmbar sein, sind aber in der Gesamtheit aller ergriffenen „Reformen“ für den von der PiS-Regierung verfolgten Umbau der Justiz ein Angriff auf die Rechtsstaatlichkeit im Sinne des Art. 2 EUV, der hinter die Kooperation mit anderen Mitgliedstaaten ein Fragezeichen setzt und so zum Hebel für die erwünschte Umkehr genutzt werden könnte. Zwar sind die Konsequenzen aus dieser Einsicht bislang eher bescheiden, dürften aber juristisch mehr zulassen.

Für die Grenzen des gegenseitigen Vertrauens¹⁵⁶ gibt es mit dem „systemischen Defizit“ einen originär unionsverfassungsrechtlichen Zugriff¹⁵⁷ für die Wertesicherung.¹⁵⁸ Anders als der EGMR verlangt der EuGH für das Aussetzen der Kooperation mehr als nur einen Verstoß gegen eine Norm des Primärrechts.¹⁵⁹ Um einen Verstoß gegen Art. 2 EUV bejahen zu können, wird mit dem Vorliegen eines systemischen Mangels mehr gefordert. Es gehört zu den bemerkenswerten Entwicklungen in der Rechtsprechung

156 Zum Vertrauen *Sophia Eßlinger*, *Gegenseitiges Vertrauen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018; *Elena Marie Kullak*, *Vertrauen in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 6 ff.

157 Vgl. im Anschluss an EGMR, *Soering v United Kingdom*, App. No. 14038/88, Urteil v. 7.7.1989; EuGH, Urteil v. 21.12.2011, Rs. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 106 – *N.S.*, wonach es eine inhärente Verpflichtung des Mitgliedstaates gibt, in Fällen von ernsthaften Verletzungen der Unionsgrundrechte mit anderen Mitgliedstaaten nicht zusammenzuarbeiten, selbst wenn eine Verordnung der Union dies explizit verlangt; dazu und der von den Mitgliedstaaten verlangten horizontalen Solange-Prüfung *Canor* (Fn. 134), 264 ff.; kritisch *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 138.

158 Dazu *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, *Das systemische Defizit. Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens*, *ZaöRV* 74 (2014), 283–328; *Schmidt*, *Verfassungsaufsicht* (Fn. 34), 51 ff.

159 Kritisch *Mattias Wendel*, *Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen. Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU (Minister for Justice and Equality gegen LM)*, *EuR* 2019, III–131 (126 ff.).

des EuGH, dass er die Figur systemischer Mängel aus der Grundrechtsdogmatik auf die Sanktionierbarkeit von Werteverletzungen im Sinne des Art. 2 EUV erstreckt hat. Zwar geht es bislang im Kern um die Rechtsstaatlichkeit, aber es ist nicht unbemerkt geblieben, dass die Aussagen des EuGH ohne größere Schwierigkeiten auf die anderen Werte des Art. 2 EUV erstreckt werden könnten.

Ausgangspunkt für den Begriff systemischer Defizite in der Verfassungsaufsicht ist Art. 7 EUV, der deutlich macht, dass die Einforderung der Werte des Art. 2 EUV in die Verbandskompetenz der Union fällt.¹⁶⁰ Zwar folgt aus der verfassungsrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten ihre primäre Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Werte. So erklärt sich die Schwelle *systemischer* Defizite für die Wertesicherung durch die Unionsorgane. Nicht der einzelne Normverstoß, sondern erst regelmäßig auftretende, weit verbreitete oder tief verwurzelte Phänomene, die das System als solches betreffen, erfordern ein aufsichtsrechtliches Tätigwerden. Ein einziger Fall wie ein politischer Mord mag auf ein systemisches Defizit hinweisen. Aber es muss eben doch ein Systemversagen vorliegen, dass nicht vorschnell angenommen werden darf.¹⁶¹ Indiziert wird ein solches systemisches Defizit durch seine Externalitäten in anderen Systemen, wenn sie „das Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft, die Legitimität der Entscheidungsfindung in der EU oder die Möglichkeit gegenseitiger Anerkennung von Entscheidungen“ betreffen. Es spricht vieles dafür, ein systemisches Defizit erst anzunehmen und die Verfassungsaufsicht zu aktivieren, wenn „dieses Selbstverständnis, diese Legitimität, diese Möglichkeit wanken (...). Die Kehrseite dieser hohen Eingriffsschwelle ist, dass die Defizite oft eine gesellschaftliche Verankerung haben, was unweigerlich zur Perspektive des transformativen Konstitutionalismus“¹⁶² führt.

160 von Bogdandy, Strukturwandel (Fn. 69), 275 ff.

161 Das ist aus Legitimitätsgründen geboten, aber auch wenn man Art. 2 und Art. 4 Abs. 2 EUV in den Blick nimmt. Die Begrenzung rechtlicher Instrumente auf „rote Linien“ ergibt sich vor allem aus dem Spannungsverhältnis, das die beiden Vorschriften bilden.

162 von Bogdandy, Strukturwandel (Fn. 69), 277 f.

bb) Transformatives Potential

Als Schlüsselbegriff für die Verfassungsaufsicht ist das „systemische Defizit“ relativ jungen Datums, hat als Grenze des gegenseitigen Vertrauens im horizontalen Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander aber ein transformatives Potential, das in Vorlageverfahren genutzt werden kann. Noch vergleichsweise einfach zu begründen ist, warum ein europäischer Haftbefehl nicht vollzogen werden darf, wenn die zu überstellende Person im Ausstellungsstaat der Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Sinne von Art. 4 GRCh ausgesetzt ist. Dieser Gedanke wird aber auf das faire Verfahren nach Art. 47 GRCh insoweit übertragen, als es dessen absolut geschützten Wesenskern betrifft, wozu die richterliche Unabhängigkeit gezählt wird. Zwar bleiben die Anforderungen, den Haftbefehl nicht durchzuführen, an den zweistufigen Test gebunden. Zuerst hat das Gericht zu prüfen, ob auf der Basis objektiver und zuverlässiger Informationen eine echte Gefahr besteht, dass das Grundrecht auf ein faires Verfahren verletzt wird, hervorgerufen durch die fehlende Unabhängigkeit der Gerichte. Anschließend ist das Bestehen einer Gefahr zu untersuchen und dabei zu berücksichtigen, inwieweit sich Mängel der richterlichen Unabhängigkeit auf das Gericht und die Person in ihrer konkreten Situation ausgewirkt haben. Damit bleiben die Anforderungen an die Widerlegung gegenseitigen Vertrauens sehr hoch, aber die Bedeutung liegt weniger in dieser Begrenzung als vielmehr in der Aktivierung dezentraler Akteure zur Wertesicherung der Union. Nationale Gerichte anderer Staaten sind „nicht mehr bloß Zuschauerinnen erodierender Rechtsstaatlichkeit in einem anderen Mitgliedstaat, sondern sie werden vom EuGH zu eigenständigen Akteuren ermächtigt, die im Extremfall nationalen Gerichtsentscheidungen, die unter defizitären Rechtsstaatlichkeitsbedingungen zustande gekommen sind, die Anerkennung und Durchsetzung in den übrigen Mitgliedstaaten versagen“ können.¹⁶³

Mit dieser „Strategie“ wird die zentrale Thematisierung durch das politische Art. 7-Verfahren nicht entbehrlich, vervielfältigt aber die Akteure zur Bewahrung der Werte des Art. 2 EUV. Zwar mögen systemische Defizite auch im Vertragsverletzungsverfahren von der Kommission gerügt

163 *Andreas Orator*, Neue Instrumente des Europäischen Gerichtshofs zur Bekämpfung rechtsstaatlicher Systemmängel in EU-Mitgliedstaaten, in: Moriz Kopetzki u.a. (Hrsg.), *Autoritäres vs Liberales Europa*, Wien: Jan Sramek 2019, 215–232 (227).

werden können. Der EuGH hat das bislang noch nicht entschieden.¹⁶⁴ Interessant und weiterführend ist jedoch ihre Thematisierung im dezentralen Vorlageverfahren, initiiert von nationalen Gerichten aus dem betroffenen oder einem anderen Mitgliedstaat, die als funktionale Unionsgerichte eine Mitverantwortung für die Einhaltung der Werte übernehmen können, unionsrechtlich gegebenenfalls aber auch müssen. Hier obliegt die Prüfung, ob ein systemischer Mangel vorliegt, dem mitgliedstaatlichen Gericht.¹⁶⁵ Erst wenn *seine* Angaben im Ergebnis dazu führen, dass aus der Sicht des Rechtsunterworfenen in Bezug auf die Unabhängigkeit der Gerichte ein „berechtigter Zweifel“ besteht, liegt mit dem EuGH ein systemischer Mangel im Justizsystem vor.¹⁶⁶

Eine nicht unmaßgebliche Funktion des Vorlageverfahrens kann darin gesehen werden, die Entwicklung neuer Maßstäbe für die europäische Verfassungsaufsicht dadurch anzuleiten, dass mitgliedstaatliche Gerichte in die Auslegung der maßgeblichen Normen des Primärrechts einbezogen werden. Das macht vor dem Hintergrund einer Doppelung von zwei dogmatisch unscharfen Begriffen durchaus Sinn. Denn die besondere rechtliche Konstruktion des Unionsrechts bildet ein strukturiertes Netz von miteinander verflochtenen Grundsätzen, Regeln und Rechtsbeziehungen, das auf der grundlegenden „Prämisse gemeinsamer Werte“ beruhe, wie sie in Art. 2 EUV niedergelegt sind, welche die „Existenz gegenseitigen Vertrauens“ zwischen den Mitgliedstaaten impliziert und rechtfertigt.¹⁶⁷ Dies allein auszubuchstabieren und durchzusetzen würde den EuGH, obwohl es sich genuin um Unionsrecht handelt, vor nicht unerhebliche Legitimationsprobleme stellen, denen er in Vorlageverfahren aus dem Weg zu gehen sucht.

164 Zur isolierten Rüge eines Art.2-Verstoßes durch das ungarische Anti-LGBTQ-Gesetz siehe die von der Kommission am 21.2.2022 eingereichte Klage in der Rs. C-123/22 (Kommission/Ungarn), ABl. 2023 C 121/2. Zum Verzicht auf eine Scharniernorm, die vergleichbar mit Art. 19 EUV oder Art. 47 GRCh die Wertekonkretisierung anleitet: *Jannes Dresler*, Der Brüsseler Testballon. Kommission betritt mit Klageschrift gegen Ungarns Anti-LGBTQ-Gesetz Neuland, VerfBlog (21.2.2023).

165 Kritisch *Wendel*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht (Fn. 159), 126 ff. mit der Befürchtung, dass diese Rechtsprechungslinie zur Schwächung des europäischen Gerichtssystems führen könne.

166 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:517, Rn. 68 f. – *LM*, im Anschluss an Urteil v. 5.4.2016, Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 88 ff. – *Aranyosi und Căldăraru*.

167 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 167 f.

cc) Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofs

In der Rechtsprechung des EuGH ist geklärt, dass Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV als konkretisierende Ausprägung des Werts der Rechtsstaatlichkeit zur Anwendung von Art. 47 Abs. 2 GRCh führt, ohne dass es auf die Grenzen von Art. 51 Abs. 1 GRCh ankommt. Das trifft auf Kritik, die dogmatisch jedoch nicht überzeugt.¹⁶⁸ Sicherlich ist vor allem in Deutschland die Abgrenzung der Grundrechtssphären ein Problem, das jedoch mit der Abkehr von der Trennungs- zugunsten einer Verbundperspektive durch das Bundesverfassungsgericht entschärft worden ist.¹⁶⁹ Die Justitiabilität des Art. 2 EUV hängt nicht von der eingeschränkten Justitiabilität des Art. 7 EUV und auch nicht von der Eröffnung des Anwendungsbereichs der GRCh ab.

Natürlich ist der EuGH schon aus Legitimationsgründen gut beraten, seine „Werterechtsprechung“ zurückhaltend fortzuentwickeln, was Zweifel an der Tragfähigkeit eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens stützt, nicht aber in gleicher Weise für das Vorlageverfahren gilt, das dezentral angestoßen den EuGH zu keiner abschließenden Entscheidung berechtigt, sondern die Schlussentscheidung dem vorlegenden Gericht nicht selten „im Namen des Volkes“ belässt. Das muss kein Nachteil sein, sondern wird hier als Vorteil verstanden, mögen die Werte darüber auch nicht allein gesichert werden können. Aber das gilt eben auch für die „große Bazooka“ des Art. 7 EUV, der in der anhaltenden „Rechtsstaatskrise“ mehr verspricht als er halten kann.

In der europäischen Verfassungsaufsicht muss der Sehnsucht nach dem einen zentralen Instrument widerstanden werden. Maßgeblich sind vielmehr die Verkoppelungen der Sicherungsmechanismen. So darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es gerade die Rechtsprechung des EuGH ist, die mit der Schärfung und Konkretisierung des Verfassungskerns das Material für die politischen Akteure und ihre Instrumente liefert. Zwar mag die Organisation nationaler Justizsysteme in die Kompetenz der

168 Das Zusammenspiel von Art. 2 EUV mit Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh ist dogmatisch noch nicht gesichert, der vom EuGH betriebene Gleichlauf der Maßstäbe aber bemerkenswert, vgl. *Wendel*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht (Fn. 159), 119 ff.

169 BVerfGE 152, 216 (236 ff.) – *Recht auf Vergessen II*; zur Kritik an der Trennungstheorie *Claudio Franzius*, Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa, EuGRZ 2015, 139–153 (148 ff.). Zu den nationalen Verfassungsgerichten als funktionalen Unionsgerichten *Davide Paris*, Constitutional Courts as European Union Courts. The Current and Potential Use of EU Law as a Yardstick for Constitutional Review, MJ 24 (2017), 792–821.

Mitgliedstaaten fallen, aber mit Rechtsstaatsvorlagen liefern die Gerichte der Mitgliedstaaten keinen Anlass zur überdehnenden Vertragsfortbildung, sondern beweisen nur die Sinnhaftigkeit des Vorlageverfahrens, worauf der Erfolg der politischen Union im europäischen Rechtsraum beruht und für transformative Schritte in der europäischen Gesellschaft nutzbar gemacht werden sollte. In der hier eingenommenen verfassungspluralistischen Sicht wird die in der Praxis zu beobachtende „Privilegierung“ des Vorabentscheidungsverfahrens für den Umgang mit den Werten des Art. 2 EUV bestätigt. Unterstrichen wird die Bedeutung dieser „Loyalitätsbrücke“ von nationalen Verfassungsgerichten, die Vorlagen als Bedrohung ihrer Macht verstehen und explizit bekämpfen¹⁷⁰ oder unterschwellig kleinzureden¹⁷¹ versuchen.

Die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs mag als „revolutionär“ ausgewiesen werden, die vergleichbar mit den Entscheidungen des EuGH in den 1960er Jahren seine Legitimation auf die Probe stellt und „auf den Widerstand mitgliedstaatlicher Gerichte auch in funktionierenden demokratischen Ordnungen stoßen könnte“.¹⁷² In der Tat wird das *ASJP*-Urteil des EuGH, mit dem noch etwas versteckt die „Werterechtsprechung“ seinen Anfang nahm, als eine bahnbrechende Entscheidung vergleichbar mit *van Gend & Loos* verstanden.¹⁷³ Was die Sicherung demokratischer Strukturen betrifft, mag einer aktiven Rolle des EuGH mit Vorsicht zu begegnen sein, obwohl es auch hier, zumal im horizontalen Druck über das Vorlageverfahren, sehr wohl Möglichkeiten gibt, systemische Defizite der Demokratie zu adressieren. Für die Rechtsstaatlichkeitskontrolle ist der Weg über das gegenseitige Vertrauen und ihre Grenzen ein im geltenden Recht angelegter Weg der Verfassungsaufsicht, die keine Übergriffigkeit des EuGH andeutet und die Rolle der politischen Organe auch nicht schmälert, vielmehr deren Zögern aufgreift und zu kompensieren versucht, wobei stets nur Ausschnitte thematisiert werden und die letztendliche Lösung der Probleme der

170 Zur Unionsrechtswidrigkeit EuGH, *A.B.* (Fn. 69), Rn. 156 ff.

171 *Vofßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 49.

172 Vgl. *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 90 f., 147 f.

173 Vgl. *Koen Lenaerts*, Upholding the Rule of Law within the EU, Reconnect Conference on Democracy and the Rule of Law in the EU (5.7.2019), <<https://reconnect-europe.eu/events/conference-2019>>. Zur Rechtsprechung *Laurent Pech/Dimitry Kochenov*, Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice, Swedish Institute for European Policy Studies, Stockholm: Sieps 2021, 12 ff.

Politik überlassen bleibt, die einen Weg aus der Krise sucht, aber bislang noch nicht gefunden hat.¹⁷⁴

3. Kombinationen

Empfohlen wird – so die zentrale These dieses Beitrags – eine kombinierte Vorgehensweise.¹⁷⁵ Die Eröffnung des Art. 7-Verfahrens, wie gegenüber Polen und Ungarn geschehen, hindert die Union nicht, den Konditionalitätsmechanismus zur Sperrung von Haushaltsmitteln zu aktivieren oder parallel Vertragsverletzungsverfahren mit der Verhängung von Zwangsgeldern einzuleiten, aber auch nicht, den einmal eingeschlagenen zentralen Weg dezentral zu ergänzen und damit aufsichtsrechtlich legitimatorisch zu entlasten.¹⁷⁶

a) Zentrale Mechanismen

Dass der EuGH den Erlass der Konditionalitätsverordnung durch das Art. 7-Verfahren nicht als gesperrt ansieht, schützt ihn nicht vor Kritik. Aber mit der klaren Fokussierung auf die Sicherungen des Haushalts gehen die Regelungen dogmatisch auf Distanz zur Sanktionierung von Werteverstößen. Es wird kein Mitgliedstaat für das, was er getan hat, bestraft, sondern der Haushalt präventiv vor Mitgliedstaaten geschützt, die keine Gewähr für die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundprinzipien bieten. Auch von den Rechtsfolgen her unterscheiden sich die Verfahren erheblich. Steht am Ende des Art. 7-Verfahrens der Entzug von Stimmrechten des betroffenen Mitgliedstaates, also eine politische Sanktion, so zielt der Konditiona-

174 A.A. *Andreas Kulick*, Rechtsstaatlichkeitskrise und gegenseitiges Vertrauen im institutionellen Gefüge der EU, JZ 2020, 223–231 (229 ff.). Zur Rechtsstaatlichkeitskrise im Spiegel ihrer Deutungsversuche *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 43 ff.

175 Vgl. *Mader*, Wege aus der Rechtsstaatsmisere (Fn. 98), 919; s. auch die „Toolbox“ der Europäischen Kommission, vgl. ihre Mitteilung Die weitere Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union. Aktuelle Lage und mögliche nächste Schritte, COM(2019) 163 final, 3 ff.

176 Es wäre verfehlt, konstitutionellen „Fortschritt“ in der Ersetzung dezentraler durch zentrale Mechanismen zu betrachten. Zwar ist eine Rückübertragung von Kompetenzen unwahrscheinlich. Aber das bedeutet in einer verfassungspluralistischen Lesart eben gerade nicht, dass eine bessere Krisenbewältigung nur zentral gelingen könne.

litätsmechanismus auf den Entzug von Haushaltsmitteln und wirkt ökonomisch. Letzteres macht deutlich, dass in einer föderativen Rechtsordnung die Befolgung einer grundlegenden Verfassungsnorm wie Art. 2 EUV nicht beliebig politisiert werden kann, mag es auch weiterhin auf den Willen der politischen Organe ankommen, den Konditionalitätsmechanismus als Hebel für die Einhaltung der Werte einzusetzen.¹⁷⁷

Schwieriger ist das Verhältnis der beiden anderen zentralen Mechanismen zueinander zu bestimmen, die top down von den Unionsorganen auf die betreffenden Mitgliedstaaten einwirken. Soll das Vertragsverletzungsverfahren unmittelbar Werteverletzungen sanktionieren, müsste es als „System-Vertragsverletzungsverfahren“¹⁷⁸ die Normverstöße bündeln können, um zu verhindern, dass sich ein Mitgliedstaat auf kleinere Korrekturen im Anschluss an eine Verurteilung durch den EuGH beschränkt und – wie die Entwicklung in Polen bis zum Regierungswechsel 2023 zeigte – das grundlegende politisch-institutionelle Problem der „Justizreformen“ bestehen bleibt. Mit Blick auf Art. 7 EUV ist freilich eine Ambivalenz festzustellen. Verurteilungen durch den EuGH können den Druck auf den Rat erhöhen, das Verfahren nach Art. 7 EUV fortzusetzen oder als Ventil fungieren, weiterhin nichts zu tun und sich der politischen Verantwortung in der Rechtsstaats- und Demokratiekrise zu entziehen. Ob es weiterführt, die Legitimationslast auf die Justiz zu überwälzen, die im Vertragsverletzungsverfahren durch den zu lösenden Fall „gesteuert“ wird, steht auf einem anderen Blatt.¹⁷⁹ Zu beachten aber bleibt, dass es wenig Sinn macht, das Art. 7-Verfahren allein von seinem Ende aus zu betrachten. Denn schon die Feststellung der Kommission, es bestehe die Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat, kann das Vorliegen eines systemischen Mangels tragen und vom EuGH im Vertragsverletzungsverfahren aufgegriffen werden. Es ist nicht unbemerkt geblieben, dass der Einfluss des begründeten Vorschlags der Kommission nach Art. 7 EUV auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs erheblich gewesen ist.¹⁸⁰

177 In dieser Richtung auch *Neumeier/Sangi* (Fn. 95), 291 f.

178 *Kim Lane Scheppele*, Enforcing the Basic Principles of EU Law Through Systemic Infringement Actions, in: Carlos Closa/Dimitry Kochenov (Hrsg.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge: CUP 2016, 105–132.

179 Erstaunlich milde *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 107.

180 Von einem „Gleichlauf“ der Ausführungen der Kommission mit denjenigen des EuGH in seiner späteren Rechtsprechung spricht *Schmidt*, *Verfassungsaufsicht* (Fn.34), 495.

b) Dezentrale Mechanismen

Letzteres gilt auch für das Vorlageverfahren. Schon die erste Stufe des Art. 7-Verfahrens erleichtert die Durchführung des Vorabentscheidungsverfahrens, sei es im Wege von Nachfragen an die Wertekonformität der horizontalen Kooperation oder durch nationale Gerichte im gefährdeten Mitgliedstaat, die sich vom EuGH eine Rückendeckung für die Verteidigung der liberal-demokratischen Werte versprechen.

Der Einsatz des Vorlageverfahrens als dezentrales Verfahren kann jedoch in ein Spannungsverhältnis zum Vertragsverletzungsverfahren treten. Stellt der EuGH fest, dass die polnische Justiz nicht mehr unabhängig im Sinne des Art. 19 EUV ist, dann könnte es polnischen Gerichten an der Vorlageberechtigung nach Art. 267 AEUV fehlen, weil sie nicht mehr als Gerichte zu qualifizieren sind. Dabei handelt es sich um ein Problem, das bislang zu wenig Aufmerksamkeit gefunden hat.¹⁸¹ Anders sieht es aus, wird das Vertragsverletzungsverfahren als zentraler rechtlicher Mechanismus gezielt zur Stärkung gesellschaftlicher Kräfte im umkippenden Mitgliedstaat eingesetzt. Das kann dezentrale politische Mechanismen befördern. So entschied der EuGH auf die Klage der Kommission gegen ein ungarisches Gesetz, das Organisationen der Zivilgesellschaft, die aus dem Ausland unterstützt werden, sanktionsbewehrte Registrierungs- und Meldepflichten auferlegte, dass „das Recht auf Vereinigungsfreiheit eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft ist, da es den Bürgern ermöglicht, kollektiv in Bereichen von gemeinsamem Interesse tätig zu werden und dadurch zum ordnungsgemäßen Funktionieren des öffentlichen Lebens beizutragen.“¹⁸² Das Urteil erklärte das Transparenzgesetz für unzulässig und „schützt damit Gruppen, die Akteure demokratischer Transformation sind.“¹⁸³

181 Siehe aber EuGH, Urteil v. 29.3.2022, Rs. C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235 – *Getin Noble Bank*.

182 EuGH, Urteil v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, Rn. 112 – *Kommission/Ungarn*.

183 So von Bogdandy, Strukturwandel (Fn. 69), 417, der in der Ausweitung des Mandats gute theoretische und dogmatische Gründe sieht.

c) Rechtsstaatskonditionalität des Binnenmarkts?

Im zuletzt genannten Urteil stärkte der EuGH das Demokratieprinzip ohne es als Wert des Art. 2 EUV zu nennen.¹⁸⁴ Stattdessen wurde die Lösung in den Rechtfertigungsgründen für Einschränkungen der Grundfreiheiten gesucht, die nach der wachsenden Kritik ausgesetzten ERT-Rechtsprechung¹⁸⁵ den Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta eröffnen. Damit wird die spezifische Gefährungslage durch die systemische Dimension in der Breite nicht erfasst. Es fragt sich, ob der Binnenmarkt nicht auch anders zur Wertesicherung eingesetzt werden kann. Gibt es eine Rechtsstaatskonditionalität des Binnenmarkts, dann wäre die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten davon abhängig, dass mit Blick auf die Rechtsstaatlichkeit im Heimatstaat keine systemischen Defizite zu diagnostizieren sind. Dieser Gedanke ist natürlich vom Ergebnis her gedacht, denn kaum etwas trafe eine autokratische und – wie in Ungarn – korrupte Regierung schärfer als ein Ende der Binnenmarktprivilegien für ihre Unterstützer bei anhaltenden Werteverletzungen. Sicherlich wäre die Unterschützstellung des Binnenmarkts unter die Werte des Art. 2 EUV ein weitgehender Schritt, den der EuGH bislang vielleicht nicht ohne Grund ausgeschlagen hat.¹⁸⁶ Es mag verfrüht sein, die Wirtschaftsverfassung an den Maßstäben des Art. 2 EUV auszurichten.¹⁸⁷ Aber den alten Kern des europäischen Integrationsprojekts losgelöst von den textlich vorangestellten Werten zu sehen, wird dem Unionsverfassungsrecht in seiner heutigen Ausrichtung auch nicht mehr gerecht.

In einem ersten Schritt wäre zu akzeptieren, dass die Rechtsstaatlichkeit für den Binnenmarkt nicht einfach unterstellt werden kann und das Vertrauen in die Unionsrechtskonformität der Herstellung von Waren, der Erbringung von Dienstleistungen oder einer anderen Inanspruchnahme von Grundfreiheiten an Grenzen stößt, sind im betreffenden Mitgliedstaat systemische Defizite in der rechtsstaatlichen Infrastruktur festgestellt worden. Dazu gehören nicht nur der Vorwurf der Korruption wie in Ungarn oder Rumänien, sondern auch das Fehlen unabhängiger Gerichte, die für

184 Kritisch *Luke Dimitrios Spieker*, Werteverteidigung im Binnenmarkt?, *EuZW* 2020, 854–858 (856 f.).

185 *Peter M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte. Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, *EuR* 2008, 190–199.

186 Zum Eskalationspotential der Werterhetorik von *Bogdandy*, *Tyrannie?* (Fn. 80), 519 f.

187 So aber von *Bogdandy*, *Strukturwandel* (Fn. 69), 417.

die Einhaltung unionsrechtlicher Vorgaben unverzichtbar sind. Dann wäre in einem zweiten Schritt zu fragen, ob nationale Gerichte in einem anderen Mitgliedstaat – also in der horizontalen Perspektive – dazu befähigt sein sollten, die bereits bestehende Kontrolle der Rechtsstaatlichkeit auf den Binnenmarkt und die darüber gewährten Freiheiten zu beziehen. Was im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts möglich ist, sollte für den Binnenmarkt jedenfalls nicht prinzipiell verschlossen bleiben. Zugegeben sei, dass es sich hier um ein weitgehend harmonisiertes Politikfeld handelt, das unter einen eher vagen konstitutionellen Wertevorbehalt gestellt würde. Dieser Schritt wird aber dadurch abgemildert, dass es um individuelle Fälle geht, die insoweit nur, beschränkt man die Anwendung auf das Vorlageverfahren, eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *LM* wäre. Den Anstoß für die Überprüfung gibt kein Unionsorgan, sondern ein mitgliedstaatliches Gericht in der horizontalen Solange-Konstellation mit den beiden Einschränkungen, die für alle Sanktionierungen von Rechtsstaatsverstößen zu beachten sind: Zum einen ist der EuGH bei der gerichtlichen Mobilisierung gegen systemische Defizite auf das Ziehen roter Linien beschränkt.¹⁸⁸ Es wird aus den Werten des Art. 2 EUV kein Maßstab entwickelt, der „zu einer erheblichen Beschränkung der mitgliedstaatlichen Verfassungsautonomie führen könnte und sich daher verbietet“.¹⁸⁹ Zum anderen ist „die Bewertung, dass ein systemisches Defizit vorliegt, keine einsame Entscheidung einer einzelnen Institution, sondern das Ergebnis eines kollektiven Prozesses im europäischen Einschätzungsverbund“. Unter dieser Prämisse wäre ein gerichtliches Zusammenlesen von Rechtsstaatlichkeit und Binnenmarkt, dessen Regeln nicht funktionieren, wenn nicht ein Minimum an Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten gewährleistet ist, keine Revolution als Schreckenszenario, das das Unionsverfassungsrecht auf einen falschen Weg führe.

Dies gilt umso mehr, als es gegenwärtig als offen bezeichnet werden muss, ob mit den praktizierten Instrumenten der Wertesicherung eine weitere Erosion des gemeinsamen Fundaments der europäischen Verbundordnung aufgehalten werden kann. Im Lichte eines transformativen Konstitutionalismus lässt sich aber sagen, dass die Weiterentwicklung der Sicherungsmechanismen eher „bottom up“ dem Vorabentscheidungsverfahren

188 Siehe oben, III.2.a.

189 von Bogdandy, Strukturwandel (Fn. 69), 418 f.

ren als „top down“ dem Vertragsverletzungsverfahren überantwortet¹⁹⁰ sein sollte, stets im Blick behaltend, dass weder eine De-Politisierung des Art. 7-Verfahrens noch eine Re-Politisierung der rechtlichen Verfahren wünschenswert ist.¹⁹¹ Insoweit überrascht, dass die Debatte über die Sicherung der gemeinsamen Werte die Grenzen des gemeinsamen Markts bislang nicht ernsthaft zu thematisieren wagte, obwohl hier der wohl wirksamste Hebel für die Einhaltung der Werte liegen dürfte, soll der politischen Entwicklung in den Mitgliedstaaten kein Freibrief gegeben werden, der Folgen für die gesamte Unionsrechtsordnung haben würde.

V. Ausblick

1. Kritik

Es versteht sich von selbst, dass mit rechtlichen Verfahren noch nichts über die Befolgung der Urteile in den betreffenden Mitgliedstaaten gesagt ist. Die Situation in Polen war dafür ein Beispiel, wenngleich eine prinzipielle Europa-Opposition der polnischen Justiz nicht unterstellt werden konnte. In die hier vorgestellte Matrix¹⁹² gehören deshalb – durch den Verfassungstext angezeigt – nicht nur rechtliche Verfahren, sondern auch politische Mechanismen wie das zentrale Art. 7-Verfahren neben der europäischen Öffentlichkeit und der Medien, die Defekte ansprechen und anprangern, wobei zu beachten ist, dass sich keine nationale Abwehrhaltung entwickelt. Zu fragen ist deshalb nicht, ob die Union eine Institution benötigt, die als Regierung fungiert und rechtsstaatswidriges Handeln der Mitgliedstaaten besser sanktionieren könnte, sondern vielmehr, ob die Union nicht ihre völkerrechtliche Perspektive auf den Mitgliedstaat aufgeben sollte, um den Eindruck einer Gesamthaftung zu vermeiden. Die Bedrohung des gemeinsamen Wertefundaments geht regelmäßig von der Regierung aus, die den einzelnen Mitgliedstaat nach außen repräsentiert. Statt den Staat als solchen für einen Werteverstoß zu sanktionieren, müsste genauer ausgelotet werden, wie die politische Opposition im betreffenden Mitgliedstaat

190 A.A. *Vofskuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 49. Zur Sicherung der föderalen Balance bei der Verteidigung der gemeinsamen Werte *Assenbrunner*, Struktursicherung (Fn. 53), 615 ff.

191 In dieser Richtung auch *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 97 ff.

192 Oben, III.2.c.

unterstützt werden könnte. Im Grunde verlangt dies schon die Unionsbürgerschaft, die jedoch nach einer konstitutionellen Blütezeit in ihrem Potential zur Entwicklung wertesichernder Schutzmechanismen¹⁹³ inzwischen wieder verblasst ist.

Wenngleich die völkerrechtliche Perspektive auf den Mitgliedstaat unionsverfassungsrechtlich wie ein Relikt aus vergangenen Zeiten erscheint, ist es noch immer so, dass die Mitgliedstaaten als primär- und letztverantwortlich für die Sicherung der Werte angesehen werden.¹⁹⁴ Dennoch lassen sich Überlegungen finden, die unionsverfassungsrechtlich akzeptierte völkerrechtliche Ausrichtung auf die Staaten unter dem Rückgriff auf die Werte des Art. 2 EUV vorsichtig zu relativieren. Dazu gehört, wenngleich von den betroffenen Regierungen in der völkerrechtlichen Logik nicht ohne Grund als Einmischung in die innerstaatlichen Angelegenheiten beklagt, der Schutz der politischen Opposition.¹⁹⁵ Wird sie systematisch benachteiligt und verliert die Chance, zur Mehrheit zu werden, kann von einer Demokratie im Sinne des Art. 2 EUV keine Rede mehr sein. Hieran könnten Schutzmechanismen anknüpfen, indem innerstaatliche Konflikte über die Einschaltung eines nationalen Gerichts und dessen Vorlage zum EuGH gelangen, der einen demokratischen „Defekt“ feststellen und zurückspiegeln könnte. Das ist natürlich alles andere als ein „Zaubermittel“ und dürfte allein vermutlich nicht ausreichen, ein systemisches Defizit zu beseitigen, ist aber ein Weg, der zusammen mit anderen Wegen unter der Voraussetzung des politischen Willens und der Einbeziehung der innerstaatlichen Kräfte zum Ziel führen kann.

2. Ausschluss des Mitgliedstaates?

Wird das Verfahren nach Art. 7 EUV im Rat blockiert und gelingt es nicht, die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit auf anderem Wege zu erreichen oder ist der Verstoß gegen andere Werte zu beklagen, etwa mit der

193 *Armin von Bogdandy u.a.*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte. Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten, *ZaöRV* 72 (2012), 45–78 (58 ff.), unter Rückgriff auf EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 – *Ruiz Zambrano* („Kernbestand“ der Unionsbürgerschaft).

194 Zur überkommenen völkerrechtlichen Vorstellung der Identifikation von Staat und Regierung, aber auch von Staat und Gesellschaft *Isabelle Ley*, *Opposition im Völkerrecht*, Berlin: Springer 2015, 23 ff.

195 *von Bogdandy/Grabenwarter/Huber* (Fn. 63), Rn. 51.

Verabschiedung eines Mitgliedstaates – wie in Polen oder Ungarn – von demokratischen Grundstrukturen, damit verbleibt als politischer Ausweg nur noch der Ausschluss, um die Werte der Union zu sichern. Darüber wird inzwischen offen diskutiert¹⁹⁶ und in der Tat ist die bereits angesprochene Asymmetrie¹⁹⁷ bemerkenswert, offen für alle europäischen Staaten zu sein, welche die Werte des Art. 2 EUV teilen, aber einen Mitgliedstaat, der die Werte verletzt, nicht ausschließen zu können. Diese Option ist im Unionsverfassungsrecht nicht zu finden und ob es völkerrechtlich möglich ist, einen Mitgliedstaat der Union zwangsweise auszuschließen, erscheint unsicher.¹⁹⁸ Geklärt ist nur, dass sich das Unionsrecht einem freiwilligen Austritt nach Art. 50 EUV nicht entgegenstellt und insoweit die völkerrechtliche Lesart bestätigt, dass einem Mitgliedstaat der Verbleib in der Union nicht „auf immer und ewig“ vorgegeben ist.

Zu bedenken ist aber, dass die Debatte über die Zulässigkeit eines Ausschlusses mehr vernebelt als erhellt. Denn es liegt auf der Hand, dass eine solche Entscheidung in der Praxis wohl nur von allen verbleibenden Mitgliedstaaten gemeinsam getroffen werden kann. Es stellt sich dann aber die Frage, worauf die Hoffnung beruht, die Union als Ganzes finde den Konsens, sich von einem unliebsamen Mitgliedstaat zu trennen, mag er auch noch so fundamental die grundlegenden Werte des Art. 2 EUV in Frage stellen, wenn sie schon Art. 7 EUV nicht zu aktivieren vermag. Es ist ein charakteristisches Kennzeichen der Union, dass sie auf der freiwilligen Mitgliedschaft der Staaten in der Union beruht und jeder Mitgliedstaat die Union auch wieder verlassen kann. Das wäre nicht nur punktuell, sondern grundlegend anders, bestünde die Möglichkeit, einen Mitgliedstaat unter

196 Vgl. *Christoph Möllers*, Havarie Europa: Institutionelle Bedingungen der Euroskepsis, <<https://www.youtube.com/watch?v=RoIFZOWxR3c>>. Kann Ziel nicht mehr ein „reversal“ sein, weil eine Wiedereingliederung des betroffenen Mitgliedstaates in die gemeinsame Werteordnung scheitert, sondern nur „containment“ mit Blick auf andere Mitgliedstaaten, dann mag der Ausschluss ein logischer Schritt sein. Diesen Hinweis verdanke ich *András Jakab*.

197 Oben II.2.

198 Vgl. *Torsten Stein*, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat, in: Volkmar Götz u.a. (Hrsg.), *Liber amicorum Günther Jaenicke*, Berlin: Springer 1998, 871–898 (891 f.); *Boyko Blagoev*, Expulsion of a Member State from the EU after Lisbon. Political Threat or Legal Reality?, *Tilburg Law Review* 16 (2011), 191–237 (193 ff.).

bestimmten Voraussetzungen, die sich jedenfalls bislang im Unionsverfassungsrecht so nicht finden, hinauszuerwerfen.¹⁹⁹

Ungeachtet der Frage, ob ein Ausschluss rechtlich möglich²⁰⁰ wäre, macht die gut überlegte Kombination der Maßnahmen, politisch über Art. 7 EUV und die Sperrung von Haushaltsmitteln, rechtlich über Vertragsverletzungsverfahren und die Unterstützung nationaler Akteure durch das Vorlageverfahren, das – wie hier vorgeschlagen – den Entzug von Binnenmarktpflichtprivilegien umfassen könnte, den Ausschluss als schärfste Waffe entbehrlich. Bevor es dazu kommt, wird der betreffende Mitgliedstaat den freiwilligen Austritt gewählt haben. Dann aber wäre „das Kind in den Brunnen gefallen“ und der Schutz, den die Union gerade jenen Kräften schuldet, die sich für die liberalen Werte einsetzen, wäre entfallen. Es spricht deshalb vieles dafür, den zwangsweisen Ausschluss, der nur völkerrechtlich denkbar wäre, für unionsverfassungsrechtlich ausgeschlossen zu halten und daran festzuhalten. Denn als ein Residuum für Lücken des Primärrechts eignet sich das Völkerrecht nicht, mag es in der Vergangenheit auch viele Gegenbeispiele gegeben haben, die verfassungsrechtlich aber stets angreifbar waren.²⁰¹

199 Hier besteht ein Unterschied zum Europarat, der Vertragsstaaten deutlich weniger fest bindet, wie der Ausschluss Russlands nach dem Überfall auf die Ukraine zeigt. Es besteht aber auch ein Unterschied zu anderen föderalen Ordnungen, die einen Bundeszwang kennen.

200 Dafür *Stefanie Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett, EuR 2000, 819–835 (829 f.). Als Reaktion auf die Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichtshofs v. 7.10.2021 auch *Martin Nettesheim*, Ein Ausschluss aus der EU ist als Ultima-Ratio-Maßnahme möglich, VerfBlog (2.11.2021).

201 Zum Beispiel der Fiskalpakt als Ersatzunionsrecht. Vorsichtiger spricht *Andreas v. Arnould*, „Unions(ergänzungs)völkerrecht“. Zur unions- und verfassungsrechtlichen Einbindung völkerrechtlicher Instrumente differenzierter Integration, in: Marten Breuer u.a. (Hrsg.), Der Staat im Recht, FS für E. Klein, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 509–526, von Unions(ergänzungs)völkerrecht. Zu „völkerrechtlichen Nebenverfassungen“ *Christian Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 8–63 (52).

3. Transformationspotentiale

a) Sicherungen der Demokratie

Zu den schwierigen Fragen der europäischen Verfassungsaufsicht gehört die Sicherung der Demokratie. Denn wer von europäischer Demokratie spricht, darf von der mitgliedstaatlichen Demokratie nicht schweigen.²⁰² Es ist jedoch verfehlt, die demokratische Verfassung der Union als allein von den Mitgliedstaaten abgeleitete Demokratie zu verstehen, die nur nachvollziehen dürfte, was in den Mitgliedstaaten passiert. Das zeigen schon die differenzierten Regelungen der Art. 9 ff. EUV, aber auch die Aufnahme der Demokratie in den Wertekanon des Art. 2 EUV. Geht es um „deren“ Sicherung, so ist nicht bloß angezeigt, der Frage nachzugehen, was staats-theoretisch den „Mitgliedstaat“ vom bisherigen Nationalstaat unterscheidet. Es sind vielmehr auch die unionsrechtlichen Möglichkeiten zu schärfen, hinter den „Souveränitätspanzer“ des Staates zu greifen, um innerstaatliche Kräfte zur Sicherung der Demokratie offener unterstützen zu können. Das mag in der Praxis längst geschehen, erlaubt aber nach wie vor nicht direkt auf die Opposition im demokratisch fragilen Mitgliedstaat zuzugreifen. So sensibel ein solcher Zugriff auch wäre, kann man doch sagen, dass die systematische Benachteiligung der Opposition zu den Vorgängen gehört, die am einfachsten unter das unionale Demokratieprinzip zu fassen sind. Wird die Chance verbaut, die Mehrheit zu erringen, kann von einer demokratischen Herrschaft, die von der Union in ihren Mitgliedstaaten vorausgesetzt wird, nicht mehr gesprochen werden und ist ein Gegensteuern formal oder informal geboten, mag die Reichweite des aufsichtsrechtlich Zulässigen im Einzelfall auch unsicher sein. Der normative „Aufhänger“ für ein Tätigwerden der Unionsorgane könnte im Zugriff auf die nationale Demokratie unter dem Maßstab des Art. 2 EUV – insoweit vergleichbar mit der Scharniernorm des Art. 19 Abs. 1 EUV für die rechtsstaatliche Ausgestaltung der nationalen Justizsysteme – Art. 10 Abs. 2 S. 2 EUV sein, der von den Mitgliedstaaten verlangt, im Rat von ihrer Regierung vertreten zu sein, die in demokratischer Weise gegenüber ihrem nationalen Parlament (...)

202 Claudio Franzius/Ulrich K. Preuß, Die Zukunft der europäischen Demokratie, Baden-Baden: Nomos 2012, 95. Zur Demokratie Michal Bobek/Adam Bodnar/Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), Transition 2.0. Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member States, Baden-Baden: Nomos 2023.

Rechenschaft ablegen muss.²⁰³ Ob sich das so in einer illiberalen Demokratie à la Ungarn sagen lässt, kann bezweifelt werden.

Mit dem Vorrang des Unionsrechts allein lässt sich – die Kritik aus nationalen Verfassungsordnungen aufgreifend – sicherlich nicht argumentieren. Obwohl die Gesamtordnung aus Unionsrecht und nationalem Recht nicht hierarchisch zu verstehen ist, hier sogar eine pluralistische Deutung des Ganzen nahegelegt wird, lassen sich Asymmetrien im Verhältnis von unionaler und nationaler Ordnung nicht leugnen. Ein Beispiel ist das Vorlageverfahren, das es eben nur in einer Richtung gibt. Kann und sollte deshalb den immer wieder befürchteten „Übergriffen“ des EuGH in die nationale Verfassungsidentität mit der Einführung eines „umgekehrten Vorlageverfahrens“ begegnet werden? Das wird teilweise vorgeschlagen.²⁰⁴ Es würde aber den Sinn und Zweck des bisherigen Verfahrens entleeren und angesichts der tatsächlichen Machtverhältnisse umkehren, weil es die rechtliche Stellung des EuGH mit der Verantwortung für die Auslegung des Unionsrechts im Gefüge der Gesamtordnung untergraben würde. Allen Forderungen nach einem umgekehrten Vorlageverfahren zum Trotz wäre es kaum der Schlussstein im Gewölbe europäischer Rechtsstaatlichkeit, sondern wohl eher der Anfang vom Ende der Ordnung, die wir ungeachtet aller Kritik an einzelnen Entscheidungen mit einer Beschneidung der Kompetenzen des EuGH nicht riskieren sollten.²⁰⁵ Es gleichsam auf Vorrat einzurichten, weil der EuGH über kurz oder lang auf die Demokratie als Wert des Art. 2 EUV und damit das kompetenzielle oder identitäre Herz der Mitgliedstaaten unmittelbar zugreifen wird, übersieht, dass es mit Art. 10 Abs. 2 EUV einen Anknüpfungspunkt für die unionsrechtliche Ausgestaltung des Legitimationsstrangs gibt, aber auch, dass sich der EuGH entgegen populistischer Wahrnehmungen bislang nur ausgesprochen vorsichtig zur Demokratie in den Mitgliedstaaten geäußert hat und trotz aller

203 Vgl. *John Cotter*, To Everything There is a Season. Instrumentalising Article 10 TEU to Exclude Undemocratic Member State Representatives from the European Council and the Council, *E.L.Rev.* 47 (2022), 69–84.

204 Vgl. mit dem Hinweis auf das US-amerikanische Zertifikationsverfahren *Franz Mayer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 559–607 (588); aus jüngerer Zeit auch *Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber/Rajko Knez/Ineta Ziemele*, The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network, *European Public Law* 27 (2021), 43–62 (60).

205 A.A. *Torben Ellerbok*, Das umgekehrte Vorabentscheidungsverfahren als Schlussstein im europäischen Rechtsschutzverbund, *VerwArch* 113 (2022), 302–331 (323 ff.).

Anzeichen, damit schon bald konfrontiert zu werden, nicht ersichtlich ist, warum sich das grundlegend ändern sollte.²⁰⁶

b) Strafrechtliche Verantwortlichkeit?

Das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV wird vielfach für nicht geeignet gehalten, um als Instrument der Verfassungsaufsicht eingesetzt zu werden. Das mag etwas mit dem tiefen Glauben an zentrale Aufsichtsverfahren und – soweit überhaupt rechtliche Verfahren in den Blick genommen werden – mit einer Präferenz für das Vertragsverletzungsverfahren und seiner Erweiterung für die Sanktionierung systemischer Defizite zu tun haben, wird der für die Fortentwicklung des Unionsrechts aber so bedeutsamen Rolle des Vorlageverfahren nicht gerecht. Sicherlich kommt es für dessen Rolle in der Verfassungsaufsicht auf die Bereitschaft der nationalen Gerichte an, das Verfahren zu aktivieren.²⁰⁷ Aber das nationale Verfassungsrecht zeigt, dass sich Verstöße gegen die Vorlageverpflichtung auch sanktionieren lassen.²⁰⁸ Wo dieser Hebel angesichts einer „gleichgeschalteten“ Verfassungsjudikatur ausfällt, muss die Diskussion nicht zugunsten zentraler rechtlicher Mechanismen abgebrochen werden, verlangt aber ein Nachdenken über die Effektivierung des Vorlageverfahrens zur Einbindung der nationalen Gerichte aus „notleidenden“ Mitgliedstaaten in die Verfassungsaufsicht, die ebenfalls verbundförmig organisiert ist.

Dazu gehört der Vorschlag einer Vorlagepflicht nationaler Richter bei mitgliedstaatlichen Wertverstößen, die im Falle eines bewussten Verstoßes gegen die Werte des Art. 2 EUV und einer rechtswidrigen Sanktionierung von Kritikern eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen soll.²⁰⁹ Die Fundierung einer Vorlagepflicht, wann immer das Wertefundament der

206 Es kann gefragt werden, ob diese Zurückhaltung nicht aufgegeben werden sollte. Dann aber würden sich jene Sorgen bestätigen, die schon immer dem EuGH – häufig anders als nationalen Verfassungsgerichten – eine latente Anmaßung seiner Kompetenzen vorgeworfen haben.

207 Zum Verhältnis zur nationalen Normenkontrolle *Vassilios Skouris*, Nationale Normenkontrolle und unionsrechtliches Vorabentscheidungsverfahren: in welchem Verhältnis stehen sie zueinander?, EuR 2023, 225–238.

208 Der Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV kann als Verstoß gegen den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) vor dem BVerfG gerügt werden, vgl. BVerfGE 75, 223 – *Kloppenburg-Beschluss*; 147, 364 – *EMRK-Haftbedingungen*.

209 von *Bogdandy/Spieker* (Fn. 43), 305 ff.; *ders.*, *Strukturwandel* (Fn. 69), 476 ff.

Union bedroht ist, also zum Beispiel ein polnischer Richter mit einem Fall befasst ist, in welchem ein Regierungskritiker wie der über Polen hinaus bekannte Rechtswissenschaftler *Wojciech Sadurski* zum Schweigen gebracht werden soll, ist explizit als rechtspolitischer Vorschlag konzipiert und reagiert insoweit auf den Umstand, dass eine Disziplinierung vorlegender Richter gegen Art. 2 EUV verstößt.²¹⁰ Verletzt ein Richter schwerwiegend und vorsätzlich die Werte des Art. 2 EUV, was voraussetzt, dass es eine Alternative zur Abwendung vom Unionsrecht gibt, stehe als ultima ratio seine strafrechtliche Verantwortlichkeit im Raum.²¹¹

Das mag sehr weitreichend sein, hat aber zu bedenken, dass es legitimatistisch einen Unterschied macht, ob der EuGH von Gerichten aus den Mitgliedstaaten oder von der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren angerufen wird. So wichtig letzteres auch ist, gerät mit der Sanktionierung des Einsatzes von Vorlageverfahren durch disziplinarische Maßnahmen die Existenz der Union als Verbundordnung in ihrer rechtlichen Verfasstheit in Gefahr.²¹² Es mag deshalb vieles dafür sprechen, den systemischen Ausschluss des EuGH durch das „Zurückschneiden“ von Vorlagen innerstaatlicher Gerichte für strafwürdig zu halten, überschätzt aber seine präventive Wirkung zur Einhaltung der Werte des Art. 2 EUV. Es ist auch keineswegs ausgemacht, dass „politisch motivierte Amtswalter“ spätestens dann zur Verantwortung gezogen werden können, wenn die politische Führung wechselt.²¹³ Es gibt zwar Vorbilder einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für „Systemunrecht“ und ihre begrenzte Steuerungskraft, erinnert aber in frappierender Weise an die Strategie der betroffenen Regierungen in den Mitgliedstaaten, ihrer kommunistischen Vergangenheit mit der Entfernung unliebsamer Richter aus dem Dienst zu begegnen und sollte daher nicht mehr als ein Diskussionsbeitrag in einer Debatte sein, die tatsächlich auf einen Regimewechsel gerichtet sein müsste.

210 Polen verstößt mit seinem System zur Disziplinierung von Richtern gegen Unionsrecht, weil die 2018 eingerichtete – und inzwischen wieder aufgelöste – Disziplinarkammer am Obersten Gericht keine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit garantiert, vgl. EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen*.

211 von Bogdandy/Spieker (Fn. 43), 308.

212 Instruktiv András Jakab/Lando Kirchmair, Two Ways of Completing the European Fundamental Rights Union: Amendment to vs. Reinterpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights, CYELS 24 (2022), 239–261.

213 So aber von Bogdandy/Spieker (Fn. 43), 313.

c) „Regimewechsel“

Offen ausgesprochen wird das Ziel eines „Regimewechsels“ selten. Darauf zielt Art. 7 EUV aber auch nicht. Jedoch können an die politische Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat rechtliche Verfahren anknüpfen, die nicht wirkungslos bleiben müssen. Auch im Vertragsverletzungs- oder Vorlageverfahren kann zwar nicht unmittelbar ein Regimewechsel im Mitgliedstaat adressiert werden. Wohl aber kann der im Unionsrecht angelegte transformative Konstitutionalismus die Chancen eines Regimewechsels erhöhen.

Das rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeitsfeld hat sich geändert. War die konstitutionelle Idee einst an das Liberalisierungsparadigma und die Vorstellung gebunden, die Union als Markt zu verfassen, so ist diese Verengung des verfassungsrechtlichen Ansatzes längst überwunden. Nimmt man die konzeptionelle Neuausrichtung in den Blick, wonach sich das Primärrecht als stabilisierende Rahmenordnung des Politischen verstehen lässt, so ist der Wandel „von einem Konstitutionalismus der Verrechtlichung zwischenstaatlicher Beziehungen zu einer liberaldemokratischen Politisierung der EU“²¹⁴ keine Einbahnstraße, in die alle Mitgliedstaaten gehen (wollen). Zu den Herausforderungen gegenwärtiger konstitutioneller Bemühungen gehört die demokratische und rechtsstaatliche Struktur in den Mitgliedstaaten, die zu sichern der Union durch das Unionsverfassungsrecht aufgegeben ist. Insoweit sind Art. 7 EUV und die hier beschriebenen Verfahren im Lichte des Art. 2 EUV als Versuch zu lesen, den gemeinsamen Kern unverbrüchlicher Werte²¹⁵ für einen transformativen Konstitutionalismus zu entfalten, indem auf die interne Verfasstheit der Mitgliedstaaten zugegriffen

214 So *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast*, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 1. Wird der Wechsel von der funktionalen zur verfassungsrechtlichen Logik auf einen „Strukturwandel“ des Rechts bezogen, dann ist nicht nur das Binnenmarktrecht unter die Maßstäbe des Art. 2 EUV zu stellen, sondern auch das transformative Potential zu entfalten, das vom Unionsverfassungsrecht für die innerstaatliche Verteidigung der gemeinsamen Werte in der Gesellschaft erwartet werden kann, vgl. *von Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 119 ff.

215 Ungeachtet aller Vorbehalte gegenüber der Werterhetorik, die rechtswissenschaftlich in Zweifel gezogen wird, spricht Art. 2 EUV – anders als das Grundgesetz in seiner Auslegung durch die früher werteorientierte Rechtsprechung des BVerfG – ausdrücklich von Werten, die sich in Prinzipien übersetzen lassen, damit aber die föderale Dimension auszublenden drohen. Das tut ihrer Bedeutung für den transformativen Konstitutionalismus jedoch keinen Abbruch.

wird.²¹⁶ Das befreit nicht von Kritik, ist aber eine neue Schicht konstitutionellen Denkens, die zentrale und dezentrale sowie politische und rechtliche Mechanismen miteinander zu verbinden sucht, um die Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung vor dem Hintergrund eines gemeinsamen Verfassungskerns der europäischen Gesellschaft zu schützen. Dass dies nicht erfolglos bleiben muss, zeigt der Fall Polen.²¹⁷

-
- 216 Das bedeutet nicht, die Außenperspektive aufzugeben, wie mit der Zuweisung des Kandidatenstatus an die Ukraine für den Beitritt zur Union deutlich wird, vgl. *Jens Brauneck*, Verteidigung der Europäischen Werte durch Flexibilisierung der EU-Beitrittskriterien für die Ukraine?, DÖV 2022, 969–968.
- 217 Zum anhängigen Vertragsverletzungsverfahren wegen der „Lex Tusk“ *Claudio Franzius/Sebastian Hapka/Yannick Vogt*, Die Rechtsstaatskrise als Demokratiekrise. Zum Vertragsverletzungsverfahren gegen die Lex Tusk, ZJS 5/2024, <www.zjs-online.com>.

Unionsbürgerschaft

Stefan Kadelbach*

I. Einleitung	735
II. Unionsbürgerschaft und Unionsverfassung	737
III. Verfassungstheoretischer Ausgangspunkt	740
1. Unionsbürgerschaft in der föderalen Architektur der Union	740
2. Voraussetzungen einer Bürgerschaft als Status	741
3. Leitbilder als normative Fassung des Unionsbürgerstatus	743
IV. Normative Leitbilder und dogmatische Elemente der Unionsbürgerschaft	745
1. Unionsbürger als „Normmenschen“ (Art. 20 Abs. 2 AEUV)?	745
2. Unionsbürgerschaft als föderale Ergänzung der Staatsbürgerschaft (Art. 9 EUV, 20 Abs. 1 AEUV)	746
3. Unionsbürgerschaft als Status der Freiheit (Art. 21, 23 AEUV)	757
4. Unionsbürgerliche Gleichheit (Art. 9 EUV, Art. 18, 20 und 21 AEUV)?	773
5. Unionsbürgerschaft als europäische Aktivbürgerschaft (Art. 22, 24 AEUV)	778
6. Unionsbürger als Träger republikanischer Pflichten (Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV)?	788
V. Unionsbürgerschaft als föderaler Status zwischen Autonomie und Integration	790

I. Einleitung

„Bürgerschaft“ bezeichnet die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft, im Deutschen auch die Gemeinschaft selbst. Ob es in der Europäischen Union eine „Bürgerschaft“ geben kann, galt lange als zweifelhaft. Als die Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht eingeführt wurde, waren die in sie gesetzten Erwartungen daher sehr unterschiedlich. Während die einen sie als bloße Symbolik werteten, sahen andere in ihr das Potenzial für eine Art europäischer Bundesbürgerschaft.¹ Die Rechtsprechung des EuGH, welche die Freizügigkeit und Gleichheit der Unionsbürgerschaft sukzessive stärkte und aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot der Verträge Ansprüche auf soziale Hilfe in Notlagen ableitete, schien zunächst der zweiten Sicht recht zu geben. Heute, dreißig Jahre später, ist die Skepsis wieder größer geworden. Vor dem Hintergrund der Unionsbürgerrichtli-

* Ich danke Jürgen Bast, Armin von Bogdandy, Thomas Siurkus und Ferdinand Weber für viele auch kritische Hinweise und Anregungen, Jennifer Ernst und Lea Isabelle Lang für die Durchsicht und Diskussion früherer Fassungen des Manuskripts.

1 S. Stefan Kadelbach, Unionsbürgerschaft, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 611–656.

nie,² die zugleich mit der ersten Osterweiterung der EU in Kraft trat und es den Mitgliedstaaten ermöglichte, der Furcht vor Sozialleistungstourismus mit der Verweigerung von Leistungen zu begegnen, hat die Rechtsprechung einen Kurswechsel vollzogen; die Arbeitsmigration derer, die in ihren Heimatstaaten durch diverse wirtschaftliche Krisen gegangen sind, ist dadurch deutlich eingeschränkt worden. Dafür ist in manchen Mitgliedstaaten ein schwunghafter Handel mit der Staatsangehörigkeit aufgezo- gen worden, der vermögende Drittstaatsangehörige in den Stand setzt, von einem Recht auf europaweite Mobilität Gebrauch zu machen; der Unionsbürgerschaft hat dies den Beigeschmack eines ökonomisierten Besitztittels eingetragen. Die politischen Rechte stoßen an Grenzen der Entwicklung, sieht man sie in Relation zu den demokratischen Rechten des Europäischen Parlaments und anderer Mitwirkungsmechanismen auf europäischer Ebene, die wohl auf absehbare Zeit keine erneuten Stärkungen im Wege der Vertragsänderung erfahren werden. Stattdessen kehren diverse Kräfte zum Primat nationaler Politik zurück; für das Vereinigte Königreich hatte dies zur Folge, dass gleich ein ganzes Volk seine unionsbürgerlichen Rechte verloren hat. Zugleich jedoch ist eine föderale Verdichtung unübersehbar. So stellt Art. 2 EUV die Unionsbürgerschaft seit 2009 in einen dezidiert verfassungsrechtlichen Kontext und eröffnet mit dem Begriff der Gesellschaft einen neuen Reflexionsrahmen.

Es ist daher sinnvoll, sich des Unionsbürgerstatus erneut zu vergewissern und zu überprüfen, welche Wirkungen von der Ausgestaltung der verbundenen Rechte auf ihn ausgehen. Dazu ist zunächst der Stellenwert zu beschreiben, welcher der Unionsbürgerschaft ent- stehungsgeschichtlich und systematisch zukommen sollte (II.). Sodann soll die verfassungstheoretische Perspektive vorgestellt werden, aus der sie betrachtet wird (III.). Um die Erwartungen normativ einzuordnen, welche die Verträge mit ihr verbinden, werden die verschiedenen Garantien, die ihnen zufolge die Unionsbürgerschaft ausmachen, als Leitbilder beschrieben, die es erlauben, die Konzeption und die praktische Herausbildung dieses Status miteinander zu vergleichen (IV.). Da die Unionsbürgerschaft nicht nur den Wertekanon des Art. 2 EUV, sondern auch die Konstruktion des Herrschaftsverbandes EU auf individueller Ebene spiegeln soll, stellt sich die Frage, welche Lehren sich aus ihrer bisherigen Geschichte für diesen Status ziehen lassen.

2 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158/77.

Dieser Beitrag fasst diese Lehren unter den Begriff einer föderalen Bürgerschaft (V.).

II. Unionsbürgerschaft und Unionsverfassung

Die Idee der Unionsbürgerschaft ist deutlich älter als ihre primärrechtliche Verankerung im Vertrag von Maastricht (1992). Unter anderem war sie eine Vision im Exil lebender Staatenloser seit den 30er Jahren, in der die Bindung an die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Territorium zugunsten eines allgemeinen persönlichen Status aufgehoben war.³ Die Hoffnung auf einen solchen Status hat sich nicht erfüllt. Die heutige Ausprägung der Unionsbürgerschaft ist an eine Staatsangehörigkeit gebunden, ergänzt jedoch die an sie auf staatlicher Ebene geknüpften Rechte auch über die ursprüngliche wirtschaftliche Zwecksetzung der Europäischen Gemeinschaften hinaus. Die allmähliche Lösung des Personenkonzepts des europäischen Gemeinschaftsrechts von der Funktionalität des Gemeinsamen Marktes lässt sich bis in die 60er Jahre zurückverfolgen, als verschiedene Generationen der Verordnungen zur Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer den begünstigten Personenkreis und die ihm zustehenden Möglichkeiten gesellschaftlicher Integration stetig erweiterten und der EuGH die Grundfreiheiten als subjektive Rechte ausformte.⁴ Die heutigen Elemente der erwerbsunabhängigen Freizügigkeit, des Wohnsitzwahlrechts zum Europaparlament und zu kommunalen Vertretungskörperschaften sowie bürgerlicher Kontroll- und Partizipationsrechte gehen auf Vorstöße der 70er Jahre zurück.⁵ Der Begriff der Unionsbürgerschaft hielt Einzug in das europarechtliche Vokabular durch ein Dokument des Europäischen Parlaments, den Spinelli-Entwurf zur Gründung einer Europäischen Union von 1984.⁶ Gegenüber dem Maas-

3 Vgl. *Mira L. Siegelberg*, *Statelessness. A Modern History*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 2020, 171, 187; zu älteren Utopien *David Rabenschlag*, *Leitbilder der Unionsbürgerschaft*, Baden-Baden: Nomos 2009, 21 ff.

4 S. *Kadelbach* (Fn. 1), 614 ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 24 ff.; *Ferdinand Weber*, § 3: Die Unionsbürgerschaft als Status, in: *Ferdinand Wollenschläger* (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 10: Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2021, 107–160 (Rn. 14 ff.).

5 Ausf. Nachw. bei *Rabenschlag* (Fn. 3), 61 ff.

6 Entwurf eines Vertrages zur Gründung der Europäischen Union v. 14.2.1984, ABl. 1984 C 77/33, Art. 3: „Die Bürger der Mitgliedstaaten sind als solche Bürger der Union. Die Unionsbürgerschaft ist an die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats gebunden; sie

trichter Vertrag hat sich die Regelung im aktuell gültigen Vertrag von Lissabon in der Sache kaum mehr verändert. Auch die Regelung des Art. 9 EUV geht im Wesentlichen auf Art. 8 EGV Maastrichter Fassung zurück, ergänzt um die Garantie der Gleichheit vor dem europäischen Recht.

Die zentralen Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft sind Art. 9 EUV und die ihn wiederholenden und konkretisierenden Art. 18 bis 25 AEUV. Unionsbürgerrechte sind in den Art. 39 bis 46 GRC, Gleichheitsrechte in den Art. 20 bis 26 GRC nochmals geregelt.⁷ Art. 9 EUV formuliert drei Grundsätze:

- den Grundsatz der Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger vor den Organen und Einrichtungen der Union,
- die Vermittlung der Unionsbürgerschaft durch die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten und
- die Komplementarität der Unionsbürgerschaft zur nationalen Staatsbürgerschaft.

Damit werden verschiedene Elemente der Werteklausel des Art. 2 EUV aufgegriffen. Zum einen sind die individuellen Rechte (Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit) angesprochen. Zweitens impliziert die Gleichheit vor den Institutionen der EU den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz, die zumindest nach deutschem Verfassungsverständnis ein Element der materialen Rechtsstaatlichkeit ist. Zum dritten korrespondiert der Begriff der Staatsbürgerschaft – im Sinne von „Aktivbürgerschaft“ – mit dem Demokratieprinzip, eine Verbindung, die in Art. 10 und 11 EUV aufgenommen wird. Man kann also sagen, dass Art. 9 EUV – im Verbund mit anderen Bestimmungen wie vor allem Art. 6 EUV – Werte der Union in die Sprache individueller Rechte übersetzt. Zugleich ist es bemerkenswert, dass die Rechte, die dieser Status den Bürgerinnen und Bürgern vermittelt, in Art. 9 EUV weder aufgeführt noch durch Verweis in Bezug genommen werden – anders als im Verfassungsvertrags-Entwurf des Europäischen Konvents (Art. 8 Abs. 2 VVE-2003). Bei den Unionsbürgerrechten sind die Basisbestimmungen des Unionsverfassungsrechts, ähnlich wie bei den Grundrechten und den Grundfreiheiten des Binnenmarkts, knapp gehalten.

kann nicht selbständig erworben oder verloren werden. Die Unionsbürger nehmen am politischen Leben der Union in den durch diesen Vertrag vorgesehenen Formen teil, genießen die ihnen durch die Rechtsordnung der Union zuerkannten Rechte und unterliegen den Normen dieser Rechtsordnung.“

7 Soweit sich keine Abweichungen ergeben, werden im Folgenden nur die Bestimmungen des EUV und des AEUV zitiert.

Auf der organisationsrechtlichen Seite ist die Unionsbürgerschaft Bezugspunkt europäischer Politikgestaltung. Dies gilt nicht nur für die von der Bürgerschaft ausgehende politische Willensbildung im Europäischen Parlament (Art. 14 EUV), in der europäischen Zivilgesellschaft (Art. 11 EUV, 24 Abs. 1 AEUV)⁸ und – idealtypischerweise – in europäischen Parteien (Art. 10 Abs. 4 EUV, 12 Abs. 2 GRC), deren Regelungen jeweils explizit auf die Unionsbürger Bezug nehmen. Auch inhaltlich ist die Tätigkeit der Organe der Union den Interessen der Unionsbürgerinnen und -bürger verpflichtet (Art. 13 Abs. 1 EUV). Für manche Politikfelder wie den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 3 Abs. 2 EUV), den Ausbau transeuropäischer Netze (Art. 170 Abs. 1 AEUV) sowie für die auswärtigen Beziehungen der Union – für die allgemeine Außenpolitik in Art. 3 Abs. 5 S. 1 EUV, für die Arbeit der diplomatischen und konsularischen Vertretungen in Art. 35 EUV – wird dies nochmals hervorgehoben. Dabei haben die Organe der EU ihre Aufgaben ihnen gegenüber nach den Prinzipien der Bürgernähe (Art. 1 Abs. 2, 10 Abs. 3 S. 2 EUV), der Transparenz (Art. 15 AEUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll) zu erfüllen. Die Union soll, so steht es in der Präambel zur GRC, „den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns“ stellen, „indem sie die Unionsbürgerschaft [...] begründet“.

Die Art. 18 bis 25 AEUV stellen Bedingungen für die Entfaltung der Unionsbürgerschaft auf, die es erlauben, aber auch dazu verpflichten, diesen Status durch europäische Gesetzgebung und in der Rechtsprechung weiter auszuformen. In ihnen wird die Unionsbürgerschaft als Status der Gleichheit (Art. 18, 19 AEUV), der Freiheit (Art. 21, 23 AEUV) und der politischen Rechte (Art. 22, 24 AEUV) gefasst, der von weiteren sekundärrechtlichen Konkretisierungen abhängig (Art. 20 Abs. 2 S. 3, 21 Abs. 2 und 3 AEUV) und entwicklungsoffen ist (Art. 21 Abs. 2, 22, 23 UAbs. 2, 25 AEUV). Je nachdem, welche dieser Komponenten betont wird, ergeben sich unterschiedliche Leitbilder der Unionsbürgerschaft, die als solche auch in der Literatur diskutiert werden: Sie kann ein Status sein, der sich aus der Summe der unionsrechtlich gewährleisteten individuellen Rechte ergibt, ein Status gleicher Freiheit, eine Sozialbürgerschaft oder ein Status demokratischer Teilhabe.

8 Dagegen bezieht sich Art. 300 Abs. 2 AEUV, der die Zusammensetzung des Wirtschafts- und Sozialausschusses konkretisiert, u.a. auf Vertreter aus dem „staatsbürgerlichen [...] Bereich“, was die mitgliedstaatliche Verwurzelung dieser die Politik der EU unterstützenden Einrichtung (Art. 13 Abs. 4 EUV) deutlich macht.

Bevor dem weiter nachgegangen wird, wäre das verfassungstheoretische Umfeld aufzuhellen, von dem aus dieser Status betrachtet wird.

III. Verfassungstheoretischer Ausgangspunkt

1. Unionsbürgerschaft in der föderalen Architektur der Union

So wie die staatliche und die europäische Ebene auf den meisten Politikfeldern nicht voneinander isoliert handlungsfähig sind und daher auch nicht staatswissenschaftlich sinnvoll getrennt voneinander betrachtet werden können, so unergiebig ist es, nach der Unionsbürgerschaft als einem auf nur eine der Ebenen bezogenen Status zu fragen. Der Grundsatz der Komplementarität, also der Erweiterung der Staatsbürgerschaft auf die europäische Ebene, bringt dies zum Ausdruck (Art. 9 S. 3 EUV, 20 Abs. 1 S. 3 AEUV). Damit ist auch gesagt, dass der Ansatz, die Unionsbürgerschaft an die Konzeption der Staatsbürgerschaft angelehnt zu sehen, nicht von vornherein verworfen werden muss.⁹ Auf ihn kann zurückgegriffen werden, wenn er auch im europäischen Herrschaftsverband Modifizierungen unterliegt. Die verschiedenen Komponenten der Bürgerschaft können auf den beiden Herrschaftsebenen in unterschiedlich starker Form ausgeprägt sein. Bei dieser Sichtweise ist darauf zu achten, dass Defizite nicht vorschnell in einer Mehrebenen-Harmonie verschwinden. Erweist sich etwa die sozialbürgerliche Seite auf europäischer Ebene als schwach ausgeprägt, heißt dies allein noch nicht, dass sie auf staatlicher Ebene (womöglich: „besser“) aufgehoben wäre, zumal wenn dem, wie in den schwächeren Volkswirtschaften Europas, kein hinreichendes staatliches Gegengewicht gegenübersteht.

Mit diesem Vorbehalt wird die Union hier als föderaler Verband gesehen,¹⁰ in dem jede Einheit ihre Zuständigkeiten besitzt. Die Eigenheiten der föderalen Kompetenzverteilung in der EU können daher den unionsbürgerlichen Rechten auch Grenzen setzen, doch besteht für deren Entfaltung unter den in den Gründungsverträgen aufgestellten Bedingungen eine Verantwortung des Gesamtverbandes.

9 Vgl. dagegen Europäische Kommission, Dritter Bericht der Kommission über die Unionsbürgerschaft, COM(2001) 506 final, 9.

10 Anschließend an *Stefan Kadelbach*, Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 7–44 (10 ff.), dort weitere Nachw.; vgl. auch schon *Stefan Oeter*, Föderalismus und Demokratie, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 1), 73–120.

2. Voraussetzungen einer Bürgerschaft als Status

In welchem Verhältnis steht dann ein bürgerschaftlicher Status zu verfassungsrechtlich gewährleisteten individuellen Rechten? Ein Status ist ein Anknüpfungstatbestand für Rechte und Pflichten Einzelner gegenüber dem organisierten Gemeinwesen, das den Status begründet.¹¹ Der rechtliche Statusbegriff setzt sich also aus hoheitlicher Verleihung, Binartität (man hat ihn oder man hat ihn nicht) und Zugehörigkeit zu einer Personengruppe zusammen. Danach lässt sich die Beziehung zwischen Einzelnen und dem Herrschaftsverband der Europäischen Union, wie es auch dem Sprachgebrauch des EuGH entspricht,¹² ohne Weiteres als „Status“ auffassen,¹³ wenn er auch nicht originär entstehen kann, sondern an den Status der Staatsangehörigkeit gekoppelt ist.¹⁴

Aus dem Status selbst folgt indessen noch nicht viel, solange nicht die rechtlichen Folgen betrachtet werden, die mit ihm verbunden sind. Der bürgerschaftliche Status ist daher gegenüber verschiedenen Verständnissen des rechtlichen Bandes zwischen Einzelnen und der Gemeinschaft oder Einzelnen und dem Staat offen, die an ihn gebundenen Rechte und Verantwortlichkeiten können unterschiedlich sein.

Um den Bürgerstatus mit substantiellen Gehalten zu verknüpfen, wird er auch in der Rechtswissenschaft oft in einem soziologischen Sinne verstanden, dem zufolge ein Status die abstrakte Stellung des Individuums in einem sozialen System bezeichnet.¹⁵ Im Schrifttum zur Unionsbürgerschaft wird auf dieser Linie oft die Theorie von *Thomas Humphrey Marshall* über

11 Statt vieler *Markus Krajewski*, Status als Instrument des Migrationsrechts, VVDStRL 76 (2017), 123–162 (132).

12 Zum „grundlegenden Status“ der Unionsbürgerschaft EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 – *Grzelczyk*; in letzter Zeit bspw. Urteil v. 27.2.2020, Rs. C-836/18, ECLI:EU:C:2020:119, Rn. 35 – *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real/RH*.

13 *Christoph Schönberger*, Unionsbürger, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 162 ff.; *Christian Walter/Klaus Ferdinand Gärditz*, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2013), 7–44 (29) bzw. 49–156 (140); *Weber* (Fn. 4), Rn. 97.

14 Abl. deshalb *Christian Hillgruber*, § 32: Der Nationalstaat in überstaatlicher Verflechtung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HdbStR II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, 929–992 (Rn. 99).

15 *Manfred Rehbinder*, Statusbegriffe von Sir Henry S. Maine über Georg Jellinek bis heute, in: Winfried Brugger/Rolf Gröschner/Oliver W. Lemcke (Hrsg.), Faktizität und Normativität: Georg Jellineks freiheitliche Verfassungslehre, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 125–144 (131 ff.).

den Zusammenhang von bürgerschaftlichen Rechten und sozialer Klasse als Bezugsrahmen herangezogen.¹⁶ Demnach gehören zum Vollbesitz eines bürgerschaftlichen Status nicht nur die Freiheits- und die politischen Rechte, die in der klassischen Literatur den Unterschied zu Nichtbürgern machen, sondern auch und gerade die sozialen Rechte, ohne die die anderen Rechte nicht wirksam ausgeübt werden können.¹⁷ Für die Suche nach einem verfassungstheoretischen Ausgangspunkt stellt sich nun die Frage nach einem analytischen Ansatz, der für diese Einordnung weitere konkretisierende Kriterien verspricht.¹⁸

Trotz ihrer Betagtheit bietet sich auf den ersten Blick die Statuslehre *Georg Jellineks* an,¹⁹ die auch in der bundesrepublikanischen Grundrechtstheorie aufgegriffen worden ist.²⁰ Sie bietet der Institution subjektiver Rechte ein Analyseraster, das zwischen Abwehr- und Leistungsrechten und

-
- 16 *Thomas H. Marshall*, *Citizenship and Social Class*, 1950, hier nach *Thomas H. Marshall/Tom Bottomore*, Neuausg., London: Pluto Press 1992; zum Kontext *Andreas Fahrmeir*, *Citizenship, The Rise and Fall of a Modern Concept*, New Haven u.a.: Yale University Press 2007, 170 ff.; zur Rezeption *Margaret R. Somers*, *Genealogies of Citizenship. Markets, Statelessness and the Right to Have Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, 147 ff.; *Dieter Gosewinkel*, Staatsbürgerschaft als interdisziplinäres Feld historischer Forschung, in: Julia Angster/Dieter Gosewinkel/Christoph Gusy (Hrsg.), *Staatsbürgerschaft im 19. und 20. Jahrhundert*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 1–78 (30 ff.).
- 17 Vgl. *Thorsten Kingreen*, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, 206 f., 399 ff.; *Elspeth Guild*, *Does European Citizenship Blur the Borders of Solidarity?*, in: dies./Cristina Cortázar Rotaeche/Dora Kostakopoulou (Hrsg.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff 2014, 189–208 (191 ff.); *Dora Kostakopoulou*, *European Union Citizenship Rights. Civil, Political and Social*, in: Engin Isin/Peter Nyers (Hrsg.), *Routledge Handbook on Global Citizenship Studies*, London: Routledge 2014, 427–436.
- 18 Lehrreich zu verschiedenen methodischen Ansätzen *Daniel Thym*, *Frontiers of EU Citizenship. Three Trajectories and their Methodological Limitations*, in: Dimitry Kochenov (Hrsg.), *Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, 705–730.
- 19 *Georg Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr 1919, 87, 94 ff.; vgl. *Peter M. Huber*, *Die gleiche Freiheit der Unionsbürger*, *ZaöRV* 68 (2008), 307–326 (308 ff.); *Matthias Wendel*, § 23: Rechte der Unionsbürger, in: Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 2: Europäischer Grundrechtsschutz*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, 995–1080 (Rn. 33 f.); *Weber* (Fn. 4), Rn. 6.
- 20 Zu nötigen Modifizierungen für den demokratischen Verfassungsstaat *Peter Häberle*, *Grundrechte im Leistungsstaat*, *VVDStRL* 30 (1972), 43–131 (80); für das Unionsrecht bspw. *Lioba Riem*, *Die europäischen Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage von Leistungsansprüchen*, Köln: Heymann 2010, 5 ff., 56 ff.

zwischen Aktivbürgerschaft und Pflichtenstatus eine Standortbestimmung erlaubt. Ein Nachteil liegt darin, dass die Einordnung subjektiver Rechte in diesen Rahmen immer schon eine Vorstellung darüber voraussetzt, welche Schutzrichtung diese Rechte haben; eine Annahme, die für die einzelnen Unionsbürgerrechte erst noch zu verifizieren wäre. Vergleichbares würde für den Begriff der „Funktion“ als Anleihe bei den Grundrechtstheorien gelten, mit dem die unterschiedlichen Wirkungsweisen der Grundrechtsnormen in ihren subjektiven und objektiven Dimensionen bezeichnet werden.²¹ Der Begriff verweist auf eine Kategorisierung der Grundrechtsnormen des deutschen Verfassungsrechts, der den Unionsbürgerrechten nicht von vornherein unterlegt werden kann. Gesucht wird daher eine Kategorie, die sowohl den normativen Ansatz im positiven Recht als auch dessen Deutungs Offenheit in Rechnung stellt.

3. Leitbilder als normative Fassung des Unionsbürgerstatus

Rechte können zur Lebenswelt ihrer Träger in unterschiedlichen Beziehungen stehen, je nachdem, in welcher Lage sie in Anspruch genommen werden. Das Unionsrecht rechnet mit ihnen bspw. als Arbeitgeberinnen oder Arbeitnehmern, Arbeitsuchenden, Niedergelassenen, Verbraucherinnen, Landwirten, Studierenden usw. Diese Beziehungen können als normativ gefasste „Rollen“ beschrieben werden, denen jeweils Voraussetzungen und Rechtsfolgen entsprechen, und die in ihrer Summe Einzelne als rechtliche Personen ausmachen.²² Man kann diese Rechtsstellung als Person dann ihrerseits als Status auffassen.²³ Die Unionsbürgerschaft wäre dann in zweifacher Hinsicht nur ein Teil dieses Status, denn weder ergibt sich die Rechtsstellung als Person in ganzem Umfang aus dem Unionsrecht, noch erschöpft sie sich in der Bürgerrolle.

Im Begriff der Bürgerschaft kommen danach eine oder – abhängig von den verbundenen Statusrechten auch mehrere – lebensweltliche „Rollen“ zum Ausdruck, aber eben auch ein rechtliches Konstrukt, das normative

21 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 1993, Rn. 279 ff.

22 Loïc Azoulai/Ségolène Barbou des Places/Etienne Pataut, Being a Person in the European Union, in: dies. (Hrsg.), Constructing the Person in EU Law, Oxford: Hart 2016, 3–14 (5 ff.).

23 Loïc Azoulai, The European Individual as Part of Collective Entities (Market, Family, Society), in: ders./Barbou des Places/Pataut (Fn. 22), 203–224 (221).

Vorstellungen von diesen Rollen zeichnet, die man als „Leitbilder“ bezeichnen kann. Wenn hier daher die unterschiedlichen Elemente der Unionsbürgerschaft als Leitbilder aufgefasst werden, dann geschieht dies nicht in dem Sinne, dass sie an diesen in einem streng rechtlichen Sinne zu messen wären. Zwar drückt sich in Leitbildern auch eine normative Erwartung aus, welche die Anwendung des Verfassungsrechts anleiten kann.²⁴ Im gegebenen Zusammenhang wird der Begriff aber zunächst als heuristisches Mittel verwendet, d.h. als Möglichkeit, ein normatives Konstrukt zu betrachten, sei es in analytischer oder in programmatischer Absicht.²⁵ Dem Recht kann ein bestimmtes Leitbild zugrunde liegen oder es kann ihm durch Praxis oder Interpretation unterlegt werden, ohne dass dies immer klar zu trennen sein muss; auch können mehrere Leitbilder zugleich wirksam sein.²⁶ Dem entsprechend kann aus unterschiedlichen Perspektiven auf die Unionsbürgerschaft gesehen werden, die in ihrer Gesamtheit ein ganzes Bild ergeben.²⁷ Dogmatische Kategorien wie Begriffe, Institutionen und Prinzipien sind demgegenüber Produkte der Rechtsprechung und der Wissenschaft, die zu Leitbildern in Beziehung stehen, aber auf einer nachgeordneten Abstraktionsebene liegen.²⁸ Dieser Abstand zwischen Leitbild und Dogmatik erlaubt einerseits eine Aussage darüber, welche verfassungspolitischen Intentionen hinter der Unionsbürgerschaft stehen und wie sie von den

24 Zur Verbindung zwischen politischem Leitbild und Staat *Rudolf Smend*, Stw. „Staat“, in: Heinz Brunotte/Otto Weber (Hrsg.), Evangelisches Kirchenlexikon, Bd. III, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1959, Sp. II05–II13, hier nach *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1994, 517–526 (520 f.); zur verfassungsrechtlichen Funktion und Normativität von Leitbildern *Uwe Volkmann*, Leitbildorientierte Verfassungsanwendung, AöR 134 (2009), 157–196; *ders.*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 90 ff., 148 ff.

25 Zu dieser Verwendungsweise *Johanna Braun*, Leitbilder im Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, 160 ff.; *Simone Szczerbak*, Verfassungsrechtliche Leitbilder als (unterschätztes) Präzisierungsinstrument im Verfassungsrecht? in: Michael Hein/Felix Petersen/Silvia v. Steinsdorff (Hrsg.), Die Grenzen der Verfassung, Baden-Baden: Nomos 2018, 121–138 (129 ff.).

26 Vgl. *Susanne Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, 93 ff.

27 Grundlegend *Rabenschlag* (Fn. 3); im Ansatz ähnlich *Laura Pavlidis*, Akzente der Unionsbürgerschaft, Wien: Verlag Österreich 2019, 29 ff., die für ihr Konzept der Relationalität und Multifunktionalität auch auf Leitbilder verweist, 5, 298.

28 *Susanne Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden: Nomos 2004, 223–251 (249).

Unionsorganen in der Sekundärrechtsetzung und in der Rechtsprechung verstanden werden, erklärt aber auch, warum diese Praxis hinter den Erwartungen der begleitenden Beobachtung durch die Rechtswissenschaft zuweilen zurückbleibt.

Für jedes der nachfolgend betrachteten Leitbilder wird zunächst von dem entsprechenden Ansatz in den Verträgen ausgegangen,²⁹ bevor die auf sie jeweils bezogene Theorie und Dogmatik aufgearbeitet werden.

IV. Normative Leitbilder und dogmatische Elemente der Unionsbürgerschaft

1. Unionsbürger als „Normmenschen“ (Art. 20 Abs. 2 AEUV)?

Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger werden in den Verträgen als Inhaber von Rechten vorgestellt. Sie „haben die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten“ (Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV), darunter „unter anderem“ (Art. 20 Abs. 2 S. 2 AEUV) die im Anschluss genannten Rechte der Freizügigkeit, der Wahl, des konsularischen Schutzes und der Petition. Man kann diese Regelung als rechtssatzförmliche Verleihung von Rechten lesen, was die Intention der Begründung eines Status ausdrücken mag, und es hat den Anschein, als definiere sich dieser Status durch die Rechte, die mit ihm verbunden sind. Der Unionsbürger wäre dann ein juristisches Konstrukt, ein „Normmensch“, wie die normative Zuschreibung bestimmter Eigenschaften an natürliche Personen in anderem Zusammenhang einmal genannt worden ist.³⁰ Viele kritische Bestandsaufnahmen der Unionsbürgerschaft laufen letztlich auf ein solches Leitbild hinaus, wenn sie die mit ihr einhergehenden Rechte auf ihren Gehalt hin untersuchen und sie am gefundenen Ergebnis messen. Die Unionsbürgerschaft wäre dann ein bloßes „Bündel“ von Rechten und damit Optionen, das nicht unbedingt einer gemeinsamen Leitidee folgen muss.³¹ Kriterien solcher skeptischer Bi-

29 Anders als bei *Rabenschlag* (Fn. 3), der zunächst von theoretischen Leitbildern ausgeht, werden für die folgenden Abschnitte die Leitbilder also aus dem Vertragstext abgeleitet; beide können sich aber aufeinander beziehen.

30 *Monika Böhm*, *Der Normmensch. Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen*, Tübingen: Mohr Siebeck 1996.

31 Vgl. *Ulrich K. Preuß*, *Problems of a Concept of European Citizenship*, ELJ 1 (1995), 267–281 (280).

lanzierungen lassen sich aus einem Vergleich mit der schon vor Einführung der Unionsbürgerschaft bestehenden Rechtslage, den Motiven der Verträge, den Gestaltungsmöglichkeiten in der Rechtspraxis und dem Rechtsbestand der Staatsbürgerschaft gewinnen.³²

Der Ansatz hatte anfangs seine Berechtigung, stand doch der Verdacht im Raum, die Unionsbürgerschaft verdanke ihre Einführung einem politischen Ertüchtigungsprogramm, ähnlich dem später gescheiterten Verfassungsprojekt, habe aber nur symbolischen Charakter.³³ Ein Nachteil des Zugriffs liegt in dem Risiko, etwas zu verfehlen, das über die Summe der Teile hinausgeht und das in einer sie überspannenden Leitidee, einer besonderen Rechtsbeziehung liegen könnte, welche die Unionsbürgerschaft im Dreieck zwischen dem Einzelnen, den Mitgliedstaaten und der Union definiert.

2. Unionsbürgerschaft als föderale Ergänzung der Staatsbürgerschaft (Art. 9 EUV, 20 Abs. 1 AEUV)

Art. 9 S. 2 EUV, 20 Abs. 1 S. 2 AEUV bestimmen, dass „Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt“ (Herv. d. Verf.). Es handelt sich also um eine durch die Mitgliedstaaten vermittelte individuelle Zugehörigkeit zum Verband der Europäischen Union. Für deren Beschreibung werden drei Begriffe verwendet, die zueinander in Beziehung stehen. Da die Unionsbürgerschaft (*citoyenneté européenne*) die Staatsbürgerschaft (*citoyenneté*) ergänzen soll, aber durch die Staatsangehörigkeit (*nationalité*) vermittelt wird, sind diese Begriffe auch unionsrechtlich voneinander zu unterscheiden. Die Differenzierung zwischen Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft wird zwar nicht in jeder Rechtsordnung begrifflich nachvollzogen, ist in der Sache aber seit Anfang des 20. Jahrhunderts üblich.³⁴

32 Dazu Kadelbach (Fn. 1), 612 m.w.N.

33 Vgl. Joseph H.H. Weiler, European Citizenship and Human Rights, in: Jan A. Winter (Hrsg.), *Reforming the Treaty on European Union*, Den Haag u.a.: Kluwer 1996, 57–86 (65 ff.).

34 Für Georg Jellinek bedeutete Staatsangehörigkeit in einem engen Sinne die zunächst bloß formale Zuordnung zum Staat, in einem weiteren Sinne dagegen die Anerkennung Einzelner als Person, d.h. als Inhaber von Rechten, s. ders. (Fn. 19), 116 ff.; zur Begrifflichkeit Maximilian Koessler, „Subject“, „Citizen“, „National“ and „Permanent Allegiance“, Yale L. J. 56 (1946), 58–76 (62 f.); Paul Weis, *Nationality and Statelessness*

Soziologisch bezieht sich die Staatsangehörigkeit auf die Beziehung zum Staat, die Staatsbürgerschaft auf die Stellung in der Gesellschaft; das eine würde dann den rechtlichen Status, das andere die soziale Wirklichkeit bezeichnen. Aber auch die Staatsbürgerschaft ist ein rechtlicher Status. Das Grundgesetz folgt mit Art. 116 (Staatsangehörigkeit) und Art. 38 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 (politische Rechte), Art. 33 Abs. 1 GG (staatsbürgerliche Rechte) diesem Muster. Staatsangehörigkeit ist danach die rechtliche Zugehörigkeit zu einem Staat (a), Staatsbürgerschaft bezeichnet die Mitgliedschafts- und Mitwirkungsrechte innerhalb des Staates (b).³⁵ Beide haben für die Unionsbürgerschaft rechtliche Implikationen.

a) Staatsangehörigkeit als Voraussetzung der Unionsbürgerschaft

aa) Zuständigkeitsverteilung

Die Staatsangehörigkeit bildet völkerrechtlich die Grundlage für die Personalhoheit, also eine Anknüpfung für die Jurisdiktion des Herkunftsstaates, und eine Voraussetzung für die Ausübung diplomatischen Schutzes gegenüber dem Ausland.³⁶ Mit ihr geht die Funktion einher, Zuständigkeitsbereiche der Staaten voneinander abzugrenzen.³⁷

Die Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen die Staatsangehörigkeit erworben oder entzogen wird, ist Sache der Staaten. Allerdings unterliegen sie dabei gewissen völkerrechtlichen Grenzen. Auf der Erwerbsseite genügt die rein formale Begründung der Staatsangehörigkeit noch

in International Law, London: Stevens 1956, 5 ff.; Rolf Grawert, Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft, Der Staat 23 (1984), 179–204.

35 Schönberger (Fn. 13), 22, 164; vgl. auch BVerfGE 113, 273 (294) – *Europäischer Haftbefehl*: „Die Staatsangehörigkeit ist die rechtliche Voraussetzung für den gleichen staatsbürgerlichen Status, der einerseits gleiche Pflichten, zum anderen und vor allem aber auch die Rechte begründet, durch deren Gewährleistung die Staatsgewalt in der Demokratie legitimiert wird.“

36 Oliver Dörr, Nationality, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2019, Rn. 43 ff.

37 Zur hier nicht weiterverfolgten Kontroverse, ob die Staatsangehörigkeit einen Status oder ein Rechtsverhältnis begründet, Alexander Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 2. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer 1962, 21 ff.; Anuscheh Farahat, Empowerment und Zuordnung im Migrationsrecht, Der Staat 52 (2013), 187–218 (195 ff.); Ferdinand Weber, Staatsangehörigkeit und Status, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 327 ff.

nicht, um ein auch von dritten Staaten anzuerkennendes rechtliches Band zu schaffen. In seinem *Nottebohm*-Urteil, in dem die Ausübung diplomatischen Schutzes für einen eingebürgerten Staatsangehörigen in Rede stand, befand der Internationale Gerichtshof, dass dieses rechtliche Band auch der sozialen Wirklichkeit entsprechen müsse, die sich in einer genuinen, existenziellen und emotional verwurzelten Bindung ausdrücken müsse; anderenfalls begründe die Verleihung der Staatsangehörigkeit für Drittstaaten keine Pflichten.³⁸ Bei der Regelung von Verlust und Entzug der Staatsangehörigkeit sind zudem völkerrechtliche Übereinkommen zu beachten, vor allem soweit sie sich auf die Vermeidung der Staatenlosigkeit richten.³⁹

Mehr noch als das Völkerrecht überformen aber inzwischen die Regeln über die Unionsbürgerschaft das Recht der Staatsangehörigkeit. Das Unionsrecht erkennt zwar ausdrücklich an, dass die Mitgliedstaaten für die Regelung über die Erwerbsgründe und den Verlust der Staatsangehörigkeit zuständig geblieben sind.⁴⁰ Da die Unionsbürgerschaft weder von ihr unabhängig erworben noch aufgegeben oder verloren werden kann, bestimmt das mitgliedstaatliche Recht auch über den europäischen Status. Sowohl auf der Erwerbs- als auch auf der Verlustseite ist daher der unionsrechtliche Rahmen zu beachten.

bb) Erwerb

Wie der EuGH in seinem *Micheletti*-Urteil entschieden hat, sind entsprechende gesetzgeberische oder administrative Entscheidungen von den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Im Fall eines italienisch-argentinischen Doppelstaaters, der sich nach dem Studium in seinem Herkunftsland Argentinien in Spanien als Zahnarzt niederlassen wollte, hat der EuGH

38 IGH, *Nottebohm Case (Liechtenstein/Guatemala)*, Second Phase, Urteil v. 6.4.1955, ICJ Rep. 1955, 4 (23).

39 Art. 32 Übereinkommen v. 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen, UNTS 360, 130, BGBl. 1976 II, 473; Übereinkommen v. 30.8.1961 zur Verminderung der Staatenlosigkeit, UNTS 989, 175, BGBl. 1977 II, 597; Art. 4 und 6 ff. Europäisches Übereinkommen v. 6.11.1997 über die Staatsangehörigkeit, CETS Nr. 166, BGBl. 2004 II, 578.

40 Erklärung (Nr. 2) zum Vertrag von Maastricht zur Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats (die Frage, welche Staatsangehörigkeit eine Person besitze, werde „allein durch Bezug auf das innerstaatliche Recht [...] geregelt“); s. auch EuGH, Urteil v. 20.2.2001, Rs. C-192/99, ECLI:EU:C:2001:106, Rn. 22 ff. – *Kaur*. Dies entspricht Art. 3 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit (Fn. 39).

es mit dem Diskriminierungsverbot für unvereinbar angesehen, dass das spanische Recht auf die effektive Staatsangehörigkeit abstellte.⁴¹ Auf das im *Nottebohm*-Urteil des IGH verlangte „genuine link“ soll es also nicht ankommen. Das Potenzial dieser Rechtsprechung ist nach dem Recht von Staaten, welche die Staatsangehörigkeit Exterritorialer zuweilen noch nach Generationen aufrechterhalten, theoretisch beträchtlich, hat sich bislang aber nicht in nennenswertem Maße verwirklicht.⁴²

Allerdings sind die Mitgliedstaaten nicht völlig frei, sondern müssen dem *Micheletti*-Urteil zufolge von ihren Befugnissen „unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Gebrauch [...] machen“. Diese Einschränkung lässt sich so lesen, dass hier die Unionstreuepflicht (Art. 4 Abs. 3 EUV) angesprochen ist, die es den Mitgliedstaaten etwa untersagt, durch ihre Praxis eine gemeinsame Einwanderungspolitik (Art. 79 AEUV) wesentlich zu erschweren oder unmöglich zu machen.⁴³ Die Praxis mancher Mitgliedstaaten, Angehörige von Drittstaaten als Gegenleistung für die Investition bestimmter Geldbeträge und die Erfüllung einer – oft auch nur formal gehandhabten – Mindestresidenzpflicht einzubürgern und ihnen dadurch europaweite Freizügigkeit zu verschaffen (sog. Investitionsbürgerschaften) geben Anlass, über diese Grenzen neu nachzudenken.⁴⁴ Anzusetzen ist bei der Unionstreuepflicht, für deren Verletzung es eines Anknüpfungspunktes im Unionsrecht bedarf.⁴⁵ Ob mit dieser Praxis eine gemeinsame Immigrationspolitik durchkreuzt würde, kann man angesichts der Zahlen an Perso-

41 EuGH, Urteil v. 7.7.1992, Rs. C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295, Rn. 10, 14 – *Micheletti*; s. auch Urteil v. 2.10.2003, Rs. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, Rn. 28 – *Garcia Avello*.

42 Zum italienischen und spanischen Recht *Constanza Margiotta/Olivier Vonk*, Nationality Law and European Citizenship. The Role of Dual Nationality, in: Leila Simona Talani (Hrsg.), Globalisation, Migration, and the Future of Europe, New York: Routledge 2012, 208–223; *Weber* (Fn. 37), 225 f.

43 Vgl. auch *Armin Hatje*, in: Ulrich Becker u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2019, Art. 20 AEUV, Rn. 5.

44 Europäische Kommission, Staatsbürgerschaftsregelungen und Aufenthaltsregelungen für Investoren in der EU, COM(2019) 12 final; zum Staatsangehörigkeitsrecht Maltas *Sergio Carrera Nuñez*, How Much Does EU Citizenship Cost?, in: ders./Gerard-René de Groot (Hrsg.), European Citizenship at the Crossroads. The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2015, 293–328; zu weiteren „Programmen“ dieser Art ebd., 304 ff.

45 *Weber* (Fn. 37), 228 ff.; Gleiches würde für eine Verletzung eines Rechtsmissbrauchsverbotes gelten, vgl. *Angelika Siehr*, § 9: Der Staat als Personalverband. Staatsangehörigkeit, Unionsbürgerschaft und Migration, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München: C.H. Beck 2021, 557–644 (Rn. 135).

nen, um die es dabei geht,⁴⁶ vielleicht noch bezweifeln. Sie verstößt aber gegen den in der Unionsbürgerschaft angelegten Grundsatz der Unionspräferenz, indem sie Unionsangehörige, die nach Dauer und Intensität ihrer Einbindung in die Gesellschaft einen verfestigten Aufenthaltsstatus erlangt haben, gegenüber finanzstarken Drittstaatsangehörigen mit allenfalls loser Verbindung zum Aufnahmemitgliedstaat benachteiligt. Die freihändige Vergabe des europäischen Freizügigkeits-, Wahl- und konsularischen Schutzrechts verletzt die Institution des Unionsbürgerstatus selbst, deren Ziel und Gehalt, die in den Mitgliedstaaten bestehenden staatsbürgerlichen Rechte im Interesse eines engeren Zusammenschlusses der europäischen Völker transnational zu erweitern, sie unterläuft.⁴⁷

Um dem Problem zu begegnen, sind verschiedene Lösungen denkbar.⁴⁸ Eine Entkoppelung der Unionsbürgerschaft von der Staatsangehörigkeit widerspräche Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV und deren Sinn und Zweck. Modelle föderaler Zugehörigkeit, die, ähnlich der deutschen Länderzugehörigkeit, etwa am Wohnsitz anknüpfen würden, sind mit dem bestehenden Vertragswortlaut gleichfalls nicht in Einklang zu bringen. Für eine Harmonisierung der Kriterien für die Einbürgerung schließlich fehlt der Union die Kompetenz.

Als eine mit den Verträgen vereinbare Lösung bietet es sich an, nach Erwerbsgründen zu differenzieren. Werden mehrfache Staatsangehörigkeiten kraft Gesetzes durch Geburt erworben, ist dies ebenso wie die historischen Gründe, die zu einem Mehrfacherwerb geführt haben, im Einklang mit der *Micheletti*-Rechtsprechung zu akzeptieren. Gleiches gilt für die Einbürgerung Angehöriger ethnischer Minderheiten aus anderen Mitgliedstaaten, von Bürgern ehemaliger Kolonien oder zu Unrecht Ausgebürgerter und ihrer Familien.⁴⁹ Auch Einbürgerungen nach verfestigtem Aufenthaltsstatus, denen gegenüber die sog. Investitionsbürgerschaft ohnehin eine nicht

46 Die aktuelle Statistik zum Erwerb der Staatsangehörigkeit in der EU wird jeweils im März veröffentlicht: *Eurostat*, Acquisition of citizenship statistics, abrufbar unter https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Acquisition_of_citizenship_statistics gesehen am 20.9.2024.

47 *Carrera Nuñez* (Fn. 44), 318 f.

48 Vgl. *Martijn van den Brink*, A Qualified Defence of the Primacy of Nationality over European Citizenship, ICLQ 69 (2020), 177–202.

49 Vgl. Art. 116 GG; s. auch *Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira*, Iberian Nationality Legislation and Sephardic Jews. „With Due Regard to European Law“? in: *Carrera Nuñez/de Groot* (Fn. 44), 251–266; *Karl Traunmüller*, „Non resident EU citizens“. Unions- und völkerrechtliche Rahmenbedingungen, EuR Beih. 1/2015, 33–50.

zu rechtfertigende Ungleichbehandlung bedeutet, und Ermessenseinbürgerungen nach Prüfung eines überwiegenden staatlichen oder humanitären Interesses sind im Prinzip anzuerkennen. Sind Einbürgerungen jedoch die Folge eines Handels mit Freizügigkeitsrechten mit Personen, die nur eine periphere Beziehung zu einem Mitgliedstaat der Union aufweisen, liegt die Konstellation vor, die der IGH im *Nottebohm*-Fall im Blick hatte. Da sich die *Micheletti*-Rechtsprechung auf den Erwerb kraft Gesetzes und nicht durch Administrativakt bezog, besteht auch Raum dafür, sie dahin gehend zu präzisieren, dass die anderen Mitgliedstaaten und die Union Einbürgerungsakten, für die es an einem *genuine link* fehlt, die Anerkennung verweigern dürfen.⁵⁰ Diese Lösung steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Zwar kennt die Europäische Menschenrechtskonvention kein Recht auf Staatsangehörigkeit, doch ist sie Teil der Persönlichkeit, der sozialen Identität eines Menschen, welche in das Recht auf Privatsphäre (Art. 8 EMRK) fällt und die sich aus allem ergeben kann, was ein *genuine link* ausmacht: Wahl und Dauer des Wohnsitzes, Ausbildung und Arbeit, Familie und Schulbesuch sowie durch die Historie der Gruppe, der man angehört, vermittelte Eigenschaften.⁵¹ Je stärker dieser Bezug zu einem Staat ist, desto eher sind die Nichtverleihung oder der Entzug der Staatsangehörigkeit dieser Rechtsprechung zufolge unverhältnismäßig. Danach wäre im Ergebnis die Verleihung der Staatsangehörigkeit nach einem auf deren Handel ausgerichteten Geschäftsmodell zwar staatsrechtlich wirksam, die anderen Mitgliedstaaten

50 *Ayelet Shachar*, *Citizenship for Sale?* in: dies. u.a. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford: Oxford University Press 2017, 789–816 (812); s. auch *Ferdinand Wollenschläger*, § 13: Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, 639–771 (Rn. 138); *van den Brink* (Fn. 48), 198 ff.; *Thomas Giegerich*, § 9: Unionsbürgerschaft, politische Rechte, in: Reiner Schulze/André Janssen/Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2020, 395–451 (Rn. 28 f.); *Hans-Ulrich Jessurun d'Oliveira*, *Union Citizenship and Beyond*, in: Nathan Cambien/Dimitry Kochenov/Elise Muir (Hrsg.), *European Citizenship under Stress*, Leiden, Boston: Brill 2020, 28–43 (40 f.).

51 EGMR, *Genovese v. Malta*, Urteil v. 11.10.2011, Nr. 53124/09, Rn. 33; *Kurić u.a. v. Slowenien*, Urteil v. 26.6.2012, Nr. 26828/06, Rn. 390 ff.; *Labassée v. France*, Urteil v. 26.6.2014, Nr. 65941/11, Rn. 76; ausf. zu dieser Rspr. *Síofra O'Leary*, *Nationality and Citizenship. Integration and Rights-Based Perspectives*, in: Koen Lenaerts u.a. (Hrsg.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford: Hart 2019, 51–73.

hätten aber ein Ermessen, ob sie diese auch als effektiv anerkennen, und die Union könnte dafür Vorgaben machen.

cc) Verlust

Der enge Zusammenhang der mitgliedstaatlichen Kompetenzen für die Staatsangehörigkeit mit der Unionsbürgerschaft kam bereits in der Rechtsprechung zu deren Verlust zum Ausdruck. Der EuGH stellt seit der *Rottmann*-Entscheidung Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eines Verlustes oder Entzuges der Staatsangehörigkeit.⁵² Dies galt danach zunächst, wenn der Betroffene sonst staatenlos wurde, lässt sich aber auf Mehrstaater übertragen, wenn für sie dann nur noch eine Drittstaatsangehörigkeit übrigbleibt.⁵³ Die unionsrechtliche Überformung liegt in der Konsequenz der Mehrebenenkonzeption der Unionsbürgerschaft, in der die Mitgliedstaaten in derartigen Fällen stets auch über den europäischen Bürgerstatus mitentscheiden. Der Anforderung der Verhältnismäßigkeit unterliegen alle Arten des Verlustes kraft Gesetzes oder des Entzuges im Einzelfall, so dass sie etwa auch für Ausbürgerungen als Mittel der Terrorbekämpfung gilt; diese ist als Rechtfertigungsgrund zu prüfen, wirft aber keine spezifisch europarechtlichen Probleme auf.⁵⁴

Ein Sonderfall im Spannungsfeld der Zuständigkeiten sind der „Brexit“ und die Konsequenzen für die Unionsbürgerschaft. Auf der einen Seite verliert ein ganzes Volk seine unionsbürgerlichen Rechte, auf der anderen Seite steht die Frage, was mit den erworbenen Rechten der im Vereinigten Königreich ansässigen Unionsangehörigen geschieht. Die zwischen der

52 EuGH, Urteil v. 2.3.2010, Rs. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104, Rn. 55 ff. – *Rottmann*; zust. *Helle Krunke/Felix Schulyok*, National Citizenship and EU Citizenship. What Actual Competence is Left for the Member States in the Field of Citizenship? in: Thomas Giegerich/Oskar Josef Gstrein/Sebastian Zeitmann (Hrsg.), *The EU Between 'an Ever Closer Union' and Inalienable Policy Domains of Member States*, Baden-Baden: Nomos 2014, 107–154 (116 ff.); krit. *Gärditz* (Fn. 13), 150 ff.; s. auch EuGH, Urteil v. 18.1.2022, Rs. C-118/20, ECLI:EU:2022:34, Rn. 45 ff. – *JY/Wiener Landesregierung*; krit. *Dimitry Kochenov/David de Groot*, Helpful, Convolutd and Ignorant in Principle. EU Citizenship in the Hands of Grand Chamber in *JY*, E.L.Rev. 47 (2022), 699–709.

53 EuGH, Urteil v. 12.3.2019, Rs. C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189, Rn. 45 – *Tjebbes; El-speth Guild/Steve Peers/Jonathan Tomkin*, *The EU Citizenship Directive*, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2019, 25.

54 *Traunmüller* (Fn. 49), 35 ff.; *Weber* (Fn. 37), 169 f.

EU und Großbritannien geschlossenen Vertragswerke setzen auf eine Stichagsregelung in Verbindung mit Kriterien, die für das Aufenthaltsrecht in der Unionsbürgerrichtlinie geregelt sind.⁵⁵ Britische Staatsangehörige in Europa oder Unionsangehörige im Vereinigten Königreich können ihre Aufenthaltstitel im Aufenthaltsmitgliedstaat aber nur insoweit auf den Unionsbürgerstatus stützen, als dieser in innerstaatliches Recht übergeleitet wird. Dies kann, wie mit Blick auf Unionsangehörige in Großbritannien gezeigt worden ist, für bestimmte Gruppen zu empfindlichen Einbußen an bestehenden Rechten führen, insbesondere wenn Angehörige der betroffenen Personenkreise die Voraussetzungen der Unionsbürgerrichtlinie aus Sicht der britischen Behörden nicht erfüllen oder die nötigen verwaltungsrechtlich geregelten Schritte für den Erwerb einer (anders als im Unionsrecht konstitutiven) Aufenthaltserlaubnis nicht unternehmen.⁵⁶ Zu einer Entkoppelung zwischen Staatsangehörigkeit und Unionsbürgerschaft ist es also, anders als in der Literatur gelegentlich gefordert, auch hier nicht gekommen.⁵⁷ So hart dies oft sein wird, mit der Konzeption der Unionsbürgerschaft als staatsbürgerschaftsanaloger, aber komplementärer Status ist dies im Prinzip vereinbar, wenngleich nicht von ihr vorgegeben.

55 Austrittsabkommen v. 17.10.2019, ABl. 2020 L 29/7; s. insbes. Art. 15 (Daueraufenthalt nach 5 Jahren), Art. 17 (Bestandsschutz) und Art. 39 (Zusicherung auf Lebenszeit); für die Zukunft s. Handels- und Kooperationsabkommen v. 24.12.2020, ABl. 2020 L 444/14, Teilbereich Vier, Titel II (307) (Freizügigkeit), Anh. Servin-3 (836 ff.) (Geschäftsreisende), Anh. Servin-5 (862 ff.) (Bearbeitung von Einreisanträgen) und Prot. über die soziale Sicherheit (1268 ff.); zu einem Fall in der Übergangszeit EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602, Rn. 85 ff. – *The Department for Communities in Northern Ireland*; Sonderregelungen gelten für Irland.

56 *Charlotte O'Brien*, *Between the Devil and the Deep Blue Sea. Vulnerable EU Citizens Cast Adrift in the UK Post-Brexit*, CML Rev. 58 (2021), 431–470; vgl. schon EuGH, Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 64 – *Wightman u.a.* („erhebliche Auswirkungen auf die Rechte aller Unionsbürger“).

57 Dazu EuGH, Urteil v. 9.6.2022, Rs. C-673/20, ECLI:EU:C:2022:449, Rn. 58 – *EP/Préfet du Gers*; s. auch *Oliver Garner*, *The Existential Crisis of Citizenship of the European Union. The Argument for an Autonomous Status*, Camb. YELS 20 (2018), 116–146, *Helen Oosterom-Staples*, *The Triangular Relationship Between Nationality, EU Citizenship and Migration in EU Law. A Tale of Competing Competences*, Neth. Int'l L. Rev. 65 (2018), 431–461 (459 f.).

b) Unionsbürgerschaft als Ergänzung der Staatsbürgerschaft

Wie gesehen hat die Staatsangehörigkeit für sich besehen keine verfassungsrechtlichen Folgen, bildet aber die Voraussetzung für den Erwerb und die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte. Die Staatsbürgerschaft bezeichnet die Zugehörigkeit eines Menschen zu einem Gemeinwesen in einer Form, die sie oder ihn als dessen vollwertiges Mitglied ausweist. Die *citoyens*, Geschöpfe der Aufklärung, verbindet Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit.⁵⁸ In Rechten ausgedrückt gehören dazu die Schutzbürgerrechte des *bourgeois*, die sich auf Abwehr willkürlicher Beschränkungen durch die Staatsgewalt richten, von denen die meisten historisch aber schon lange nicht mehr auf die eigenen Staatsbürger beschränkt sind,⁵⁹ vor allem aber das aktive und passive Wahlrecht und der Zugang zu öffentlichen Ämtern.⁶⁰ Auch die sozialen Rechte gehören dazu,⁶¹ sind aber nach staatlichem Recht nicht notwendig an die Staatsangehörigkeit gebunden, sondern knüpfen oft an Wohnsitz und Aufenthaltsstatus an. Die Privilegierung der eigenen Staatsangehörigen zeigt sich darin, dass nur ihnen all diese Rechte zustehen, dass der Zutritt auf das Territorium des Herkunftsstaates nicht verweigert werden darf⁶² und dass die völkerrechtliche Befugnis des Herkunftsstaates zur Ausübung diplomatischen Schutzes im Ausland innerstaatlich in einer Form ausgestaltet wird, die das Maß wechselseitiger Loyalität zwischen Staat und Bürger zum Ausdruck bringt.

Die Verbindung zwischen Staatsangehörigkeit und Bürgerschaft wird in Art. 9 S. 3 EUV, 20 Abs. 1 S. 3 AEUV vorausgesetzt, einzelne der mit der Staatsangehörigkeit verbundenen Rechte werden in das Unionsrecht

58 Michael Stolleis, Untertan – Bürger – Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert, in: Rudolf Vierhaus (Hrsg.), *Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung*, Tübingen: Max Niemeyer Verlag 1980, 65–100; Reinhart Koselleck/Klaus Schreiner, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), *Bürgerschaft. Rezeption und Innovation der Begrifflichkeit vom Hohen Mittelalter bis ins 19. Jahrhundert*, Stuttgart: Klett-Cotta 1994, 11–42; zum frz. Recht der Revolutionsepoche *Fahrmeir* (Fn. 16), 39 ff.

59 Vgl. Angelika Siehr, *Die Deutschenrechte des Grundgesetzes. Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechtsidee und Staatsmitgliedschaft*, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 93 ff.

60 Rogers Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1992, 21 ff.; Paul Magnette, *La citoyenneté: une histoire de l'idée de participation civique*, Brüssel: Bruylant 2001.

61 S. hierzu Marshall (Fn. 16).

62 Vgl. EuGH, Urteil v. 4.12.1974, Rs. 41/74, ECLI:EU:C:1974:133, Rn. 22 – *van Duyn*.

hinein erweitert. Anders gesagt: Die Unionsbürgerschaft ist akzessorisch und komplementär zur Staatsbürgerschaft.⁶³ Sie verleiht Unionsangehörigen mehr Rechte, vermehrt die Zahl der Träger von Rechten innerhalb der Mitgliedstaaten und erweitert den „Dreiklang“ von staatsbürgerschaftlicher Emanzipation aus Freiheit, Gleichheit und Solidarität um eine europäische, transnationale Tonlage.⁶⁴ Nominell kommen diese Komponenten der Bürgerschaft in unterschiedlicher Intensität vor: Freiheit ist vor allem Freizügigkeit (Art. 21 AEUV), Gleichheit äußert sich in diversen Diskriminierungsverboten, vor allem aus Gründen der Staatsangehörigkeit, (Art. 18 AEUV) und in einem spezifischen Gebot der Wahlrechtsgleichheit (Art. 22 AEUV), während die „Solidarität“ nur in der Überschrift zu den sozialen Rechten der Grundrechte-Charta (Art. 27 ff. GRC) auftaucht. Der diplomatische und konsularische Schutz wird in eine kooperative, auf die Mitgliedstaaten bezogene Dimension verlängert. Die Unionsbürgerschaft baut also auf Rechten und Prinzipien auf, die verfassungshistorisch die Ausschließlichkeitsbeziehung zwischen Staaten und ihren Angehörigen mitbestimmt haben.

c) Das föderale Leitbild der Unionsbürgerschaft

Das Aufsetzen der Bundesangehörigkeit auf die Zugehörigkeit zu einem der Gliedstaaten und die Verbindung zu staatsbürgerlichen Rechten auf beiden Ebenen hat Vorbilder in der Verfassungsgeschichte von Bundestaaten. Beides findet sich in der Paulskirchenverfassung und in der Verfassung der Schweiz.⁶⁵ Eine föderale Theorie der Unionsbürgerschaft knüpft an diese Erfahrungen an und versteht die Unionsbürgerschaft als Bundeszugehörigkeit, angepasst an die Eigengesetzlichkeiten der Europäischen Union.⁶⁶ Für sie ist weder ein mögliches Zurückbleiben des Rechtebestandes hinter dem der Staatsbürgerschaft ein konstruktives Problem, noch muss

63 Zu diesem Komplementaritätsverhältnis *Carlos Closa*, *The Concept of Citizenship in the European Union*, CML Rev. 29 (1992), 1137–1170.

64 *Sandra Mantu/Elspeth Guild/Paul Minderhoud*, Introduction, in: dies. (Hrsg.), *EU Citizenship and Free Movement Rights. Taking Supranational Citizenship Seriously*, Boston: Brill 2020, 1–16 (4).

65 Die Parallele zur Unionsbürgerschaft zieht *Schönberger* (Fn. 13), 81, 94; zur Paulskirchenverfassung ebd., 98 f. und 196 f.

66 So mit Blick v.a. auf die horizontale Dimension *Schönberger* (Fn. 13), 145 ff., 272 ff., 301 ff.; dazu *Rabenschlag* (Fn. 3), 82 ff.; vertikale Konstruktion föderaler Unionsbür-

sie sich auf das Fernziel eines europäischen Bundesstaates festlegen. Dass die Unionsbürgerrechte teils, wie das Wahlrecht zum Europäischen Parlament (Art. 22 AEUV, 39 GRC) und die Petitions- und Kontrollrechte (24 AEUV, 40–44 GRC) supranational an die Union, teils wie die Freizügigkeit (Art. 21 AEUV), die Inländerbehandlung (Art. 18 AEUV) und der konsularische Schutz (Art. 23 AEUV, 46 GRC) transnational an die Mitgliedstaaten adressiert sind, erlaubt es, sie als Status mit einer vertikalen (föderalen) und einer horizontalen (intraföderalen, auch als Indigenat bezeichneten) Dimension aufzufassen.⁶⁷ Erst in ihrem Zusammenwirken ergeben diese Rechte einen europäischen Bürgerstatus.⁶⁸

Mit der innerföderalen Kompetenzverteilung ist es zu erklären, dass sich aus legitimen, d.h. unionsrechtlich anerkannten Gründen aus dem Recht der Mitgliedstaaten Schranken für die Unionsbürgerrechte ergeben können. Ihre Anwendbarkeit wird, soweit sie an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, erst durch einen grenzüberschreitenden Bezug ausgelöst, so dass sich Unionsbürger ohne einen solchen Bezug nicht auf sie berufen können. Trotz Unionsbürgerschaft ist daher die sog. Inländerdiskriminierung nach dem Unionsrecht nicht verboten; in sog. rein innerstaatlichen Sachverhalten können sich darum für nicht mobile Unionsangehörige nach dem Recht ihres Heimstaates gegenüber mobilen Angehörigen anderer Mitgliedstaaten nachteilige Rechtsfolgen ergeben.⁶⁹ So sehr dies mit dem Ideal bürgerlicher

gerschaft bei *Jeremy Bierbach*, *Frontiers of Equality in the Development of EU and US Citizenship*, Den Haag: Asser Press 2017, 454 ff.

67 Der verfassungsrechtliche Begriff des Indigenats geht auf Art. 3 der Norddeutschen Bundes- und später der Deutschen Reichsverfassung zurück: „Für den ganzen Umfang des Bundesgebietes besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Untertan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetrieb, zu öffentlichen Ämtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechtes und zum Genusse der sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen [...] ist.“ Vgl. auch Art. 110 Abs. 2 WRV und Art. 33 Abs. 1 GG. Zur transnationalen und supranationalen Dimension *Stephen Coutts*, *Citizenship, Crime and Community in the European Union*, Oxford: Hart 2019, 29 ff., 57 ff.

68 S. die verfassungshistorischen und -vergleichenden Hinweise bei *Schönberger* (Fn. 13), 64 f., 73 (USA), 91 ff. (Schweiz).

69 EuGH, *Garcia Avello* (Fn. 41), Rn. 26; Urteil v. 15.11.2011, Rs. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734, Rn. 60 f., 67 – *Dereci*; Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691, Rn. 60 f., 67 – *Iida*; dies kann auch gelten, wenn eine Unionsbürgerin mehrere EU-Staatsangehörigkeiten besitzt, aber von ihrem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht hat, s. Urteil v. 5.5.2011, Rs. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, Rn. 54 ff. – *McCarthy*. Kein rein interner Sachverhalt liegt da-

Gleichheit kollidiert,⁷⁰ so läge es doch an den Mitgliedstaaten, diese Folgen für ihre eigenen Staatsangehörigen auszuschließen.⁷¹

Lässt sich die Unionsbürgerschaft demnach gut einem föderalen Leitbild zuordnen, wäre nun nach weiteren Eigenschaften zu fragen, die diesem föderalen Status zugeschrieben werden können. Der Vertragstext bietet Ansätze, sie nach Freiheits- (nachf. 3), Gleichheits- (4) und politischen Rechten (5) sowie möglichen Pflichten (6) zu unterteilen.

3. Unionsbürgerschaft als Status der Freiheit (Art. 21, 23 AEUV)

Die Art. 21, 23 AEUV vermitteln Freiheitsrechte, indem sie innerhalb der Union Bewegungsfreiheit, außerhalb ihres Territoriums gegenseitigen Schutz der Mitgliedstaaten für ihre Staatsangehörigen versprechen. Die Unionsbürgerfreizügigkeit wird also im EU-Vertrag selbst als Grundrecht ausgewiesen.⁷² Dies wirft die grundsätzliche Frage auf, wie sich Unions-

gegen vor, wenn für Personen, die ihre Staatsangehörigkeit gem. § 29 StAG durch Option nach dem Geburtslandprinzip erwerben können, die Aufenthaltszeiten im EU-Ausland anders als im Inland zurückgelegte Zeiten nicht gem. § 20 Abs. 1a StAG berücksichtigt werden, da hier das Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV die Unionskompetenz auslöst, s. *Siehr* (Fn. 45), Rn. 35; zum (im Prinzip unzulässigen) Ausschluss von Leistungen an Inländer wegen Nutzung der Freizügigkeit Urteil v. 26.2.2015, Rs. C-359/13, ECLI:EU:C:2015:118 – *Martens*, m.w.N.

70 GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 28.6.2007, Rs. C-212/06, ECLI:EU:C:2007:398, Rn. 112 ff. – *Gouvernement wallon; dies.*, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560, Rn. 139 – *Ruiz Zambrano; Anastasia Iliopoulou*, Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne, Brüssel: Bruylant 2007, 266 ff., 309 ff.; *Camille Dautricourt/Sebastien Thomas*, Reverse Discrimination and Free Movement of Persons under EU Law. All for Ulysses, Nothing for Penelope? E.L.Rev. 34 (2009), 433–454.

71 *Krunke/Schulyok* (Fn. 52), 148 f. Noch weiter geht *Martijn van den Brink*, The Promises and Drawbacks of European Union Citizenship for a Polycentric Union, in: Josephine van Zeben/Ana Bobić (Hrsg.), *Polycentricity in the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, 163–185. Ihm zufolge soll die Freizügigkeit allein schon kein überzeugender Grund sein, die demokratische Selbstbestimmung innerhalb der Mitgliedstaaten zu durchbrechen. Das Argument, innerstaatliches Recht biete keine Rechtfertigung für Diskriminierungen freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger, gehe über diese Autonomie zu unbedacht hinweg. Die Unionsbürgerschaft ginge dann immer nur so weit, wie die Mitgliedstaaten es zulassen, sofern eine Abwägung, für die keine festen Kriterien gelten (s. ebd., 173 f.), zu ihren Gunsten ausgehe.

72 Eingehend *Wendel* (Fn. 19), Rn. 69 f.; zu einer Rekonstruktion der Unionsbürgerschaft als grundrechtliche Regeln und Prinzipien *Anne Wesemann*, Citizenship in the

bürgerschaft und Grundrechtsschutz zueinander verhalten. Möglich ist es zum einen, in der Freizügigkeit nur einen expliziten Ausdruck eines unionsbürgerrechtlichen Grundrechtsstatus zu sehen, wie es die Präambel zur Grundrechte-Charta suggeriert (a).⁷³ Man kann aber auch umgekehrt die Unionsbürgerfreizügigkeit als Anknüpfungspunkt für einen speziell unionsrechtlichen Grundrechtsstatus ansehen, eine Sichtweise, die Generalanwalt *Jacobs* mit der bekannten Wendung vom *civis europaeus* schon früh zum Ausdruck brachte;⁷⁴ dann hingen die Unionsgrundrechte mit der Nutzung der Mobilitätsrechte des Art. 21 AEUV zusammen (b). Für beide Positionen finden sich Ansätze in der Rechtsprechung des EuGH, die teils an Art. 20, teils an Art. 21 AEUV anknüpfen.

a) Art. 20 AEUV und die Unionsbürgerschaft als „Recht, Rechte zu haben“

Die Unionsbürgerschaft und der Grundrechtsschutz in der Union sind voneinander unabhängig entstanden. Die Grundrechte der GRC sind, soweit sie Rechtsprechung des EuGH kodifizieren, deutlich älter und ur-

European Union. Constitutionalism, Rights and Norms, Cheltenham: Edward Elgar, 2020.

73 Abs. 2: „[Die Union] stellt den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet.“

74 GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 9.12.1992, Rs. C-168/91, ECLI:EU:C:1992:504, Rn. 46 – *Konstantinidis*: „Ich bin der Meinung, daß ein Gemeinschaftsangehöriger, der sich als Arbeitnehmer oder Selbständiger [...] in einen anderen Mitgliedstaat begibt, Anspruch nicht nur darauf hat, seinem Gewerbe oder Beruf nachzugehen und dieselben Lebens- und Arbeitsbedingungen vorzufinden wie Angehörige des Gastlandes; er darf außerdem davon ausgehen, daß er, wohin er sich in der Europäischen Gemeinschaft zu Erwerbszwecken auch begibt, stets im Einklang mit einer gemeinsamen Ordnung von Grundwerten behandelt wird, insbesondere denen, die in der Europäischen Menschenrechtskonvention niedergelegt sind. Mit anderen Worten, er ist berechtigt, zu sagen ‚civis europeus [sic] sum‘ und sich auf diesen Status zu berufen, um sich jeder Verletzung seiner Grundrechte zu widersetzen.“ Die Formel erweitern auf alle Unionsangehörigen GA *Colomer*, Schlussanträge v. 15.5.2008, Rs. C-228/07, ECLI:EU:2008:281, Rn. 16 – *Petersen*; GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 30.9.2010, ECLI:EU:C:2010, Rn. 83 – *Ruiz Zambrano*; GA *Wahl*, Schlussanträge v. 23.5.2013, ECLI:EU:C:2013:337, Rn. 1 – *Brey*. Sie spielt an auf *Ciceros* Reden im Prozess gegen *Verres*, einen Statthalter in Sizilien, der einen Römer trotz dessen Berufung auf seinen Bürgerstatus, der ihn vor Misshandlung schützen sollte („civis Romanus sum“), hatte foltern lassen; s. mit Nachw. *Mary Beard*, SPQR. A History of Ancient Rome, London: Profile Books, 2015, 254.

sprünglich herausgebildet worden, um eine Kompensation für die Verdrängung innerstaatlichen Verfassungsrechts durch das Recht der Europäischen Gemeinschaften zu schaffen,⁷⁵ während die Unionsbürgerschaft erst durch den Vertrag von Maastricht (1992) ihre rechtliche Form erhielt. In den Gründungsverträgen selbst gibt es zwischen ihnen daher keine unmittelbaren Verbindungen.⁷⁶ Die mit Art. 6 Abs. 1 EUV verbindlich gewordene GRC knüpft an die primärrechtlichen Regelungen aus der Zeit vor dem Lissabonner Vertrag an, indem sie das Recht der Unionsangehörigen auf Betätigung ihrer Grundfreiheiten bestätigt (Art. 15 Abs. 2 GRC) und die Unionsbürgerrechte der Art. 21–24 AEUV wiederholt (Art. 39–40, 43–46 GRC),⁷⁷ geht aber nicht entscheidend darüber hinaus.

Verfassungshistorisch hat dieser Zustand insofern eine Parallele, als sich auch die Staatsangehörigkeit und die Grundrechte unabhängig voneinander entwickelt haben; zudem haben sich Grundrechte und Staatsbürgerschaft im liberalen Verfassungsstaat seit dem 19. Jh. insoweit voneinander entkoppelt, als die Grundrechte nicht mehr nur den jeweils eigenen Staatsbürgern zustehen,⁷⁸ sondern, von wenigen Rechten abgesehen, vor allem an die Ausübung von Hoheitsgewalt anknüpfen. Dem folgen Art. 1 Abs. 3 GG⁷⁹, Art. 51 Abs. 1 GRC und Art. 1 EMRK.

Es bedarf daher eines zusätzlichen Schritts, um eine Verknüpfung zwischen Unionsbürgerschaft und Grundrechten herzustellen. Die Anwendbarkeit der Grundrechte der GRC wäre dann nicht nur eine Folge der Ausübung öffentlicher Gewalt im Namen der Union, sondern auch eine Konsequenz des unionsbürgerschaftlichen Status. Da die einzelnen Unionsgrundrechte aus sich heraus in der Regel nicht an die Unionsbürgerschaft gebunden sind, wäre dies ein zusätzlicher Anwendungsfall der Unionsgrundrechte.

75 Vgl. BVerfGE 37, 271 – *Solange I*, und EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*.

76 Krit. *Síofra O’Leary*, The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law, CML Rev. 32 (1995), 519–554 (544 f.).

77 Titel V GRC („Bürgerrechte“) führt außerdem das in Rechtsfortbildung entstandene Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GRC) und das Recht auf Zugang zu Dokumenten (zusätzlich geregelt in Art. 15 Abs. 3 AEUV) auf, die auch Drittstaatsangehörigen zustehen.

78 *Gerhard Oestreich*, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, Berlin: Duncker & Humblot 1978, 81 ff.

79 Deutlich zuletzt BVerfGE 154, 152 – *BND*.

In diese Richtung geht ein Vorschlag, der von dem Urteil des EuGH im Fall *Ruiz Zambrano* inspiriert ist. Diese Entscheidung hat dem Unionsbürgerstatus scheinbar einen neuen Akzent verliehen. In einem Fall der Ausweisung drittstaatsangehöriger Eltern sorgebedürftiger, in Belgien geborener unionsangehöriger Kinder befand der EuGH Maßnahmen der Mitgliedstaaten für unzulässig, die „bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird“.⁸⁰ Dieser „Kernbestand“ soll sich nicht aus dem Wesensgehalt der Grundrechte (Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC), sondern unmittelbar aus Art. 20 AEUV ergeben, ähnlich wie in der Entscheidung im Fall *Rottmann*, die den Entzug einer mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit wegen der Konsequenzen für die unionsbürgerlichen Rechte einer unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterwarf.⁸¹ Aus beiden Urteilen ergibt sich jedenfalls, deutlicher als in der älteren Rechtsprechung zu sozialhilferechtlichen Ansprüchen mittelloser Drittstaatsangehöriger,⁸² dass die Unionsbürgerschaft unmittelbar einen unionsrechtlichen Status begründen soll. In der Literatur ist dem Urteil im Fall *Ruiz Zambrano* vorgehalten worden, es habe gar keinen unionsrechtlichen Bezug gegeben, weil die unionsangehörigen Kinder – und sei es durch ihre Eltern – nicht von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hätten.⁸³ Aus Sicht des EuGH ließe sich dem entgegenhalten, dass sich dieser Bezug eben aus dem Erfordernis des Schutzes der Unionsbürgerschaft ergibt.⁸⁴

Die Kernbestands-Formel ist dahin gehend fortgedacht worden, die Unionsbürgerschaft verschaffe den Unionsangehörigen einen an Art. 2 EUV ausgerichteten europäischen Mindestbestand an Grundrechten, deren Einhaltung durch die Mitgliedstaaten vermutet wird; die Vermutung soll aber widerleglich sein, was – nötigenfalls mit Hilfe des EuGH – zur Aktivierung des europäischen Grundrechtsschutzes führt.⁸⁵ Der Gedanke passt zu der

80 EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, ECLI:EU:2011:124, Rn. 42 – *Ruiz Zambrano*.

81 EuGH, *Rottmann* (Fn. 52), Rn. 48; *Tjebbes* (Fn. 53), Rn. 45; *Wiener Landesregierung* (Fn. 52), Rn. 58.

82 EuGH, *Grzelczyk* (Fn. 12), Rn. 31.

83 Herbe methodische Kritik bei *Urška Šadl*, EuConst 9 (2013), 205–229.

84 *Krunke/Schulyok* (Fn. 52), 118, 131.

85 Programmatisch *Armin von Bogdandy u.a.*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte, ZaöRV 72 (2012), 45–78; ähnlich *Katerina Kalaitzaki*, EU Citizenship as a Means of Broadening the Application of Fundamental Rights. Developments and Limits, in: Cambien/Kochenov/Muir (Fn. 50), 44–66 (58 ff.). Der Unionsbürgerstatus hätte dann auch eine wertesichernde Funktion (Art. 2 EUV), welche die Verfahren des Art. 7 EUV, das Rechtsstaatsverfahren und ähnliche Muster ergänzt.

Erkenntnis, dass die Ausübung von Rechten ohne bürgerschaftlichen – oder einen rechtlich anerkannt gleichwertigen – Status nicht möglich ist. Die in einem philosophischen und völkerrechtlichen Sinne universellen Rechte laufen ins Leere, wenn es nicht staatliche Strukturen gibt, die auf ihre Einhaltung verpflichtet werden können, sie also wirksam in Grundrechte transformieren. Hierin liegt der Kern des „Rechts, Rechte zu haben“.⁸⁶

Für die Unionsbürgerschaft bringt eine gesellschaftswissenschaftliche Sicht auf die Koppelung mit den Grundrechten ein emanzipatorisches Potenzial dieses Status zum Vorschein. Im Hintergrund steht ein durch Individualrechte konstituierter unionsrechtlicher Personenbegriff, der die Fähigkeiten Einzelner beschreibt, sich aus (in den staatlichen Rechtsordnungen festgelegten) Rollenmustern lösen und nach frei gewählten Identifikationsmöglichkeiten neu erfinden („rekonstruieren“) zu können.⁸⁷ Diese Lesart führte zu einem unionsweiten Mindeststandard der Grundrechte und trüge dazu bei, die Reibungsflächen zu mildern, die zwischen staatlichem und europäischem Grundrechtsschutz durch die Konkurrenz der Gerichtsbarkeiten auf den beiden Ebenen entstehen. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG, die GRC auch in nicht unionsrechtlich determinierten Bereichen als Grundrechtsstandard ergänzend heranzuziehen, liegt auf dieser Linie, wenn sie auch nicht an die Unionsbürgerschaft anknüpft.⁸⁸ In einem lebensweltlichen Sinne liegt in den durch Grundrechte angereicherten normativ unterlegten Möglichkeiten transnational erfahrbarer persönlicher Entfaltung sicher eine besondere Qualität der Unionsbürgerschaft. Allerdings fragt sich, wie weit diese Qualität verfassungsrechtlich verwurzelt ist, ob es also das positive Recht hergibt, den Unionsbürgerstatus im Sinne eines allgemeinen europäischen Grundrechtsstatus zu deuten.

Zu den Konsequenzen dieses Modells *Wendel* (Fn. 19), Rn. 32 ff.; *Christina Neier*, Der Kernbestandsschutz der Unionsbürgerschaft, Baden-Baden: Nomos 2019, 101 ff.

86 *Somers* (Fn. 16), 26 ff., 127 ff., im Anschluss an *Hannah Arendt*; zum Recht auf Rechte *dies.*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 1955, hier nach 2. Aufl., München: Piper 1986, 452 ff., bes. 462.

87 *Azoulai* (Fn. 23), 205.

88 BVerfGE 152, 152 – *Recht auf Vergessen I*; dazu *Gabriele Britz*, Kooperativer Grundrechtsschutz in der EU, NJW 74 (2021), 1489–1495; *Rainer Hofmann/Alexander Heger*, Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem, EuGRZ 48 (2021), 1–11 (2); ferner schon *Johannes Masing*, Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 70 (2015), 477–487 (485).

Eine solche Interpretation des unionsbürgerlichen Potenzials sieht die Anwendung der europäischen Grundrechte unmittelbar durch den Unionsbürgerstatus begründet. Dies würde bedeuten, dass alle Angelegenheiten, die Unionsangehörige betreffen, als „Durchführung“ des Unionsrechts anzusehen wären, wie es Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC für die Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta-Rechte zur Voraussetzung macht. Die Charta-Grundrechte wären dann generell ein Mindeststandard für alle Unionsangehörigen. Dagegen spricht zunächst, dass der Begriff „Durchführung“ an spezifische Kompetenzen der Union anknüpft, die sich aus dem Primär- oder Sekundärrecht ergeben.⁸⁹ In der Rechtsprechung des Gerichtshofs und nach der vorherrschenden Ansicht in der Literatur wird „Durchführung“ nicht mit dem „Anwendungsbereich“ des Unionsrechts gleichgesetzt, in dem jegliche Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit verboten ist (Art. 18 AEUV),⁹⁰ so dass der Besitz des Unionsbürgerstatus allein nicht genügen würde. Die übliche Lesart ist, dass die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte ausgelöst wird, wenn die Mitgliedstaaten als Anwendungsorgane („agency“) des Unionsrechts fungieren oder wenn sie in Bereichen tätig werden, die zwar unionsrechtlich geregelt sind, ihnen aber das Recht zugestehen, durch öffentliche Interessen gerechtfertigt vom Unionsrecht abzuweichen, wie dies nach den *ordre-public*-Klauseln der Grundfreiheiten möglich ist („derogation“).⁹¹ Dagegen sollen durch die Charta, wie mehrfach klargestellt wird, keine neuen Kompetenzen der Union begründet werden.⁹²

Auch aus der Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit und zu den sozialen Rechten der Unionsbürger ergibt sich ein derart weit reichender Grundrechtsstatus der Unionsangehörigen nicht.⁹³ Innerhalb der durch sie abgesteckten Reichweite des Kernbereichsschutzes hat sie die erfassten Fall-

89 José Luiz da Cruz Vilaça/Alessandra Silveira, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in: Kochenov (Fn. 18), 125–146 (138 ff.).

90 Vgl. Piet Eeckhout, The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question, CML Rev. 39 (2002), 945–994 (969 ff.); Sascha Gourdet, Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden: Nomos 2021, 341 ff.

91 Zur wechselhaften Rspr. eingehend Gourdet (Fn. 90), 150 ff., 276 ff.

92 Siehe vor allem Art. 51 Abs. 2 GRC; vgl. auch die Hinweise auf die Achtung der Zuständigkeiten in Pr. Abs. 5, Art. 51 Abs. 1 S. 2, 52 Abs. 5 und 6 GRC.

93 Krit. deshalb Adrienne Yong, The Rise and Decline of Fundamental Rights in EU Citizenship, Oxford: Hart 2019, 157 ff.

konstellationen deutlich eingegrenzt⁹⁴ und sie auf Härtefälle beschränkt.⁹⁵ Danach eröffnet erst der mit der Ausweisung aus der EU drohende faktische Totalverlust der unionsbürgerlichen Rechte den Anwendungsbereich der GRC, so dass sich in diesen Fällen das Recht auf Achtung des Familienlebens (Art. 7 GRC) und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf das Kindeswohl (Art. 24 Abs. 2 GRC) gegenüber staatlichen Interessen durchsetzen.⁹⁶ Man mag dies als Ausdruck der „föderalen Balance“ zwischen den Kompetenzen der EU und der Mitgliedstaaten in der Migrationspolitik werten.⁹⁷ Die Grundrechte definieren danach jedenfalls nicht einen generellen Freiheitsstatus aller Unionsangehörigen,⁹⁸ sondern bieten eine Art Argumentationshilfe dafür, dass die Unionsstaaten bei Gewähr und Entzug unionsbürgerlicher Rechte und Privilegien an das Unionsrecht gebunden sind. Die unionsbürgerschaftliche Statusgarantie ergibt sich also erst im Zusammenwirken der Ebenen.

Auch die neuere Rechtsprechung zu sozialen Rechten mittelloser Unionsangehöriger deutet in diese Richtung. Im Fall CG ging es um sozialhilferechtliche Ansprüche einer unionsangehörigen, alleinerziehenden Mutter zweier kleiner Kinder, die mit ihrem Lebensgefährten in das Vereinigte Königreich eingereist war, dort aber vor häuslicher Gewalt in einem Frauenhaus Zuflucht gesucht hatte. Der EuGH sah in der Zubilligung eines Aufenthaltsrechts nach britischem Recht die Anerkennung eines Rechtsstatus

94 Vgl. EuGH, *Iida* (Fn. 69), Rn. 67; s. auch *McCarthy* (Fn. 69), Rn. 50 ff.; *Dereci* (Fn. 69), Rn. 66; Urteil v. 10.10.2013, Rs. C-86/12, ECLI:EU:C:2013:645, Rn. 32 – *Alokpa*; Urteil v. 13.9.2016, Rs. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675, Rn. 74 ff. – *Rendón Marín*; Urteil v. 13.9.2016, Rs. C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674, Rn. 34 ff. – CS; Urteil v. 10.5.2017, Rs. C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354, Rn. 65 ff. – *Chavez Vilchez*; zusammenfassend Urteil v. 8.5.2018, Rs. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, Rn. 47 ff. – *KA u.a.*, s. auch *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real/RH* (Fn. 12): Einerseits darf das Fehlen ausreichender Existenzmittel des drittstaatsangehörigen Ehegatten nicht automatisch die Verweigerung der Familienzusammenführung zur Folge haben (Rn. 53), andererseits genügt die Ehe als solche nicht, um ein Abhängigkeitsverhältnis zu begründen, das der Verweigerung des Aufenthalts entgegenstünde (Rn. 61). Zur Rspr. *Hester Kroeze*, *The Substance of Rights. New Pieces in the Ruiz Zambrano Puzzle*, E.L.Rev. 44 (2019), 238–256; *Guild/Peers/Tomkin* (Fn. 53), 62 ff.

95 So auch die Deutung bei *Siehr* (Fn. 45), Rn. 133, 136.

96 *Philipp Cede*, Kernbestand der Unionsbürgerschaft und Grundrechte, EuR Beih. 1/2015, 80–95 (93 f.); *Coutts* (Fn. 67), 58 ff.

97 *Stanislas Adam/Peter van Elsuwege*, *Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States*. Comments on *Dereci*, E.L.Rev. 37 (2012), 176–190.

98 S. auch die Kritik bei *Martijn van den Brink*, *EU Citizenship and (Fundamental) Rights*. Empirical, Normative and Conceptual Problems, ELJ 25 (2019), 21–36.

nach Art. 21 AEUV, so dass im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC Unionsrecht durchgeführt werde und der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte eröffnet sei. Aus den Rechten aus Art. 7 und 24 Abs. 2 GRC folge die Pflicht, Eltern und Kindern, die besonders schutzwürdig sind, ein Leben unter würdigen Bedingungen zu ermöglichen.⁹⁹ Auch hier schützt der Unionsbürgerstatus vor einem faktisch rechtlosen Zustand.

Den Kernbereichsschutz auf diese Weise an quantitative Kriterien zu binden, wirkt auf den ersten Blick unplausibel, denn man kann einwenden, dass der grundrechtliche Status nicht davon abhängig sein kann, ob sich die Betroffenen in einer Notlage befinden oder nicht. Aber auch wenn man anhand der Rechtsprechung nicht genau bestimmen kann, welche Rechte genau der Kernbereich umfassen soll, so gewährt der Status, aus dem er sich ableitet, doch das Recht, überhaupt Rechte zu haben, und hat damit auf der europäischen Ebene eine Funktion, die auf der staatlichen Ebene die Staatsangehörigkeit erfüllt.¹⁰⁰

Erst mit der Aktivierung der Unionsbürgerschaft durch Gebrauch der mit ihr verbundenen Rechte ergeben sich auch Konkretisierungen der Grundrechte, die mit dieser Nutzung einhergehen müssen. Im Kern ist dies die Freizügigkeit,¹⁰¹ an die Persönlichkeitsrechte geknüpft sind wie das Recht auf Zusammenleben mit der Familie (Art. 7 GRC),¹⁰² den Namen nach den Regeln und der Schreibweise des Herkunftsstaates zu füh-

99 EuGH, *The Department for Communities in Northern Ireland* (Fn. 55), Rn. 85 ff.

100 Zum – in dieser Form historisch kontingenten – „Recht, Rechte zu haben“ *Hannah Arendt* (Fn. 86); s. auch die Version in U.S. Supreme Court, *Perez v. Brownell*, Urteil v. 31.3.1958, 356 U.S. 44, 64 (1958), Dissenting Opinion of Chief Justice Warren: „Citizenship is man’s basic right, for it is nothing less than the right to have rights“; krit. zur Übertragbarkeit dieser Formel *van den Brink* (Fn. 98), 26 f.; zum von *Arendt* gemeinten Recht auf Mitgliedschaft *Seyla Benhabib*, *The Rights of Others*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, 134 ff., zur Unionsbürgerschaft 147 ff.

101 Siehe auch *Ferdinand Wollenschläger*, Ein Unionsgrundrecht auf Sicherung des Existenzminimums im Aufnahmemitgliedstaat? *EuZW* 2021, 795–801 (800).

102 Ob auch ein Recht besteht, das Familienleben in der EU zu führen, ist eine Frage des Einzelfalls, s. Rspr. o. Fn. 94; zum Recht auf Ausstellung der erforderlichen Dokumente EuGH, Urteil v. 14.12.2021, Rs. C-490/20, ECLI:EU:2021:1008 – *V.M.A./Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*.

ren¹⁰³ und die eigene Sprache diskriminierungsfrei zu nutzen.¹⁰⁴ Unionsbürger sind keine Ausländer, deren politische Rechte nach Art. 16 EMRK beschränkt werden dürfen.¹⁰⁵ Zu den politischen Rechten der Unionsbürger (Art. 22 AEUV) gehören die Rechte, die für Wahlbeteiligung und Wahlkampf erforderlich sind, wie das Recht auf freie Meinungsäußerung, Informations-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie Chancengleichheit im Hinblick auf den Medienzugang und die Ausübung von Amt und Mandat. Zu dieser Verknüpfung zwischen dem Anwendungsbereich des Unionsrechts und dem Grundrechtsschutz passt es, dass auf der Ebene des staatlichen Rechts die sog. Deutschengrundrechte des Grundgesetzes auch Unionsangehörigen zustehen.¹⁰⁶

Der freiheitliche Status der Unionsbürgerschaft hat damit, soweit es um seine Verbindungen zu den Grundrechten geht, zwei Facetten: Er besteht zum einen aus einem Kernbereichsschutz, der vor dem Totalverlust unionsbürgerlicher Rechte unabhängig davon schützt, ob von den unionsbürgerlichen Freiheiten Gebrauch gemacht wird oder nicht; zum anderen besteht ein spezifischer Grundrechtsschutz, der den einzelnen unionsrechtlichen Garantien akzessorisch ist.

b) Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) und verbundene Rechte

aa) Unionsinterne Freizügigkeit

Zentraler Anknüpfungspunkt unionsbürgerlicher Freiheitsrechte ist die Freizügigkeit (Art. 21 AEUV). Gegenüber einem allgemeinen Grundrechtsstatus, wie er soeben beschrieben worden ist, muss das keine zweitbeste Lösung bedeuten, und dies nicht nur, weil die Unionsgrundrechte unabhängig

103 EuGH, *Garcia Avello* (Fn. 41), Rn. 13 ff.; Urteil v. 14.10.2008, Rs. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559 – *Grunkin und Paul*; Urteil v. 22.12.2010, Rs. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806 – *Sayn-Wittgenstein*; Urteil v. 12.5.2011, Rs. C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291 – *Runevič-Vardyn*; Urteil v. 2.6.2016, Rs. C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401 – *Bogendorff/Wolffersdorff*; Urteil v. 8.6.2017, Rs. C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432 – *Freitag*; ausf. zu den Namensfällen *Pavlidis* (Fn. 27), 195 ff.

104 EuGH, Urteil v. 24.11.1998, Rs. C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563, Rn. 16, 23 ff. – *Bickel und Franz*; Urteil v. 27.3.2014, Rs. C-322/13, ECLI:EU:C:2014:189 – *Rüffer*.

105 EGMR, *Piermont v. Frankreich*, Urteil v. 27.4.1995, Nr. 15773/89 und 15774/89, Ser. A 314, Rn. 64; *Matthews v. Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 18.2.1999 (Große Kammer), Nr. 24833/94, Rep. 1999-I, Rn. 52.

106 Vgl. BVerfGE 129, 78 – *Cassina*.

von der Staatsangehörigkeit gelten. Für Kant macht das Recht, in andere Länder zu reisen, das Weltbürgertum aus.¹⁰⁷ In Europa hat die Bewegungsfreiheit historisch eine besondere Bedeutung; Hannah Arendt hat in ihr die „elementarste“ aller Freiheiten gesehen.¹⁰⁸ Viele Staatsverfassungen billigen das volle Freizügigkeitsrecht nur den eigenen Staatsangehörigen zu.¹⁰⁹ Diese Begrenzung aufzulösen hat aber nicht nur einen symbolischen Wert; für eine Bundesangehörigkeit ist das Freizügigkeitsrecht zwischen den Gliedstaaten konstituierend (vgl. Art. 11 GG).¹¹⁰ Dass sie einen „Kern“ der Unionsbürgerrechte bildet,¹¹¹ entspricht auch dem Alltagsverständnis weiter Teile einer beruflich und privat mobilen europäischen Gesellschaft.

Schon das Freizügigkeitsrecht der Berechtigten der Grundfreiheiten ist daher im europäischen Sekundärrecht und in der Rechtsprechung des EuGH stetig erweitert worden.¹¹² Das allgemeine, von einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit im Aufenthaltsmitgliedstaat unabhängige Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV bildet den Schlussstein dieser Entwicklung. Es verdankt seine Sonderstellung dem Wunsch, die Marktbürgerlogik der Grundfreiheiten zu überwinden und mit einer allgemeinen, von einer Erwerbstätigkeit unabhängigen, Bewegungsfreiheit in der Europäischen Union Ernst zu machen. Der „Marktbürger“ ist also nicht das Leitbild der Unionsbürgerschaft. Unionsbürger, so viel kann man auch aus den Urteilen *Ruiz Zambrano* und *Rottmann* ableiten,¹¹³ sind als eigenständige Rechtspersonen ohne funktionale Indienstnahme für den Binnenmarkt gedacht.

107 S. die bekannte Passage zum Besuchsrecht in *Immanuel Kant*, *Zum Ewigen Frieden*, Dritter Definitivartikel, hier nach Wilhelm Weischedel (Hrsg.), *Werkausgabe* Bd. XI, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1968, 191–251 (213).

108 „Von allen spezifischen Freiheiten, die uns in den Sinn kommen mögen, wenn wir das Wort Freiheit hören, ist die Bewegungsfreiheit nicht nur die historisch älteste, sondern auch die elementarste; das Aufbrechen-Können, wohin man will, ist die ursprünglichste Gebärde des Frei-seins [...]“ *Hannah Arendt*, *Von der Menschlichkeit in finsternen Zeiten. Rede über Lessing*, München: Piper 1960, 14.

109 Vgl. Art. 5 Abs. 4 griech., Art. 16 ital., Art. 32 lit., Art. 44 port., Kap. 2 Art. 8 schwed., Art. 32 slwn., Art. 19 span., Art. 13 f. zyp. Verf.; dagegen stellen § 9 finn. und § 34 estn. Verf. Staatsangehörige und rechtmäßig im Inland lebende Ausländer gleich.

110 *Schönberger* (Fn. 13), 156, 165, 209.

111 Aus unterschiedlicher Warte *Peter M. Huber*, Unionsbürgerschaft, *EuR* 2013, 637–654 (644); *Dominik Steiger*, Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer, *EuR* 2018, 304–338 (337).

112 Zur Geschichte *Wollenschläger* (Fn. 4), 19 ff.; *Stefan Kadelbach*, § 5: Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, in: *Wollenschläger* (Fn. 4), 193–236 (Rn. 3 ff.).

113 Oben Fn. 52 bzw. Fn. 80.

Der Schutzbereich des Art. 21 AEUV ist gegenüber den personenbezogenen Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) subsidiär, die mit ihren wirtschaftlichen Gewährleistungen mehr Rechte bieten, wie diese aber unmittelbar anwendbar.¹¹⁴ Die korrespondierenden Aufenthaltstitel ergeben sich unmittelbar aus dem Primärrecht.¹¹⁵ Für alle Gewährleistungen wird das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht in der Unionsbürgerrichtlinie (Ubg.-RL) geregelt.¹¹⁶ Ihre Systematik beruht nicht auf den Schutzbereichen der einzelnen personenbezogenen Freizügigkeitsrechte des AEU-Vertrages, sondern auf nach Dauer abgestuften Aufenthaltsberechtigungen, für die unterschiedliche Anforderungen an die Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Grad der Inländerbehandlung und des Ausweisungsschutzes aufgestellt werden. Während Aufenthalte von bis zu drei Monaten keinen weiteren Voraussetzungen unterliegen (Art. 6 Ubg.-RL), können die Mitgliedstaaten für mittelfristige, d.h. über drei Monate hinausgehende Aufenthalte den Nachweis ausreichender Existenzmittel verlangen (Art. 7 Ubg.-RL). Nach fünf Jahren rechtmäßigen Aufenthalts entsteht ein Recht auf Daueraufenthalt (Art. 16 Ubg.-RL), das für die meisten Bereiche zur vollen Inländergleichstellung führt (Art. 24 Ubg.-RL).

Der Schutzbereich der Freizügigkeit ist damit zunächst auch kraft Sekundärrechts weit gezogen. Die allgemeine Unionsbürgerfreizügigkeit kommt allen Unionsangehörigen zugute, die keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und denen auch nicht ein akzessorischer Schutz oder die Vor- oder Nachwirkungen der Grundfreiheiten zustehen, wie dies bei Familienangehörigen, in der Berufsausbildung oder im Ruhestand der Fall sein kann.¹¹⁷ Da die Freizügigkeit „zu den Grundlagen der Europäischen Union gehört“, wird der verbliebene, durch Art. 21 AEUV beschriebene Auffangbereich weit, Ausnahmen dagegen eng ausgelegt.¹¹⁸ Die weite Auffassung des Freizügigkeitsrechts spiegelt sich in der Rechtsprechung zu drittstaatsangehö-

114 EuGH, Urteil v. 17.9.2002, Rs. C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493, Rn. 84 – *Baumbast*.

115 Ebd.; s. auch EuGH, Urteil v. 19.10.2004, Rs. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639, Rn. 26 – *Zhu und Chen*.

116 Fn. 2.

117 Zur letztgenannten Gruppe sozialwissenschaftlich und rechtspolitisch *Anne Meyer-Heine*, *Politiques publiques et personnes âgées dépendantes: priorité au maintien à domicile au sein de l'Union européenne*, RUE 2021, 223–229.

118 Zuletzt EuGH, Urteil v. 22.6.2021, Rs. C-718/19, ECLI:EU:C:2021:505, Rn. 56 – *Ordre des barreaux francophones et germanophones u.a.* und Urteil v. 22.6.2021, Rs. C-719/19, ECLI:EU:C:2021:506, Rn. 88 – *FS*, jew. m.w.N.

rigen Familienmitgliedern von Unionsbürgern, die ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht besitzen, wider.¹¹⁹

Auch am Ausweisungsschutz lässt sich die weit beschriebene Schutzrichtung des Freizügigkeitsrechts ablesen. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen, die als „Beschränkungen“ der Freizügigkeit in Art. 21 AEUV vorgesehen sind, müssen durch Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gerechtfertigt sein, sich am persönlichen Verhalten der Betroffenen ausrichten und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen (Art. 27 Ubg-RL); die Anforderungen steigen mit der Aufenthaltsdauer.¹²⁰ Auch wenn der Nachweis ausreichender Subsistenzmittel eine Voraussetzung für mittelfristige Aufenthalte ist, darf Bedürftigkeit doch nicht „automatisch“ zur Ausweisung führen (Art. 14 Abs. 3 Ubg-RL). Vielmehr ist auch hier eine Abwägung der Umstände des Einzelfalles erforderlich.¹²¹ Für Freizügigkeitsbeschränkungen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit, wie sie viele Mitgliedsstaaten während der Covid-Pandemie ergriffen haben, gilt nichts anderes (Art. 29 Ubg-RL); sie müssen auf das unbedingt erforderliche Maß begrenzt bleiben.¹²² Strenge Anforderungen gebietet im Übrigen auch Art. 4 ZP 4 EMRK, der Ausländer vor Kollektivausweisungen schützt, womit nicht größere Zahlen von Menschen, sondern Ausweisungen ohne Würdigung des Einzelfalles gemeint sind.¹²³ Das Ergebnis der Verknüpfung von Existenzmitteln und Aufenthaltsrechten ist dennoch ein im Vergleich zu wirtschaftlich Aktiven minderer Aufenthaltsstatus mittelloser Unionsange-

119 Vgl. EuGH, Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-291/05, ECLI:EU:C:2007:771 – *Eind*; Urteil v. 12.3.2014, Rs. C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 – *O. und B.*; Urteil v. 5.6.2018, Rs. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*; Urteil v. 14.11.2017, Rs. C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862 – *Lounes*; Urteil v. 12.7.2018, Rs. C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570 – *Banger*; Urteil v. 27.6.2018, Rs. C-230/17, ECLI:EU:C:2018:497 – *Altiner*; zu krit. Aspekten dieser Rspr. Chiara Berneri, The Court of Justice of the European Union, EU Citizenship and Residence Rights of Third Country National Family Members. An Ongoing Struggle, in: Mantu/Guild/Minderhoud (Fn. 64), 55–73 (58 ff.); David de Groot, Free Movement of Dual EU Citizens, in: Cambien/Kochenov/Muir (Fn. 50), 67–112 (77 ff.).

120 Für Daueraufenthalte nochmals abgestuft geregelt in Art. 28 Abs. 2 und 3 Ubg-RL.

121 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565, Rn. 69 ff. – *Brey*; vgl. Martin Fleuß, Der Aufenthalt von Unionsbürgern im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, VerwArch 110 (2019), 91–233.

122 Vgl. Florence Chaltiel, À propos du passeport vaccinal européen, RUE 2021, 129–131.

123 EGMR, *Čonka v. Belgien*, Urteil v. 5.5.2002, Nr. 51564/99, Rep. 2002-I, Rn. 59 ff.; *Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*, Urteil v. 23.2.2012 (Große Kammer), Nr. 27765/09, NVwZ 2012, 809, Rn. 177; *N.D. und N.T. v. Spanien*, Urteil v. 13.2.2020 (Große Kammer), Nr. 8675/15 u.a., Rn. 193 ff.

hörer, der die Frage aufgeworfen hat, ob sich hierin nicht eine Tendenz zurück zum Marktbürgerprivileg zeigt.¹²⁴

Mit der Unionsbürgerrichtlinie steht eine solche Tendenz nicht im Widerspruch. Sie folgt einem Modell sich verdichtender Integration: Je intensiver die berufliche, familiäre, soziale und kulturelle Einbindung in die Gesellschaft des Aufenthaltsstaates über die Zeit geworden ist, desto stärker ist das Aufenthaltsrecht (Art. 28 Abs. 1 Ubg.-RL). Mit fortschreitender Aufenthaltsdauer wird es immer schwerer, die hierdurch entstandene Integrationsvermutung zu widerlegen; am Ende genügen hierfür nur noch „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ (Art. 28 Abs. 3 Ubg.-RL), die vor allem in der Begehung schwerster Straftaten gesehen werden.¹²⁵ Das Bild des „Marktbürgers“ scheint also durch, soweit es Teil des Leitbildes der Freizügigkeit ist, verblasst aber hinter dem des „integrierten Unionsbürgers“.¹²⁶

Dieser Paradigmenwechsel hin zu einem „integrierten“ Status ist aber nicht so zu verstehen, dass die Mitgliedstaaten die innereuropäische Bewegungsfreiheit an durch staatliches Recht definierte Integrationsanforderungen binden könnten.¹²⁷ Das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV ist zu Recht so aufgefasst worden, dass es den Erhalt identitätsbestimmender Merkmale der Persönlichkeit schützt, soweit sie sich auch in Rechten der Inländer niederschlagen, oder Benachteiligungen verbietet, die mit dem Wohnortwechsel einhergehen. In Verbindung mit Art. 18 AEUV impliziert das Freizügigkeitsrecht daher Grundrechte wie das Recht auf Privat- und Familienleben, die auf EMRK-Ebene Art. 8 zugeordnet werden,¹²⁸

124 Daniel Thym, Die Rückkehr des „Marktbürgers“, NJW 2015, 130–134.; Niamh Nic Shuibhne, Limits Rising, Duties Ascending. The Changing Legal Shape of Union Citizenship, CML Rev. 52 (2015), 889–938 (926); Charlotte O'Brien, *Civis capitalistum*. Class as the New Guiding Principle of EU Free Movement Rights, CML Rev. 53 (2016), 937–978 („the last traces of citizenship disappear [...]“).

125 Vgl. EuGH, Urteil v. 29.4.2004, verb. Rs. C-482/01 u. Rs. C-493/01, ECLI:EU:C:2004:262, Rn. 66 ff. – *Orfanopoulos und Oliveri*; Urteil v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708, Rn. 50. ff – *Tsakouridis*; Urteil v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300 – *PI*; Urteil v. 16.1.2014, Rs. C-400/12, ECLI:EU:C:2014:9 – *MG*; Urteil v. 17.4.2018, verb. Rs. C-316/16 u. Rs. C-424/16, ECLI:EU:C:2018:256, Rn. 40 ff. – *B*, m. Anm. Etienne Pataut, RTDE 2018, 661–678; Myriam Benlolo Carabot, CML Rev. 56 (2019), 771–802.

126 Vgl. Alina Tryfonidou, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Oxford: Hart 2016, 53.

127 Vgl. auch Jürgen Bast, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 52 („Unionsbürgerschaft als Migrationssteuerungsabwehranspruch“).

128 EuGH, Urteil v. 25.7.2008, Rs. C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449, Rn. 79 – *Metock*.

ferner das Namensrecht und das Recht auf diskriminierungsfreien Sprachgebrauch.¹²⁹ Die Gesellschaft, deren Integration zum rechtlichen Leitbild geworden ist, ist pluralistisch und setzt sich aus Personen mit verschiedensten, vermittelt der innereuropäischen Mobilität vage ökonomisch konnotierten Rollen und Identitäten zusammen.¹³⁰

Der Wandel, der sich im Leitbilderwechsel von einer funktional bestimmten Mobilität hin zu einer pluralistisch integrierten Gesellschaft ausdrückt, erinnert an eine schon ältere Debatte darüber, ob Wohnsitz und Aufenthalt ein – schwächeres – Substitut für die Staatsbürgerschaft sein können,¹³¹ über das Daueraufenthaltsrecht als „kleine Staatsangehörigkeit“, auch „*denizenship*“ genannt.¹³² Dieser Rechtsstatus soll alle Rechte umfassen, die unterhalb der Vollbürgerschaft erreichbar sind, also das Wahlrecht zu den staatlichen Legitimationsträgern nicht einschließen.¹³³ Für das Migrationsrecht Drittstaatsangehöriger mag dies eine hilfreiche Kategorie sein,¹³⁴ auf die Unionsbürgerschaft passt der Begriff nicht. Der als Inspirationsquelle Pate stehende historische Status der *denizenship* konnte ohne Weiteres durch Änderung des einfachen Rechts entzogen werden,¹³⁵ war also rechtlich deutlich weniger stabil als die Unionsbürgerschaft. Auf der anderen Seite endet die Gleichstellung Unionsangehöriger mit Inländern spätestens beim Ausweisungsschutz und, wie wir noch sehen werden, bei den sozialen Rechten. Für die Unionsbürgerschaft lässt sich mit dem Begriff der *denizenship* also einerseits keine überzeugende rechtspolitische

129 Oben Fn. 105.

130 Hans-Wolfgang Micklitz, Bürgerstatus und Privatrecht, in: Stefan Grundmann/Hans-Wolfgang Micklitz/Moritz Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Bd. 2, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, 1381–1456; ders., The Legal Subject, Social Class and Identity-based Rights, in: Azoulai/Barbou des Places/Pataut (Fn. 22), 285–310 (291, 304 ff.).

131 Zurückgehend wohl auf René Cassin, La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, RdC 34 (1930), 659 (737 ff.); Hinweis bei Siegelberg (Fn. 3), 169.

132 Dazu Jürgen Bast, Denizenship als rechtliche Form der Inklusion in eine Einwanderungsgesellschaft, ZAR 2013, 353–357; Thomas Groß, Integration durch Rechtsgleichheit, DVBl. 2014, 1217–1222.

133 Den Schlusspunkt des Prozesses von verschiedenen intensiven Aufenthaltsrechten bis hin zum Daueraufenthalt und einem Rechtsstatus, der dem der Inländer angeglichen ist, bildet die Hinwendung zum *ius soli* für Einwanderer der zweiten Generation, s. Daniel Thym, Migrationsfolgenrecht, VVDStRL 77 (2017), 169–210 (186 ff.).

134 Vgl. außer den in Fn. 132 Genannten Kees Groenendijk, The Legal Integration of Potential Citizens, in: Rainer Bauböck u.a. (Hrsg.), Acquisition and Loss of Nationality, Bd. 1, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, 385–410.

135 Koessler (Fn. 34), 58.

Forderung verbinden, andererseits verspräche er mehr, als er halten kann. Es ist plausibler, die Rechtsstellung der Unionsbürger als eigenständigen Status aufzufassen.

Die räumliche Schutzrichtung dieses Freiheitsstatus wird in Art. 21 AEUV als das „Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten“ umschrieben. Aus der Fläche der mitgliedstaatlichen Territorien ergibt sich indessen das Unionsgebiet, das die Verträge mit Blick auf die Unionsbürgerschaft als „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“ bezeichnen, „in dem [...] der freie Personenverkehr gewährleistet ist“ (Art. 3 Abs. 2 EUV, Pr. GRC Abs. 2). In seinem Urteil *Ruiz Zambrano* und in der Folgerechtsprechung hat der EuGH explizit das „Hoheitsgebiet“ der Union zum Bezugspunkt des unionsbürgerlichen Kernbestands gemacht, der verletzt wäre, würde ein Unionsbürger nicht nur aus dem Gebiet eines Mitgliedstaates, sondern aus der Union insgesamt ausgewiesen oder faktisch zu dessen Verlassen gezwungen.¹³⁶ Der föderalen Konzeption der Bürgerschaft entspricht also das Gebiet der Föderation als *ein* räumlicher Geltungsbereich, der Unionsangehörige gegenüber Drittstaatsangehörigen rechtlich privilegiert.¹³⁷

bb) Auslandsschutz als Freiheitsrecht (Art. 23 AEUV)

Konstruktive Fragen wirft das Recht auf stellvertretenden Auslandsschutz (Art. 23 AEUV, Art. 46 GRC) auf, dem zufolge sich Unionsangehörige in dritten Ländern in Notlagen an die Vertretungen anderer Unionsstaaten wenden können, wenn der eigene Staat dort nicht präsent oder nicht erreichbar ist.¹³⁸ Es sitzt auf dem völkerrechtlichen Diplomaten- und Konsu-

136 EuGH, *McCarthy* (Fn. 69), Rn. 50; s. auch *Dereci* (Fn. 69), Rn. 66, mit Zitat *Ruiz Zambrano*; Hinweis bei *Jürgen Bast*, Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts, VVDStRL 76 (2017), 277–309 (298 f.); s. auch EuGH, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real/RH* (Fn. 12), Rn. 39 („Gebiet der Union als Ganzes“).

137 *Loïc Azoulay*, Transfiguring European Citizenship. From Member State Territory to Union Territory, in: *Kochenov* (Fn. 18), 178–203.

138 Zum durch Art. 46 GRC („im Hoheitsgebiet eines Drittlands [...] Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Behörden“) und die neue Richtlinie (s. Fn. 139) an sich erledigten Streit, ob dieses Recht auch den vollen diplomatischen Schutz im völkerrechtlichen Sinne eines zwischenstaatlichen Anspruchs umfasst, zu Recht abl. *Patrizia Vigni*, The Right of EU Citizens to Diplomatic and Consular Protection, in: *Kochenov* (Fn. 18), 584–612 (588 ff.). Das schließt es nicht aus, dass

larrecht auf, hat im Unionsrecht aber eine weitere individuelle Schutzrichtung erfahren. Durch eine Richtlinie ist es auf eine neue Grundlage gestellt worden, deren Art. 7 dem Schutzanspruch des Art. 23 AEUV Direktgeltung verleiht, sofern die Mitgliedstaaten die pflichtgemäße Umsetzung versäumen.¹³⁹

Das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht, das an den Außengrenzen der Union endet, bietet für diese Garantie keine Erklärung. Auch als grundrechtliche Schutzpflicht, in der das deutsche Verfassungsrecht den Auslandsschutz verankert hat, lässt sich dies schwer deuten, da es an einer Anknüpfung für die Geltung der Unionsgrundrechte fehlt. Da ein Recht auf konsularischen Schutz durch die Union selbst mit ihr nicht verbunden ist,¹⁴⁰ sondern nur die Mitgliedstaaten unmittelbar angesprochen sind, trägt ferner die traditionelle Konstruktion nicht, die im Auslandsschutz eine Konsequenz staatsbürgerlicher Loyalitätspflichten sieht. Ob man hierin eine kosmopolitische Komponente ausmachen mag, die Kants weltbürgerlichem Besuchsrecht sekundiert, ist eine Frage, die nicht entschieden werden muss; dass es beim Zugang zur EU für Drittstaatsangehörige keine Entsprechung für einen solchen Ansatz gibt, spricht dagegen. Eine föderale Theorie kann hierin ein eigenständiges Indigenatsrecht als Ausprägung der transnationalen Dimension des Unionsbürgerstatus sehen,¹⁴¹ das den unionsbürgerlichen Freiheitsschutz in den intergouvernementalen Bereich der Gemeinsamen Außenpolitik erweitert (s. Art. 3 Abs. 5 S. 1, Art. 35 EUV).

Vertretungen anderer Mitgliedstaaten Hilfe leisten, die mit dem diplomatischen Schutz zusammenhängt und nur vor Ort erbracht werden kann, wie die Beschaffung von Informationen und Dokumenten, rechtlicher Beistand bei Erschöpfung des Rechtswegs usw.

139 RL 2015/637 des Rates v. 20.4.2015 über Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zur Erleichterung des konsularischen Schutzes von nicht vertretenen Unionsbürgern in Drittländern, ABl. 2015 L 106/1, für Deutschland umgesetzt in § 9a KonsG; zu fortbestehenden Zweifeln an der Umsetzung *Giegerich* (Fn. 51), Rn. 138; zur RL eingehend *Madalina B. Moraru*, An Analysis of the Consular Protection Directive. Are EU Citizens Now Better Protected in the World?, CML Rev. 56 (2019), 417–461.

140 Vgl. EuG, Urteil v. 6.7.1995, Rs. T-572/93, ECLI:EU:T:1995:131, Rn. 77 – *Odigitria*. Dem Europäischen Auswärtigen Dienst kommt aber eine koordinierende Rolle zu, s. Art. 35 EUV, Art. 10 ff. RL 2015/637 (Fn. 139).

141 *Schönberger* (Fn. 13), 114, 137, 463 ff.

c) Freiheit und Unionsbürgerstatus

Der unionsbürgerschaftliche Freiheitsstatus hat also zwei Seiten. Die erste, aus Art. 20 AEUV folgende Komponente ist grundsätzlicher Art und schützt den Unionsbürgerstatus als solchen. Unionsangehörige haben danach einen Abwehranspruch gegen den rechtlichen oder faktischen Entzug der Unionsbürgerschaft, d.h. den Totalverlust unionsbürgerlicher Rechte, ein „Recht, Rechte zu haben“. Die zweite Komponente leitet sich aus dem unionsrechtlichen Grundwert der Bewegungsfreiheit (Art. 21 AEUV) ab und umfasst alle mit grenzüberschreitender Mobilität und Wohnsitznahme zusammenhängenden Freiheitsrechte. Einen Sonderfall bildet das Recht auf Auslandsschutz (Art. 23 AEUV), das diesen Status in die Ziele der Gemeinsamen Außenpolitik hinein verlängert. Trotz ihrer zuweilen fragilen Wirklichkeit ist die Freizügigkeit ein Leitbild, das dem „Rollenmodell“ der Bürgerschaft Möglichkeiten gibt, sie auszufüllen, wie bei (fast) jedem Recht für die einen, ohnehin Privilegierten mehr, für andere, die in Armut leben, weniger. Mit der Frage, ob und wie weit das Recht solche Differenzen einfangen kann, ist der Status der unionsbürgerlichen Gleichheit angesprochen, um den es nun gehen soll.

4. Unionsbürgerliche Gleichheit (Art. 9 EUV, Art. 18, 20 und 21 AEUV)?

a) Inländerbehandlung

Die Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger der Union wird in Art. 9 EUV noch vor den Voraussetzungen der Unionsbürgerschaft erwähnt und ist gemeinsam mit der Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) und den politischen Rechten (Art. 22 AEUV) einer ihrer Kerngehalte. Sie äußert sich nicht nur in dem Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV), sondern auch in einer programmatischen Verpflichtung auf Antidiskriminierungsmaßnahmen aller Art (Art. 19 AEUV). Sie ist ein Verfassungsprinzip, welches das gesamte Unionsrecht durchzieht.¹⁴²

Im Vergleich zu Drittstaatsangehörigen fordert das Unionsrecht mehr als Gleichheit, wie sich aus Art. 21 AEUV und dem konkretisierenden Sekundärrecht ergibt. Wie gesehen ist der Zugang zum Staatsgebiet der

142 S. die Beiträge in Thomas Giegerich (Hrsg.), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Cham: Springer 2020.

anderen Mitgliedstaaten nicht ohne Weiteres beschränkbar, und gegenüber aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ist der Unionsbürgerstatus ebenfalls privilegiert. Dieser präferenzielle Status kommt auch in der Pflicht zur Inländergleichbehandlung zum Ausdruck, die Art. 24 Abs. 1 Ubg.-RL zur Regel macht („[v]orbehaltlich spezifischer und ausdrücklich [...] vorgesehener Bestimmungen [...] im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen [des Aufnahmemitgliedstaats]“). Dieser Gleichheitsanspruch wirkt sich bspw. im Arbeits-, Berufs-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht aus,¹⁴³ umfasst aber weiter die gesamte Daseinsvorsorge, wie die zu Art. 18 AEUV ergangene Rechtsprechung zum Zugang zu öffentlichen Ressourcen des Bildungswesens¹⁴⁴ und der Verkehrsinfrastruktur¹⁴⁵ zeigt.

b) Ausnahme sozialhilferechtlicher Ansprüche

Obgleich Art. 2 EUV die europäische Gesellschaft über ihre Solidarität charakterisiert, erstreckt sich der unionsbürgerliche Gleichheitsstatus nicht auf die soziale Fürsorge. Die Unionsbürgerrichtlinie macht dies deutlich, indem sie es den Mitgliedstaaten erlaubt, Personen, für die mangels ausreichender Subsistenzmittel das Freizügigkeitsrecht beschränkt ist (Art. 7

143 Vgl. Art. 3, 7 ff. und für Familienmitglieder Art. 10 VO 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, ABl. 2011 L 141/1; Art. 4 und II VO 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166/1, jew. idF 2019 L 186/21; der Zugang zum Sozialversicherungssystem braucht nicht unentgeltlich zu sein, s. EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-535/19, ECLI:EU:C:2021:595, Rn. 58 – *A/Latvijas Republikas Veselības ministrija*; ist er kostenlos, kann hiermit aber der Nachweis eines für die Zwecke der Freizügigkeit gem. Art. 6 Ubg.-RL zureichenden Krankenversicherungsschutzes geführt werden, s. Urteil v. 10.3.2022, Rs. C-247/20, ECLI:EU:C:2022:177 – *VI/Commissioner for Her Majesty's Revenue and Customs*.

144 Zum Hochschulzugang EuGH, Urteil v. 13.2.1985, Rs. 293/83, ECLI:EU:C:1985:69, Rn. 24 f. – *Gravier*; u.a. auch Urteil v. 7.7.2005, Rs. C-147/03, ECLI:EU:C:2005:427, Rn. 32 f. – *Kommission/Österreich*; mit Bezug zu Art. 21 AEUV Urteil v. 13.4.2010, Rs. C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, Rn. 30 ff. – *Bressol*.

145 Zur Nutzung von Autobahnen EuGH, Urteil v. 1.10.2009, Rs. C-103/08, ECLI:EU:C:2009:597, Rn. 24 ff. – *Gottwald*; Urteil v. 18.6.2019, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 119 ff. – *Österreich/Deutschland*; zu Fahrpreismäßigungen für Studierende Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11, ECLI:EU:C:2012:605 – *Kommission/Österreich*; vgl. auch Art. 170 AEUV.

und 14 Ubg.-RL), von der Berechtigung auf Sozial- und Studienbeihilfen auszuschließen (Art. 24 Abs. 2 Ubg.-RL). Trotz des scheinbar thematisch einschlägigen Titels IV der GRC („Solidarität“) gibt es kein originäres, sondern nur ein koordinierendes europäisches Sozialrecht, das erwerbstätigen Angehörigen anderer Mitgliedstaaten den diskriminierungsfreien Zugang zu den nationalen Sicherungssystemen eröffnet (vgl. Art. 34, 35 GRC), beitragsunabhängige Mittel der Existenzsicherung aber im Prinzip nicht umfasst. Die Rechtsprechung des EuGH hat eine Weile lang aus dem in der Unionsbürgerschaft angelegten Diskriminierungsverbot einen Hilfsanspruch auf Solidarleistungen in Notlagen abgeleitet, der sich neben anderen beitragsunabhängigen Leistungen auch auf die Gewährung des Existenzminimums richten sollte.¹⁴⁶ Obgleich mit der Unionsbürgerrichtlinie auch die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert werden sollte,¹⁴⁷ hat dieser seine Rechtsprechung nach Ablauf ihrer Umsetzungsfrist aufgegeben. Art. 24 Abs. 2 Ubg.-RL gestattet es danach den Mitgliedstaaten, Personen Sozialhilfe zu verweigern, die keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und keine „begründete Aussicht“ (Art. 14 Abs. 4 lit. b) Ubg.-RL) haben, eine Arbeit zu finden.¹⁴⁸ Die spätere Rechtsprechung des EuGH ist oft kritisiert worden, nicht nur weil sie in sich wenig kohärent ist,¹⁴⁹ sondern auch, weil sie dem konstitutionellen Stellenwert der Unionsbürgerschaft nicht mehr gerecht wird und die Wertung in Art. 2 Satz 2 EUV verkennt.

Einen konkreten dogmatischen Ansatzpunkt für Kritik bietet die Handhabung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit. Während für die Beendigung des Aufenthaltes eine nach Integrationsintensität abgestufte Einzelfallprüfung notwendig ist (s. o. IV.3.b), zieht der EuGH bei der Verweigerung von Sozialhilfe unmittelbar die Richtlinie heran. Wenn Unionsangehörige die

146 EuGH, Urteil v. 12.5.1998, Rs. C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217, Rn. 63 – *Martínez Sala*; *Grzelczyk* (Fn. 12), Rn. 34 ff.; Urteil v. 23.3.2004, Rs. C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172 – *Collins*; Urteil v. 7.9.2004, Rs. C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488, Rn. 36 ff. – *Trojani*; Urteil v. 15.3.2005, Rs. C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169 – *Bidar*; Urteil v. 4.12.2008, Rs. C-221/07, ECLI:EU:C:2008:681 – *Zablocka-Weyhermüller*.

147 Vgl. Erwägungsgründe 3 und 27 Ubg.-RL; Erläuterungen im Einzelnen in COM(2001) 257 final; zur Entstehung *Iliopoulou* (Fn. 70), 421 ff.

148 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – *Dano*; Urteil v. 15.9.2015, Rs. C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – *Alimanovic*; Urteil v. 25.2.2016, Rs. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – *García-Nieto*; Urteil v. 14.6.2016, Rs. C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*.

149 *Johannes Peyrl*, The Judgements of *Brey*, *Dano* and *Alimanovic*. A Case for Derogation or a Need to Solve the Riddle, in: Mantu/Guild/Minderhoud (Fn. 64), 105–128.

für einen rechtmäßigen Aufenthalt verlangte Voraussetzung ausreichender Existenzmittel (Art. 7 Abs. 1 lit. b) Ubg.-RL) nicht erfüllen und auch auf dem Arbeitsmarkt keine Aussichten haben (Art. 14 Abs. 4 lit. b) Ubg.-RL), wird angenommen, dass Sozialhilfeleistungen „unangemessen in Anspruch“ genommen werden (Art. 14 Abs. 1 Ubg.-RL). Es wird mithin davon ausgegangen, dass die geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung bereits in typisierter Form durch die Richtlinie stattgefunden hat, die dann nur noch der Anwendung bedarf. Noch nicht einmal die Grundrechte sollen anwendbar sein.¹⁵⁰ Methodisch wird dies erreicht, indem Art. 24 Ubg.-RL einschließlich seines Abs. 2 als *lex specialis* vor das Primärrecht gesetzt wird.¹⁵¹

Für diese Handhabung des Regel-Ausnahme-Mechanismus des Art. 24 Ubg.-RL bietet Art. 21 AEUV, dem zufolge die Unionsbürgerfreizügigkeit unter dem Vorbehalt auch sekundärrechtlicher „Beschränkungen und Bedingungen“ steht, nur scheinbar eine Grundlage. Denn die Herabstufung der Sozialhilfe zum bloßen Anwendungsproblem des Sekundärrechts hat zur Folge, dass soziale Rechte vom verfassungsrechtlichen Status der Unionsbürgerschaft weitgehend ausgeschlossen werden. Mögen auch die Richtlinie und eine Einzelfallprüfung oft zum selben Ergebnis kommen, so kann doch das eine das andere nicht einfach ersetzen.¹⁵²

In der neuesten Rechtsprechung könnte sich indessen erneut ein Kurswechsel abzeichnen. Im Fall *CG* entschied der EuGH nun, dass „eine konkrete Prüfung der wirtschaftlichen Situation jedes Betroffenen vorzu-

150 Zur Ausblendung der Grundrechte krit. Anm. *Ferdinand Wollenschläger*, Keine Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger? NVwZ 2014, 1628–1632 (1631); krit. zur Rspr. ferner *Thorsten Kingreen*, In love with the single market? NVwZ 2015, 1503–1506; *Anusheh Farahat*, Solidarität und Inklusion. Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, DÖV 2016, 45–55 (48); *Nic Shuibhne* (Fn. 124); *Astrid Wallrabenstein*, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte. Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109–120 (120); *Eleanor Spaventa*, Economic Justification and Union Citizenship. Reallocating Welfare Responsibilities to the State of Origin, in: Panos Koutrakos/Niamh Nic Shuibhne/Phil Syrpis (Hrsg.), *Exceptions from EU Free Movement Law*, Oxford: Hart 2016, 32–52 (52); *Charlotte O'Brien*, EU Citizenship, Social Justice and the Cautionary Tale of the UK, Oxford: Hart 2017, 44 ff.; *Julie Rondu*, Le contrôle de proportionnalité in concreto est-il toujours le plus protecteur du citoyen de l'Union?, RUE 2023, 96–106 (99 ff.); zust. *Peter Hilpold*, Die Unionsbürgerschaft. Entwicklung und Probleme, EuR 2015, 133–147; *Anastasia Iliopoulou-Perot*, Deconstructing the Former Edifice of Union Citizenship?, CML Rev. 53 (2016), 1007–1036 (1030 ff.).

151 Zum Verhältnis zu Art. 18 AEUV etwa EuGH, *The Department for Communities in Northern Ireland* (Fn. 55), Rn. 65 f.

152 *Wollenschläger* (Fn. 101), 798 f.

nehmen“ sei;¹⁵³ auch die GRC wird herangezogen,¹⁵⁴ woraus sich für eine mittellose alleinerziehende Mutter zweier Kinder ein Fürsorgeanspruch ergeben kann.¹⁵⁵ Sollte sich diese Entscheidung zur allgemeinen Linie verfestigen, könnte dies eine Rückkehr zur alten Rechtsprechung bedeuten, welche den Zugang von Unionsbürgern zu Leistungen der Existenzsicherung als Solidarpflicht der Mitgliedstaaten in akuten Notlagen ausgeformt hatte.¹⁵⁶

c) Konsequenzen für den Unionsbürgerstatus

Auch in diesem Falle kann aber von einer europäischen „Sozialbürgerschaft“,¹⁵⁷ verstanden als Inbegriff unionsrechtlich verankerter, beitragsunabhängiger Teilhabeansprüche, kaum die Rede sein. Derartige Rechte bestehen außer in den benannten besonderen Härtefällen nur im – allerdings weit gehandhabten – Anwendungsbereich der Grundfreiheiten in Gestalt von Ansprüchen arbeitslos gewordener Personen und ihrer Familienangehörigen, für welche die Arbeitnehmerfreizügigkeit fortwirkt.¹⁵⁸ Der Kontrast zu rechtspolitischen Forderungen nach einer europäischen Jugendarbeitslosenversicherung und ähnlichen Projekten ist scharf.¹⁵⁹ Bei aller Kritik an dieser Rechtsprechung sollte aber nicht übersehen werden, dass die Metamorphose der Unionsbürgerschaft in eine Sozialbürgerschaft letztlich nicht in den Händen des EuGH liegen kann. Die Spielräume für eine dahin gehende Rechtsfortbildung sind angesichts des Kompetenzbestandes der

153 EuGH, *The Department for Communities in Northern Ireland* (Fn. 55), Rn. 79.

154 Ebd. Rn. 87.

155 Ebd. Rn. 92.

156 Zu den Urteilen *Grzelczyk*, *Trojani* u.a. o. Fn. 146; als Lockerung der *Dano*-Rspr. lässt sich auch eine engere Auslegung des Begriffs der Sozialleistungen verstehen, welche die Mitgliedstaaten gem. Art. 24 Abs. 2 Ubg.-RL verweigern dürfen, wie in EuGH, Urteil v. 1.8.2022, Rs. C-411/20, ECLI:EU:C:2022:602, Rn. 47 f. – *S/Familienkasse Niedersachsen-Bremen* (Kindergeld während kurzfristigen Aufenthalts).

157 Zur „social citizenship“ *Marshall* (Fn. 16).

158 Vgl. EuGH, Urteil v. 11.4.2019, Rs. C-483, ECLI:EU:C:2019:309, Rn. 44 – *Tarola*; Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794, Rn. 72 ff. – *Jobcenter Krefeld*.

159 Ein wieder stärkerer Akzent auf der mitgliedstaatlichen Solidarität kann im Urteil *Jobcenter Krefeld* (Fn. 158) gesehen werden, das die Rechte der Kinder arbeitslos gewordener Unionsangehöriger stärkt, s. *Fulvia Ristuccia*, *The Right to Social Assistance of Children in Education and their Primary Carers*. *Jobcenter Krefeld*, CML Rev. 58 (2021), 877–904 (901).

Union und der Regelungen der Unionsbürgerrichtlinie begrenzt.¹⁶⁰ Auch die neu beschlossene Mobilisierung von Mitteln für die Union wird sich, was auch immer ihre konkrete Verwendung sein wird, wohl nicht in soziale Rechte übersetzen.¹⁶¹

Daher fragt sich, welchen Stellenwert unionsrechtlich gewährleistete soziale Rechte für die Unionsbürgerschaft haben und was es für sie bedeutet, dass die Letztverantwortung für die Existenzsicherung Nicht-Erwerbstätiger weitgehend bei den Herkunftsmitgliedstaaten liegt. Ein föderaler Ansatz wird hierin nichts Ungewöhnliches erblicken und kann darauf verweisen, dass eine Bundeszugehörigkeit typischerweise zwar in den Gliedstaaten Inländerbehandlung umfasst, die soziale Fürsorge aber oft lokal geregelt ist und aus diesem Grund auch Beschränkungen der Freizügigkeit vorsehen kann.¹⁶² Wegen der Zuständigkeitsverteilung im föderalen Verbund der Union kann sich eine Forderung nach sozialer Gleichheit beim derzeitigen Stand also nicht auf die unionsrechtliche, sondern nur auf die zuständige staatliche Ebene beziehen.¹⁶³

5. Unionsbürgerschaft als europäische Aktivbürgerschaft (Art. 22, 24 AEUV)

Historisch bildet das Wahlrecht das Ausschließungskriterium, das den vollwertigen Bürgerstatus von anderen Formen der Zugehörigkeit unterscheidet.¹⁶⁴ Im Kontext des Unionsrechts hat es nicht nur eine Leitbildfunktion, sondern auch eine erhebliche Symbolwirkung. Der politische „Wert“ der Unionsbürgerschaft bemisst sich nach der Währung effektiver Rechte und

160 Eingehend zu den Grenzen *Mirjam Luber*, Unionsbürgerschaft als Kompetenzproblem, Tübingen: Mohr Siebeck 2023.

161 Ansätze gibt es, vgl. Art. 5 der VO 2020/2092 v. 16.12.2020 des Europäischen Parlaments und des Rates über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. 2020 L 4331/1, die es Staaten, welche von finanziellen Sanktionen betroffen sind, verwehrt, den Berechtigten gesperrte Leistungen vorzu-enthalten und zur Überwachung einen eigenen Beschwerdemechanismus vorsieht.

162 *Schönberger* (Fn. 13), 91 f., 135; *Weber* (Fn. 37), 54 ff.

163 *Rabenschlag* (Fn. 3), 296; zur Allokation von Rechten als Ergebnis eines „federal bargain“ *Niamh Nic Shuibhne*, Recasting EU Citizenship as Federal Citizenship. What Are the Implications for the Citizen When the Polity Bargain Is Privileged? in: *Kochenov* (Fn. 18), 147–177 (169 ff.); zur „Verlangsamung“ der Sozialstaatlichkeit in föderalen Systemen *Jana Osterkamp*, Vielfalt ordnen. Das föderale Europa der Habsburgermonarchie (Vormärz bis 1918), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2021, 294.

164 *Magnette* (Fn. 60).

realer Einflusschancen. Der Vertragstext weckt Erwartungen, wo er das Europäische Parlament als Vertretung der Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene einsetzt (Art. 10 Abs. 2, 14 Abs. 2 EUV) und ihnen die Möglichkeit der Partizipation eröffnet (Art. 11 EUV), zu deren Willensbildung auf europäische Parteien verweist (Art. 10 Abs. 4 EUV, 12 Abs. 2 GRC) und die Unionsorgane auf eine Politikgestaltung im Interesse der „Bürgerinnen und Bürger“ der Union verpflichtet (Art. 13 Abs. 1 EUV); die europäische Politik muss „möglichst [...] bürgernah“ sein (Art. 1 Abs. 2 EUV) und der Zivilgesellschaft gegenüber dem Grundsatz der „Offenheit“ entsprechen (Art. 15 AEUV). Aktivbürgerliche Rechte sind vor allem das Wahlrecht (Art. 22 AEUV, 39 GRC), die Bürgerinitiative (Art. 11 Abs. 4 EUV) sowie Petitions-, Informations- und Kontrollrechte (Art. 24 AEUV, 41–44 GRC).

a) Vom Begleitrecht der Freizügigkeit zu politischen Rechten

Diese politischen Rechte haben sich mittlerweile vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung mobiler Unionsangehöriger gelöst.¹⁶⁵ Das Wahlrecht zum Europäischen Parlament (Art. 22 Abs. 2 AEUV) war – ebenso wie das Wahlrecht zu den kommunalen Vertretungskörperschaften (Art. 22 Abs. 1 AEUV)¹⁶⁶ – auf der Ebene der europäischen Grundrechte lange von der Nutzung des Freizügigkeitsrechts abhängig, und dies war auch eines seiner historischen Motive: Aus einer Beschäftigung im Ausland sollten den Freizügigkeitsberechtigten keine Nachteile erwachsen.¹⁶⁷ Dies erklärt, warum der EuGH auch das (aktive und passive) Wahlrecht zum Europaparlament (EP) am Wohnsitzort gem. Art. 22 Abs. 2 AEUV, 39 Abs. 1 GRC zunächst freizügigkeitsakzessorisch interpretiert, d.h. als Fall der Inländergleichstellung behandelt hat.¹⁶⁸ So wurde es möglich, dass eine in

165 Zur an der Freizügigkeit orientierten Konzeption vor dem Lissabon-Vertrag *Jo Shaw*, *The Transformation of Citizenship in the European Union. Electoral Rights and the Restructuring of the Political Space*, Cambridge: Cambridge University Press 2007; s. auch noch *Richard Bellamy*, *A Republican Europe of States*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, 147 ff.

166 Zum Kommunalwahlrecht *Myriam Benlolo Carabot*, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Brüssel: Bruylant 2006, 321 ff.

167 *Carlos Closa*, *The Concept of Union Citizenship in the Treaty on European Union*, CML Rev. 29 (1992), 1137–1170 (1144 ff., 1162 ff.).

168 EuGH, Urteil v. 12.9.2006, Rs. C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543, Rn. 66 – *Spanien/Vereinigtes Königreich*; Urteil v. 12.9.2006, Rs. C-300/04, ECLI:EU:C:2006:545, Rn. 53 – *Eman und Sevinger*.

Deutschland wohnhafte Portugiesin die 96 Abgeordneten mitwählen kann, die der Bundesrepublik im Europaparlament zustehen (Art. 14 Abs. 2 S. 4 EUV). Die Wahlrechtsgrundsätze, wie sie sich aus Art. 14 Abs. 3 EUV und dem Europawahlakt ergeben, sind dagegen historisch älter als die Unionsbürgerschaft,¹⁶⁹ wurden aber erst nach ihrer Einführung in Art. 39 Abs. 2 GRC aufgenommen. Konnte man bis 2009 den heutigen Art. 22 Abs. 2 AEUV noch dahin auslegen, dass er das Unionsbürgerwahlrecht nicht als allgemein geltendes politisches Recht konzipiert hat, so steht seit Inkrafttreten der GRC fest, dass auch Inländern ein solches Recht zusteht, die von ihrem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht haben. Der EuGH hat klargestellt, dass Art. 39 Abs. 2 GRC die Wahlgrundsätze des Art. 14 Abs. 3 EUV als subjektive Rechte inkorporiert.¹⁷⁰ Das Wahlrecht hat also zwei Komponenten, ein Recht auf Teilnahme an den Wahlen zum Europäischen Parlament und ein Verbot der Diskriminierung bei der Ausübung des Wahlrechts gegenüber Unionsangehörigen in einem Aufenthaltsmitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen. Innerhalb des Kreises der Wahlberechtigten kommt es auf die Staatsangehörigkeit nicht an. Die Verträge setzen insoweit eine europäische Legitimationsgemeinschaft voraus.¹⁷¹

b) Subjektivierung der Wahlrechtsgrundsätze

Die Einzelheiten des Wahlrechts sind, soweit sie nicht wie einzelne Fragen der Wahlrechtsausübung harmonisiert wurden,¹⁷² im nationalen Recht ge-

169 Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments, ABl. 1976 L 278/1, idF ABl. 2018 L 178/1.

170 EuGH, Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, Rn. 41, 44 ff. – *Delvine*; zur alten Rechtslage schon i.d.S. *Robert Kovar/Denys Simon*, La citoyenneté européenne, CDE 29 (1993), 285–316 (307).

171 Vgl. bereits *Allan Rosas*, Union Citizenship and National Elections, in: ders./Esko Antola (Hrsg.), *A Citizen's Europe*, London: Sage 1995, 135–155 (135).

172 Dies betrifft bspw. ein Antragserfordernis, das Recht, auch im Herkunftsstaat zu wählen, und den Ausschluss mehrfacher Ausübung des Wahlrechts, s. RL 93/109/EG des Rates v. 6.12.1993 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven Wahlrechts bei den Wahlen zum Europäischen Parlament für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. 1993 L 329/34; zu Problemen mehrfachen Wahlrechts bei mehrfacher Staatsangehörigkeit (vgl. §§ 25 I, 12 II, 29 III StAG) *Ferdinand Weber/Kay Hailbronner*, in: Kay Hailbronner u.a. (Hrsg.), *Staatsangehörigkeitsrecht*, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Grundlagen E, Rn. 387 ff. m.w.N.

regelt; hier darf es keine Diskriminierungen geben. In *Delvigne* hat der EuGH entschieden, dass dies auch für Wahlrechtsregelungen gilt, die für alle Wahlen und nicht spezifisch für die Europawahlen gelten, im gegebenen Falle für den Verlust des Wahlrechts als Nebenfolge einer strafgerichtlichen Verurteilung. Es ist daher möglich, dass dies auch für andere Wahlvoraussetzungen und für die Ausgestaltung von Wahlrechtsgrundsätzen gilt, die in das Unionsrecht übernommen wurden.¹⁷³ Auch wenn sich eine solche Rechtsprechung nur auf die Wahlen richten kann, für welche die Union eine Kompetenz besitzt, so ist doch ein Ansatz gefunden, im Zusammenwirken mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 ZP EMRK¹⁷⁴ einen europäischen Mindeststandard herauszubilden, der zur Konkretisierung des europäischen Demokratieprinzips (Art. 10 EUV) und damit zu einem der Grundwerte der Union (Art. 2 EUV) beitragen kann.¹⁷⁵ Hierzu gehört die Wahlrechtsgleichheit nur mit Einschränkungen, da sich der Erfolgswert der Stimmabgabe nach der Größe des mitgliedstaatlichen Sitzkontingentes im EP bemisst, für das jeweils gewählt wird; seine Rechtfertigung findet dies im föderalen Prinzip, das verlangt, dass auch die Wahlbevölkerung kleinerer Mitgliedstaaten vertreten ist.¹⁷⁶

Auf einer anderen Ebene könnte sich der prozessuale Zugang deutscher Wahlberechtigter zum BVerfG als Problem der politischen Gleichheit darstellen. Dieser Rechtsprechung zufolge kann eine Verfassungsbeschwerde zur Überprüfung der Anwendbarkeit von Hoheitsakten der Union führen, wenn die Beschwerdeführer vortragen, durch sie in ihrem Wahlrecht zum Bundestag aus Art. 38 Abs. 1 GG verletzt zu sein, weil diese gegen die Verfassungsidentität, den der Union gezogenen Kompetenzrahmen, Rechte des Bundestages oder das Abstimmungsquorum des Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG verstießen.¹⁷⁷ Da den Wahlberechtigten zu den nationa-

173 Art. 1 Abs. 3 Direktwahlakt (Fn. 169): „Die Wahl erfolgt allgemein, unmittelbar, frei und geheim.“

174 Zum Wahlrecht zum Europäischen Parlament EGMR, *Matthews v. Vereinigtes Königreich* (Fn. 105).

175 *Sébastien Platon*, The Right to Participate in the European Elections and the Vertical Division of Competences in the European Union, in: Cambien/Kochenov/Muir (Fn. 50), 364–386 (379 ff.).

176 BVerfG, Urteil v. 31.5.1995, 2 BvR 635/95, EuGRZ 1995, 566; BVerfGE 135, 259 (285) – 3 %-Sperrklausel; dazu *Thomas Giegerich*, The Political Dimensions of Equality in the European Union, in: ders. (Fn. 142), 45–96 (85 f.).

177 Vgl. bspw. zur Ultra-vires-Kontrolle BVerfGE 142, 123 (209 ff.) – OMT; 154, 17 (88 ff., 150 ff.) – PSPP; zur Identitätskontrolle BVerfGE 151, 202 (274 ff.) – Bankenunion; zur haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages BVerfGE

len Parlamenten vieler anderer Mitgliedstaaten diese Form der Intervention vor ihren staatlichen Gerichtsbarkeiten nicht offensteht,¹⁷⁸ können deutsche (europaskeptische) Wähler auf die rechtliche Ausgestaltung des Handelns der Unionsorgane in privilegierter Weise Einfluss nehmen. Wenn sich auch dieses Problem nicht in die Kategorien der europäischen Wahlrechtsgrundsätze bringen lässt, deutet diese richterrechtliche Weiterung politischer Rechte doch auf einen Systembruch hin.

c) Legitimationsfragen der Aktivbürgerschaft

Dies führt zu der Frage, wie die subjektiven politischen Rechte des Unionsrechts einzuordnen sind. Es finden sich – mit vielen Nuancen – im Wesentlichen drei Ansätze, die eng mit der jeweils wirksamen Vorstellung europäischer Demokratie verbunden sind.

Das lange herrschende funktionalistische Paradigma betrachtet die Europäische Union als Zweckschöpfung zur gemeinsamen Erreichung vereinbarter Ziele, die um den Binnenmarkt angeordnet, also wirtschaftlicher Natur sind. Mit einer rechtbasierten Ordnung kann sich ein solcher marktfunktionaler Utilitarismus vertragen,¹⁷⁹ wie die Anerkennung der Grundfreiheiten über bloße Reflexe der Marktintegration hinaus als echte individuelle Rechte auch zeigt.¹⁸⁰ Die Legitimation des Zweckverbandes bemisst sich nach der Effektivität, mit der er seine Zielvorgaben verwirklicht, ist also Output-orientiert, und beruht vor allem auf der Expertise ihrer ausführenden Organe. Ihre demokratische Absicherung kann auf das unbedingt Nötige beschränkt bleiben, weil die Union als Fortsetzung der Mitgliedstaaten gedacht wird. Das EP ist ein Konsultativorgan innerhalb des Institutionengefüges, bleibt aber wie der Gesamtverband auf die Im-

132, 195 (238 ff.) und 135, 317 (399 ff.) – ESM; zur „formalen Übertragungskontrolle“ BVerfGE 153, 74 (152 ff.) – *Einheitliches Patentgericht*.

178 Vgl. Franz C. Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 1), 559–607; s. auch die Beiträge in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), IPE Bd. II: Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Heidelberg: C.F. Müller 2008.

179 Zu Utilitarismus und Rechten Cass R. Sunstein, Rights and their Critics, Notre Dame L Rev. 70 (1995), 727–768 (737).

180 Vgl. schon Eberhard Grabitz, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, Köln: Europa-Union-Verlag 1970; dazu Weber (Fn. 4), Rn. 20.

plementierung einer wohlfstandsfördernden, wirtschaftspolitischen Agenda verpflichtet. Ein gehaltvoller Bürgerstatus aller Unionsangehörigen trägt zu diesen Zwecksetzungen nur insoweit bei, als er die Ziele des Binnenmarktes zu fördern vermag; die Akteure des Funktionalismus sind die Marktbürger. Politische Rechte sind dazu nicht unentbehrlich.¹⁸¹

Allerdings entspricht das funktionalistische Paradigma, trotz gewisser Popularität in Teildiskursen europäischer Politik, nicht mehr dem Ist-Zustand der Europäischen Union. Die Erwartungen, die sich an sie mit Blick auf die Sozialpolitik infolge der Bewältigung der Staatsschuldenkrise, auf die Asyl- und Migrationspolitik, auf Reaktionen auf den Klimawandel und auf ihre strategische Leistungsfähigkeit in der Außen- und Sicherheitspolitik richten, spätestens aber die Intensität der Debatte um die innere Verfasstheit ihrer Mitgliedstaaten zeigen, dass sich die heutige Union zu einem politischen Verband entwickelt hat, dessen Aktionsradius über den Gemeinsamen Markt hinausgeht.¹⁸² Dem entspricht eine Öffentlichkeit, d.h. eine Sphäre, in der die Mitglieder der europäischen Gesellschaft durch kommunikatives Handeln ihren politischen Willen bilden,¹⁸³ die eben nicht auf die Mitgliedstaaten beschränkt ist und in der Themen von gemeinsamem Interesse verhandelt werden.¹⁸⁴ Empirische Studien zeigen, dass die Identifikation der Unionsbürger nicht von ökonomischen Kosten-Nutzen-Kalkülen abhängig ist.¹⁸⁵ Die Unionsbürgerschaft ist daher nicht lediglich als eine Verlängerung der Marktfreiheiten zu verstehen, für die es um punktuelle Aufwertungen des Legitimationsniveaus in einzelnen Kompetenzbereichen ginge, sondern in einem anspruchsvollen Sinne politisch

181 Vgl. *Hans Peter Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen: Mohr 1972, 340 ff.; *Fritz W. Scharpf*, Regieren in Europa, Frankfurt a.M.: Campus 1999, 29 ff., 180.

182 Vgl. Beiträge in *Francesca Bignami* (Hrsg.), *The EU in Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press 2020; *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, Berlin: Suhrkamp 2022, 135 ff.

183 *Jürgen Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1990, 94 ff.

184 *Claudio Franzius/Ulrich K. Preuß*, Europäische Öffentlichkeit, Baden-Baden: Nomos 2004; *Thomas Risse*, *A Community of Europeans? Transnational Identities and Public Spheres*, Ithaca: Cornell University Press 2010, 107 ff.; *Christian Calliess/Moritz Hartmann*, *Zur Demokratie in Europa. Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

185 *Fabio Serricchio/Paolo Bellucci*, *The Consequences of European Identity*, in: Bettina Westle/Paolo Segati (Hrsg.), *European Identity in the Context of National Identity*, Oxford: Oxford University Press 2016, 272–290.

aufzufassen. Zu dieser Forderung passt die Beobachtung, dass das funktionale Paradigma in der Rechtsprechung des EuGH kaum noch präsent ist; die Grundfreiheiten haben sich danach ihrerseits über die ursprünglich wirtschaftliche Zwecksetzung hinaus zu Grundrechten gewandelt, die nicht mehr allein im Dienst der Marktlogik stehen, sondern von der Unionsbürgerschaft mit geprägt werden.¹⁸⁶

Lassen sich den funktionalistischen Theorien Einwände entgegenhalten, die sich im Rahmen ihrer eigenen Prämissen bewegen, so ist dies bei den beiden anderen Ansätzen zur Demokratie und damit zur politischen Bürgerschaft in Europa anders, da sie von unterschiedlichen Perspektiven ausgehen. Die eine lässt sich als polyzentrisch bezeichnen, die andere als föderalistisch.¹⁸⁷ Beide setzen bei der Input-Legitimation der Union an, beide sehen das EP als Teil einer der mehreren Ebenen europäischer Herrschaftsausübung.

Die polyzentrische, einem methodischen Realismus folgende Sichtweise lokalisiert die Quelle demokratischer Legitimation in den Staatsvölkern der Mitgliedstaaten. Die sozialen Voraussetzungen und absehbaren Entwicklungsmöglichkeiten eines sie überspannenden europäischen *pouvoir constituant* mit eigener Verfassung, eigener Demokratie und eigener Aktivbürgerschaft werden skeptisch dargestellt, nicht zuletzt weil es an einer hinreichend homogenen politischen Identität fehle.¹⁸⁸ Einige staatliche Ver-

186 So die Interpretation von Tryfonidou (Fn.126), 110 f. und passim, die sie auf eine Analyse der Rspr. zu den personenbezogenen Grundfreiheiten stützt; s. ebd., 79 ff., mit Hinweisen u.a. auf EuGH, *Baumbast* (Fn.114), Rn. 83; *Collins* (Fn.146); *Orfanopoulos und Oliveri* (Fn.125), Rn. 66 ff.; Urteil v. 23.2.2010, Rs. C-310/08, ECLI:EU:C:2010:80 – *Ibrahim*; Urteil v. 23.2.2010, Rs. C-480/08, ECLI:EU:C:2010:83 – *Teixeira*; Urteil v. 21.2.2006, Rs. C-152/03, ECLI:EU:C:2006:123 – *Ritter-Coulais*; Urteil v. 12.12.2013, Rs. C-303/12, ECLI:EU:C:2013:822, Rn. 53 – *Imfeld*; *Eind* (Fn.119); Urteil v. 12.3.2014, Rs. C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135, Rn. 49 – *O. und B.* Primär geschützt ist danach nicht die wirtschaftliche Aktivität, sondern der grenzüberschreitende Freiheitsbezug.

187 *Claudia Wiesner*, Citizens of a polity without politics? The European Union, concepts of Federalism and Citizenship, in: Skadi Krause (Hrsg.), *Theories of Modern Federalism*, Baden-Baden: Nomos 2019, 301–324, spricht von „föderalistischen“ und „unionistischen“ Idealtypen.

188 Mit wechselnder Akzentuierung *Dieter Grimm*, zuerst in: Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581–591 (587 ff.); aus neuerer Zeit *ders.*, Constitutionalisation without a Constitution. A Democracy Problem, in: Nick W. Barber/Maria Cahill/Richard Ekins (Hrsg.), *The Rise and Fall of the European Constitution*, Oxford: Hart 2019, 23–40.

fassungs- und Obergerichte lassen sich hier einordnen, darunter bis auf Weiteres auch der Zweite Senat des BVerfG. Hatte er noch im *Maastricht*-Urteil gefordert, die Rechte des EP – und mit ihnen der Unionsbürgerschaft – müssten mit dem Kompetenzzuwachs auf europäischer Ebene Schritt halten,¹⁸⁹ sieht er seit dem *Lissabon*-Urteil die demokratische Selbstbestimmung des Staates als Grenze der unter dem Grundgesetz möglichen Integration an.¹⁹⁰ Eine Volldemokratie auf europäischer Ebene gibt es danach nicht, und es darf sie *de constitutione lata* auch nicht geben. Dem entspricht eine pejorative Sichtweise auf das EP.¹⁹¹ Dies schließt es nicht aus, die Unionsbürgerschaft als Element einer Aktivbürgerschaft zu sehen, die auf mehreren Ebenen unterschiedliche politische Rechte ausüben kann. Die Unionsbürger sind aber als Inhaber politischer Rechte nur Mitglieder eines „unselbständigen Legitimationssubjekts“.¹⁹²

Eine hier als föderalistisch bezeichnete Perspektive geht von einer konstruktivistischen Prämisse aus und sieht die politischen Mitwirkungsrechte in Relation zur Substanz der europäischen Demokratie und der Wirksamkeit politischer Gestaltungsrechte.¹⁹³ Ähnlich wie es der Zweite Senat für das Wahlrecht nach Art. 38 Abs. 1 GG sieht, hängt die Sicht auf das Europawahlrecht von der Einschätzung des Kompetenzbestandes des EP ab. Vorschläge zu dessen Aufwertung richten sich, wie in der Debatte um ein demokratisches Defizit der Union, auf institutionelle Reformen wie die Investitur und Kontrolle der Kommission, eigene Initiativrechte des EP in der Gesetzgebung, eine weitere Europäisierung des Wahlverfahrens, das europäische Parteienrecht und die Absenkung der Schwellen für Formen

189 BVerfGE 89, 155 (184) – *Maastricht*.

190 BVerfGE 123, 267 (364 f.) – *Lissabon*.

191 In BVerfGE 129, 300 hat es die 5 %-Sperrklausel des deutschen Europawahl-Gesetzes für verfassungswidrig erklärt; ebenso die Neuregelung, die eine 3 %-Klausel vorsah, s. BVerfGE 135, 259. Das Argument der Arbeitsfähigkeit des Parlaments, das im Kontext der Bundestagswahlen die Sperrklausel als Durchbrechung der Erfolgsgleichheit des Stimmrechts rechtfertigt, soll im Kontext der europäischen Demokratie nicht ausreichend sein; zu Recht krit. *Christoph Schönberger*, Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament, JZ 2012, 80–86; *Volker M. Haug*, Muss wirklich jeder ins Europäische Parlament?, ZParl 45 (2014), 467–487.

192 *Gärditz* (Fn. 13), 142.

193 *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 651 ff.; *Ingolf Pernice*, Verfassungsverbund, in: Claudio Franziskus/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos 2011, 102–118 (109 f.); *Jürgen Habermas*, Zur Verfassung Europas, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, 67 ff.

der direkten Demokratie.¹⁹⁴ Zugleich bietet das Modell einer europäischen Input-Demokratie einen Gradmesser für den Gehalt der politischen Unionsbürgerschaft.¹⁹⁵ Die Exekutivlastigkeit der Euro-Krisenbewältigung lässt sich aus dieser Sicht bspw. als Partizipationsdefizit verstehen, das dem Aktivstatus abträglich ist.¹⁹⁶

Beide Input-orientierten Sichtweisen verweisen auf alte Debatten über die Finalität Europas, die hier nicht fortgeführt werden können. Interessanter ist, was sie für den Unionsbürgerstatus bedeuten. Beide Ansätze lassen sich mit einem föderalen Modell der Unionsbürgerschaft vereinbaren, beide sprechen dafür, die Unionsbürgerschaft als Teil eines auf mehreren Ebenen wirksamen europäischen Bürgerstatus aufzufassen.¹⁹⁷ Die denkbaren politischen Identifikationsmuster lassen sich auf die unterschiedlichen kommunalen, regionalen, staatlichen und überstaatlichen Herrschaftsebenen verteilen, ohne dass diese einander widersprechen müssten.¹⁹⁸ Sie stehen zu den rechtlich und durch politische Praxis gestalteten Institutionen der Europäischen Union in Wechselwirkung, sind also Ergebnis eines Prozesses, und werden, wie sozialpsychologische Studien zeigen, im

194 Vgl. etwa die Vorschläge bei *Michael Zürn*, Europäische Bürgerschaft und wie sie sich politisch artikulieren kann, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Europäische Bürgerschaft – Anfang oder Ende einer Utopie?*, Baden-Baden: Nomos 2020, 75–92.

195 Siehe auch die Defizitanalyse zum derzeitigen Erscheinungsbild des EP bei *Henri de Waele*, Union Citizens and the European Parliament. Perception, Accessibility, Visibility and Appreciation, in: Paul Minderhoud/Sandra Mantu/Karin Zwaan (Hrsg.), *Caught In Between Borders*, Liber Amicorum Elspeth Guild, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2019, 175–182.

196 *Floris de Witte*, Emancipation Through Law? in: Azoulai/Barbou des Places/Pataut (Fn. 22), 15–34 (21, 28 ff.); *Marco Dani*, The Subjectification of the Citizen in European Public Law, ebd., 55–88 (85 ff.).

197 *Willem Maas*, Multilevel Citizenship, in: Shachar u.a. (Fn. 50) 644–668; s. auch *Rainer Bauböck*, The Three Levels of Citizenship within the European Union, GLJ 15 (2014), 751–764.

198 S. auch *Joseph H.H. Weiler*, *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1999, 324 ff.; *Armin von Bogdandy*, Europäische und nationale Identität – Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 156–189 (168 ff.); *Elspeth Guild*, The Legal Elements of European Identity, Den Haag: Kluwer 2004; *Paul Magnette*, How Can One be European, ELJ 13 (2007), 664–679; *Francis Cheneval/Mónica Ferrín*, EU Citizenship – Integrating Multi-layered Identities?, in: Sandra Seubert/Oliver Eberl/Frans van Waarden (Hrsg.), *Reconsidering EU Citizenship*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, 177–197; anders *Stefan Haack*, § 205: Staatsangehörigkeit – Unionsbürgerschaft – Völkerrechtssubjektivität, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR X: Deutschland in der Staatengemeinschaft*, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2012, 33–66 (Rn. 6 ff.) (Staatsangehörigkeit als „Ausdruck exklusiver politischer Identität“).

Bewusstsein der Europäer reflektiert.¹⁹⁹ Dem entsprechen verschiedene Legitimationsgemeinschaften,²⁰⁰ die sich je nach Ebene unterschiedlich zusammensetzen. In Art. 2 EUV und seiner Festlegung auf die Demokratie als gemeinsamer Wert auch in den Mitgliedstaaten hat dieser politische Status seine konstitutionelle Grundlage gefunden, die es erlaubt, von einem sich zwar auf mehrere politische Herrschaftsebenen verschieden äussernden, aber letztlich doch einheitlichen politischen Status der Unionsbürgerschaft zu sprechen, die für das Gesamtsystem der europäischen Gesellschaft auch eine Verantwortung trägt.²⁰¹

Darin, dass sich soziale Identitäten und ihre rechtlichen Verwirklichungschancen wechselseitig beeinflussen, liegt der normative Sinn von Versuchen, den Aktivbürgerstatus mit einer Stärkung partizipativer Elemente europäischer Politikgestaltung zu fördern. Sie äußern sich in verschiedenen Ansätzen, Transparenz, die Einbindung Interessierter und Betroffener sowie Kontrolle und gute Verwaltung zu Leitideen der europäischen Verwaltungspolitik zu machen (vgl. Art. 15 AEUV).²⁰² Daher hat der Unionsvertrag Elemente partizipativer Demokratie aufgenommen wie öffentliche Anhörungen durch die Kommission und das Recht, mittels eines Bürgerbegehrens die Kommission zur Ausübung ihres Vorschlagsrechts

199 Marco Cinnirella, A Social Identity Perspective on European Integration, in: Glynis Breakwell/Evanthia Lyons (Hrsg.), *Changing European Identities. Social Psychological Analyses of Social Change*, Oxford: Butterworth Heinemann 1996, 253–274 (257 ff.); Orietta Angelucci von Bogdandy, Europäische Identitätsbildung aus sozialpsychologischer Sicht, in: Ralf Elm (Hrsg.), *Europäische Identität. Paradigmen und Methodenfragen*, Baden-Baden: Nomos 2002, 111–134; Emanuele Castano, European Identity. A Social-Psychological Perspective, in: Richard Herrmann/Thomas Risse/Marilynn Brewer (Hrsg.), *Transnational Identities. Becoming European in the EU*, Lanham: Rowman & Littlefield 2004, 40–48; Sophie Duchesne/André-Paul Frogner, National and European Identifications. A Dual Relationship, *Comp. Eur. Pol.* 6 (2008), 143–168; Kurt Müller/Karl-Dieter Opp, Region – Nation – Europa. Die Dynamik regionaler und überregionaler Identifikation, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften 2006, 139 ff.; Bettina Westle/Roman Graf Buchheim, National and European Identification. Their Relationship and its Determinants, in: Westle/Segati (Fn. 185), 93–139 (98 ff.).

200 So bspw. Samantha Besson, *Deliberative Democracy in the European Union*, in: dies./José Luis Martí (Hrsg.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, London: Routledge 2006, 181–214.

201 Vgl. Damian Chalmers, National Sovereignty and European Union Law, *E.L.Rev.* 46 (2021), 285–305 (297 f.).

202 Paul Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, 313 ff., 349 ff.; Stijn Smismans, *New Governance. The Solution for Active European Citizenship, or the End of Citizenship?*, *Columb. JEL* 13 (2007), 595–622.

aufzufordern (Art. 11 Abs. 4 EUV).²⁰³ Korporative Elemente zeigen sich in den Rollen, die der Zivilgesellschaft, Verbänden (Art. 11 Abs. 2 EUV) und den Religionsgemeinschaften (Art. 17 AEUV) dabei zugedacht sind.

In denselben Zusammenhang gehört auch der Dialog mit der Unionsbürgerschaft, der den Unionsorganen im EU-Vertrag an prominenter Stelle zur Aufgabe gemacht wird (Art. 11 Abs. 1 EUV). In der am 9. Mai 2021 eröffneten, auf ein Jahr angelegten Konferenz zur Zukunft Europas wurden Bürgerforen organisiert, um eine Agenda und Empfehlungen für die politischen Organe auszuarbeiten.²⁰⁴ Über sie beriet ein „Plenum zur Zukunft Europas“, bestehend aus Mitgliedern der Bürgerforen, der europäischen und staatlichen Parlamente und Regierungen sowie der Kommission.²⁰⁵ So sollten durch einen von der Unionsbürgerschaft ausgehenden Prozess auf verschiedenen Politikfeldern Handlungsprogramme entstehen, die auch in die rechtlichen Formen des Unionshandelns übersetzt werden können.

6. Unionsbürger als Träger republikanischer Pflichten (Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV)?

Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV nennt als Folge der Unionsbürgerschaft nicht nur Rechte, sondern auch „in den Verträgen vorgesehene [...] Pflichten“. Sollten hierunter Grundpflichten zu verstehen sein, die über die allgemeine Pflicht, das Recht zu befolgen, hinausgehen, stellt sich die Frage, ob so etwas beim derzeitigen Stand des Unionsrechts überhaupt vorgesehen ist. „Bürgerpflichten“ müssten Solidarpflichten gegenüber der Gemeinschaft sein,

203 Konkretisiert durch VO (EU) 2019/788 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019 über die Europäische Bürgerinitiative, ABl. 2019 L 130/55; dazu krit. *Saulle Panizza/Fabio Pacini*, Les lois d'initiative citoyenne européenne: l'échec de deux instruments indirects d'initiative populaire, RUE 2021, 340–347; *Nathalie Rubio*, Le contentieux des initiatives citoyennes européennes: éléments de stratégie au service de la démocratie, RUE 2021, 348–355.

204 Vorbilder waren ähnliche Prozesse in einigen Staaten, s. *Ágúst Thór Arnasson/Catherine Dupré* (Hrsg.), Icelandic Constitutional Reform. People, Processes, Politics, London: Routledge 2021.

205 *Sofia Dreisbach*, Europas Experiment, FAZ v. 4.10.2021, 3; der Prozess ist mittlerweile abgeschlossen, s. Europäische Kommission, Konferenz zur Zukunft Europas. Plenum einigt sich auf endgültige Vorschläge, Presseerkl. v. 2.5.2022 m.w.N., https://germany.representation.ec.europa.eu/news/konferenz-zur-zukunft-europas-plenum-einigt-sich-auf-endgultige-vorschlaege-2022-05-02_de, gesehen am 20.9.2024.

die sich aus der Bürgereigenschaft ergeben.²⁰⁶ Die meist als Beispiel genannte Wehrpflicht oder die Pflicht, einen Teil des Einkommens oder Vermögens mittels direkter Steuern für die Allgemeinheit aufzuwenden, sind schon auf staatlicher Ebene kaum mehr Grundpflichten, bestehen aber gegenüber der Union jedenfalls nicht, und auch transnationale Pflichten, die mobile Unionsbürger nicht nur dem Herkunfts-, sondern auch dem Aufenthaltsstaat schuldeten, beschränken sich auf die Pflicht zur Einhaltung der Rechtsordnung im Aufenthaltsstaat.²⁰⁷ Fehlt der Unionsbürgerschaft damit das Element, das einen republikanischen Bürgerstatus ausmacht?²⁰⁸

Art. 2 S. 2 EUV beschreibt die republikanischen Werte der Union. Sie beziehen sich auf eine Gesellschaft, die sich durch „Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern“ auszeichnet. Die Gleichheit macht den unionsbürgerlichen Status, wie dargelegt, bis zu einem gewissen Grade aus, was auch die systematische Nähe der Diskriminierungsverbote der Art. 18 und 19 AEUV zu den Regelungen über die Unionsbürgerschaft zum Ausdruck bringt. Man kann daher sagen, dass die Pflicht, im Rahmen des Unionsrechts die Gleichheit zu achten, eine rudimentäre Form bürgerlicher Solidarpflichten darstellt. Deren Rahmen ziehen die Diskriminierungsverbote, die als allgemeine Rechtsgrundsätze Wirkungen zwischen Privaten hervorbringen²⁰⁹ sowie die anderen unmittelbar anwendbaren Bestimmungen des Primärrechts, die Einzelne vor einem Missbrauch privater Macht schützen.²¹⁰ Auch wenn ihre verpflichtende Wirkung nicht auf Unionsangehörige beschränkt ist, definieren sie doch, indem sie Mindestregeln des gegenseitig-

206 Hasso Hofmann, § 114: Grundpflichten und Grundrechte, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2000, 321–351 (Rn. 17 ff.); s. auch die Kritik der Grundpflichten bei Günther Frankenberg, Die Verfassung der Republik, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1997, 117 ff.

207 Als Frage formuliert bei Francesca Strumia, Supranational Citizenship, in: Shachar u.a. (Fn. 50), 668–693 (687).

208 Dimitry Kochenov, EU Citizenship without Duties, ELJ 20 (2014), 482–498, dort allerdings i.W. (und fälschlich) zur Rechtsbefolgungspflicht; dazu Richard Bellamy, A Duty-Free Europe? What's Wrong with Kochenov's Account of EU Citizenship Rights, ELJ 21 (2015), 558–568.

209 Vgl. Jan Komárek, EU Citizens' Duties. Preventing Barriers to the Exercise of Citizens' Rights, in: Seubert/Eberl/van Waarden (Fn. 198), 64–86 (73); Chalmers (Fn. 201), 300, insbes. mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 – Mangold, und die Folge-Rspr.

210 Vgl. Stefan Kadelbach, Are Equality and Non-Discrimination Part of the EU's Constitutional Identity?, in: Giegerich (Fn. 142), 13–24 (18 ff.).

gen Respekts rechtliche Durchsetzbarkeit verleihen, die Minimalverantwortung Einzelner für das Gemeinwesen.

V. Unionsbürgerschaft als föderaler Status zwischen Autonomie und Integration

Bei Betrachtung der Unionsbürgerschaft zeigt sich ein komplexes Mosaik, und je nach dem gewählten Bildausschnitt und dem mitgebrachten Vorverständnis wird man zu unterschiedlichen Einschätzungen kommen, ob man eine „echte“ Bürgerschaft vor sich sieht. Wer Zweifel vorträgt, wird sie teils aus empirisch gemeinten Aussagen, teils aus einer kritischen Sicht auf die Rechtsetzung und Rechtsprechung ableiten. Doch lassen sich Behauptungen, es gebe keine gemeinsame Identität, keine europäische Öffentlichkeit und keinen Demos für eine europäische Demokratie mit demselben Anspruch auf Evidenz gegenteilige Befunde entgegenhalten. Aber auch gegenüber einer normativen Sichtweise sind Vorbehalte berechtigt; die verbliebene Befugnis der Mitgliedstaaten, in bestimmten Fällen eine Ausweisung zu verfügen, gehört als Beschränkung des freiheitlichen Status dazu,²¹¹ ebenso wie eine herb kritisierte Rechtsprechung zu den sozialen Rechten wirtschaftlich Inaktiver²¹² und Defizite auf der institutionellen Seite der politischen Rechte.²¹³ Nicht nur deshalb begegnet die Status-Rhetorik des EuGH begründeten Zweifeln.²¹⁴

Versuche, die Unionsbürgerschaft in verfassungsrechtliche Kategorien zu bringen, sollten sich zwar durch empirische Evidenzen und das Deutungsspektrum der Rechtsprechung nicht aus dem Stand widerlegen lassen, doch sind diese auch nicht allein maßgeblich. Sie müssen aber mit einer Konzeption bürgerlicher Rechte und mit der institutionellen Architektur der Union vereinbar sein. In ihr müssen sich die affektiven, politischen und

211 *Elsbeth Guild*, EU Inclusion and Exclusion. From Workers to Citizens to People, in: Carolus Grütters/Sandra Mantu/Paul Minderhoud (Hrsg.), *Migration on the Move*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff 2017, 197–224 (209 ff.); Sandra Mantu, EU Citizenship and EU Territory. Unsettling the National, Embedding the Supranational, in: dies./Guild/Minderhoud (Fn. 64), 410–434.

212 Oben Fn. 150.

213 Oben Fn. 196.

214 *Martijn van den Brink*, Bold, but without Justification? Tjebbes, *Eur. Papers* 4 (2019), 409–415 (413).

rechtlichen Dimensionen der Bürgerschaft wiederfinden.²¹⁵ Danach kann die Unionsbürgerschaft als besonderes Verhältnis zwischen den verschiedenen Arten bürgerschaftlicher Rechte und Pflichten, als das Ergebnis einer besonderen Wechselwirkung zwischen Autonomie und Integration einer Person in der Gesellschaft und als besonderer föderaler Status bestimmt werden.

Was die Rechte und Pflichten betrifft, so erweitert der freiheitliche Status der Unionsbürgerschaft in Maßen die Freizügigkeitsrechte im Binnenmarkt, geht aber auch darüber hinaus, wie die nach Aufenthaltsdauer gestaffelten Rechtspositionen und das Recht auf Auslandsschutz zeigen. Der Status der Gleichheit wird nach geltendem Recht durch ein Gebot der Inländerbehandlung und eine Reihe von Diskriminierungsverboten beschrieben, erstreckt sich aber nicht auf die soziale Fürsorge. Der politische Status ist teils mobilitätsakzessorisch, teils bezieht er sich auf die europäische Ebene. Fasst man die Großtheorien des Liberalismus, Republikanismus und Kommunitarismus nicht als Gegensätze, sondern als Eigenschaften einer Gesellschaft auf, die erst in ihrer jeweiligen Kombination ihre Charakterisierung erfahren,²¹⁶ haben die liberale Seite der Unionsbürgerschaft in der Bewegungsfreiheit, die republikanische in der auf Inländergleichbehandlung und politische Teilhabe bezogenen Gleichheit und die kommunitaristische in den Kernpflichten zur solidarischen Anerkennung als Person ihre supra- und transnationalen Erscheinungsformen gefunden. Sie ergeben in ihrer Gesamtheit den europäischen Status, welchen, so die Rechtsprechung des EuGH, die Mitgliedstaaten faktisch und rechtlich niemandem entziehen können, ohne die Grenzen des europäischen Verfassungsrechts zu missachten.

Mit wie viel Leben dieser Status gefüllt werden kann, hängt davon ab, wie weit die Bürgerinnen und Bürger mit ihren Identitäten und Fähigkeiten als Teil der Gesellschaft der Union und ihrer Mitgliedstaaten anerkannt werden.²¹⁷ Ihre Rechtsstellung ist desto stärker, je eher sie in die Wirtschaft des Aufnahmestaates, im Wesentlichen in Rechtsverhältnisse der Arbeit und der sozialen Sicherung, und in dessen Gesellschaft integriert sind,

215 Vgl. *Patrick Weil*, *The Sovereign Citizen. Denaturalization and the Origins of the American Republic*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2012, 5 f.

216 *Sunstein* (Fn. 179), 739 ff.; *Somers* (Fn. 16), 27 f.

217 *Marshall* (Fn. 16), 6; *Craig Calhoun*, *Social Theory and the Politics of Identity*, Oxford: Blackwell 1994, 23.

was sich in einem über die Zeit verfestigenden Aufenthaltsrecht äußert.²¹⁸ Dieser „Status sozialer Integration“²¹⁹ hat über die Zeit das Mobilitätsparadigma ersetzt.²²⁰ In für die Betroffenen negativer Form macht sich dies in der Rechtsprechung zur Ausweisung Straffälliger bemerkbar, die auch dann möglich ist, wenn diese sich schon lange im Land aufhalten,²²¹ oder in Fällen, in denen wirtschaftlich Nicht-Aktiven Sozialhilfe verweigert werden darf.²²² Ob ein „*real link*“ zum Aufnahmemitgliedstaat besteht, entscheidet über die „soziale Mitgliedschaft“.²²³ Anders gesagt: Wer nach den europäischen Werten lebt, kann als „integriert“ gelten.²²⁴ Damit hat die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft eine Entwicklung vollzogen, welche der des innerstaatlichen Migrationsrechts parallel verläuft, das sich vom Leitbild der „Rotation“ zu dem der „Integration“ gewandelt hat.²²⁵

Die supranational vertikale Dimension, die sich in den politischen Rechten, und die transnational horizontale Dimension der Unionsbürgerschaft, die sich in Freizügigkeit, Gleichheit und politischen Rechten auf der kommunalen Ebene äußert, lassen sich zwanglos als föderale Bürgerschaft beschreiben. Sie ist das Ergebnis der Überführung völkerrechtlicher Regelungs-techniken in eine neue Form, was auch daran zu erkennen ist,

-
- 218 *Ségolène Barbou des Places*, The Integrated Person in EU Law, in: Azoulai/Barbou des Places/Pataut (Fn. 22), 179–202; *Coutts* (Fn. 67), 115 ff., der aus der Rspr. des EuGH zu den unionsbürgerlichen Rechten eine unionsrechtlich legitimierte kommunitaristische Integrationserwartung des Aufenthaltsstaates ableitet. Vgl. EuGH, Urteil v. 16.1.2014, Rs. C-378/12, ECLI:EU:C:2014:13, Rn. 24 ff. – *Onuekwere* (Gefängnisstrafe wird nicht auf die Wartezeit für Daueraufenthaltsrecht angerechnet).
 - 219 *Loïc Azoulai*, La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale, in: Gérard Cohen-Jonathan u.a. (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris: Dalloz 2010, 1–28.
 - 220 *Barbou des Places* (Fn. 218), 185 f., 191 ff.
 - 221 *GA Bot*, Schlussanträge v. 6.3.2012, Rs. C-348–09, ECLI:EU:C:2012:123, Rn. 49 ff. – *P.I.* (m. Zitat zur mangelnden „Integration“); s. *Dora Kostakopoulou*, When Citizens Become Foreigners, *ELJ* 20 (2014), 447–463 (457 ff.).
 - 222 *Maxime Tecqmenne*, Migrant Jobseekers, Right of Residence and Access to Welfare Benefits. One Step Forward, Two Steps Backwards?, *E.L.Rev.* 46 (2021), 765–783.
 - 223 Zur Integration als Leistungsvoraussetzung EuGH, Urteil v. 26.10.2006, Rs. C-192/05, ECLI:EU:C:2006:676, Rn. 38 – *Tas-Hagen*; *Bidar* (Fn. 146), Rn. 46 f.; Urteil v. 23.10.2007, Rs. C-11/06, ECLI:EU:C:2007:626, Rn. 43 ff. – *Morgan und Bucher*; *Guild/Peers/Tomkin* (Fn. 53), 247; *Coutts* (Fn. 67), 54, zum Strafrecht ebd., 70 ff.; *Barbou des Places* (Fn. 218), 202; *Azoulai* (Fn. 23), 212 ff.
 - 224 *Azoulai* (Fn. 23), 218 f.
 - 225 *Christoph Gusy/Sebastian Müller*, Leitbilder im Migrationsrecht, *ZAR* 2013, 265–272; *Hacer Bolat*, Integration als Leitbild im deutschen Migrationsrecht, Baden-Baden: Nomos 2016; *Siehr* (Fn. 45), Rn. 104 ff.

dass zwischen den Unionsstaaten im Regelfall kein Asyl gewährt wird,²²⁶ dass die Auslieferung eigener Staatsangehöriger an andere Unionsstaaten vorgesehen ist,²²⁷ dass Ungleichbehandlungen im Schutz von Unionsangehörigen gegenüber Inländern vor Auslieferung in Drittstaaten ohne Beteiligung des Herkunftsmitgliedstaates unzulässig sind²²⁸ und dass das Verbot der Mehrfachbestrafung, das sonst keine zwischenstaatliche Schutzrichtung kennt, in der ganzen EU gilt (Art. 50 GRC). Unionsangehörige sind zwischen den Mitgliedstaaten keine Ausländer, andere Mitgliedstaaten kein Ausland mehr.²²⁹

Die Annahme mehrstufiger Zugehörigkeiten, die dieser föderalen Bürgerschaft zugrunde liegt, entspricht empirisch einer Intuition über eine europäische Identität, die sich mit nationalen und regionalen Identitäten vereinbaren lässt, wie sie regelmäßige Umfragen des Euro-Barometer seit Langem nahelegen.²³⁰ Die Verbindungen zwischen solcher Empirie und der Normativität der Unionsbürgerschaft liegen zum einen darin, dass sich Selbstzuschreibungen von Identitäten und der politische Diskurs wechselseitig beeinflussen, zum anderen darin, dass die Unionsbürgerrechte auch tatsächlich ausgeübt und in der Praxis der politischen Institutionen und der Gerichte im Einzelfall ausgeformt werden.

Die Folge könnte eine Europäisierung der in der EU versammelten Nationen durch Individualrechte sein,²³¹ deren Trägerinnen und Träger

226 Protokoll (Nr. 24) über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union; eine Ausnahme gilt, wenn der Rat oder der Europäische Rat einen Beschluss nach Art. 7 EUV gefasst haben.

227 Die staatlichen Rechtsordnungen haben sich darauf eingestellt, vgl. Art. 16 Abs. 2, Art. 16a Abs. 2 GG.

228 Es gelten Informationspflichten und auf Verlangen eine Pflicht zur Übergabe an den Herkunftsstaat, EuGH, Urteil v. 6.9.2016, Rs. C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 – *Petruhhin* m. Anm. *Martin Böse*, CML Rev. 54 (2017), 1781–1798; Urteil v. 10.4.2018, Rs. C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222 – *Pisciotti* m. Anm. *Stephen Coutts*, CML Rev. 56 (2019), 521–540; Urteil v. 13.11.2018, Rs. C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898 – *Raugevicius*; Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032 – *BY*; zu mgl. Durchbrechungen beim Bestehen eines Auslieferungsabkommens Urteil v. 22.12.2022, Rs. C-237/21, ECLI:EU:C:2022:1017 – *SM*; zur Rspr eingehend *François Catteau/Anne Weyembergh*, *L'extradition des citoyens européens vers des pays tiers*, CDE 55 (2019), 451–484.

229 Zu diesen Zusammenhängen *Schönberger* (Fn. 13), 240 ff.; vgl. bspw. EuGH, Urteil v. 19.11.2020, Rs. C-454/19, ECLI:EU:C:2020:947, Rn. 48 – *ZW*.

230 *S. Kadelbach* (Fn. 1), 651; zuletzt *Values and Identities of EU Citizens*, Special Eurobarometer 508, November 2021, 74 f.

231 *Rabenschlag* (Fn. 3), 376 ff.; *Loïc Azoulay*, *The Law of European Society*, CML Rev. 59 (2022), 203–214 (210) („European society through law“).

eine transnationale Zivilgesellschaft ergeben. Nicht-hierarchische Anerkennungsverhältnisse auf der Grundlage von Erfahrungen über die Ausübung individueller europäischer Rechte in Handel, Beruf, Familie, Tourismus, Städtepartnerschaften usw. ergeben ein normatives Fundament für die sich in wechselnden Konjunkturen integrierende europäische Gesellschaft.

Demokratie und Gewaltenteilung

Christoph Möllers

I. Einführung	795
II. Textbefunde	797
1. Systematischer Zusammenhang	797
2. Demokratie, Art. 10–12 EUV	798
3. Gewaltenteilung, Art. 13 EUV	804
III. Verfassungstheoretische Fragen	812
1. Demokratische Legitimationssubjekte: das Fehlen des europäischen Volkes	812
2. Verschiedene demokratische Legitimationsformen – und ihre Alternativen	817
3. Gewaltenteilung – und ihre Strukturprobleme in der EU	820
4. Demokratie und Gewaltengliederung als konstitutionelle Normen	825
IV. Dogmatik	833
1. Ein unionales demokratisches Prinzip und Art. 10 EUV	833
2. Institutionelles Gleichgewicht und Art. 13 EUV	843
3. Antagonismus und wechselseitige Verstärkung beider Prinzipien	850
V. Übergreifende Deutungsangebote	852
1. Ein europäisches Demokratieprinzip	852
2. Eine europäische Gewaltenteilung	854
3. Eine gubernativ-föderale Regierungsform für die EU	855
4. Ein konstitutioneller Kern und seine Grenzen	858

I. Einführung

Mit den Art. 10–12 und 13 EUV wird ein doppelter systematischer Kreuzungspunkt des Unionsrechts zum Thema dieses Beitrags. Verbunden werden hier *erstens* die Normen der Art. 1 ff. EUV, dem Kern des Vertragsrechts,¹ mit den operativen Aufgaben- und Kompetenznormen des AEUV. Verbunden wird *zweitens* die demokratische Legitimation des politischen Willensbildungsprozesses in der EU mit der Gewaltenteilung in der unionalen Rechtserzeugung.

Damit stellen sich für die EU viel diskutierte Fragen. *Erstens* die alte Frage nach der hinreichenden demokratischen Legitimation der Union.²

1 Zu diesem Konzept unten, III.4.b, sowie von Bogdandy/Bast, in diesem Band, III.1.

2 Jelena von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union, Berlin: Springer 2014, 300–325; Fritz Scharpf, Governing in Europe: Effective and Democratic?, Oxford: Oxford University Press 1999; Paul Magnette, European Democracy Between Two Ages, in: Catherine Barnard (Hrsg.), The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, Oxford: Oxford Uni-

Zweitens die Frage nach einer angemessenen Organisationsstruktur für eine supranationale Organisation,³ deren Entwicklung sich in einem weltweit einmaligen Stand zwischen staatsähnlicher Föderation und internationalen Organisation befindet.⁴

Das Verhältnis von politischer Gemeinschaftsbildung zur Rechtsetzungs- und Handlungsfähigkeit wird an keiner Stelle des Unionsrechts in solcher Verdichtung verfasst wie in den Art. 10–12 und 13 EUV. Dabei transportieren die Normen einen Gehalt, der über die Rechtsform hinausgeht. Sie haben einen explikativen Wert, weil die Union in ihnen eine *rechtlich formalisierte Selbstbeschreibung ihrer eigenen politischen Legitimation* anbietet.⁵ Das damit aufgerufene Verfahren einer *normativen Rekonstruktion*⁶ der EU anhand ihrer Verträge ist nicht notwendig ein rechtfertigendes Projekt. Es kann ebenso immanente Widersprüche und Unzulänglichkeiten aufdecken.

Die folgende Darstellung wird sich zunächst dem niedergelegten Normbestand in einer sich nah am Vertragstext haltenden Deutung zuwenden (II.), um diesen dann den verfassungstheoretischen Debatten um Legitimation und Organisation der Union zuzuordnen (III.). Daran schließt der Versuch an, beide Grundsätze, Demokratie und Gewaltenteilung, als Teil eines Kernverfassungsrechts unter Aufarbeitung der Rechtsprechung des

versity Press 2007, 13–34; Allan Rosas/Lorna Armati, EU Constitutional Law, 3. Aufl., Oxford: Hart 2018, 124–140. Ein dichter Überblick findet sich bei Matthias Ruffert, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 9 EUV, Rn. 14 ff. Hervorzuheben ist auch die weitgehende Fehlanzeige zu diesem Stichwort bei Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel/Tim Corthaut, EU Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press 2021, Rn. 5004.

3 Zur Anwendbarkeit von Gewaltenteilungsmodellen auf die EU: Jacques Ziller, Separation of Powers in the European Union's Intertwined System of Government: A Treaty Based Analysis for the Use of Political Scientists and Constitutional Lawyers, *Il Politico* 73 (2008), 133–179; Koen Lenaerts, Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community, *CML Rev.* 28 (1991) 11–35; Christoph Möllers, *The Three Branches*, Oxford: Oxford University Press 2013, 169–171.

4 Dazu Schütze, in diesem Band, II.; ders., *European Union Law*, 3. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2021, 59 ff. Zu Parallelen des Exekutiv-Föderalismus mit der deutschen Struktur Dann, in diesem Band; der Begriff für die EU auch bei Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut (Fn. 2), Rn. 18.002.

5 Zu einem solchen Begriff der Verfassung Christoph Möllers, *Verfassungsgebung – Verfassung – Konstitutionalisierung*, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 227–277.

6 Zur Figur Daniel Gaus, *Rationale Rekonstruktion als Methode politischer Theorie zwischen Gesellschaftskritik und empirischer Politikwissenschaft*, *Politische Vierteljahresschrift* 54 (2013), 231–255; für die EU Markus Patberg, *Suprastaatliche Verfassungspolitik und die Methode der rationalen Rekonstruktion*, *Der Staat* 53 (2014), 401–424.

EuGH zu dogmatisieren und auf konkretere Einzelprobleme zu beziehen (IV.). Der Beitrag endet mit allgemeineren Deutungsangeboten der beiden Prinzipien (V.).

II. Textbefunde

1. Systematischer Zusammenhang

Die in diesem Beitrag zu untersuchenden Normen des EU-Vertrags decken sich nicht völlig mit der Systematik des Vertrags.⁷ Art. 10–12 EUV befinden sich im Titel II, der die „demokratischen Grundsätze“ der Union regelt.⁸ Der Abschnitt beginnt mit der Herleitung der Unionsbürgerschaft aus der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit und dem Gebot der Gleichbehandlung zwischen diesen Bürgerinnen und Bürgern, als Bedingung der Möglichkeit einer demokratischen Verfassung. Diesem Abschnitt geht nur noch derjenige über „gemeinsame Bestimmungen“ voran, der die Grundlagen der Kompetenzverteilung und die Verpflichtung auf einen gemeinsamen Wertbestand vorsieht. Damit nimmt das Anliegen einer demokratischen Verfasstheit eine herausgehobene Stellung im Vertrag ein. Art. 13 EUV gehört bereits zum folgenden Abschnitt, der das institutionelle System regelt. Mit Art. 10–13 EUV wird also der Übergang von der Legitimation zur Organisation erfasst. Zugleich stehen Art. 10–13 EUV in einem viel weiteren systematischen Zusammenhang. Art. 2 EUV nennt die Demokratie als einen Grundwert der Union. In Art. 13 EUV Abs. 1. S. 1 EUV wird der institutionelle Rahmen der EU auch auf die Erfüllung dieser Werte verpflichtet. Art. 13 EUV steht systematisch im Dienst der Art. 10–12 EUV.

7 Zur heutigen Aufteilung der Verträge *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 2003.

8 Zum Aufbau *Matthias Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 9 EUV, Rn. 21–24; *Christoph Schönberger*, in: *Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 80. EL, München: C.H. Beck, Art. 9 EUV, Rn. 1–3.

2. Demokratie, Art. 10–12 EUV

a) Entscheidung für die repräsentative Demokratie

Art. 10 Abs. 1 EUV beginnt den Abschnitt mit einem Bekenntnis zur repräsentativen Demokratie.⁹ Dieser Beginn spricht systematisch dafür, dieser Form der Demokratie einen, wenn auch in seiner normativen Bedeutung zunächst ungewissen, Vorrang einzuräumen. Was mit diesem Grundsatz gemeint sein soll, ergibt sich aus den weiteren Absätzen. Art. 10 Abs. 2 EUV doppelt die Repräsentationsstränge in der Union, bringt aber zugleich zum Ausdruck, wer hier überhaupt zu repräsentieren ist: Das Europäische Parlament (EP) repräsentiert die „Bürgerinnen und Bürger“, so auch Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV, der Rat repräsentiert die Mitgliedstaaten, so auch Art. 16 Abs. 2 EUV. In beiden Repräsentationsnormen wird also nicht, wie in vergleichbaren Verfassungstexten, von der Vertretung eines Volkes gesprochen, sondern es werden eine auf Individuen heruntergebrochene Bürgerschaft und bereits verfasste staatliche Organisationen in der Union repräsentiert. Auf diese doppelte Vermeidung des Volksbegriffs wird zurückzukommen sein.¹⁰ Für die Mitgliedstaaten endet die Repräsentationsstruktur hier nicht. Denn die Regierungsmitglieder, die die Staaten repräsentieren, müssen laut Art. 10 Abs. 1 S. 2 EUV ihrerseits innerhalb der Mitgliedstaaten, sei es parlamentarisch, sei es direktdemokratisch, jedenfalls gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern verantwortlich sein. Damit ist zugleich implizit klargestellt, dass sich Art. 10 EUV *nicht darauf beschränkt, die Organe der Union zu adressieren*.¹¹

9 Dieses Bekenntnis stammt aus dem Verfassungsentwurf, kam dort aber erst relativ spät hinein (gleicher Wortlaut seit EU, Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung von Europa 820/03, 20.7.2003, CONV 820/03, Art. I-46 Abs. 1 VVE). Dies mag daran liegen, dass repräsentative Elemente als weitgehend bestehend vorausgesetzt wurden, wohingegen partizipative Erwägungen und Bürgernähe einer bislang unerfüllten Forderung entsprachen (s. Erklärung von Laeken und EU, Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung von Europa 14/02, CONV 14/02, S. 4). Dabei wird im Lauf der Verhandlungen das Wort Grundsatz gestrichen.

10 Unten, III.1.

11 Zu diesem lange Zeit wenig beachteten Zusammenhang bereits *Isabelle Ley*, Brünns betreibt die Parlamentarisierung des Primärrechts, Anmerkungen zum zweiten Urteil des Tschechischen Verfassungsgerichtshofs zum Vertrag von Maastricht, JZ 2010, 165–173 (169 f.). Gründe dafür, dass die Norm nicht nur deskriptiv mitgliedstaatliche Legitimation unterstellt, sondern diese normativ einfordert, bei *John Cotter*, To Everything There Is a Season: Instrumentalising Article 10 TEU to Exclude Undemocratic

In das Bild einer repräsentativdemokratisch verfassten Union passt Art. 10 Abs. 4 EUV. Wenn dieser den politischen Parteien den primärrechtlichen Auftrag gibt, zur politischen Bewusstseins- und Willensbildung beizutragen, dann gehört das in den Bereich demokratischer Repräsentation, die weltweit allein in Mehrparteiensystemen funktioniert. Im deutschen Recht, an das die Formulierung angelehnt zu sein scheint, ist die entsprechende verfassungsrechtliche Norm auf eine gesetzliche Konkretisierung angelegt, die es auch im Unionsrecht in Ansätzen gibt.¹² Systematisch, aber auch politisch-praktisch hätten an diese Stelle auch Prinzipien für die Wahl des Europäischen Parlaments gehört, denen die Struktur des europäischen Parteienwesens folgen dürfte (vgl. Art. 14 Abs. 3 EUV). Im Ergebnis definieren die Absätze 1, 2 und 4 des Art. 10 EUV damit ein geschlossenes Modell demokratischer Repräsentation in der Union, das theoretisch für sich stehen könnte. Nur Art. 10 Abs. 3 EUV fügt sich dieser Systematik nicht, er gehört als eine Regelung partizipativer Demokratieformen zu Art. 11 EUV.

b) Entscheidung für partizipative Elemente

Art. 11 EUV regelt zusammen mit Art. 10 Abs. 3 EUV Gegenstände, die in der Nomenklatur der Demokratietheorie unter dem Stichwort „Partizipation“ behandelt werden.¹³ Art. 11 Abs. 1 EUV ist streng genommen keine Organisationsnorm, denn die dort geschützte Möglichkeit von Bürgerinnen und „repräsentativen Verbänden“, ihre Ansichten bekannt zu geben und auszutauschen, ist im Unionsrecht bereits grundrechtlich geschützt,¹⁴ und

Member State Representatives from the European Council and the Council, E.L.Rev. 47 (2022), 69–84 (71).

- 12 VO 1141/2014/EU v. 22. Oktober 2014 über das Statut und die Finanzierung europäischer politischer Parteien und europäischer politischer Stiftungen, ABl. 2014 L 317/1; dazu *Thorsten Koch*, Das neue Recht der europäischen politischen Parteien, Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung Nr. 1 (2018), 71–78; *Pascal Schonard*, Europäische politische Parteien und europäische politische Stiftungen, Zeitschrift für Parteienwissenschaften Nr. 3 (2022), 311–321. Überblicke bei *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 8), Art. 10 EUV, Rn. 105–114; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 10 EUV, Rn. 14–22.
- 13 Zum Begriff nur *Manfred Schmidt*, Demokratietheorien, 6. Aufl., Wiesbaden: Springer 2019, 227 ff.
- 14 Man denke nur an die Vereinigungsfreiheit in Art. 12 GrCh, dazu *Hans Jarass*, in: Hans Jarass (Hrsg.), EU-Grundrechte-Charta, 4. Aufl., München: C.H. Beck 2021, Art. 12 EUV, Rn. 4.

bedürfte keiner weiteren Regelung. Doppelt bemerkenswert ist die zweimal verwendete Figur des „repräsentativen Verband[s]“. Zum Ersten muss es sich hier um einen *anderen Repräsentationsbegriff* handeln als in Art. 10 Abs. 1, 2 EUV, denn Verbände repräsentieren nicht nach Grundsätzen demokratischer Gleichheit. Der Begriff formalisiert ein auf Assoziation oder Korporatismus aufbauendes Repräsentationsverständnis.¹⁵ Dies ist, zum Zweiten, bemerkenswert, weil die Norm Bürgerinnen und Bürger auf die gleiche normative Ebene stellt wie Verbände, was sich mit keinem normativ akzeptablen Demokratiebegriff vereinbaren lässt.¹⁶

Art. 11 Abs. 2 EUV verpflichtet die Organe der EU zu einem öffentlichen Dialog mit den repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft. Semantisch ließen sich die beiden Begriffe als Synonyme verstehen, was systematisch durch die Form der Aufzählung aber ausgeschlossen wird. Damit bleibt der Begriffsgehalt ungewiss.¹⁷ Zu denken wäre daran, zwischen Verbänden, die ökonomische Interessen vertreten, und am Gemeinwohl interessierten Organisationen der Zivilgesellschaft zu unterscheiden, aber wirklich etabliert ist eine solche Unterscheidung nicht. Art. 11 Abs. 3 EUV ergänzt dies um eine Pflicht der Kommission zu Anhörungen.

Stellt sich Art. 11 EUV als Relativierung von Art. 10 Abs. 1 EUV dar oder als dessen Ergänzung? Jedenfalls schaffen die Normen des Art. 11 keinen dezidiert politischen Mechanismus, sondern sehen eine Art gemischtes Verfahren vor, das verfassungstheoretisch am Übergang *zwischen rechtsstaatlichen und demokratischen Verfahren* liegt.¹⁸ Die Formulierung „Betroffene“ deutet auf eine Beschränkung von individuellen Rechten, nicht auf politische Selbstorganisation hin. Soweit es um die Einbeziehung von Interessen

15 Kritisch mit Blick auf Art. 11 EUV Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 11 EUV, Rn. 11 ff.; Philippe C. Schmitter, *Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts*, in: Gary Marks/Fritz W. Scharpf/Philippe C. Schmitter (Hrsg.), *Governance in the European Union*, London: Sage 1996, 121–150.

16 Zur Kritik an diesen Konzepten schon anlässlich des Governance-Weißbuchs der Kommission Christian Joerges/Yves Mény/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), *Mountain or Molehill? Responses to the European Commission's White Paper on Governance*, New York: NYU School of Law 2002.

17 Der Begriff der Zivilgesellschaft leidet daran, dass er für die Rolle gesellschaftlicher Institutionen für den politischen Übergang von nicht-demokratischen zu demokratischen Gemeinschaften entwickelt wurde. Repräsentative demokratische Politik sollte er nicht ersetzen, auch nicht ergänzen: Jean Cohen/Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge: MIT Press 1994.

18 Begriffliche Einordnung bei Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 189 ff.

gehen soll, lassen sich hier politische Komponenten ausmachen.¹⁹ Dennoch ist zweifelhaft, inwieweit hier demokratische Verfahren geregelt werden, weil die zu beteiligenden „repräsentativen Verbände“ keine politischen Subjekte sind, die demokratische Freiheits- und Gleichheitsrechte für sich in Anspruch nehmen können.

Art. 10 Abs. 3 EUV fügt eine Formel hinzu, die ein Recht auf „Teilnahme am demokratischen Leben“, S. 1, mit der Pflicht zu offenen und bürgernahen Entscheidungen, S. 2, verbindet.²⁰ Auch wenn kein durchsetzbares subjektives Recht auf demokratische Partizipation geschaffen werden soll, hat die Norm auch in der Zusammenschau mit Art. 11 EUV in S. 2 eine starke Wirkung mit Blick auf Ansprüche auf Informationszugang. Hier verstärkt der Hinweis auf das Demokratieprinzip bestehende konkretere primär- und sekundärrechtliche Positionen zugunsten von Informationspetenten.²¹

Systematisch bemerkenswert ist schließlich, dass Art. 11 EUV alle Organe adressiert, aber *allein* die Kommission ausdrücklich nennt. Wenn im Kontrast dazu Art. 10 EUV Parlament, Rat und Europäischen Rat nennt, weist das darauf hin, dass die – wohl kompensatorisch zu verstehenden – Mechanismen in Art. 11 EUV allesamt in besonderer Weise auf die Kommission zugeschnitten sind.²² Die genannten Verfahren erscheinen typisch für exekutives Handeln. Die primärrechtliche Aufhängung von Anhörungs- und Beteiligungsregeln, die sich in vielen Fällen in konkreter Form im Sekundärrecht finden, verweist implizit auf ein Legitimationsproblem der Kommission.

19 Zuletzt *Susan Rose-Ackerman*, *Democracy and Executive Power: Policymaking Accountability in the US, the UK, Germany, and France*, New Haven: Yale University Press 2021; vgl. schon *Francesca Bignami*, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, *Harv. Int'l L. J.* 40 (1999), 451.

20 Dazu die grundrechtsnahe Deutung bei *Matthias Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 10 EUV, Rn. 12.

21 Dazu aus einer sehr großen Literatur *Alberto Alemanno*, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy*, *E.L.Rev.* 39 (2014), 72; *Deirdre Curtin/Päivi Leino*, *Openness, Transparency and the Right of Access to Documents in the EU*, Report for the Petitions Committee, European Parliament, 2016; zum Zusammenhang mit Demokratie: *Rosas/Armati* (Fn. 2), 126. Diese Garantie findet sich mit dem Grundsatz der Offenheit auch schon in Art. 1 Abs. EUV: *Christian Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 1 EUV, Rn. 83 ff. Er ist für die Organe dann wieder unterschiedlich konkretisiert, knappe Übersicht bei *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 8), Art. 10 EUV, Rn. 94.

22 Zur Bedeutung für die EZB, die nach Art. 13 EUV ebenfalls zu den in Art. 11 EUV adressierten „Organen der Union“ gehört, siehe *Bast/Kaiser*, in diesem Band.

c) Entscheidung für direktdemokratische Mechanismen

Art. 11 Abs. 4 EUV enthält im Ansatz eine dritte demokratische Legitimationsform, nämlich die direktdemokratische Initiative.²³ Wenn mit dieser die Kommission im Verfahren nach Art. 24 AEUV dazu aufgefordert werden kann, Rechtsakte vorzuschlagen, so ist die Einordnung des Mechanismus als direktdemokratisch²⁴ allerdings doppelt zu relativieren. Zum einen entfaltet die Initiative ausdrücklich keine rechtliche Bindungswirkung, zum anderen führt sie zu Verfahren, die die Begrifflichkeit des Vertrags als *repräsentativ* bezeichnet. Die direktdemokratische Anwendung ist also mehrfach *fest in die unionale Repräsentationsstruktur eingebunden*. Die einzige primärrechtliche Vorgabe jenseits der Existenz des Verfahrens besteht implizit darin, dass die Bürgerinnen, die eine solche Initiative ergreifen, aus mehr als einem Mitgliedstaat kommen müssen – eine Regelung, die angesichts der sehr unterschiedlichen Größe der Mitgliedstaaten keine hohe Hürden setzt und quasi nationale Initiativen verhindern soll.

d) Hybride Funktion der nationalen Parlamente

Zeigen sich in Art. 10, 11 EUV drei verschiedene Formen „demokratischer Grundsätze“, so lässt sich Art. 12 EUV in ein solches Schema nicht ebenso einordnen. Dieser regelt mit den mitgliedstaatlichen Parlamenten einen Organtyp, der nicht zur EU gehört und auch keine Erwähnung in Art. 13 EUV findet. Die Formulierung der Norm ist eigenartig, weil sie im Eingangssatz so klingt, als würde sie Pflichten der mitgliedstaatlichen Parlamente stipulieren (engl. Version *shall*), um anschließend nur eine allgemeine Pflicht der Parlamente, sich zu unterrichten, vorsieht, und ansonsten auf Rechte verweist, die in anderen Teilen der Verträge sowie im Protokoll (Nr. 1) über

23 Dazu aus der Literatur *Thomas Hieber*, Die Europäische Bürgerinitiative nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen: Mohr Siebeck 2014; kritisch etwa *Fernando Mendez/Mario Mendez*, The Promise and Perils of Direct Democracy for the EU, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 19 (2017), 48–85 (65 ff.); *Matthias Knauff*, Die Europäische Bürgerinitiative im Wandel, DVBl. 2020, 404.

24 Zu bemerken ist, dass diese Formen nicht unbedingt „direkter“ demokratisch legitimieren als repräsentative Mechanismen: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mittelbare/Repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: George Müller u.a. (Hrsg.), FS für Kurt Eichenberger, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1982, 301–328; *Christoph Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechungen, 3. Aufl., Berlin: Wagenbach 2008, 29.

die Rolle der nationalen Parlamente und im Subsidiaritäts-Protokoll (Nr. 2) eingeräumt werden. Art. 12 EUV ist vor allem wegen seiner impliziten Voraussetzungen von Interesse. Zum Ersten regelt er, wie Art. 10 Abs. 2 EUV, die Innenseite des mitgliedstaatlichen politischen Prozesses, indem er deren Parlamente unmittelbar adressiert und mit unionsrechtlich begründeten Rechten ausstattet. Das Unionsrecht wird so materiell zu einem Teil des Staatsorganisationsrechts der Mitgliedstaaten.

Zum Zweiten erscheint die Rolle der Parlamente hier normativ wenig zwingend. Als zentrale Legitimationsvermittler in den Mitgliedstaaten, die ja allesamt parlamentarische oder zumindest semi-parlamentarische Regierungssysteme haben, nehmen die Parlamente in der Legitimationsstruktur der EU den zentralen Platz ein, den Art. 10 Abs. 2 EUV formuliert. Ungewiss ist aber, ob Art. 12 EUV i.V.m. den einschlägigen Protokollen den Parlamenten darüber hinaus etwas geben kann oder soll. Denn durch diese Normen fungieren die mitgliedstaatlichen Parlamente nicht als direkt legitimierte demokratische Repräsentanten der nach wie vor Souveränität beanspruchenden Mitgliedstaaten, sondern als Knotenpunkte eines regulatorischen Netzwerks, in dem sie nicht aus eigenem Recht, sondern aus dem Recht der Union berechtigt und verpflichtet werden. Strukturell erinnern die ihnen gewährten Informations- und Anhörungsrechte an die Rolle von Betroffenen im Verwaltungsverfahren. Legitimatorisch ist dies eine Herunterstufung von repräsentativer Entscheidung zu schwacher Partizipation. Praktisch wirkt die Regelung eher als Versuch, die Parlamente in Mitverantwortung für Entscheidungen zu nehmen, auf die sie jedenfalls durch diese Instrumente keinen relevanten Einfluss nehmen können. Art. 12 EUV lässt die Parlamente der Mitgliedstaaten an der Entwicklung des Unionsrechts partizipieren, muss damit aber ihr Selbstverständnis als Repräsentanten des jeweiligen mitgliedstaatlichen Volkes verfehlen.²⁵ Ob unter diesen Bedingungen in speziellen Garantien wie der Subsidiaritätsrüge, die Art. 12 lit. b EUV vorsieht und im Subsidiaritätsprotokoll regelt,²⁶ eine überzeugende Kopplung von Demokratie und Kompetenzfrage gesehen werden kann,²⁷

25 Vgl. auch die skeptischen Überlegungen bei von Achenbach, in diesem Band, IV.2.c.

26 Dazu an konkreten Fällen: *Federico Fabbrini/Katarzyna Granat*, Yellow Card, but No Foul: The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike, CML Rev. 50 (2013), 115–143; *Martin Höpner/Lena Ehret*, Endlich Subsidiarität? Die parlamentarische Subsidiaritätskontrolle am Beispiel von „Monti II“, Politische Vierteljahresschrift 57 (2016), 403–429.

27 So *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 12 EUV, Rn. 43, ähnlich Rn. 70.

mag man bezweifeln. Ein Mehr an Verfahrensbeteiligung schafft als solches kein Mehr an Selbstbestimmung.

e) Bilanz

Kaum eine mitgliedstaatliche Verfassung regelt Fragen der demokratischen Legitimation so ausführlich wie es Art.10–12 EUV tun. Gleichzeitig lassen die Normen nicht nur viel offen, das sollen sie, sondern entwickeln verschiedene normative Modelle von Demokratie, die sich nicht widerspruchsfrei zueinander verhalten und die nicht zwingend darauf angelegt sind, anwendbare Vorgaben zu machen. Mit dem Hinweis auf Repräsentation, Partizipation und direktdemokratische Entwicklung, der zumeist auf ein einzelnes Organ bezogen ist, mit der Adressierung auch der mitgliedstaatlichen Organe und mit dem Verweis auf Durchführungsregeln erscheinen die Normen einerseits sehr fundamental, dann aber wieder auf einen sehr spezifischen institutionellen Bestand hin ausgerichtet, der älter als die Norm ist.²⁸

3. Gewaltenteilung, Art. 13 EUV

a) „Institutioneller Rahmen“

Die Formel „institutioneller Rahmen“ in Art.13 Abs.1 S.1 EUV stellt die in S.2 aufgezählten Organe²⁹ in einen übergeordneten organisatorischen Kontext, den die Norm aber wenig ausgestaltet. Zwar unterscheidet Satz 1 zwischen Werten, Zielen und Interessen der Union und verpflichtet die Organe auf alle zugleich. Doch fällt zweierlei auf, was die Norm nicht enthält: einen Grundsatz, der in mitgliedstaatlichen Verfassungen als Gewaltenteilung bezeichnet wird; eine Zuweisung der Verfassungsorganen zu den überlieferten Funktionen oder Gewalten, die ja an anderer Stelle in den Verträgen vorkommen: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollzug. Dies entspricht der im Europäischen Konvent geäußerten Sicht, dass dem institutionellen System der Union keine „klassische Gewaltenteilung“ zu-

28 Zur Entstehungsgeschichte unten, II.3.b.

29 Dazu unten, II.3.b.

grunde liege, sondern dieses vielmehr „pragmatische Formen der Zusammenarbeit“ zur Koordinierung verschiedener Interessen verwirkliche.³⁰

Die Hervorhebung, dass die Organe an die Vorgaben der Verträge gebunden seien, Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV, hat keinen weitergehenden normativen Gehalt. Art. 13 Abs. 1 S. 1 EUV vermittelt damit den Eindruck, einer überschießenden Prinzipienbildung auf dem Gebiet der unionalen Organbeziehungen eher entgegenzustehen. Der institutionelle Rahmen erscheint als bloßer Hinweis auf den vertraglichen status quo, dem er nichts Grundsätzliches hinzufügen soll. Konkrete Funktionszuweisungen finden sich erst später bei den Regelungen einzelner Organe. Positiv formuliert: Art. 14 Abs. 1 S. 1 bezeichnet das Europäische Parlament als Co-Gesetzgeber, Art. 16 Abs. 1 EUV statuiert Entsprechendes für den Rat, Art. 17 Abs. 1 EUV überträgt der Kommission die Initiative zur Rechtsetzung, sowie die Anwendung und Überwachung der Einhaltung des geltenden Rechts, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV überantwortet dem EuGH die Rechtswahrung. Negativ formuliert schließt Art. 15 Abs. 1 S. 1 EUV aus, dass der Europäische Rat als Gesetzgeber operiert. Zugleich kennt der Vertrag eine ausdrückliche Anordnung der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Kommission, Art. 17 Abs. 8 EUV, die damit ein spezifisch gewaltenverschränktes System zu etablieren scheint.³¹

Zu diesem klassisch anmutenden Schema treten charakteristische Ausnahmen. Dies wird in dem Segment der auswärtigen Beziehungen deutlich, die im EUV geregelt sind:³² Das Verbot der Gesetzgebung i.S.d. Art. 289 AEUV in Angelegenheiten der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik in Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 3 EUV, die Zuweisung bloß beratender Funktionen an das EP, Art. 36 EUV, und der weitgehende Ausschluss des Gerichtshofs, Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV, 275 Abs. 1 AEUV, sowie der Hinweis auf den Einsatz „einzelstaatlicher Mittel“ im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, Art. 26 Abs. 3, 41 Abs. 2 EUV. Ausnahmen finden sich, wenn auch durch den Siegeszug des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens immer weniger, in den verschiedenen Politiken der EU:³³ Zu nennen sind etwa die Preisfestsetzung durch den Rat in Art. 43 Abs. 3 EUV und das System der Haushaltseinnahmen durch Eigenmittel, Art. 311 Abs. 2, 322 Abs. 2 AEUV. Das spricht dagegen, dass Art. 13 Abs. 1

30 Europäischer Konvent, Die Rechtsakte: Das derzeitige System, Vermerk des Präsidiums des Konvents v. 13.6.2002, CONV 50/02, 3, II.

31 Dazu von Achenbach, in diesem Band.

32 Dazu Ley, in diesem Band.

33 Zu dieser Entwicklung von Achenbach (Fn. 2).

EUV einen eigenständigen normativen Gehalt als Verfassungsprinzip des Unionsrechts besitzt.

b) Zum Organbegriff

Art. 13 Abs. 1 EUV erfüllt eine klassische Verfassungsfunktion, indem er Organe normativ „konstituiert“, selbst wenn diese vor Inkrafttreten dieser Norm durch Vorgängernormen bereits bestanden. Die in Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 EUV aufgezählten Institutionen erhalten mit dem Status eines Unionsorgans eine normativ hervorgehobene Position, sie sind primärrechtsunmittelbar, haben eine eigene Aufgabe und Legitimation und bei ihrer Aufgabenerfüllung eine gewisse Autonomie.³⁴ Sie werden begrifflich von anderen Handlungsträgern der Union unterschieden, die die Verträge als „Einrichtungen und sonstige Stellen“ bezeichnen (vgl. Art. 9 S. 1 EUV et passim). Der unionsrechtliche Begriff Organ in der deutschen Version darf nicht über die grundsätzlichen Unterschiede zum deutschen Organbegriff hinwegtäuschen.³⁵

Im Ergebnis liefert Art. 13 Abs. 1 EUV – dem deutschen, aber auch anderen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen ähnlich – eine Aufzählung primärer konstitutioneller Akteure, an der als solcher nicht viel hängt, weil die Legitimations- und Organisationsbeziehungen in den Verträgen an anderer Stelle geregelt sind. Wie gesehen, erscheint die Aufzählung im Zusammenspiel mit Abs. 2 S. 1 eher als eine Zurücknahme des Prinzipiellen, man könnte sie darin sehen, auf den operativen Vorgaben der geschriebenen Verträge gegenüber davon abweichenden allgemeineren Prinzipien zu beharren. Eine solche Deutung des Grundsatzes des „institutionellen

34 Roland Bieber, von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2003, Art. 7 EUV, Rn. 11; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 8), Art. 13 EUV, Rn. 9.

35 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 8), Art. 13 EUV, Rn. 7 f. Zum Entstehungskontext des Organbegriffs im deutschen Recht und dessen Problemen *Christi-an Neumeier*, Kompetenzen, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 279 ff.

Gleichgewichts“ findet sich auch in manchen Rechtsprechungsanalysen.³⁶ Dies wird unten näher zu analysieren sein.³⁷

Die Hervorhebung der Unionsorgane ist deswegen dort von Interesse, wo eine solche Einordnung in den hier gesetzten „institutionellen Rahmen“ hätte infragestehen können. Dies ist, soweit ersichtlich, bei zwei der genannten Institutionen der Fall:

Der *Europäische Rat* ist aus informellen Konsultationen der Staats- und Regierungschefs hervorgegangen, die ausdrücklich nicht im formellen Rahmen der vertraglichen Ordnung abgehalten werden sollten.³⁸ Als Repräsentanten der Mitgliedstaaten waren (und sind) diese Versammlungen immer auch Formationen der vertragsändernden Gewalt, also eines kommunikativen Vorraums primärrechtlich orientierter politischer Willensbildung, der die gesamte Union in Geltung setzt und formell weiterentwickelt. Die prominente Rolle, die der Europäische Rat im aktuellen Vertragsänderungsverfahren spielt, Art. 48 Abs. 3, 5 EUV, belegt dies. Damit erscheint der Europäische Rat in einem besonderen Maße als die Stelle, in der sich die Organordnung des Art. 13 EUV und die vertragsändernde Gewalt des Art. 48 EUV überschneiden, also Innen und Außen der Ordnung zusammenkommen. Darauf wird zurückzukommen sein.³⁹ Zugleich operiert der Europäische Rat heute stark als Initiativorgan für die zentralen politischen Anliegen der Union.⁴⁰ Ihm wird eine Regierungsfunktion zugeordnet und damit eine wesentliche Rolle im Gewaltengefüge.⁴¹ Die Einordnung als Organ formalisiert und integriert diesen politischen Raum in die Ordnung, ohne ihn aber voll einhegen zu können oder zu sollen. Dies ist eine besondere Herausforderung für jedes Modell der Gewaltengliederung.⁴²

36 So die grundsätzliche These der Rechtsprechungsanalyse bei *Bruno de Witte*, *The Role of the Court of Justice in Shaping the Institutional Balance in the EU*, in: Joana Mendes/Ingo Venzke (Hrsg.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Oxford: Hart 2018, 143–156; mehr Hinweise unten, IV.2.

37 Unten, IV.2.

38 Zur Entstehung von *Bogdandy/Rugge*, in diesem Band.

39 Unten IV.2.

40 Zur Rolle des Europäischen Rats im Agenda-Setting: *Henning Deters/Gerda Falkner*, *Remapping the European Agenda-Setting Landscape*, *Public Administration* 99 (2021), 290–303 (296 ff.).

41 Unten, III.3.b.

42 Dazu unten, V.

Die Stellung der EZB wurde auch im Konvent lange diskutiert.⁴³ Zu lösen war das Problem, diese als selbstständig und unabhängig anzuerkennen, ohne sie aus der Rechtsbindung zu entlassen.⁴⁴ Zu Beginn der Arbeit der EZB finden sich Versuche, die Bank als eine Institution eigenen Rechts zu verstehen, die den anderen Organen gegenübersteht, ohne in eine gemeinsame Institutionenordnung eingeordnet und dieser damit untergeordnet zu sein.⁴⁵ Dieser Ansatz sollte maßgeblich dazu dienen, die EZB der Kontrolle durch den EuGH zu entziehen. Dieser Ansatz hat sich durch die Rechtsprechung der Gerichte erledigt.⁴⁶ Besonders bleibt die EZB als wichtigste politisch unabhängige Agentur der EU, die nominell zugleich als Unionsorgan qualifiziert wird.⁴⁷ Unabhängiges Verwaltungshandeln ist ein klassisches Problem der Gewaltenteilung.

Für die anderen aufgezählten Organe bleibt es beim allgemeinen Problem aller juristischen Organbegrifflichkeiten, das darin besteht, Ausdifferenzierungen der Institutionenstruktur aufzufangen, also konkret zu klären, welchen Status Mitglieder oder Untereinheiten einer Institution beanspruchen können. Um diesem Problem zu entgehen, ist es konsequent, so enumerativ vorzugehen wie in Art. 13 Abs. 1 EUV.

Das bedeutet umgekehrt nicht, dass andere vertragliche Organe als diejenigen, die Art. 13 Abs. 1 EUV aufzählt, nicht auch an die dort genannten Regeln gebunden wären. Man kann den Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, der in Art. 18, 27 EUV genannt wird, oder die Agentur für Flugsicherheit (EASA),⁴⁸ die durch einen Sekundärrechtsakt gegründet wurde, beide als Teile des institutionellen Rahmens

43 Dazu ausführlich *Bast/Kaiser*, in diesem Band.

44 In Art. 7 EGV als Vorgängervorschrift ist sie noch nicht erwähnt, sondern in einer eigenen Norm, Art. 8 EGV. Im VVE sollte sie als „sonstiges Organ“ auftreten, Art. I-30 VVE. Die Einbeziehung der EZB wurde immer auch aus Bedrohung ihrer Unabhängigkeit kritisiert: *Franz Mayer*, Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitaden zum Vertrag von Lissabon, *ZaöRV* 67 (2007), 1141–1217 (1176).

45 *Martin Selmayr/Chiara Zilioli*, The Constitutional Status of the ECB, *CML Rev.* 44 (2007), 355. Zur Einordnung als Institution sui generis auch *Charlotte Gaitanides*, Die Verfassung für Europa und das Europäische System der Zentralbanken, in: *Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias* (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung*, FS für Manfred Zuleeg, Baden-Baden: Nomos 2005, 550 (555 f.).

46 Beginnend mit EuGH, Urteil v. 10.7.2003, Rs. C-11/00, *ECLI:EU:C:2003:395 – Kommission/EZB*.

47 Zur dogmatischen Relevanz *Bast/Kaiser*, in diesem Band, IV.1.

48 VO 2018/1139/EU v. 4. Juli 2018 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Flugsicherheit sowie zur Änderung der Verordnungen, *ABI.* 2018 L212/1.

verstehen.⁴⁹ Damit verliert die Aufzählung in Art. 13 Abs. 1 EUV viel von ihrer Bedeutung. Sie schafft eine vertragliche Garantie für den Bestand der aufgezählten Organe, beschränkt aber die dort genannten Bindungen nicht auf diese und begrenzt auch nicht die Möglichkeit, sekundärrechtlich neue Organe zu schaffen. Die gesonderte Erwähnung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen in Art. 13 Abs. 4 EUV illustriert das Problem eher, als dass sie es löst. Der Hinweis auf den bloß beratenden Charakter der beiden Ausschüsse bezeichnet damit aber auch ex negativo ein gemeinsames Charakteristikum der Organe, nämlich die Fähigkeit, bindende Entscheidungen zu treffen (einzige Ausnahme: der Rechnungshof), die sich aber wiederum nicht auf die aufgezählten Organe beschränkt.

c) Legalität und loyale Zusammenarbeit

Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV verpflichtet die Organe auf Einhaltung ihrer Kompetenzen und auf loyale Zusammenarbeit mit den anderen Organen.⁵⁰ Dieser Rechtsgedanke entstammt einer älteren, aus der Tradition des Bundesstaatsrechts kommenden Vorgabe,⁵¹ die sich für das vertikale Verhältnis zwischen Föderation und Gliedern nunmehr in Art. 4 Abs. 3 EUV findet.⁵² In föderalen Strukturen stellt die Pflicht zur Kooperation zwischen den Gliedern untereinander und im Verhältnis zur Union, in der deutschen Tradition die „Bundestreue“ einen bemerkenswerten Unterschied zwischen dem europäischen und dem amerikanischen Verfassungsverständnis dar.⁵³

49 So wendet das Gericht das institutionelle Gleichgewicht auch auf Agenturhandlungen an: EuG, Urteil v. 14.5.2009, Rs. T-165/06, ECLI:EU:T:2009:157, Rn. 67 – *Fiorucci/Amt der EU für geistiges Eigentum*; Urteil v. 13.9.2010, Rs. T-135/08, ECLI:EU:T:2010:397, Rn. 85 – *Schniga/Gemeinschaftliches Sortenamt*. In beiden sagt es, dass es gegen das institutionelle Gleichgewicht verstoßen würde, wenn es als Gericht die Ermessensentscheidung einer Agentur durch eine eigene Entscheidung ersetzen würde. Dafür bedarf es aber wohl keines solchen kurzen Ausflugs ins Grundsätzliche.

50 Dazu im ersten Zugriff *Christian Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 13 EUV, Rn. 19 ff.; *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 16.003.

51 *Hartmut Bauer*, *Die Bundestreue*, Tübingen: Mohr 1992, 243 ff.; *Hermann Wilfried Bayer*, *Die Bundestreue*, Tübingen: Mohr 1961, 27 ff. Grundlegend für die europäische Ebene: *Marc Blanquet*, *L'Article 5 du Traité C.E.E.*, Paris: LGDJ 1994.

52 *Christian Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 13 EUV, Rn. 28.

53 Zu dieser Besonderheit *Daniel Halberstam*, *Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems*, *Virginia L. Rev.* 90 (2004), 731–834 (763 ff.).

Eine entsprechende horizontale Verpflichtung, die im deutschen Verfassungsrecht als „Verfassungsorganstreue“ diskutiert wird,⁵⁴ und sich, wenn auch selten, in anderen nationalen Verfassungsordnungen findet, ist weniger gebräuchlich. Denn wenn sich Union und Mitgliedstaaten oder im Recht mitgliedstaatlicher Bundesstaaten nationale und föderale Ebene gegenüberstehen, so dient eine solche Norm der Rücksichtnahme, der Treue oder der „Comity“, also der Lösung eines potentiellen Konflikts zwischen vergleichbaren politischen Akteuren mit einer voll ausgebauten Organstruktur. Die Organe für sich, deren Beziehungen eine Norm wie Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV regelt, erfüllen dagegen jeweils ganz unterschiedliche Funktionen, so dass nicht ohne Weiteres klar ist, wie sich Konflikte zwischen ihnen ergeben können, die man mit einer Norm lösen könnte, die über die Kompetenzverteilung hinausgreift.

d) Normative Bindungen

Art. 13 Abs. 1 S. 2 legitimiert den institutionellen Rahmen der Organe, wie gesehen, durch eine umfangreiche Zweckbestimmung, die diesen an Werte, Ziele und Interessen bindet. Als Werte lassen sich die Gehalte des Art. 2 EUV identifizieren, als Ziele diejenigen in Art. 3 Abs. 1 EUV. Unklar ist, was mit den Interessen der Union, der Bürgerinnen und der Mitgliedstaaten bezeichnet werden soll. In einer systematischen Stelle des Vertrags, an der man einen schlichten Hinweis auf die Rechtsbindung der Unionsorgane hätte erwarten können, der dann mittelbar in Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV erfolgt, wird das Recht gar nicht erwähnt, stattdessen wird auf verschiedene normative Begriffe verwiesen, die teilweise primärrechtlicher Provenienz sind, teilweise gar keine Rechtsqualität beanspruchen können.⁵⁵ Diese Überdeterminierung des Organhandelns durch in ihrer Bedeutung ungewisse Maßstäbe erinnert an die alte Einsicht, dass die Vervielfachung von Bindungen faktisch zu deren Freistellung führen kann, weil die auftretenden

54 Wolf-Rüdiger Schenke, *Die Verfassungsorganstreue*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

55 Zur Unsortiertheit der Normen auch Martin Nettesheim, „Gegründet auf Werten ...“. Das Narrativ der Wertegemeinschaft und der Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas*, Baden-Baden: Nomos 2019, 91–110.

Widersprüche auf vielerlei Weise aufgelöst werden können.⁵⁶ Das dürfte eine auf Recht beruhende Konstitutionalisierung der Vertragsstruktur eher erschweren, weil sie nicht im Sinne eines politischen Konstitutionalismus darauf angelegt ist, Räume zu öffnen, sondern eine solche Öffnung nur als Nebeneffekt erzeugt. Der in der Norm folgende Hinweis auf „Kohärenz, Effizienz und Kontinuität ihrer Politik und ihrer Maßnahmen“ weist zudem auf den immer noch stark *technokratischen Einschlag* der Vertragssemantik hin, der sich die politische Herrschaft, die mit der Union errichtet wird, letztlich als eine Form des Verwaltens imaginiert.⁵⁷ Dass demokratische Wahlen, auf die in Art. 10 Abs. 1 EUV, wenn auch nur implizit, so doch eindeutig, hingewiesen wird, dazu dienen, ein Stück *politische Diskontinuität und Inkohärenz* in hoheitliches Handeln zu bringen, ja, dass in dieser Diskontinuität der Kern politischen Handelns stecken könnte,⁵⁸ hat sich den Schöpfern der Verträge offensichtlich nicht erschlossen.

Art. 13 Abs. 1 S. 2 EUV stiftet nichtsdestotrotz mit dem Hinweis auf Art. 2, 3 EUV eine manifeste Bindung der Organe. Inwieweit diese rechtlich auszuformulieren ist, vielleicht sogar justitiabel ist, bleibt die Frage, bei deren Beantwortung man wohl zwischen der zweifelhaften Einklagbarkeit bestimmter Werte und Ziele als solcher und der Auslegung anderer Rechtspflichten im Lichte der Werte und Ziele zu unterscheiden hat. Zumindest an letzterer besteht kein Zweifel,⁵⁹ erstere ist jedenfalls mit Blick auf die Jurisdiktionsbeschränkung von Art. 269 EUV, wie sich zeigen wird, nur mit Einschränkung zu bejahen.

56 Dazu Eberhard Schmidt-Aßmann, Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit: FS für Klaus Stern, München: C.H. Beck 1997, 745–762 (754 f., 760 f.).

57 Dem entspricht die Beobachtung, dass die Frage des institutionellen Gleichgewichts vor allem unter Effizienz Gesichtspunkten diskutiert wird, vgl. etwa Europäischer Konvent, Arbeitspapier über die Funktionsweise der Organe, 10.1.2003, CONV 477/03, 12.

58 Dieser Hinweis wird in der Theoriegeschichte in aller Regel mit Hannah Arendt in Verbindung gebracht, siehe Hannah Arendt, Über die Revolution, München: R. Piper & Co 1963, 183 ff. Zum dahinterstehenden Verfassungsverständnis Christoph Möllers, Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, Oxford/Portland: Hart 2006, 183 (184–191); Ulrich K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, Frankfurt a.M.: Fischer 1994, 19.

59 Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.3.

e) Bilanz

Art. 13 EUV bietet keine klassische Norm der Gewaltenteilung, wie sie sich in vielen mitgliedstaatlichen Verfassungen findet; den Unionsorganen werden keine definierten Funktionen zugewiesen. Eine solche Zuweisung findet sich aber partiell in Einzelbestimmungen der beiden Verträge, so dass sich ein fragmentiertes, aber dennoch auch mit den aus dem Recht staatlicher Verfassungen überlieferten Kategorien beschreibbares Bild ergibt.⁶⁰ Dabei könnten sich die Normen an die ihr vorausgehenden gerichtlichen und wissenschaftlichen Überlegungen zur Figur des „institutionellen Gleichgewicht“ anschließen lassen, auch wenn ein solcher Anschluss, wenn man vom Wortlaut ausgeht, nicht unbedingt erwünscht war.

III. Verfassungstheoretische Fragen

Mit Art. 10–13 EUV intervenieren die Vertragsgesetzgeber *volens* als Rechtsetzer in alte theoretische Debatten um Demokratie und Gewaltenteilung. Will man die besonders unübersichtliche Diskussion um die demokratische Legitimation dabei grob strukturieren, so kann man zwischen Fragen der Legitimationssubjekte (1.) und denen der Art der Legitimation (2.) unterscheiden. Derart konkretisiert führt die Argumentation zur Frage der Ausgestaltung der Unionsorgane in der Begrifflichkeit der Integration auf ein legitimes institutionelles Gleichgewicht (3.). Schließlich ist die Frage nach dem spezifisch *kernkonstitutionellen* Charakter unseres Normkomplexes zu behandeln (4.).

1. Demokratische Legitimationssubjekte: das Fehlen des europäischen Volkes

Die Frage der demokratischen Legitimation der europäischen Integration wurde schon früh im Prozess von einzelnen Beteiligten aufgeworfen,⁶¹ aber auch immer wieder unter Hinweis auf die bestehende politische Legitima-

60 So auch die Bilanz bei Ziller (Fn. 3) und bereits früher bei Lenaerts (Fn. 3), 14; Gerard Conway, *Recovering a Separation of Powers in the European Union*, ELJ 17 (2011), 304–322; Jean-Pierre Jacqué, *The Principle of Institutional Balance*, CML Rev. 41 (2004), 383–391; Möllers, *Three Branches* (Fn. 3).

61 Weitere Nachweise oben, Fn. 2.

tion der Mitgliedstaaten zurückgewiesen.⁶² Sie wurde aber spätestens mit dem Vertrag von Maastricht unabweisbar. Mit diesem haben nicht nur die Verträge selbst, sondern auch viele mitgliedstaatliche Verfassungen das Anliegen einer demokratischen Legitimation der EU ausdrücklich aufgenommen und damit die Frage, ob die Union demokratisch legitimiert sein *kann*, förmlich beendet.⁶³ Trotzdem wird die Debatte über die richtige Konstruktion einer Legitimationssubjektivität weitergeführt – und zwar hinsichtlich des Geltungsgrunds der Union, also mit Blick auf deren verfassungsgebende Gewalt.⁶⁴ In dieser Debatte geht es letztlich um eine legitimierungstheoretische Sicht auf das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten, zugleich ist sie aber, wenn sie sich auf die operativen Details einlässt, viel differenzierter, schon weil es sehr unterschiedliche Möglichkeiten gibt, dieses Verhältnis zu arrangieren. An dieser Stelle verbinden sich dann Fragen der Legitimation notwendig mit solchen der Gewaltenteilung.

Auf einer *ersten Ebene* stellt sich die Frage, welche Legitimationssubjekte der Union zur Verfügung stehen und wie sie sich zueinander verhalten. Klar scheint zu sein, dass die mitgliedstaatlichen *Völker der Union* über die Beteiligung am vertragserzeugenden Prozess und über die Legitimation der mitgliedstaatlichen Regierungen in den Unionsorganen Legitimation vermitteln.⁶⁵ Diese Legitimation wird gewissermaßen verfassungsgebend fundiert, wenn die mitgliedstaatlichen Volksvertretungen an der Vertragssetzung beteiligt sind.

Umstrittener ist die Existenz eines entsprechenden Legitimationssubjekts auf europäischer Ebene, eines europäischen Volkes. Die Existenz eines solchen wird heute wohl mehrheitlich bestritten. Gründe hierfür speisen sich aus argumentativen Annahmen, die auf verschiedenen Ebenen liegen. Sie sollen sich etwa aus einer fehlenden gesellschaftlichen Integration, aus dem Fehlen einer gemeinsamen politischen Öffentlichkeit,⁶⁶ aus dem Ver-

62 Einflussreich *Andrew Moravcsik*, In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union, *JCMS* 40 (2002), 603–624 (611 ff.).

63 Der viel diskutierte Beitrag von *Grimm* argumentiert nicht auf Grundlage der Rechtslage: *Dieter Grimm*, Does Europe Need a Constitution?, *ELJ* 1 (1995), 282–302.

64 Dazu oben *Patberg* (Fn. 6); *ders.*, *Constituent Power in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2020.

65 Versuche, die Legitimation auf diesen Beitrag zu reduzieren, finden sich nach wie vor, etwa bei *Richard Bellamy*, *A Republican Europe of States*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

66 *Grimm* (Fn. 63), 294 f.

dünnen des Legitimationspotentials für große föderale Gemeinschaften⁶⁷ oder aus dem immer noch mitgliedstaatlich geprägten Wahlrecht zum Europäischen Parlament ergeben.⁶⁸ Dagegen steht eine wachsende, aber immer noch kleinere Reihe von Beiträgen, die vom Bestehen eines gemeineuropäischen Legitimationssubjekts ausgeht.⁶⁹ Auch hier finden sich unterschiedliche Arten von Argumenten. So lässt sich auf die relativierten Homogenitätserwartungen in größeren föderalen Demokratien wie Indien⁷⁰ oder den Vereinigten Staaten hinweisen, die nationale Demokratien bei großer Diversität sind oder die wie Indien und die Schweiz nicht über einen gemeinsamen sprachlichen Kommunikationsraum verfügen. Eher normativ argumentieren lässt sich sowohl mit Vorgaben des Art. 2 EUV, die sich auch auf einen sozialen Raum,⁷¹ nicht allein auf die hoheitliche Organisation der EU beziehen, und mit den politischen Voraussetzungen der unionalen Legitimationsmechanismen.⁷² So lässt sich Art. 2 EUV so deuten, dass mit der Referenz auf eine europäische Gesellschaft die Gemeinsamkeit eines politischen Konfliktraums unterstellt wird, der sich nicht mehr auf Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten reduzieren lässt.⁷³ Damit verweben sich in dieser Debatte normative und deskriptive Kriterien: die Frage, was überhaupt vom Volksbegriff vorausgesetzt wird, mit der, inwieweit es eines solchen für eine hinreichende Legitimation der Union überhaupt bedarf.

Der *Text der Verträge* erscheint in dieser Hinsicht nicht zufällig unentlossen: Einerseits stellt dieser das Prinzip der Repräsentation prominent heraus; andererseits nennt er keine zu repräsentierenden Legitimationssubjekte. Zu repräsentieren sind laut Art. 10 Abs. 2 EUV die Bürgerinnen und Bürger der Union und diejenigen der Mitgliedstaaten. Diese Formulierung vermeidet die Nennung von Legitimationssubjekten, sondern bezieht sich auf ein Aggregat von Individuen. Man mag davon ausgehen, dass solche Legitimationssubjekte nur unter bestimmten sozialen Bedingungen entste-

67 Dirk Jörke, *Die Größe der Demokratie. Über die räumliche Dimension von Herrschaft und Partizipation*, Berlin: Suhrkamp 2019.

68 BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

69 Angela Augustin, *Das Volk der Europäischen Union*, Berlin: Duncker & Humblot 2000.

70 Philipp Dann/Maxim Bönnemann/Tanja Herklotz, *Of Apples and Mangoes: Comparing the European Union and India*, *Indian Yearbook of Comparative Law* 2016, 3–20.

71 Armin von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Berlin: Suhrkamp 2022, § 2.

72 *Ibid.*; von Achenbach (Fn. 2), 327 ff.

73 von Bogdandy/Bast, in diesem Band, III.3.

hen können, aber, wenn dem so wäre, könnte dies wiederum nicht durch eine Norm, die wie Art. 2 EUV eine Gesellschaft unterstellt, gesetzt werden. Wenn es bestimmte soziale Bedingungen politischer Legitimation gibt – und es ist eine offene Frage, welche genau dies sein sollten –, wären diese jedenfalls nicht durch rechtliche Setzung zu schaffen.⁷⁴

Die vertragliche Formel einer demokratischen Vertretung der „Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“ in Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2 EUV ist Gegenstand einer mitunter begrifflich überladen wirkenden Diskussion zwischen und innerhalb von Rechts- und Politikwissenschaften über die Frage, ob und wenn ja was repräsentiert wird.⁷⁵ Die vertragliche Formel selbst erkennt nicht nur entsprechende Formulierungen in den mitgliedstaatlichen Verfassungen, die in der Regel von der Repräsentation eines Volkes sprechen, sondern vor allem den Repräsentationsbegriff selbst. Dieser knüpft an die Entstehung einer politischen Gemeinschaft an.⁷⁶ Bürgerinnen und Bürger werden nicht als Einzelne für sich repräsentiert, deren individuelle Anliegen sich aus privatnützigen subjektiven Rechten ergeben, sondern als Teil einer politischen Gemeinschaft, die als Volk bezeichnet wird. Wenn die Bürgerinnen und Bürger der EU gemeinsam das Europäische Parlament wählen, so ist dies jedenfalls ein Akt kollektiver Selbstbestimmung⁷⁷, es entscheidet nicht eine Gesellschaft, sondern ein formalisierter Personenverband. Dass das Repräsentationsprinzip, nach dem dieser Verband entscheidet, die Kontingente kleinerer Mitgliedstaaten überrepräsentiert, ist ein Problem,⁷⁸ das aber an der grundsätzlichen Einordnung nichts ändert. Gleiches gilt für den Umstand, dass das so kreierte Parlament in diesem System so wenig Organsouveränität genießt wie in den meisten anderen, zumal föderalen Verfassungsordnungen. Die Annahme, dass die Verträge ein europäisches Volk unterstellen, ist durch all dies aber nicht ausgeschlossen.

74 So wohl auch *ibid.*, die die europäische Gesellschaft nicht als Legitimationssubjekt konzipieren.

75 Vgl. die eingehende Darstellung bei *von Achenbach*, in diesem Band, III.1.

76 Vgl. theoretisch nur *Nadia Urbinati*, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Chicago: The University of Chicago Press 2006, sowie *Adalbert Podlech*, *Repräsentation*, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, Stuttgart: Klett 1972 ff., 509–547.

77 Zum Versuch einer Trennung von Demokratiebegriff und kollektiver Selbstbestimmung *von Bogdandy/Bast*, in diesem Band, II.3.

78 Zur plausiblen Rechtfertigung der degressiven Proportionalität als Instrument der Hegemonieverhinderung *von Achenbach*, in diesem Band, III.2.

Die Auslassung des Volksbegriffs in den Verträgen ist interessant, weil dieser eine Art quasi-liberale Vorstellung von Legitimation ohne politische Vergemeinschaftung zugrunde liegt, die sich auch in der Literatur⁷⁹ und amtlichen Verlautbarungen („Europa der Bürger“) findet.⁸⁰ Hier führt eine wirkmächtige Spur von der maßgeblich subjektiv-rechtlich gesteuerten Form der frühen Integration⁸¹ zum gegenwärtigen, weiterhin individualistisch formulierten Demokratieverständnis der Verträge, das Demokratie ohne politisches Subjekt zu konstruieren sucht. Ein politischer Grund dieser Auslassung dürfte aber auch in einem doppelten Sachzwang liegen: einerseits die Rede vom europäischen Volk zu vermeiden (zu den Gründen sogleich) und andererseits den unionalen und den mitgliedstaatlichen Legitimationsstrang für grundsätzlich gleichberechtigt zu halten.

Die Existenz eines europäischen Volkes in den Verträgen vorauszusetzen, hätte nicht nur andere systematische Fragen aufgeworfen, namentlich die nach einem demokratischen Verfassungsgebungsprozess,⁸² sondern vor allem endgültig die völkervertraglichen Grundlagen der Union und damit ihre Abhängigkeit von Entscheidungen der souveränen Mitgliedstaaten in Frage gestellt. Zugleich ist die Lösung der Verträge, die mitgliedstaatliche Legitimation auch ohne Erwähnung der Völker zu beschreiben, um sie mit derjenigen der Union auf einen Stand zu bringen, wenig überzeugend. Sie ist systematisch ebenso wenig mit der von der Union qua Art. 2 EUV beanspruchten Funktion einer Hüterin der mitgliedstaatlichen Demokratien in Einklang zu bringen wie mit den Verpflichtungen, die Art. 12 EUV für die mitgliedstaatlichen Parlamente vorsieht.

79 Deutlich wirtschaftsliberal gewendet bei *Ernst-Ulrich Petersmann*, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg: University Press Fribourg 1991. Grundsätzliche Kritik bei *Isabelle Ley*, *Kant versus Locke*, *ZaöRV* 69 (2009), 317–345.

80 Zu diesem Topos, das sich aber nicht zufällig erstmal auf Grundrechte bezieht: *Frank Schorkopf*, *Die unentschiedene Macht: Verfassungsgeschichte der Europäischen Union 1948–2007*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2023, 174 ff.

81 Juristisch *Christoph Schönberger*, *Unionsbürger*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 274 ff.; aus politikwissenschaftlicher Perspektive bei *Karen Alter*, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, 33–63; historisch *Schorkopf* (Fn. 80), 106 ff.

82 Dazu unten, III.3.

2. Verschiedene demokratische Legitimationsformen – und ihre Alternativen

Die Frage, inwieweit es angemessen ist, von mitgliedstaatlichen Völkern oder einem unionalen Volk zu sprechen, um die Union demokratisch zu legitimieren, setzt bereits ein repräsentatives Demokratieverständnis voraus. Partizipative Demokratieverständnisse bedürfen keiner Bestimmung eines Legitimationssubjekts, sie garantieren Betroffenen oder Assoziationen lediglich Beteiligungsmöglichkeiten. Ein repräsentatives Demokratieverständnis ist für die Beschreibung und Bewertung der Union aber keinesfalls selbstverständlich. Dass sich die Union als repräsentative Demokratie versteht, wie es Art. 10 EUV so prominent zum Ausdruck bringt, ist bemerkenswert. Die Legitimation der europäischen Integration wurde lange Zeit nicht notwendig als repräsentativ-demokratische Legitimation verstanden, ja noch nicht einmal notwendig als demokratische.

Als nicht-demokratische Legitimationselemente, die die Debatte der europäischen Integration seit ihren Anfängen begleiten, sind drei hervorzuheben: *Zum Ersten* die durch die Integration entstehende wirtschaftliche Wohlfahrt, die namentlich für die Rechtfertigung der Binnenmarktstruktur von entscheidender Bedeutung war – und die in der Formel der Output-Legitimation beschrieben wurde.⁸³ *Zum Zweiten* rechtfertigen sich manche Unionsorgane in einer langen Tradition mit der weit verstandenen unabhängigen Expertise ihres Handelns. Elemente einer solchen Rechtfertigung kennen wir aus der Geschichte der Kommission⁸⁴ und in der Gegenwart von der EZB.⁸⁵ Eine solche Rechtfertigung spielte auch in der Bewältigung der Euro-Krise eine wesentliche Rolle,⁸⁶ in der Kommission und EZB mit dem IMF zusammenwirkten. Dieses Zusammenwirken wurde gerade wegen des greifbaren Mangels an demokratischer Legitimation kritisch

83 Grundlegend *Fritz W. Scharpf*, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz: Univ. Verl. 1970, 66 ff. Auf die europäische Integration bezogen: *ders.*, *Regieren in Europa*, Frankfurt a.M.: Campus 1999, 20 ff.

84 EU-Kommission, Weißbuch „Europäisches Regieren“, 25.7.2001, KOM (2001) 428 endg., 6.

85 Vgl. dazu die wohlwollend kritischen Überlegungen bei *Paul Tucker*, *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton: University Press Princeton 2018.

86 Und wurde nicht selten als liberal-autoritärer Übergriff kritisiert: *Jonathan White*, *Politics of Last Resort: Governing by Emergency in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2019.

bewertet und als technokratisch-autoritär beurteilt,⁸⁷ obwohl dabei die hintergründige Rolle der Mitgliedstaaten und ihrer demokratischen Prozesse nicht immer hinreichend mitbedacht wurde.⁸⁸

Eine *dritte* nicht-demokratische Legitimationsressource kann in der Bedeutung des *Rechts* gesehen werden. Lange Zeit ließ sich das Recht der europäischen Integration auch als subjektiv-rechtlich unterfütterte, wohlwollende Bindung der nationalen politischen Prozesse an ein europäisches Gemeinwohl verstehen. Dessen Legitimationsleistung hing nicht von demokratischen Rechtsetzungsprozessen ab, sondern war Ausdruck einer friedlichen Koexistenz von Mitgliedstaaten, die die transnationalen Freiheitssphären ihrer Bürger schützt. Auf einer solchen Grundlage ließ sich auch die stark rechtsfortbildende und oft vertragsunmittelbar argumentierende Rechtsprechung des EuGH rechtfertigen. Das konnte man, je nach Verständnis der richterlichen Funktion als Usurpation,⁸⁹ als willkommene Arbeit am Projekt der Integration oder schlicht als den Normalfall des Verhaltens eines obersten Föderationsgerichts⁹⁰ deuten. Nicht zufällig wurde deswegen das Verhältnis zwischen dem EuGH und dem unionalen Gesetzgeber zum Gegenstand einer zentralen europarechtswissenschaftlichen Kontroverse.⁹¹ Noch heute ist ein solches Verständnis lebendig, wenn nicht zufällig von der Kommission der Rechtsstaatlichkeit ein Vorrang vor anderen Werten des Art. 2 EUV eingeräumt wird.⁹²

Neben diese nicht-demokratischen Legitimationsressourcen treten *andere Demokratiekonzepte* als das der Repräsentation. Deliberative Demokratiemodelle, deren Legitimationsleistung im Geben und Nehmen von Gründen gesehen wird,⁹³ schmiegen sich, obwohl in der philosophischen Debat-

87 Ibid., 106 ff.

88 Christoph Möllers, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Integration, *Leviathan* 4 (2015), 339–364.

89 Martin Höpner, Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration: Eine akteursbezogene Erklärung, *Berliner Journal für Soziologie* 21 (2011), 203–229. Ulrich Haltern/Andreas Bergmann (Hrsg.), *Der EuGH in der Kritik*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012; *Hjalte Rasmussen*, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1986.

90 Christoph Schönberger, Normenkontrollen im EG-Föderalismus, *EuR* 2003, 600–627.

91 Joseph H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2403–2483; Miguel P. Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford: Hart 1998.

92 Dazu unten, IV.1.b.

93 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 349 ff.

te nicht so intendiert, im Ergebnis oft eng expertokratischen Modellen an.⁹⁴ Grundsätzlich finden sich in der Literatur zur EU viele Überlegungen zu genuin verwaltungsbezogenen Legitimationsmodellen, die schlicht darauf hinaus laufen, dass Betroffene mit den Unionsorganen, namentlich mit der Kommission und ihren Untergliederungen, in einen Austausch treten und die Behörde dadurch mit Rechtfertigung versorgen. Dieses Modell hat die Kommission schon lange in verschiedenen Varianten propagiert. Solche Formate von Partizipation bieten dann vor allem Verfahren an, in denen Stellungnahmen zu Rechtsetzungsvorschlägen besprochen werden können.⁹⁵

Wenn die Verträge in Art. 11 EUV, wie gesehen, einerseits demokratische Repräsentation hervorheben, andererseits partizipative Verfahren mit einem korporatistischen Einschlag ausdrücklich erwähnen und diese vor allem auf die Kommission beziehen, folgen sie pluralistischen Demokratie-modellen, auch wenn die Frage nach dem konkreten Regelungsgehalt der Normen damit nicht beantwortet wird. Zugleich geht der demokratische Normbestand aber an der institutionellen Praxis der EU vorbei. Wenn man die Beobachtung ernst nimmt, dass sich die Union in ihrer neueren institutionellen Entwicklung eigentlich regelmäßig auf im weitesten Sinne unabhängige Stellen einigen kann,⁹⁶ zu nennen wären die EZB,⁹⁷ das Agenturwesen,⁹⁸ FRONTEX,⁹⁹ oder die lange Diskussion um die Organisation der

94 Vgl. etwa den etwas idealisierenden Blick auf das Ausschusswesen bei *Christian Joerges/Jürgen Neyer*, From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, *ELJ* 3 (1997), 273–299, oder die (dort zu Recht kritischen) Überlegungen zu den Trilogien bei *von Achenbach*, (Fn. 2), 469 ff.

95 Oben, II.2.b.

96 *Antoine Vauchez*, *Démocratiser l'Europe*, Paris: Seuil 2014.

97 *Christoph Möllers*, Some Reflections on the State of European Democracy with Regard to the Banking Union and the ECB, in: *Stefan Grundmann/Hans-W. Micklitz* (Hrsg.), *The European Banking Union and Constitution*, Oxford: Hart 2019, 205–218; positiver *Deirdre Curtin*, Accountable Independence of the European Central Bank: Seeing the Logics of Transparency, *ELJ* 23 2017, 28–44.

98 Relativierend mit Blick auf deren praktische Unabhängigkeit aber *Deirdre Curtin*, *Executive Power in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2009, 146–165.

99 *Bettina Schöndorf-Haubold*, Europäisches Polizei- und Sicherheitsrecht, in: *Jörg Philipp Terhechte* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, 1461–1567; *Herbert Rosenfeldt*, *Frontex im Zentrum der europäischen Grenz- und Küstenwache*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 259 ff. Namentlich geht es um die operative Unabhängigkeit in Art. 93 Abs. 3 Frontex-VO.

Bankenaufsicht,¹⁰⁰ die ursprünglich nicht unbedingt der EZB zugeordnet werden sollte, so finden diese Entwicklungen *in den grundsätzlichen Regelungen der Verträge keinen Ausdruck*. Ein ähnlicher Einwand gilt auch für die offene Rollensuche der EU-Kommission, die ihren eigenen Übergang von einem kompetenziell reich ausgestatteten Sekretariat einer zwischenstaatlichen Organisation zum politischen Führungsorgan einer politischen Gemeinschaft mal mehr, mal weniger offensiv betreibt.¹⁰¹ Zudem scheinen sich unter dem Begriff der Politisierung der Kommission unterschiedliche Phänomene zu finden: einerseits eine politische Führung durch Initiativen und Mehrheitsbildung in Parlament und Mitgliedstaaten, andererseits eine politisch motivierte Flexibilität bei rechtswidrigem Verhalten der Mitgliedstaaten, dessen Verfolgung zu den Kernaufgaben des nicht politischen Mandats der Kommission gehört, die aber als Verhandlungsmasse verwendet wird.¹⁰² Vor diesem institutionellen Hintergrund ergibt sich ein komplexes Bild, indem verschiedenste theoretische Angebote einem sehr diversen Normbestand und einer nicht einfach auf den Begriff zu bringenden institutionellen Praxis gegenüberstehen. Das sind anspruchsvolle Voraussetzungen für eine juristische Konkretisierung des Gebots demokratischer Legitimation.¹⁰³

3. Gewaltenteilung – und ihre Strukturprobleme in der EU

Gewaltengliederung, Gewaltenteilung, Checks und Balances oder institutionelle Balance sind Begriffe zur ganzheitlichen Beschreibung einer ausdifferenzierten politischen Organisation. Sie können deskriptiv und normativ verwendet werden. Dabei ist darauf zu achten, nicht in ein Schema zu verfallen, in dem ein vermeintlich „klassisches“ Modell, das es auch im

100 Niamh Moloney, European Banking Union: Assessing its Risks and Resilience, CML Rev. 51 (2014), 1609–1670; David Howarth/Lucia Quaglia, Die Bankenunion als Krönung der Wirtschafts- und Währungsunion?, integration 38 (2015), 44–59.

101 Hierzu auch Robert Stüwe/Thomas Panayotopoulos (Hrsg.), The Juncker Commission, Baden-Baden: Nomos 2020. Sowie auch die aktuelle Veröffentlichung des juristischen Dienstes der Kommission: *Juristischer Dienst (Kommission)*, 70 Years of EU Law: A Union for its Citizens, Brussels: EU Publications 2022, 52, 377 f.

102 Beobachtung für die Schuldenkrise bei Fritz W. Scharpf, Political legitimacy in a Non-Optimal Currency Area, in: Olaf Cramme/Sara B. Hobolt (Hrsg.), Democratic Politics in a European Union Under Stress, Oxford: Oxford University Press 2014, 19–47.

103 Dazu unten, IV.1.c.

demokratischen Verfassungsstaat so nicht gibt, einer Verfallsform oder der „ganz anderen“ EU gegenübergestellt wird.¹⁰⁴ Im Kern ließen sich mit diesen Kategorien immer zwei gegenläufige normative Anliegen in Verbindung bringen: als vorrevolutionäre Schicht individueller Freiheitsschutz durch die Teilung politischer Macht und als nachrevolutionäre Schicht kollektive Freiheitsausübung durch Ermöglichung demokratischer Herrschaft. Der zeitgemäß verstandene Grundsatz hat sich zwischen diesen beiden Deutungen nicht zu entscheiden, sondern ihr Nebeneinander und Gegeneinander durch die Einrichtung verschiedener Organe und Funktionen zu organisieren.¹⁰⁵ Derart auf individuelle Freiheit und demokratische Politik bezogen verliert das Modell seine vermeintliche Beschränktheit auf staatliche Herrschaft.

Dass die Struktur internationaler Organisationen sich dennoch nicht dem Schema von gesetzgebender, vollziehender und rechtsprechender Gewalt fügt, ist lange anerkannt.¹⁰⁶ Auch die frühe EWG passt bei allen Besonderheiten gegenüber gängigen völkerrechtlichen Formen nicht in dieses Modell. Doch ist klar, dass sich die Organisation der EU deutlich in die Richtung einer gewaltengegliederten Föderation entwickelt hat, für die die traditionellen Modelle der Gewaltengliederung einen immer höheren Beschreibungswert entfalten.¹⁰⁷ Über eine Judikative verfügte die EWG von Beginn an. Mit der Institution des Parlaments und der Etablierung des Entscheidungsverfahrens als Regelfall der Sekundärrechtsetzung gewann

104 Zur Kritik nur *Christoph Möllers*, Separation of Powers: A Short Manual for the Perplexed, in: Hans-Martien Ten Napel/Wim Voermans (Hrsg.), *The Powers That Be*, Leiden: Leiden University Press 2016, 321–340; *ders.*, Separation of Powers, in: Roger Masterman/Robert Schütze (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, 230–257.

105 *Möllers*, Three Branches (Fn. 3), 51 ff.

106 *Jan Klabbers*, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, 153–177; *Matthias Ruffert/Christian Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, München: C.H. Beck 2014, 25 ff.; *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 18), 291 ff. Zu Unterschieden zwischen EU und internationalem Recht spezifisch *Isabelle Ley*, Die fehlende Opposition: Konzeptionelle Schwierigkeiten nicht-staatlicher Demokratietheorievorstellungen, in: Jürgen Neyer/Franz C. Mayer/Claudio Franzius (Hrsg.), *Grenzen der Europäischen Integration*, Baden-Baden: Nomos 2014, 195–211.

107 *Ziller* (Fn. 3), 137 u.ö.; *Koen Lenaerts/Amaryllis Verhoeven*, Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance, in: Christian Joerges/Renaud Dehousse (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford: Oxford University Press 2002, 35–88 (43).

auch die Rede von einer Legislative an Plausibilität,¹⁰⁸ die auch Eingang in die Verträge fand. Die Exekutive, aber das ist nichts Untypisches,¹⁰⁹ lässt sich in der EU am wenigsten klar festmachen und ist am schwierigsten mit einem bestimmten Verfahren oder bestimmten Organen zu identifizieren. Die Struktur, in der das Unionsrecht maßgeblich von den Mitgliedstaaten, aber auch kooperativ und schließlich zum Teil auch allein von Unionsorganen vollzogen wird,¹¹⁰ ist schwer auf einfache Konstellationen zu reduzieren – hat darin aber Strukturähnlichkeiten mit dem deutschen Exekutivföderalismus.¹¹¹

Damit kann man als *Ausgangspunkt* der Beschreibung der EU in Figuren der Gewaltengliederung ein einfaches Modell einer parlamentarischen Zwei-Kammer-Föderation¹¹² mit eigenem oberstem Gericht nehmen, um dann in *einem zweiten Schritt die Besonderheiten der Union* begrifflich genauer zu definieren. Wenn man dies zum Ausgangspunkt nimmt, so fallen eine formelle und eine substantielle Besonderheit auf, die einer weiteren Systematisierung der Organisationsstruktur im Sinne eines modernen Modells der Gewaltenteilung Grenzen ziehen.

a) Formelle Besonderheit: geringe Allgemeinheit von Verfahren und Organisation

Die *formelle* Besonderheit besteht im nach wie vor nicht vollendeten Verallgemeinerungsgrad der Verfahrens- und Organisationsregeln der Verträge, die es überhaupt erst ermöglichen würden, Modelle für legislative und exekutive Funktionen als solche zu entwickeln. Den Regelstrukturen von Rechtsetzung und Vollzug stehen besondere Verfahren und Organisationsmodelle zur Seite. Oftmals gelten diese für Fälle, die politisch besonders

108 von Achenbach (Fn. 2), 13 ff.; Philipp Dann, Die politischen Organe, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 5).

109 Möllers, Three Branches (Fn. 3), 96 ff. Empirisch zur Annäherung der Kommission an klassische Modelle aber: Anchrit Wille, The Normalization of the European Commission: Politics and Bureaucracy in the EU Executive, Oxford: Oxford University Press 2013.

110 Thomas von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin: Springer 2008; Eberhard Schmidt-Aßmann, Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin: Springer 2004, 381 ff.

111 Dann (Fn. 108), 343 ff.; Fritz W. Scharpf, Joint-Decision Trap Revisited, JCMS 44 (2006), 845–864; Ziller (Fn. 3), 176; Dann, in diesem Band.

112 In diese Richtung wohl von Achenbach (Fn. 2).

umstritten, damit aber auch politisch besonders wichtig sind. Der Umfang des AEUV verdankt sich zu einem wesentlichen Teil der Tatsache, dass im Unionsrecht bestimmte Politiken mit spezifischen Verfahren versehen werden. Dieser *Mangel an Verfahrens- und Organisationsverallgemeinerung*¹¹³ muss sich in der Struktur der Normen niederschlagen, die einen besonderen Anspruch auf Allgemeinheit erheben sollten wie die Grundlagenbestimmungen des EUV. Dass sich beispielsweise das Agenturwesen der EU nicht in Art. 13 EUV erwähnt findet, mag man systematisch damit rechtfertigen, dass es sich um abgeleitete Einrichtungen handelt. Es mindert die Aussagekraft der Norm aber nichtsdestotrotz.

b) Sachliche Besonderheit der EU: fragmentierte Regierungsfunktion

Gewaltenteilungsmodelle sind immer auch Modelle des Regierens. An einem einheitlichen organisatorischen Ort der *Regierung* fehlt es aber in der EU.¹¹⁴ Versteht man unter Regierung den organisierten Fokus politischer Führung, von dem nach innen politische Initiativen definiert werden und nach außen die politische Gemeinschaft repräsentiert wird,¹¹⁵ eine Struktur also, die sich in parlamentarischen Systemen im Zusammenhang von Parlament und Kabinetts, letztlich aber in der Figur einer Regierungschefin manifestiert, in präsidentialen Systemen im Präsidenten, so hat die Union viele Regierungen. Regierungsfunktionen werden vom Europäischen Rat, von der Präsidentin der Kommission, vom Ratsvorsitz, mitunter in der Außenpolitik vom Hohen Kommissar, ja auch von einzelnen Mitgliedstaaten je nach Politikfeld wahrgenommen. Man könnte auch sagen, dass jedes Politikfeld in der Union seine eigene Regierung hat. Wie sich dieser Zusammenhang einordnen lässt, wird unten zu diskutieren sein.¹¹⁶ Auffällig ist aber, dass sich Modelle, die die Autonomie der europäischen Verfassungsordnung betonen, systematisch besser mit einer Organisation vereinbaren

113 Dazu die Bestandsaufnahme bei *Nicholas Otto*, Die Vielfalt unionaler Rechtsetzungsverfahren, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, der ein großes Maß an systematischer Ordnung diagnostiziert.

114 Dazu *Christoph Möllers*, Die Europäische Union als demokratische Föderation, Köln: Thyssen-Stiftung 2019.

115 Zum Begriff *Frank Johnson Goodnow*, Comparative Administrative Law, New York: G. P. Putnam's Sons 1893, 49 ff.; *Hans D. Jarass*, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, München: C.H. Beck 1975, 87.

116 Unten, V.2.

ließen, in dem es ein entscheidendes politisches Führungsorgan erstens gibt und dieses zweitens als ein unionseigenes agiert. So bleibt es in jedem Fall bei geringer Verallgemeinerbarkeit der Regierungsstruktur.¹¹⁷

Die Unterscheidung zwischen Regierung und Verwaltung ist für Gebilde wichtig, in denen sich Demokratie und Rechtsstaat verbinden, weil mit dieser Unterscheidung zugleich die politisch aufzufüllende Spitze einer Gemeinschaft¹¹⁸ und der rechtlich gebundene Vollzugsapparat bezeichnet werden und so ein organisationsinterner Zusammenhang zwischen beiden geschaffen wird. Der Ort der Regierung ist der demokratisch zentrale Zurechnungspunkt politischer Gemeinschaften, in dem sich die Handlungsfähigkeit der hoheitlichen Organisation erweisen muss, die wiederum Legitimationsbedarf auslöst.¹¹⁹ Wenn es an einem solchen einheitlichen Zurechnungspunkt fehlt, dann kann die Organisationsverfassung keine geschlossene Konzeption demokratischer Legitimation anbieten. Gewaltenteilung und Legitimationsprinzipien können dann nicht aneinander anschließen. Ein legitimationsorientiertes Modell der Gewaltengliederung unterstellt nämlich, dass es einen systematischen Zusammenhang zwischen der Legitimation und dem Aufgabenbestand verschiedener Organe gibt, der durch Verfahrens- und Organisationsstrukturen vermittelt wird.¹²⁰ Mit einer fragmentierten Regierungsfunktion¹²¹ lässt sich dieser Zusammenhang für die EU nicht systematisch bestimmen.

117 von Bogdandy/Rugge, in diesem Band.

118 Claude Lefort, La question de la démocratie, in: ders. (Hrsg.), *Essais sur le politique*, Paris: Seuil 1986, 17–32; dazu Isabelle Ley, *Opposition im Völkerrecht*, Berlin: Springer 2014, 31 ff.

119 Wenn es an diesem Ort fehlt, fehlt es auch an der Möglichkeit, einen Kontrollanspruch institutionell anzusetzen, so mit Blick auf das EP von Achenbach, in diesem Band, III.5.

120 Möllers, Gewaltengliederung (Fn. 18), §§ 3, 4.

121 Zu den verschiedenen normativen Konnotationen der Rede von der Fragmentierung: Christoph Möllers, Fragmentierung als Demokratieproblem?, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2010, 150–172.

4. Demokratie und Gewaltengliederung als konstitutionelle Normen

a) Bedingungen des Verfassungsvorrangs

Wie lassen sich Art. 10–13 EUV als Elemente eines europäischen Kernkonstitutionalismus rekonstruieren? Die Debatte um die Möglichkeit einer europäischen Verfassung erscheint angesichts der institutionellen Entwicklung veraltet.¹²² Heute kann als gesichert gelten, dass die europäischen Verträge die Funktion einer Verfassung erfüllen,¹²³ indem sie durch die Einrichtung von Organen und Verfahren einen eigenen politischen Prozess sowohl konstituieren als auch an rechtliche Vorgaben binden.¹²⁴ Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, ob die Erfüllung von Verfassungsfunktionen und das Vorliegen einer Verfassung gleichzusetzen sind.¹²⁵ Denn zugleich bieten die Verträge keine einheitliche Urkunde und regeln für eine Verfassung viele Gegenstände vergleichsweise detailliert.¹²⁶ In jedem Fall sind spezifische Bedingungen des Verfassungscharakters der Europäischen Verträge zu bedenken.

Zum Ersten gibt es keine formelle *Binnenhierarchie* im Vertragsrecht.¹²⁷ Für die beiden Verträge ergibt sich dies aus Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV.¹²⁸ In der Rechtsprechung sind Indizien für eine Binnenhierarchisierung nur punktuell zu erkennen und von der Formulierung der Verträge unabhängig,¹²⁹ wohl am deutlichsten in Kadi¹³⁰, weniger klar im zweiten EMRK-Gutach-

122 Vgl. aber die skeptische Erinnerung an den Zustand nach dem Scheitern des Verfassungsprozesses bei *Schorkopf* (Fn. 80), 294.

123 Mit Nachweisen bei *von Bogdandy/Bast*, Einleitung zu diesem Band, II.

124 *Möllers*, Begriffe der Verfassung (Fn. 5); *Ulrich K. Preuß*, Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik, in: ders. (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt a.M.: Fischer 1994, 7–35.

125 *Sabine Müller-Mall*, *Verfassende Urteile: Eine Theorie des Rechts*, Berlin: Suhrkamp 2023.

126 Kritisch *Dieter Grimm*, *The Constitution of European Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2017, 28 ff.

127 Diese Frage hat sich namentlich angesichts EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490 – *EWV-Abkommen I*, immer wieder gestellt, wurde aber letztlich weder vom Gerichtshof noch von der Literatur ausdrücklich bejaht.

128 Dazu *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.2.

129 Kurz und zurückhaltend, aber nicht ablehnend etwa *Rosas/Armati* (Fn. 2), 52 f.

130 EuGH, Urteil v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 und C-415/05, ECLI:EU:C:2008:461 – *Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat u. Kommission*; dazu *Christina Eckes*, *Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?*, *ELJ* 18 (2012), 230–250 (241, 247).

ten.¹³¹ Damit bleibt es beim Anwendungsvorrang der *lex-specialis*-Regel.¹³² Angesichts des relativ geringen Verallgemeinerungsgrads der Verträge entsteht damit ein Problem: Das Unionsrecht stellt allgemeine Verfahren und Organe bereit und ergänzt sie durch auf spezifische Politikbereiche zugeschnittene Sonderregeln. Dies relativiert nicht allein die Vorgaben zur Organgliederung in Art. 13 EUV, sondern auch die demokratischen Grundsätze der Art. 10–12 EUV, weil es im Ergebnis ausgeschlossen ist, dass Normen des Primärrechts gegen andere Normen des Primärrechts verstoßen. Der Ausschluss des Parlaments in Art. 113 AEUV bei der gesetzlichen Erhebung indirekter Steuern verstößt nicht gegen Art. 10 Abs. 1 EUV.¹³³ Anders formuliert: Das, was am Unionsrecht als Überkonstitutionalisierung kritisiert wird, kann auch als Unterkonstitutionalisierung bewertet werden,¹³⁴ wenn man die Entwicklung verallgemeinerbarer Grundsätze als Element der Konstitutionalisierung versteht. Dann hilft es beim Demokratieprinzip auch nicht weiter, dieses als Minimalgarantie zu verstehen.¹³⁵

Damit lassen sich mit Blick auf die *lex-specialis*-Regel, *zum Zweiten*, drei Arten von Normtypen in den Verträgen erkennen: Art. 2 EUV verpflichtet, wie gesehen, auf die Beachtung von „Werten“ (*valeurs, values, valori*). Werte sind in der Rechtstheorie praktisch Prinzipien gleichzusetzen, auch wenn Werte auf eine moralische Herleitung verweisen, während Prinzipien aus einem rationalen Begründungszusammenhang folgen sollen.¹³⁶ Doch

131 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 – *EMRK II*; dazu eine positive Rekonstruktion bei Daniel Halberstam, A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, VerfBlog (12.3.2015).

132 Schütze, European Union Law (Fn. 4), 195 ff.; zu diesem Grundsatz für das Unionsrecht *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 23.006. Vielleicht nicht zufällig zeigt er sich in der Rechtsprechung beim EuG, etwa Urteil v. 22.4.2016, verb. Rs. T-60/06 RENV II und T-62/06 RENV II, ECLI:EU:T:2016:233, Rn. 52–58 – *Italien u.a./Kommission*; Urteil v. 5.11.2014, Rs. T 307/12 und T-408/13, ECLI:EU:T:2014:926, Rn. 198 – *Mayaleh/Rat*.

133 So zutreffend als Reflexion über das Verhältnis von EUV und AEUV nach Art. 1 Abs. 3 EUV *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.1, die aber zugleich eine materielle Hierarchie diagnostizieren.

134 Dieser Gedanke schon bei Möllers, Three Branches (Fn. 3).

135 *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV.2.b. Kritisch Möllers, Demokratie (Fn. 24), Rn. 28; anders aber *Armin von Bogdandy*, Demokratie, demokratischer, am demokratischsten? Zur Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung, in: Joachim Bohnert u.a. (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, FS für Alexander Hollerbach, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 363–384 (369, 384).

136 So etwa *Habermas* (Fn. 93).

weicht der Sprachgebrauch der Verträge davon ab: Der Abschnitt, in dem sich Art. 10–12 EUV befinden, enthält in der deutschen Version demokratische „Grundsätze“, die in den anderen Übersetzungen als „Prinzipien“ (principles, principes, principi) formuliert sind.¹³⁷ Man kann die Art. 10–13 EUV als Grundsätze verstehen, die Werte konkretisieren. Das Unionsrecht kennt allgemeine Grundsätze oder Prinzipien, anerkannt als einer dieser Grundsätze ist die institutionelle Balance.¹³⁸ Schließlich sind die allermeisten weiteren Normen der Verträge in technischen Sinne Regeln, die aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen. Der Vertrag unterscheidet damit nach Allgemeinheitsgrad zwischen Werten, Prinzipien und sonstigen Regeln.

Zum Dritten fungiert die Normenhierarchie zwischen unialem Primärrecht und Sekundärrecht nicht mit der gleichen uniformen Striktheit wie der Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten.¹³⁹ Das hängt zum einen mit der Funktion des EuGH als oberstes Bundesgericht zusammen, das sich vornehmlich um die Einheitlichkeit der Unionsorgane, nur eingeschränkter um die Durchsetzung konstitutioneller Grundsätze gegenüber den eigenen Unionsorganen kümmern muss. Die Funktion entspricht somit nicht der eines spezialisierten Verfassungsgerichts.¹⁴⁰ Diese Diagnose bestätigt sich im Vertragsrecht in den spezifischen Jurisdiktionsausschlüssen der Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV oder Art. 269 AEUV. Der EuGH sichert im Ergebnis die einheitliche Anwendung des Unionsrechts, er verrechtlicht nicht in gleicher Weise das politische Handeln der Unionsorgane. Das zeigt sich in jüngster Zeit darin, dass die Konstitutionalisierungsschübe, die vom EuGH in Bezug auf Art. 2 EUV, namentlich das Rechtsstaatsprinzip ausgingen, sich stets gegen die Mitgliedstaaten gerichtet haben.¹⁴¹

Dies ist problematisch, wenn man für die konstitutionellen Wirkungen der Verträge zwischen einer Grundordnung für die Union und einer Rah-

137 Zudem führt Art. 13 EUV, wie gesehen, noch weitere normative Formen ein, die aus einem administrativen, weniger aus einem konstitutionellen Begriffsfeld kommen, dazu oben, II.3.

138 *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 25.022.

139 *Schönberger* (Fn. 90), 613 ff.; anders *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.2.

140 Zu den Unterschieden *Christoph Schönberger*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 296–335; *Christoph Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, 281–422.

141 Nachweise unten, IV.2.a.

menordnung für die Mitgliedstaaten unterscheidet, denn dann scheint der Rahmen mehr vorzugeben als der Grund.¹⁴² Vermutlich trägt diese Unterscheidung schon wegen der fehlenden Hierarchie zwischen EUV und AEUV nicht weit. Der Vertragsgeber ist, wie gesehen, auch der erste Interpret der Werte und Prinzipien. Deswegen sind die Wirkungen derjenigen vertraglichen Grundsätze, die sich über Werte vermittelt auch auf die Mitgliedstaaten anwenden lassen, für diese Mitgliedstaaten potentiell deutlich intensiver als für die Union.

Ein Verständnis, das die Art. 10–12, 13 EUV im Ergebnis zu effektiven Grundsätzen des EU-Rechts entwickeln will, ist aber, *zum Vierten*, im mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht keineswegs selbstverständlich. Viele mitgliedstaatlichen Verfassungen, etwa in den Niederlanden, Dänemark, Schweden oder Österreich, operieren grundsätzlich sehr zurückhaltend bei der Entwicklung verfassungsrechtlicher Prinzipien.¹⁴³ Spezifischer würde die Vorstellung, aus *demokratischen* Werten Grundsätze für politische Verfahren herzuleiten, um diese dann gegen Entscheidungen politischer Organe zu wenden, in vielen Verfassungsordnungen auf methodische Zweifel stoßen. Auch wenn dieses Problem sich für die Auslegung der Art. 10–12 EUV auf der *Herleitungsebene* nicht stellt, eben weil dort diese Grundsätze ausdrücklich niedergelegt sind, stellt es sich für die weitere Konkretisierung doch, in der diese Grundsätze ebenso als Programmsätze wie als anwendbare Regeln verstanden werden können. Jedenfalls stellen die Mitgliedstaaten im Fall der Demokratie nicht nur einen starken eigenen politischen Anspruch, sondern dieser Anspruch wird auch von der Kommission für die EU anerkannt, wenn Entdemokratisierungstendenzen in den Mitgliedstaaten von ihr zumeist als Probleme der Rechtsstaatlichkeit formuliert werden.¹⁴⁴

142 von Bogdandy/Spieker, in diesem Band, IV.2.a.

143 Leonard Besselink, Niederlande, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcussen (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, Heidelberg: C.F. Müller 2007, 327–388; Ewald Wiederin, Österreich, in: ebd., 389–450.

144 Dazu Christoph Möllers/Linda Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 24 ff.; Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford: Oxford University Press 2019, 192 ff.; Martin Nettesheim, Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung, *EuR* 57 (2022), 525–545 (540); Eva Lautsch/Sebastian Unger, *Zivilgesellschaft zwischen Binnenmarkt und Demokratie*, *Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen* (npoR) 2021, 173–177 (177).

b) Werte – materielle Hierarchisierung – Anwendungsvorrang

Die Frage des vertraglichen Verfassungsvorrangs lässt sich auch als eine solche des unterschiedlichen materiellen Gehalts der vertraglichen Normen verstehen. So mag man mit der Festschreibung von Werten einen spezifischen Vorranganspruch identifizieren.¹⁴⁵

Die Werte des Art. 2 EUV haben einen doppelt erweiterten Anwendungsbereich gegenüber den anderen vertraglichen Normen: *Zum Ersten* adressieren sie unmittelbar auch die Mitgliedstaaten.¹⁴⁶ Dies gilt für die Normen des EUV und des AEUV, die die Werte des Art. 2 EUV konkretisieren, nur zum Teil. So wird man die oben analysierten Normgehalte des Art. 10–12 EUV nur insoweit auch auf die Mitgliedstaaten anwenden, wie dies ausdrücklich formuliert wird. Art. 13 EUV ist nur auf die Unionsorganisation anzuwenden. *Zum Zweiten* sind die Werte des Art. 2 EUV allgemeiner formuliert als die ihnen folgenden Prinzipien und Regeln. Sie haben einen weiteren Anwendungsbereich und eine weniger definierte Rechtsfolge. Aus diesem Befund kann man jenseits der Frage formeller Adressaten eine Kernverfassung herleiten,¹⁴⁷ in welcher bestimmte Normen durch die Einbeziehung in die Wertegarantie des Art. 2 EUV normative Deckung erhalten. Anders als in vielen nationalen Verfassungen¹⁴⁸ verbindet sich mit dieser Einordnung aber, wie gesehen, weder eine formelle Hierarchie, die die Möglichkeit der Vertragsänderung einschränkt, noch ein Vorrang des EUV gegenüber dem AEUV.

145 Die oft kritische Debatte um den Wertbegriff kann hier nicht weiter verarbeitet werden, siehe aber *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 67–91; *Ulrich Matz*, *Rechtsgefühl und objektive Werte*, München: C.H. Beck 1966; zu Geschichte und philosophischer Systematik: *Herbert Schnädelbach*, *Philosophie in Deutschland 1831–1933*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1983, 198–234. Zur Geschichte des Wertediskurses in der EU *Kiran Klaus Patel*, *Projekt Europa: Eine kritische Geschichte*, München: C.H. Beck 2017, 186 ff.

146 *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 2 EUV, Rn. 9; *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 5002. Das ist wegen der eindeutigen Formulierung nicht umstritten.

147 Zum Begriff, jedoch im Kontext der Unantastbarkeit: *Rolf Grawert*, *Konstitutiven von Konstitutionen*, *Der Staat* 52 (2013), 503–533 (516 ff.).

148 Aus der wachsenden vergleichenden Perspektive *Yaniv Roznai*, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford: Oxford University Press 2019; *Silvia Suteu*, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press 2021.

In der wissenschaftlichen Debatte wird aus diesem Befund eine Konzeption materieller Hierarchisierung hergeleitet.¹⁴⁹ Einen Ansatzpunkt für dieses Konzept liefert die in Art.1 Abs.2 EUV stipulierte Orientierung der Union in Richtung Vertiefung, die vorrangige Nennung des EUV in Art.1 Abs. 3, der den EUV zur Grundlage der Gesamtverträge erklärt, und schließlich die folgende Einführung der Grundwerte in Art.2 EUV. Das Konzept der materiellen Hierarchie argumentiert mit der normativen „Wertigkeit“ der formell gleichrangigen Normen: „Gleichrangigkeit von Normen bedeutet nicht notwendigerweise Gleichwertigkeit.“¹⁵⁰ Die Anwendung eines solchen Konzepts ist aber zu voraussetzungsreich: Sie setzt eine vergleichende Gewichtung verschiedener Normen des Vertrags und eine Form von Deduktion weiterer normativer Implikationen dieser Folgen voraus. Unbestreitbar hat der Grundsatz der Demokratie ein hohes normatives Gewicht.¹⁵¹ Doch ist es nicht einfach, eine solche Gewichtung weiter zu konkretisieren und vergleichend gegen andere Werte ins Feld zu führen, zumal alle in Art. 2 EUV genannten Werte einen gleichen normativen Rang eben nicht nur wegen der Form der Aufzählung, sondern auch wegen ihres Gewichts in der Sache beanspruchen dürften.

Im Ergebnis bedarf es der Konstruktion einer materiellen Hierarchie aber nicht, um eine Kernverfassung herzuleiten. Das Spezifische der Prinzipien wie den Art. 10–12 EUV und das noch Spezifischere der Verfahrensregeln im AEUV haben keine geringere normative Wertigkeit als das Allgemeine der Werte des Art. 2 EUV: Der Wert der Demokratie ist allgemeiner, aber deswegen nicht höher als die Regeln des Wahlrechts, die diesen Wert in Verfahren konkretisieren. Normativität ist nicht nur eine Frage der Generalität, sondern auch der Regelungsintensität.¹⁵² Zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen besteht kein normatives Gefälle. Im Ergebnis ändert das aber nichts an der Ermöglichung kernverfassungsrechtlicher Argumente:

149 Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.2.

150 Ibid.

151 Wobei die Gründe für eine solche Gewichtung ihrerseits nicht einfach sind und gängige Rekurse wie der auf eine bestimmte republikanische Tradition, etwa in Frankreich, der Schweiz und den USA, oder auf die Menschenwürde wie neuerdings in Deutschland, für die EU nicht ohne Weiteres funktionieren.

152 Christoph Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin: Suhrkamp 2015, 131 ff.

Für die Mitgliedstaaten ermöglicht Art. 2 EUV eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der nachfolgenden Normen der Verträge,¹⁵³ insbesondere auf der Prinzipienebene. Die Prinzipien des Art. 19 EUV sind als solche in der Regel nicht auf die Mitgliedstaaten anwendbar, dazu bedarf es einer Begründung, die diese als Konkretisierung eines Prinzips des Art. 2 EUV rekonstruiert.¹⁵⁴ Zugleich fallen die meta-rechtlichen Bedeutungsschichten für die Mitgliedstaaten weg. Weder können die Werte des Art. 2 EUV die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen systematisieren, noch sollen sie ihnen, die nicht in gleicher Weise transitorischen Charakter haben, den Weg weisen.

Schließlich ist auf die Unterschiede zwischen Art. 10–12 EUV und Art. 13 EUV hinzuweisen. Art. 10 EUV lädt nicht nur, weil Art. 2 EUV auf ihn Bezug nimmt, sondern auch wegen der eigenen Anrufung von Prinzipien zu einer am Grundsätzlichen orientierten Auslegung ein, die die Idee der Selbstherrschaft der Freien und Gleichen für die Vertragsauslegung aktiviert. Art. 13 EUV verweist sowohl in seinem Wortlaut, der blass bleibenden systematischen Deckung durch Art. 2 EUV als auch in der Auslegung des korrespondierenden Grundsatzes des institutionellen Gleichgewichts durch den EUGH¹⁵⁵ lediglich auf die Positivität der Verträge.

Für die Union sind die Werte des Art. 2 EUV *positiv-rechtlich* vornehmlich für das Sekundärrecht von Bedeutung und dort auch nur hinter der Anwendung der spezielleren Normen der Verträge. Im Einzelfall können sie Lücken füllen oder die Auslegung einer primärrechtlichen Norm anleiten.¹⁵⁶ Im Regelfall wird eine Deduktion vom Wert auf das Prinzip nicht möglich sein und bei einem Schluss „vom Wert, zum Prinzip, zur Regel“¹⁵⁷ ist darauf zu achten, dass das Verständnis eines Wertes nicht

153 Zur Kritik daran etwa *Nettesheim*, Die „Werte der Union“ (Fn. 144), 533 ff.; *Mölers/Schneider*, Demokratiesicherung (Fn. 144), 125. Diese Kritik kann sich auf viele Aspekte beziehen, Zweifel an der Verrechtlichung politischer Divergenzen, Zweifel an der Justizialisierung politischer Divergenzen, Zweifel an der Legitimation der anwendenden Institutionen, aber wohl nicht an daran, dass Art. 2 EUV die Mitgliedstaaten nicht adressiert. Zur Frage der Justiziabilität der Werte des Art 2 EUV: von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band; *Franzius*, in diesem Band.

154 Siehe auch die Rekonstruktion bei *Luke Dimitrios Spieker*, Breathing Life into the Union's Common Values, GLJ 20 (2019), 1182–1213 (1209 ff.), wie im Text gesehen, bedarf es dazu aber keiner Annahme einer materiellen Hierarchie.

155 Dazu im Einzelnen unten, IV.2.a.

156 Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.3.

157 So der Präsident des EuGH mündlich in einem Wortbeitrag in Berlin im September 2022.

ohne einen Blick auf den positivierten Regelbestand auskommen kann. Dabei muss immer zwischen zwei Deutungsmöglichkeiten unterschieden werden: Eine konkretere Regel wird normalerweise als Ausgestaltung der allgemeineren fungieren, nur unter besonderen Bedingungen kann sie als zur höherrangigen Norm in Widerspruch verstanden werden. Jenseits des positiven Rechts dienen die Werte der systematischen Rekonstruktion des Vertragsrechts, damit aber auch der Aufdeckung innerer Widersprüche¹⁵⁸ und damit einer Orientierung der Weiterentwicklung der Verträge.¹⁵⁹ Diese meta-rechtlichen Funktionen entsprechen dem föderal-transitorischen Charakter der Unionsrechtsordnung:

Bereits das Weiterentwicklungsgebot des Art. 1 Abs. 2 EUV belegt den transitorischen Charakter der Union.¹⁶⁰ Dieser erweist sich schon in der vertraglichen Formulierung als auf die föderale Bedingtheit der Union bezogen, die eben beides ist: eine supranationale Organisation und die Einheit dieser Organisation und ihrer Mitgliedstaaten.¹⁶¹ Diese beiden miteinander zusammenhängenden Aspekte gebieten es, die konstitutionelle Fundierung immer entlang eines bestimmten Entwicklungsstands der Union zu konstruieren, in der sich die Entwicklungslogik immer als Nebeneinander und Gegeneinander mitgliedstaatlicher und unionaler politischer Prozesse rechtfertigen muss. Föderal ist die hier zentrale Kategorie, weil das Unionsrecht ausweislich Art. 10 EUV *zwei gleichberechtigte Legitimationsprozeduren* kennt. Damit sind prinzipielle Bewertungen immer vor dem Hintergrund eines bestimmten Entwicklungsstands zu beurteilen. Zugleich gebietet der transitorische Charakter immer eine doppelte Bewertung: positiv-rechtlich und systematisch-entwicklungsorientiert.¹⁶²

Beispielhaft: Die Funktion des Rats als Co-Gesetzgeber der Union kann aus demokratietheoretischer Sicht zweifelhaft erscheinen.¹⁶³ Sie verstößt aber nicht gegen Art. 10 oder Art. 13 EUV. Auf Ebene der Institutionenpolitik ließe sich aber daran denken, den Rat durch ein direkt gewähltes Senats-

158 Philosophisch könnte man von immanenter Kritik oder normativer Rekonstruktion sprechen.

159 Zum transformativen und strukturierenden Effekt: von Bogdandy/Spieker, in diesem Band, III.2.

160 Dazu Bast/von Bogdandy, in diesem Band, IV.1.

161 Ibid., IV.2. Diese beiden Bedeutungen von Union bringen in der deutschen Tradition die Unterscheidung zwischen zweigliedrigem und dreigliedrigem Bundesstaat zum Ausdruck.

162 Siehe ähnlich von Bogdandy/Spieker, in diesem Band.

163 Dazu Dann, in diesem Band, IV.2.

modell zu ersetzen. Wie die erst über ein Jahrhundert nach der Gründung eingeführte Direktwahl des Senats in den USA zeigt,¹⁶⁴ wäre dies aber nur unter der Bedingung einer starken politischen Konsolidierung der oberen Ebene angemessen. Wie die Geschichte des deutschen Bundesrats seit 1870 zeigt, muss diese Entwicklung aber auch unter solchen Bedingungen nicht eintreten. Hier zeigen sich mögliche Entwicklungsperspektiven aus der Logik der Verträge.

IV. Dogmatik

Ein juristisches Argument muss den Versuch unternehmen, die verschiedenen Ebenen des Vertragsrechts, die schon für sich auf sehr unterschiedlichen Abstraktionsniveaus regeln und sich wegen der Geltung vieler Spezialregelungen nicht völlig widerspruchsfrei rekonstruieren lassen, mit möglichen Fallkonstellationen in Einklang zu bringen. Dabei sind ein unionales demokratisches Prinzip (1.), und ein Prinzip der Gewaltengliederung (2.) zu rekonstruieren (2.) und zueinander ins Verhältnis zu setzen (3.).

1. Ein unionales demokratisches Prinzip und Art. 10 EUV

a) Übersicht über die Rechtsprechung

In den wertebezogenen Konflikten der letzten Jahre wurde seitens der Unionsorgane oft eine mögliche Verletzung der Rechtsstaatlichkeit hervorgehoben. Demgegenüber ist der normative Status eines unionsverfassungsrechtlichen Demokratieprinzips wenig gesichert. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs¹⁶⁵ greift den Gesichtspunkt der Demokratie bei Gelegenheit auf, ohne dass sich dies bislang zu einem systematisch entwickelten Grundsatz verdichten würde. Zunächst nutzte der Gerichtshof das demokratische Prinzip zu einer verfahrensrechtlichen Aufwertung des EP und zwar so-

164 Dazu *Akhil Reed Amar*, *America's Constitution: A Biography*, New York: Random House 2006, 409 ff.

165 Überblicke bei *Koen Lenaerts*, *The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice*, ICLQ 62 (2013), 271–315; *Daniel Halberstam*, *The Bride of Messina: Constitutionalism and Democracy in Europe*, E.L.Rev. 30 (2005), 775–801; *Federico Mancini/David T. Keeling*, *Democracy and the European Court of Justice*, Mod. L. Rev. 57 (1994), 175–190.

wohl in der Rechtsetzung¹⁶⁶ als auch im Prozessrecht.¹⁶⁷ Das Argument, dass im Zweifel Kompetenz- und Klagebefugnisnormen der Vorzug zu geben sei, wenn diese das EP beteiligten, wird vom Gerichtshof unter ausdrücklicher Erwähnung des Repräsentationsprinzips der europäischen Völker entwickelt. Nicht immer aber greift dieser Gesichtspunkt durch, so nicht bei der Frage, ob die Ausschüsse des EP öffentlich tagen sollten, aber auch hier wird die Repräsentation als demokratische Form hervorgehoben.¹⁶⁸ Dabei setzt sich die Bezugnahme auf die Demokratie in der Begründung nicht immer durch.¹⁶⁹ In aller Regel verstärkt der Gerichtshof mit dem Hinweis auf Art. 10 EUV eine bereits anderweitig begründete Argumentation. So soll auch aus Art. 10 EUV folgen, dass eine Person durch die Wahl in das EP Immunität genießt, auch wenn sie noch nicht alle Formalitäten zu ihrer Mitgliedschaft erfüllt hat.¹⁷⁰ In anderen Entscheidungen wird der Rückgriff auf den Grundsatz aber unter Hinweis auf konkretere Normen des AEUV zurückgewiesen.¹⁷¹

Zugleich hat der Gerichtshof deutlich gemacht, dass das Prinzip demokratischer Repräsentation im EU-Recht keine persönliche Abhängigkeit eines Amtsträgers von einer Hierarchie verlangt, also in der deutschen Doktrin keine personale Legitimation,¹⁷² sondern dass eine gesetzliche Umhegung einer Behördentätigkeit dem Prinzip Genüge tun kann.¹⁷³ Für die Einrichtung unabhängiger Stellen, etwa im Datenschutzrecht oder bei der Anklage im Strafprozess, könnten hier Konflikte zu mitgliedstaatlichen

166 EuGH, Urteil v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244, Rn. 20 – *Parlament/Rat (Titanoxid)*.

167 EuGH, Urteil v. 22.5.1990, Rs. C-70/88, ECLI:EU:C:1990:217, Rn. 21 f. – *Parlament/Rat*.

168 EuGH, Urteil v. 10.1.2006, Rs. C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10, Rn. 61 – *IATA und ELFAA*.

169 EuGH, Urteil v. 14.4.2015, Rs. C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217, Rn. 37 – *Rat/Kommission*. Kritisch mit dem Umgang des EuGH mit dem Demokratieaspekt des Falles *Dominique Ritleng*, Does the European Court of Justice Take Democracy Seriously?, CML Rev. 53 (2016), 11–33.

170 EuGH, Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115, Rn. 63 f. – *Junqueras Vies*.

171 EuGH, *Rat/Kommission* (Fn. 169), Rn. 96.

172 Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 2. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004; zur Kritik Christoph Möllers, Demokratie (Fn. 24).

173 EuGH, Urteil v. 9.3.2010, Rs. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 42 ff. – *Kommission/Deutschland*.

Vorgaben entstehen, wenn diese aus dem Demokratieprinzip ein Gebot zu hierarchischer Verwaltung herleiten.¹⁷⁴

Der Gerichtshof hat immer wieder klargestellt, dass das Repräsentationsprinzip gegenüber den anderen Formen demokratischer Legitimation den Vorrang genieße. Ausdrücklich wurde dies im Verhältnis zur Bürgerinitiative des Art. 11 Abs. 4 EUV, die das Gericht, wie wir gesehen haben zurecht,¹⁷⁵ in ein „System der repräsentativen Demokratie“ eingefügt sieht, das durch die Initiative allenfalls vervollständigt werde.¹⁷⁶

Die individualrechtliche Seite der demokratischen Grundsätze findet sich in der Rechtsprechung in aller Regel in Fällen zur Transparenz der Unionsorgane, namentlich des Rats wieder.¹⁷⁷ In diesem Zusammenhang deutet der Gerichtshof auch ein Ideal einer allseitig informierten Öffentlichkeit als Grundlage demokratischer Repräsentation an, um Ausnahmetatbestände in den Informationszugängen eng auszulegen.¹⁷⁸ Eine strikte Auslegung erfahren auch die Kompetenzen der Kommission bei der Vorprüfung einer europäischen Bürgerinitiative mit Blick auf deren „leichte Zugänglichkeit“¹⁷⁹, die sich als Ausprägung eines demokratischen Grundsatzes verstehen lässt. Ein großes Potential könnte sich in der Verbindung des demokratischen Grundsatzes mit den kommunikativen Rechten der Grundrechte-Charta ergeben.¹⁸⁰

174 Aus deutscher Sicht *Wolfgang Durner*, Unabhängigkeit der Kontrollstellen für den Datenschutz, JA 2010, 678–680; *Klaus Gärditz*, Die Verwaltungsdimension des Lisabon-Vertrags, DÖV 2010, 453–464.

175 Oben, II.2.c.

176 EuGH, Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-418/18 P, ECLI:EU:C:2019:1113, Rn. 65 – *Puppinck u.a./Kommission*. Dort auch der Hinweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek*, ECLI:EU:C:2019:640, Rn. 71. Zur Notwendigkeit politisch homogener Fraktionen im EP interessant: EuG, Urteil v. 2.10.2001, verb. Rs. T-222/99, T-327/99, T-329/99, ECLI:EU:T:2001:242, Rn. 200 ff. – *Martinez u.a./Parlament*.

177 EuGH, Urteil v. 22.1.2020, Rs. C-175/18P, ECLI:EU:C:2020:23, Rn. 56 – *PTC Therapeutics International/EMA*; Urteil v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, Rn. 78 – *Kommission/Ungarn*.

178 EuGH, Urteil v. 21.9.2010, verb. Rs. C-514/07 P, C-528/07 P, C-532/07 P, ECLI:EU:C:2010:541, Rn. 68 – *Schweden u.a./API u. Kommission*; Urteil v. 9.11.2010, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, Rn. 68, 69 f., 78. – *Schecke und Eifert*.

179 EuGH, Urteil v. 7.3.2019, Rs. C-420/16 P, ECLI:EU:C:2019:177, Rn. 53 – *Izsák u. Dabis/Kommission*.

180 EuGH, Urteil v. 6.9.2011, Rs. C-163/10, ECLI:EU:C:2011:543, Rn. 31 – *Patriciello*; Urteil v. 21.12.2016, verb. Rs. C-203/15 und C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, Rn. 93 – *Tele2 Sverige*; Urteil v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 48 – *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*. Zum Zusammenhang mit Art. 2 EUV:

Will man die nicht übermäßig ergiebige Rechtsprechungspraxis zusammenfassen, so fällt zum Ersten auf, dass sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit die repräsentative Seite der demokratischen Grundsätze hervorhebt. Dies entspricht der vertraglichen Priorisierung, versteht sich aber nicht von selbst. Zum Zweiten entwickeln die demokratischen Grundsätze des EUV weder für sich noch zu einem Prinzip vereint in der Rechtsprechung ein nennenswertes Eigenleben. Sie dienen als Hintergrundaspekte, die die Auslegung der eigentlich einschlägigen, konkreteren vertraglichen Normen informieren und orientieren, ohne dass immer klar würde, wie sehr der Rekurs auf sie für die Begründung notwendig ist. Auch diese Auslegungsrelevanz versteht sich nicht von selbst.

Neben diese konkrete interpretatorische Bedeutung stellt sich in der neueren Rechtsprechung eine fundamentalere, auf die Geltung des Unionsrechts bezogene, die mit Art. 2 EUV in Verbindung steht. An verschiedenen Stellen hat der Gerichtshof die Autonomie des Unionsrechts auf die freiwillige und wechselseitige Bindung der Mitgliedstaaten an bestimmte Werte zurückgeführt und dabei besonders die Demokratie hervorgehoben. Die Pflichten des EU-Rechts sind nicht heteronom, sondern sie ergeben sich aus einer wechselseitigen Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten, sind also Produkt einer Autonomie, so ließe sich das Argument ausführen, wenn diese Verpflichtung auch intern frei eingegangen wurde, also demokratisch.¹⁸¹ Hier verbirgt sich eine durchaus anspruchsvolle Vorstellung des Gerichtshofs, für die die Demokratie eine systematisch hervorgehobene Rolle in der Legitimation des gesamten unionalen Systems spielt.

Zugleich verweist diese Begründung auf ein Problem, das namentlich in der *CETA*-Entscheidung deutlich wird.¹⁸² Vor die Ausführungen zur freiwilligen und wechselseitigen Verpflichtung auf bestimmte Werte setzt das Gericht den älteren Hinweis auf den Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit der Verträge, die in seiner Formulierung eine „autonome Quelle“ darstellen.¹⁸³ Der völkerrechtliche Ausgangspunkt und die in Vorrang und unmittelbarer Anwendbarkeit verselbstständigte Form stehen systematisch vor den Inhalten, die namentlich mit dem Wertbegriff des

Lucia Serena Rossi, *La Valeur Juridique des Valeurs*, RTDEur 3 (2020), 639–657 (653 f.).

181 EuGH, Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 62 f. – *Wightman*; Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 110 – *CETA*.

182 EuGH, *CETA* (Fn. 181), Rn. 109 f.

183 Attribut und Subjekt passen nicht zusammen, wie sollte eine heteronome Quelle aussehen und was genau zeichnet eine Quelle aus, die autonom ist.

Art. 2 EUV bezeichnet werden. Aus diesem zirkelförmigen Geltungsdilemma kommt die Rechtsprechung nicht völlig hinaus. Die Union ist Produkt eines völkerrechtlichen Konsenses der Mitgliedstaaten und eines Selbstbegründungsaktes durch den EuGH. Erst auf dieser Grundlage kann sich der unionale Wert der Demokratie entfalten, der dann diese beiden Grundsätze tragen soll.

b) Sonstige Organpraxis

Aus Sicht des Art. 10 EUV können drei der in Art. 13 EUV genannten Unionsorgane unmittelbare demokratische Legitimation beanspruchen: der Europäische Rat, der Rat und das Europäische Parlament.

Die demokratische Legitimation des Rats und des Europäischen Rats erscheint aus der Perspektive des Unionsrechts zunächst unproblematisch, sie folgt aus einer eigenständigen Legitimationsleistung der mitgliedstaatlichen Verfassungen. Freilich gebietet Art. 10 Abs. 2 S. 2 EUV ausdrücklich demokratische Strukturen in den Mitgliedstaaten, und auch die Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Parlamente in Art. 12 EUV kann nur so verstanden werden. Auch ohne den Rückgriff auf Werte und Prinzipien scheint daher klar, dass ein Mangel an demokratischer Legitimation von mitgliedstaatlichen Vertretern in den Unionsorganen gegen das Unionsrecht verstößt (dazu sogleich, unter c).¹⁸⁴

Für die Arbeit dieser Organe erscheint ihre demokratische Legitimation dennoch kein herausragendes Thema zu sein. Sie wird in den mitgliedstaatlichen Ordnungen vorausgesetzt, ja selbst dort unterstellt, wo dies nicht mehr plausibel erscheint, wie das lange Schweigen gegenüber den Vorgängen in Ungarn und Polen sowohl im Europäischen Rat als auch im Rat zeigte. Hier litten die Organe entweder an einem legitimatorischen Minderwertigkeitskomplex, vertrauen also nicht der Legitimationsleistung der Ordnung, die sie als Organ eingesetzt hat, gegenüber der Ordnung, die sie auf nationaler Ebene legitimiert; oder sie haben kein hinreichendes europäisches „constitutional mindset“¹⁸⁵ und schließen deswegen aus Op-

¹⁸⁴ Unten, IV.2.c.

¹⁸⁵ Zu diesem Konzept: *Martti Koskeniemi*, Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2006), 9–36.

portunität einen internen politischen Nichtangriffspakt.¹⁸⁶ Inwieweit dieses Problem mit der Verabschiedung der Konditionalitätsverordnung gelöst ist, muss sich erweisen. Aus Sicht des demokratischen Prinzips ist eine solche Zurückhaltung jedenfalls nicht zulässig.

Beide Gesichtspunkte stellen sich für das Europäische Parlament abweichend dar: Normativ ist die demokratische Legitimation des Parlaments eine Leistung des Unionsrechts, die ohne weiteres materiell an einem europäischen demokratischen Prinzip vermessen werden kann. In der Sache hat sich das Europäische Parlament sehr viel häufiger und klarer mit der Bedeutung des demokratischen Prinzips für den Zustand der Union und ihrer Mitgliedstaaten auseinandergesetzt als die anderen Organe.¹⁸⁷ Das erscheint insoweit konsequent, als das unionale demokratische Prinzip eben für das Parlament konstitutiv ist. Trotzdem ist es keine Selbstverständlichkeit und zeigt auch den anderen Organen, welche demokratiepolitischen Möglichkeiten in der EU bestehen.

Obwohl die Kommission mit Blick auf Ernennungsverfahren und parlamentarische Kontrolle ohne Zweifel eine abgeleitete demokratische Legitimation beanspruchen kann,¹⁸⁸ ist demokratische Legitimation kein zentrales Thema ihrer Praxis. Dafür gibt es zwei Gründe: Zum Ersten hängt dies mit dem unsicheren Selbstverständnis eines Organs zusammen, das zugleich unabhängig und parlamentarisch verantwortlich ist, und das zwischen einem offensiven politischen Selbstverständnis als kommende Regierung der EU einerseits und einem solchen als technokratische Behörde mit besonderem Sachverstand andererseits schwankt.¹⁸⁹ Wohl auch diese Unsicherheit führt, zum Zweiten, dazu, dass die politischen Probleme mit Mitgliedstaaten von der Kommission in aller Regel als solche der Rechtsstaatlichkeit gedeutet werden.¹⁹⁰ Warum fehlende gerichtliche Kontrolle von Wahlen oder fehlende Rechte der Opposition Probleme der Rechtsstaatlichkeit, nicht aber der Demokratie sein sollen, ist nicht zu erklären

186 Vgl. nur *John Cotter*, Untying the Ties that (don't) Bind: The European Council's Discretion to Exclude Democratically Unaccountable Representatives, *VerfBlog* (7.7.2022).

187 Diese Debatten würden eine systematische Aufarbeitung verdienen. Für eine Analyse politischer Motive *Maurits J. Meijers/Harmen Van der Veer*, MEP Responses to Democratic Backsliding in Hungary and Poland, *JCMS* 57 (2019), 838–856.

188 Dazu *Krämer/Wendel*, in diesem Band.

189 Oben, III.2.

190 Oben, Fn. 144.

– auch weil die Trennung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie unter modernen Bedingungen nicht gerechtfertigt werden kann.¹⁹¹

Die anderen Organe, die Art. 13 EUV aufführt, machen dagegen in aller Regel wenig Gebrauch vom demokratischen Prinzip. Das durch Rechtsbindung geschaffene Mandat des EuGH ist im Ausgangspunkt demokratisch, aber es wird nur als durch das Gericht auf andere Organe oder einen Mitgliedstaat anzuwendende Norm eine Rolle spielen. In der Ausgestaltung der EZB mag man schließlich ein Problem demokratischer Legitimation erkennen,¹⁹² das aber in der Praxis der EZB keine Rolle spielt, die klar von einer technokratisch-sachverständigen Selbstbeschreibung geprägt ist. Vor dem Hintergrund des vertraglichen Normbestands, der politische Unabhängigkeit und ökonomische Kriterienbildung verlangt,¹⁹³ wird diese Kritik im geltenden Recht wenig Ansatzpunkte finden.

c) Potentiale der Konkretisierung

aa) Konkretisierung gegenüber den Mitgliedstaaten

Das demokratische Prinzip hat aufgrund seiner Allgemeinheit ein Konkretisierungspotential, das einmal entfaltet, nicht einfach wieder einzugrenzen ist. Schaut man sich im Rechtsvergleich um, so lassen sich zwei Grundfragen unterscheiden, in denen ein verfassungsrechtliches Demokratieprinzip zum Einsatz kommen kann: Zum Ersten der zwingende Anschluss der Herrschaftsausübung an ergebnisoffene politische Verfahren. Dazu gehören etwa Parlaments- und Gesetzesvorbehalte, Erwartungen an die Programmierung der Exekutive und unter Umständen Transparenzanforderungen. Zum Zweiten garantiert das Demokratieprinzip Sicherungen der Integrität des politischen Prozesses selbst, etwa durch die Prüfung eines demokratischen Wahlverfahrens oder den Schutz von Rechten der politischen Opposition.

191 Dazu hier nur *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: ders. (Hrsg.), *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 293.

192 Dazu oben, III.2.

193 Dazu *Griller*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 8), Art. 130 AEUV, Rn. 1 ff., sowie *Paul Tucker*, *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton: Princeton University Press 2018; kritisch *Bast/Kaiser*, in diesem Band, III.

Auf den ersten Blick erscheint es einfach, sich eine dogmatische Aktivierung von Art. 10 ff. EUV gegenüber den Mitgliedstaaten vorzustellen. Sie könnte nach dem Vorbild der neuen Rechtsprechung zu Art. 19 EUV vorgehen.¹⁹⁴ Für diesen argumentiert der Gerichtshof offen wertdeduktiv. Art. 19 EUV konkretisiere den Wert der Rechtsstaatlichkeit,¹⁹⁵ es sei dem „Wesen der Rechtsstaatlichkeit inhärent“, die Unabhängigkeit der Gerichte auf allen Ebenen zu garantieren. Dieses Argument ist als theoretisches Argument plausibel.¹⁹⁶ Dogmatisch zwingend ist es nicht, weil die Mitgliedstaaten allein durch Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV und dort nur dazu verpflichtet werden, Rechtswege zur Sicherung des europäischen Rechts zu eröffnen.¹⁹⁷ Die „Fundierung“ in Art. 2 EUV dient also der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Art. 19 EUV und zwar sowohl hinsichtlich des Adressatenkreises als auch hinsichtlich des sachlichen Gehalts der Norm.

Eine korrespondierende Argumentation mit Blick auf Art. 10 EUV erscheint möglich, ist aber anspruchsvoller. Die nach den Parlamentswahlen in Polen 2023 erledigte Ankündigung der Kommission, für den Fall eines Ausschlusses von Donald Tusk von diesen Wahlen ein Verfahren durchzuführen, könnte einen ersten Hinweis gegeben haben.¹⁹⁸ Die dogmatische Möglichkeit, Art. 10 EUV entsprechend zu aktivieren, ergibt sich daraus, dass die politischen Prozesse zwischen Union und Mitgliedstaaten in ähnlicher Weise miteinander verfugt sind wie im Fall der gerichtlichen Kontrolle und diese Verfung auch in den Art. 10–12 EUV zum Ausdruck kommt.¹⁹⁹ Die demokratische Legitimation von Europäischem Rat und Rat hängt von der demokratischen Legitimation der mitgliedstaatlichen Regierungen ab. Art. 10 Abs. 2 S. 2 EUV macht dies deutlich und formuliert sogar eine

194 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *ASJP*.

195 EuGH, *ASJP* (Fn. 194), Rn. 32; ähnlich auch Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615, Rn. 47 – *Polen/Kommission*.

196 Zum Zusammenhang von Rechtsstaatlichkeit und richterlicher Unabhängigkeit: Kurt Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern: Stämpfli 1960, 56 ff.; Teng-Chieh Yang, Rechtstheoretische Grundlagen und gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 21 ff.; Astrid Epiney, Zur Bedeutung und Gewährleistung der Unabhängigkeit der Gerichte, Justice – Justiz – Giustizia 4 (2014), 1–7.

197 Zur Kritik am Argument etwa Schorkopf (Fn. 80).

198 Kommission, Rechtsstaatlichkeit: Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren gegen POLEN ein, Pressemitteilung (8.6.2023): „The Commission considers that the new law violates: – the principle of democracy (Articles 2 and 10 TEU); [...] More concretely, the Commission considers that the new law unduly interferes with the democratic process.“

199 Dazu oben, II.2.d.

ausdrückliche Verpflichtung an die mitgliedstaatlichen Regierungen („müssen“), gegenüber den Parlamenten demokratisch verantwortlich zu sein. Auch für das Parlament funktioniert dieses Argument. Die in Art. 10 Abs. 2 EUV angeordnete Repräsentationsleistung des EP hängt von freien Wahlen in den Mitgliedstaaten ab. Ohne funktionierende demokratische Prozesse in den Mitgliedstaaten kann es keine unionale repräsentative Demokratie geben.

Damit bestehen die beiden dogmatischen Verbindungen, die für eine Aktivierung des demokratischen Prinzips vorausgesetzt sind: Die Verbindung zwischen dem demokratischen Wert des Art. 2 EUV und einer Vermittlungsnorm im EUV, hier den Art. 10 ff. EUV,²⁰⁰ sowie eine spezifische institutionelle Verknüpfung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.

Trotz dieser Strukturähnlichkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip ist die tatbestandliche Umsetzung im Fall des demokratischen Prinzips komplizierter als im Fall der richterlichen Unabhängigkeit und der Rechtsstaatlichkeit. Für eine solche Aktivierung von Art. 10 EUV müsste der EuGH nämlich den nationalen politischen Prozess einer sachverhaltsintensiven Bewertung unterziehen. Er müsste beschreiben, an welchen Stellen die freie demokratische Willensbildung gestört ist. Dies ist ein komplexeres und im Einzelnen potentiell umstritteneres Argument als der Nachweis einer durch Recht formalisierten politischen Einflussnahmemöglichkeit auf die Gerichtsbarkeit, wie sie der EuGH für Polen nachgewiesen hat. Hier zeigen sich Unterschiede zu Art. 19 EUV. Der Gerichtshof müsste mit Blick auf Art. 10 EUV andere Fragen klären, die stärker von konkreten politischen Kontexten abhängen und weniger durch Unionsrecht, ja überhaupt durch Recht vorgeprägt sein dürften. Dies liegt auch daran, dass demokratische Prozesse auf Informalität angewiesen sind, auf eine offene Willensbildung, die nicht in gleicher Weise einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist wie ein voll verrechtlichtes gerichtliches Verfahren.²⁰¹

Zudem hat das EU-Recht die demokratischen Verfahren in den Mitgliedstaaten weitgehend unberührt gelassen, ähnliches gilt auch für die

200 Dazu namentlich *Luke Dimitrios Spieker*, *EU Values Before the Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2023; *ders.*, *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis*, GLJ 20 (2019), 1182–1213 (1206 ff.).

201 Zum negativen Zusammenhang zwischen Informalität und gerichtlicher Kontrolle *Möllers*, *Gewaltengliederung* (Fn. 18), 111.

Rechtsprechung des EGMR.²⁰² Dagegen hat es die Frage des Zugangs zu den Gerichten intensiv mitgestaltet, nicht zuletzt bei der Auslegung des Gerichtsbegriff des Art. 267 AEUV. Damit hat der EuGH einen einfacheren Zugriff auf das Potential des Art. 19 EUV als auf das des Art. 10 EUV. Dies schließt einen solchen Schritt nicht aus, er würde der Gerichtsbarkeit nur mehr an argumentativem Aufwand abverlangen.²⁰³ Wenn man schließlich – wie manche mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte – mit einer souveränitätsorientierten, quasi-völkerrechtlichen Deutung des Unionsrechts operiert, könnte es zu einem Problem werden, dass das Unionsrecht die Legitimation derjenigen politischen Verfahren kontrollieren kann, die mit den Verträgen das Ganze überhaupt erst in Gang gesetzt haben. Natürlich teilt der EuGH eine solche Deutung nicht. Doch würde die Kontrolle der demokratischen Legitimation mitgliedstaatlicher Regierungen unweigerlich die Frage nach der Legitimation des EuGH aufwerfen.

bb) Konkretisierung gegenüber den Unionsorganen

Diese Überlegungen gelten nicht in gleicher Weise für die Aktivierung eines unionalen demokratischen Prinzips gegenüber dem Handeln der Unionsorgane. Auch diese erscheint möglich und, wie sich zeigte, finden sich Spuren davon auch in der Rechtsprechung des EuGH. Wie gesehen, sind aber die Konkretisierungsmöglichkeiten wegen des Anwendungsvorrangs der operativen Normen des Vertragsrechts beschränkt.²⁰⁴

Hier erscheint die institutionenpolitische Bedeutung des Prinzips von größerer Bedeutung. Eine Konsolidierung der unionalen Seite des Demokratieprinzips würde die Weiterentwicklung der unionseigenen Organe betreffen: zu nennen ist die umstritten verzerrte Repräsentation der mitgliedstaatlichen Völker im EP,²⁰⁵ dessen nicht völlig gleichberechtigte Beteiligung an vertragsunmittelbaren Rechtsetzungsverfahren, die uneinheitliche Ausgestaltung der auswärtigen Beziehungen, die Errichtung des Agenturwesens außerhalb der Kommission bis zur Legitimation der Einnahmen durch die Struktur der Eigenmittel. Da diese Gegenstände aber im Regelfall

202 Vgl. aber EGMR, Urteil v. 18.2.1999, Nr. 24833/94 – *Matthews/Vereinigtes Königreich*.

203 Zu diesem Problem *Krenn*, in diesem Band.

204 Dazu oben, III.4.b.

205 Kritik in BVerfGE 123, 267 (280 f.) – *Lissabon*. Auch im EP ist hier Kritik laut geworden.

vertragsrechtlich determiniert sind, geben sie eine Bewegungsrichtung vor, ohne sie rechtlich zu determinieren.

2. Institutionelles Gleichgewicht und Art. 13 EUV

Mit der Erwähnung eines institutionellen Rahmens wird die durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geschaffene Figur des institutionellen Gleichgewichts nicht klar rezipiert, sondern es werden neue Begriffe verwendet, die nicht zu einer systematischen Verstetigung einladen. So entsteht zwischen dem Vertragsrecht und dem theoretischen Grundsatz der Gewaltenteilung eine mehrfache Mediatisierung. Es ist unklar, inwieweit hinter Art. 13 EUV der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts steht, es ist ebenso unklar, inwieweit der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts mehr liefert als das positive Recht, also auch auf einen theoretischen Grundsatz verweist, der wie im Fall der Demokratie ein begriffliches Eigenleben entfaltet.²⁰⁶

a) Übersicht über die Rechtsprechung

Die Figur des institutionellen Gleichgewichts hat in der Rechtsprechung des EuGH²⁰⁷ in unterschiedlicher Frequenz Bedeutung gewonnen und verloren.²⁰⁸ Dabei ist zunächst zwischen dem „institutionellen Gleichgewicht“ als Chiffre für die horizontale Kompetenzverteilung zwischen den Unionsorganen (man könnte auch sagen ihrer vertraglich-faktischen Gewaltenteilung), einem möglichen Rechtsprinzip des institutionellen Gleichgewichts und schließlich einem entwicklungsorientierten politischen Verständnis zu

206 Zu diesem Problem auch *Merijn Chamon*, EU Agencies, Oxford: Oxford University Press 2016, 267 f.

207 Überblicke über die Rechtsprechung bei *de Witte* (Fn. 36); *Sébastien Platon*, The Principle of Institutional Balance: Rise, Eclipse and Revival of a General Principle of EU Constitutional Law, in: Katja S. Ziegler/Päivi J. Neuvonen/Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), Research Handbook on General Principles in EU Law, Cheltenham: Edward Elgar 2019, 136–155. Recht distanzlos zum Gerichtshof: *Desmond Johnson*, Institutional Balance as a Constitutional Dialogue, in: Mattias Derlén/Johan Lindblom (Hrsg.), The Court of Justice of the European Union, Oxford: Hart 2018, 115–139.

208 Zu solchen Konjunkturen in der Rechtsprechung *Platon* (Fn. 207), II.; zu verpassenden Gelegenheiten auch *Chamon*, EU Agencies (Fn. 206), 278 ff.

unterscheiden.²⁰⁹ Noch einmal von diesen drei Bedeutungen ist der Regelungsgehalt des Art. 13 Abs. 2 EUV abzugrenzen. Nicht selten äußert sich der EuGH zu Fragen des institutionellen Gleichgewichts in einem zusammenfassenden Sinn, ohne ein entsprechendes Rechtsprinzip zu erwähnen. Umgekehrt bemühte der Gerichtshof nicht selten das Rechtsprinzip, um damit die Bedeutung der vertraglich vorgesehenen Kompetenzverteilung hervorzuheben und gerade nicht im Namen eines konstitutionellen Prinzips zu überspielen. Dabei verwendet der Gerichtshof, wenn er das institutionelle Gleichgewicht nennt, mitunter in gleichgerichtetem Sinn den Grundsatz der Demokratie.

Die Rechtsprechung beginnt mit der Entscheidung *Meroni*²¹⁰, in der der Gerichtshof noch vom „Gleichgewicht der Gewalten“ spricht, welches in Art. 3 EGKS-Vertrag festgemacht wird, dessen Kopfbestimmung an Art. 13 Abs. 2 S.1 EUV erinnert. Das Grundprinzip liegt darin, die Einrichtung vertragsfremder Strukturen mit politischem Entscheidungsspielraum zu begrenzen, man könnte auch sagen in der Begrenzung einer sekundärrechtlichen Verselbstständigung der Entscheidungsstruktur gegenüber den Verträgen. Das Erbe von *Meroni* bleibt in der nachfolgenden Rechtsprechung aber ambivalent. Auf der einen Seite wird die vertragliche Kompetenzverteilung zwischen den Organen durch den Hinweis auf das institutionelle Gleichgewicht befestigt. Auf der anderen Seite werden Entscheidungsbefugnisse neuer sekundärrechtlicher Agenturen regelmäßig zugelassen.²¹¹ Schließlich hat sich diese Rechtsprechung in Form eines schwachen Vorbehalts politischer Entscheidungen und einer potentiellen Begrenzung einer Delegation abgeleiteter Rechtserzeugung in der Rechtsprechung durchgehalten.²¹²

209 Zu solchen Bedeutungsebenen etwa knapp und informativ *Merijn Chamon*, *The European Parliament and Delegated Legislation: An Institutional Balance Perspective*, London: Hart 2022, 1 ff.

210 EuGH, Urteil v. 13.6.1958, Rs. 10/56, ECLI:EU:C:1958:8, S. 81 f. – *Meroni*; dazu aus der Literatur *Katja Michel*, *Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen*, Berlin: Duncker & Humblot 2015, 70 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil v. 14.5.1981, Rs. 98/80, ECLI:EU:C:1981:104 – *Romano*.

211 *de Witte* (Fn. 36), 153 ff., spricht von der Legitimierung „kreativer“ institutioneller Praktiken, i.e. des Sekundärrechts. Ein Beispiel ist der ESMA-Fall: EuGH, Urteil v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 45 ff. – *Vereinigtes Königreich/Parlament u. Rat*.

212 *Ibid.*; grundl. EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 25/70, ECLI:EU:C:1970:115, Rn. 8 ff. – *Köster*; auch wenn die Abgrenzungsleistung des Gerichts durchaus kritisch beurteilt

Die folgende Rechtsprechung des EuGH, die sich in aller Regel um Konflikte zwischen den Organen dreht, nimmt im Regelfall beim institutionellen Gleichgewicht, wie es in Art. 13 Abs. 2 EUV „zum Ausdruck kommt“²¹³, seinen Ausgangspunkt und stellt fest, dass dieser Grundsatz die Organe darauf verpflichtet, im Rahmen ihrer vertraglichen Befugnisse und unter Rücksicht auf die anderen Organe zu handeln, um die eigentliche argumentative Arbeit durch die Auslegung der konkreteren Kompetenznormen zu erledigen. Die Funktion des Grundsatzes liegt dann zum Ersten darin, den zwingenden Charakter der vertraglichen Kompetenzordnung zu unterstreichen.²¹⁴ Zum Zweiten führt diese Hervorhebung dazu, dass mögliche Verstöße durch den Gerichtshof kontrolliert und sanktioniert werden müssen.²¹⁵ Eigentlich nur mit Blick auf das Prozessrecht ist der Gerichtshof bereit gewesen, im Namen des institutionellen Gleichgewichts über das Vertragsrecht hinauszugehen.²¹⁶

Fälle, in denen der Gerichtshof in Anwendung des Grundsatzes Konflikte zwischen den Organen zu entscheiden hatte, betrafen dabei institutionell nicht selten die auswärtigen Beziehungen²¹⁷ und das Migrationsrecht.²¹⁸ Die Entscheidungen lassen im Ergebnis keine Privilegierung eines Organs erkennen. Institutionell beschäftigen sich die wenigen Entscheidungen, die den Grundsatz ausdrücklich verwenden, relativ oft mit der Reichweite des Initiativrechts der Kommission²¹⁹ und der Beteiligungsrechte des Parla-

wird: *Merijn Chamon*, How the Concept of Essential Elements of a Legislative Act Continues to Elude the Court, CML Rev. 50 (2013), 849–860.

213 So etwa EuGH, Urteil v. 14.4.2015, Rs. C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217, Rn. 64 – *Rat/Kommission*, für viele.

214 EuGH, Urteil v. 6.5.2008, Rs. C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257, Rn. 57 f. – *Parlament/Rat*. Dies ist wohl die erste Nennung eines „Grundsatzes“ des institutionellen Gleichgewichts.

215 EuGH, Urteil v. 22.5.1990, Rs. C-70/88, ECLI:EU:C:1990:217, Rn. 26 – *Parlament/Rat*.

216 Ibid.

217 EuGH, Urteil v. 16.7.2015, Rs. C-425/13, ECLI:EU:C:2015:483, Rn. 67 ff. – *Kommission/Rat*; Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-73/14, ECLI:EU:C:2015:663, Rn. 61 ff. – *Rat/Kommission*; Urteil v. 28.7.2016, Rs. C-660/13, ECLI:EU:C:2016:616, Rn. 32 ff. – *Rat/Kommission*; dazu aufschlussreich *Valerie Demedts/Merijn Chamon*, The Commission Back on the Leash: No Autonomy to Sign Non-binding Agreements on Behalf of the EU, CML Rev. 54 (2017), 245–262.

218 EuGH, Urteil v. 6.5.2008, Rs. C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257, Rn. 44, 56 f. – *Parlament/Rat*; Urteil v. 6.9.2017, Rs. C-643/15, C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 160 f. – *Slowakei/Rat*.

219 EuGH, *Puppinck u.a./Kommission* (Fn. 176), Rn. 59 ff.; Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-928/19 P, ECLI:EU:C:2021:656, Rn. 47 f. – *EPSU/Kommission*; Urteil v.

ments.²²⁰ Ein Hintergrundkonflikt ist dabei die Abgrenzung der Kompetenzen von Europäischem Rat und Kommission.²²¹

Schließlich sind bemerkenswerte Fälle zu nennen, in denen sich grundlegende Fragen der institutionellen Kompetenzverteilung stellten, ohne dass der Gerichtshof die Figur der institutionellen Balance auch nur erwähnt hätte. Das gilt für die Entscheidungsbefugnisse von Agenturen,²²² für die Verwendung von Unionsorganen bei der intergouvernementalen Bearbeitung der Schuldenkrise²²³ oder im parlamentarischen Haushaltsverfahren.²²⁴

b) Potential der Konkretisierung

Die Abhängigkeit des Grundsatzes von konkreteren Normen und die Selektivität der Anwendung durch den Gerichtshof erschweren eine Rekonstruktion der Verträge, die, so der EuGH in einem frühen, aber weiterhin relevanten Diktum, „nicht immer systematischen Kriterien genügen“.²²⁵ Zudem fällt auf, dass sich der Grundsatz sowohl in seiner richterrechtlichen Anwendung als auch in seiner vertraglichen Formulierung nur auf die unionalen Organe beziehen kann. Eine Anwendung auf die Mitgliedstaaten wird in der Literatur vereinzelt diskutiert,²²⁶ erscheint aber schwer denkbar.

Damit gewinnt die Rolle des institutionellen Gleichgewichts in der Rechtsprechung des EuGH nicht die Prominenz, die die Demokratie nicht allein wegen der Erwähnung in Art. 2 EUV, sondern auch aufgrund ihrer fundamentalen Funktion für die Figur der Freiwilligkeit der Verträge²²⁷

22.11.2022, Rs. C-24/20, ECLI:EU:C:2022:911, Rn. 83 ff. – *Kommission/Rat*. In diesen Fällen sah das Gericht eine Bindung des Initiativrechts der Kommission an Initiativen nach Art. 11 Abs. 4 EUV und Art. 155 Abs. 2 AEUV für mit dem institutionellen Gleichgewicht unvereinbar an; dazu knapp *Merijn Chamon*, *European Parliament and Delegated Legislation* (Fn. 209), 8–10.

220 EuGH, Urteile v. 29.10.1980, Rs. 138/79, ECLI:EU:C:1980:249, Rn. 33 f. – *Roquette/Rat*, und Rs. 139/79, ECLI:EU:C:1980:250, Rn. 34 – *Maizena/Rat*. Zu dieser viel besprochenen Falllinie hier nur *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 17.010 f.

221 Kein Einfluss des Europäischen Rates auf die Gesetzgebung: EuGH, *Slowakei/Rat* (Fn. 218), Rn. 145–150.

222 EuGH, *VK/Parlament u. Rat* (Fn. 211).

223 EuGH, Urteil v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 – *Pringle*.

224 EuGH, Urteil v. 17.9.2013, Rs. C-77/11, ECLI:EU:C:2013:559 – *Rat/Parlament*.

225 So EuGH, Urteil v. 30.5.1989, Rs. 242/87, ECLI:EU:C:1989:217 – *Kommission/Rat*.

226 *Platon* (Fn. 207), III.1.b.

227 Siehe oben, bei Fn. 217.

in der Rekonstruktion des EuGH beanspruchen kann. Das institutionelle Gleichgewicht bleibt zudem auch deswegen schwächer konturiert, weil der Gerichtshof in einer für Gerichte typischen Art und Weise seine eigene Rolle nicht in ein Tableau der Gewaltenteilung einordnen will.²²⁸ Dass sich der Gerichtshof mit Blick auf die drei Gewalten der Unionsrechtsordnung in Zeiten der Bedrohung die meisten Gedanken über die eigene, die judikative Gewalt gemacht hat,²²⁹ ist der Tatsache geschuldet, dass mit Mehrheit entscheidende, demokratisch legitimierte Organe in Polen und Ungarn namentlich in die richterliche Unabhängigkeit eingegriffen haben; verdankt sich aber auch dem Umstand, dass dieser Gesichtspunkt dem Gerichtshof institutionell besonders nahesteht. Das für die Rechtsprechung zum institutionellen Gleichgewicht charakteristische Nebeneinander von enger Bezugnahme auf die vertraglichen Kompetenznormen und Offenheit gegenüber dem Sekundärrechtsetzer zu institutioneller Gestaltung verweist eben in beiden Fällen von der Prinzipienbildung hin zu den Entscheidungen der primären und sekundären Rechtsetzung. Damit ist es schwierig, dem Institut einen argumentativen Selbststand abzugewinnen,²³⁰ der sich rechtlich operationalisieren ließe.

Die Konkretisierungspotentiale des institutionellen Gleichgewichts im Sinne eines in Art. 13 EUV verankerten Prinzips sind also geringer als die für das demokratische Prinzip. Gewaltengliederung ist ein komplexes Modell, das sich eher zur analytischen Beschreibung von konstitutionellen Praktiken eignet als zur Bildung normativer Prinzipien. Das zeigt sich auch in anderen Verfassungsordnungen.

Art. 13 EUV dürfte sich erst zu einem handhabbaren Prinzip entwickeln lassen, wenn die Ämterordnung der EU derart homogenisiert ist, dass sich aus dieser selbst bestimmte Organisationsprinzipien herleiten lassen. Eine solche Entwicklung ist durch rechtliche Begriffsbildung derzeit nicht zu

228 Dazu passt auch die Beobachtung, dass der Gerichtshof bei der Kontrollintensität nicht zwischen vertragsunmittelbaren Sekundärrechtsakten und abgeleiteter Rechtssetzung unterscheidet: *Dominique Ritleng*, in: Joana Mendes/Ingo Venzke (Hrsg.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Oxford: Hart 2018, 183–216.

229 U.a. EuGH, Urteil v. 15.7.2012, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 5.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen*; Beschluss v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615 – *Kommission/Polen*.

230 So auch *de Witte* (Fn. 36) 144, 145 ff.; *Merijn Chamon*, *The Institutional Balance, an Ill-Fated Principle of EU Law?*, EPL 21 (2015), 371–391.

erreichen. Allenfalls lädt sie, wie wir sehen werden, zu einer Art aspirativer Staatsformenlehre ein, in der dem Stand der Integration unter Umständen auch eine organisatorische Entwicklungslinie einbeschrieben werden kann. Eine solche Herleitung wird auch induktiv vorgehen müssen, also nicht zu viel aus dem Begriff, dafür einiges aus dem konkreten Institutionenbestand nehmen müssen. Kleinere Korrekturen, wie sie uns die Rechtsprechung vorgeführt hat, sind dabei nicht ausgeschlossen. Die Möglichkeit, den Grundsatz der institutionellen Balance zum Füllen normativer Lücken zu nutzen,²³¹ bleibt davon unberührt.

c) Die Organe und ihre Entwicklungsperspektive: die Kommission als institutioneller Problemindikator

Aus der Perspektive der klassischen Gewaltenteilung fiel oben das Fehlen einer einheitlichen Regierungsfunktion in der Union auf, die man sowohl aus Sicht der Gewaltengliederung als auch aus Sicht der demokratischen Legitimation kritisieren kann.²³² Vermisst man die institutionelle Balance noch einmal von der Seite der Organe, so ergibt sich ein vollständigeres Bild. Von hier aus erscheinen Parlament und Gerichte vergleichsweise unproblematisch, wenn sich auch im Trilogverfahren Besonderheiten der Integration ins innere Gesetzgebungsverfahren verlegen, die eher Entscheidungsfähigkeit als Legitimation stiften.²³³ Der Rat als Co-Gesetzgeber erscheint zwar als föderale Besonderheit,²³⁴ ist als solche aber auch zu rechtfertigen.²³⁵ Das Problem, dass ein Exekutivorgan an der Gesetzgebung teilhat, ist der Preis für den Eigenstand mitgliedstaatlichen Politik auch innerhalb der Union.

231 Grundlegend zu dieser Idee: *Sacha Prechal*, Institutional Balance: A Fragile Principle with Uncertain Contents, in: Ton Heukels/Niels Blokker/Marcel Brus (Hrsg.), *The European Union after Amsterdam*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, 273–295 (277f.), daran anknüpfend *Chamon*, European Parliament and Delegated Legislation (Fn. 209), 8 ff.; *ders.*, EU Agencies (Fn. 206), S. 287 ff.

232 Dazu bereits oben, III.3.b.

233 Skeptisch von *Achenbach*, in diesem Band, III.3.; positiv *Bogdandy/Rugge*, in diesem Band.

234 Dazu bereits oben, III.4.b.

235 Knapp unter Hinweis auf die föderale Struktur *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 17.049.

So indizieren die Funktionen der Kommission Legitimationsprobleme der Union. Dass die Kommission mal gubernativ quasi wie eine Regierung,²³⁶ mal exekutiv wie eine Behördenspitze, mal administrativ wie das Sekretariat einer internationalen Organisation²³⁷ operiert, ist als solches nicht ungewöhnlich. In vielen demokratischen Rechtsstaaten fungiert die Regierung sowohl als Behördenspitze als auch als politischer Impulsgeber – und zwischen beidem als exekutiver Setzer delegierter Rechtsakte. Trotzdem scheint die Kommission geradezu die Schnittstelle unionsspezifischer Eigenheiten mit Blick auf die institutionelle Balance zu sein. Drei fallen ins Auge:

Die Begrenzung der Delegation von Gesetzgebungskompetenzen, ein klassisches Gewaltenteilungsprinzip, hat sich im Unionsrecht nicht auf Prinzipienebene konsolidiert.²³⁸ Ansätze zu einer Gesetzesvorbehaltslehre finden sich,²³⁹ werden aber auch wieder infrage gestellt: Hat der EuGH zwischen dem gesetzgeberischen Mandat von Rat und Parlament und der Unabhängigkeit der Kommission zu wählen, entscheidet er sich auch einmal für letztere, obwohl diese Unabhängigkeit strukturell auf eine vorkonstitutionelle Schicht verweisen dürfte, bildet sie doch einen alten, vorpolitischen Status der Kommission ab.²⁴⁰

Diese Ungewissheit zeigt sich, zum Zweiten, in der Beziehung zwischen Parlament und Kommission. Die Kommission bedarf einerseits nicht des fortgesetzten Vertrauens einer Mehrheit des Parlaments, das Misstrauensverfahren in Art. 234 AEUV, 17 Abs. 8 EUV kann wegen des Zwei-Drittel-Quorums gerade keinen genuin politischen Kriterien folgen,²⁴¹ andererseits

236 Zu verschiedenen Formen politischen Handelns der Kommission: *Neill Nugent/Mark Rhinard*, The 'Political' Roles of the European Commission, *Journal of European Integration* 41 (2019), 203–220.

237 Dazu *Krämer/Wendel*, in diesem Band, IV.2.

238 Daran hat auch die Reform der jetzigen Art. 290, 291 AEUV nichts geändert: *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 290 AEUV, Rn. 1.

239 *Henning Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2007; *Meriïn Chamon*, Limits to Delegation under Article 290 TFEU: The Specificity and Essentiality Requirements Put to the Test, *MJ* 25 (2018), 231–245; skeptisch auch *de Witte* (Fn. 36), 148.

240 Dazu *Jan Klabbers*, *An Introduction into International Organizations Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2022.

241 Dazu *Paul Magnette*, Appointing and Censuring the European Commission: The Adaptation of Parliamentary Institutions to the Community Context, *ELJ* 7 (2001), 292–310; *Roland Bieber*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 234 AEUV, Rn. 4 ff.

geschieht die Einsetzung der Kommission nach Art.17 Abs.7 EUV mit der Zustimmung der Mehrheit des Parlaments.²⁴² Die Beziehungen zwischen beiden Organen scheinen auf halber Strecke stehen geblieben zu sein. Gelöst wird dies mit Kooperation, Konsens und interinstitutioneller Verflechtung.²⁴³ Dagegen ist daran zu erinnern, dass ein Kerngehalt der Gewaltenteilungskonstellation im Gebot zu Unterscheidbarkeit und Distanz der verschiedenen Gewalten besteht.

Das Fehlen einer konsolidierten Regierungsstruktur zeigt sich, drittens, juristisch am konkretesten im Verhältnis zwischen Europäischem Rat und Kommission. Eine idealisierende Rekonstruktion sieht den Europäischen Rat als informellen Impulsgeber. Doch gibt es hier auch Rechtskonflikte,²⁴⁴ deren Auflösung an der konkreten Ausgestaltung des in Frage stehenden Politikbereichs hängt. Es gibt keine allgemeine Regelung für die Ausgestaltung ihres Verhältnisses, nicht nur deshalb²⁴⁵ ist der Europäische Rat kein Präsidium und die Kommission keine Regierung. Der Hinweis des allgemeinen Gerichts auf den Charakter der Kommission als „hauptsächliches Exekutivorgan“ in einer „klassischen Lehre der Gewaltenteilung“ überspielt die Unterscheidung zwischen Regieren und Verwalten.²⁴⁶ Die Emphase, mit der die Kommission ihre Verantwortung für die mitgliedstaatliche Einhaltung der Verträge behandelt, und die faktische Politisierung dieser Überwachungspraxis, zeigen, dass dies auch ein praktisches Problem ist.²⁴⁷

3. Antagonismus und wechselseitige Verstärkung beider Prinzipien

Die Figur des institutionellen Gleichgewichts stellt eine bemerkenswerte begriffliche Neuerung dar, eine Rezeption und Modifizierung der Gewaltenteilungsfiguren des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts. Sie dient zugleich dem institutionellen Schutz des Primärrechts und der sekundär-

242 Dazu nur die Analyse bei *Rosas/Armati* (Fn. 2), 90 f.

243 Dazu grundlegend *Florian von Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung: Eine Untersuchung des Interorganverhältnisses der europäischen Verfassung, Berlin: Springer 2006.

244 Oben, III.3.b.

245 Zur Kritik der Rekonstruktion der EU als semi-präsidentiellem System unten, V.3.

246 EuGH, Urteil v. 15.2.2021, Rs. C-615/19 P, ECLI:EU:T:2015:270, Rn.134 – *Dalli/Kommission*.

247 *Roger Daniel Kelemen/Tommaso Pavone*, Where Have the Guardians Gone? Law Enforcement and the Politics of Supranational Forbearance in the European Union, *World Politics* 75 (2023), 779–825.

rechtlichen Weiterentwicklung, man könnte sie als *Grundsatz des organisatorischen Vorrangs* bezeichnen. In der Rechtsprechung bleibt sie dabei aber eng mit demokratischen Argumenten verschwistert, schließlich besteht zwischen Vorranganspruch und Legitimationsanspruch ein, wenn nicht immer eindeutiger, Zusammenhang.²⁴⁸

Wie schon das institutionelle Gleichgewicht selbst erweist sich dabei der Zusammenhang zwischen diesem und dem demokratischen Prinzip als ambivalent. Auf der einen Seite bemerkt *de Witte* in seiner Analyse zurecht, dass sich das institutionelle Gleichgewicht in der Rechtsprechung gegenüber dem demokratischen Prinzip in der Regel durchsetze, mit der Folge, dass der Wortlaut der Verträge den Vorrang vor seiner prinzipienförmigen Überwölbung beanspruche.²⁴⁹ Auf der anderen Seite nimmt der EuGH das demokratische Prinzip durchaus beispielhaft, um eine bestimmte Ausgestaltung der Institutionenordnung zu verlangen, wenn er bemerkt, dass es Ausdruck eines einheitlichen „demokratischen Grundsatzes“ der Union sei, wenn das Parlament eine demokratische Kontrolle über das Außenhandeln der Union, einschließlich der GASP ausüben könne.²⁵⁰ In der Sache kennt die Figur des institutionellen Gleichgewichts nicht zufällig Überschneidungen mit dem Rekurs auf demokratische Grundsätze, die sich auf die Rolle des Europäischen Parlaments beziehen. Aber auch schon der Rekurs auf das institutionelle Gleichgewicht in *Meroni* erinnert an ein traditionelles Demokratiekonzept, das fordert, die Verwaltungsorganisation politisch verantwortlich zu halten. Diese Ambivalenz hat ihren Grund weniger in den Präferenzen des Gerichtshofs, auch nicht in irgendwelchen institutionellen Besonderheiten der europäischen Integration, sondern maßgeblich in der Struktur der Kategorie. Wenn es sich beim institutionellen Gleichgewicht oder der Gewaltenteilung um ein übergreifendes Organisationsprinzip handelt, das auch, aber nicht nur, durch die Ermöglichung demokratischer Politik legitimiert wird – und diesen theoretischen Aspekt greift der Verweis in Art. 13 Abs. 1 EUV auf Art. 2 EUV ja ausdrücklich auf –, dann kann das Verhältnis zwischen beiden Prinzipien immer nur punktuell bestimmt werden.

248 *Carlos Santiago Nino*, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press 1996.

249 *de Witte* (Fn. 36), 148.

250 EuGH, Urteil v. 14.6.2016, Rs. C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435, Rn. 70, 80 – *Parlament/Rat (Tansania Agreement)*; dazu *Ley*, in diesem Band.

V. Übergreifende Deutungsangebote

Konstitutionelle Grundsätze sind institutionenpolitische Wegweiser, die dabei helfen, den Status quo einer politischen Gemeinschaft auf den Punkt zu bringen oder ihm eine Entwicklungsrichtung zu geben. In diesem Sinne sind die hier untersuchten Grundsätze der Demokratie (1.) und der Gewaltenteilung (2.) mit Blick auf die Regierungsform der EU (3.) sowie die Etablierung konstitutioneller Kerngehalte (4.) systematisch einzuordnen.

1. Ein europäisches Demokratieprinzip

Die Vorstellung, aus einem verfassungsrechtlichen Begriff der Demokratie ließe sich eine ausdefinierte Verfassungsordnung herleiten, überschätzt die Reichweite des Begriffs. Insofern lassen sich, wie dargestellt, die normativen Aussagen der Art. 2, 10–12 EUV nur vorsichtig weiterentwickeln. Die Festlegung der Verträge auf eine demokratische Verfasstheit erlaubt dennoch drei orientierende Perspektiven:

Zum Ersten mag es für die Tabuisierung²⁵¹ eines europäischen Volksbegriffs vielleicht strategisch-politische, doch schwerlich systematische Gründe geben. Hinweise wie die, die EU sei eine konsoziale plurale Demokratie²⁵² der „vielen Vermittlungen“²⁵³, sind richtig, liegen aber auf einer anderen Ebene. Solche Modelle wurden für Deutschland, die Schweiz oder die Niederlande entwickelt,²⁵⁴ trotzdem wird niemand bestreiten, dass deren Parlamente Völker repräsentieren. Richtig ist, dass es, wie immer in föderalen Ordnungen, keine starke Zentrierung um nur ein Parlament gibt. Wenn aber die Bürgerinnen und Bürger sich an der Wahl zum Europäischen Parlament beteiligen, dann tun sie das nicht als Individuen, auch nicht als Angehörige mitgliedstaatlicher Völker, sondern als Angehörige eines ihnen gemeinsamen europäischen politischen Verbands. Nicht nur der Blick auf die deutsche Verfassungsgeschichte zeigt, dass solche Wahlen, auch wenn

251 Zur Tabuisierung des Begriffs „föderal“ ähnlich Ziller (Fn. 3), 134.

252 *Simona Piattoni/Luca Verzichelli*, Revisiting Transnational European Consociationalism: The European Union a Decade After Lisbon, *Swiss Political Science Rev.* 25 (2019), 498; *Matthijs Bogaards/Markus M.L. Crepaz*, Consociational Interpretations of the EU: A Critical Appraisal, *European Union Politics* 3 (2002), 357.

253 *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV.3.b.

254 *Arend Lijphart*, *Democracy in Plural Societies*, New Haven: Yale University Press 1977; *Gerhard Lehmbruch*, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, Stuttgart: Kohlhammer 1976.

diese Zugehörigkeit durch eine andere Staatsangehörigkeit vermittelt wird, nicht anders denn als Akt eines gemeinsamen Legitimationssubjekts zu konstruieren sind. Ein solches bezeichnet man gemeinhin als Volk.²⁵⁵ Dass die sprachliche und kulturelle Heterogenität der Angehörigen dem im Wege stehen soll, hieße jedenfalls auf die EU andere Kategorien anzuwenden, als auf Staaten wie Indien oder die Schweiz angewendet wurden. Vielmehr ist auch für die EU mit Blick auf die Entstehung eines Volks von einer historischen Einsicht auszugehen: „Ethnogenese folgte der Herrschaftsbildung, nicht umgekehrt.“²⁵⁶ Das europäische Volk ist ein Produkt der demokratischen Organisation der EU.

Zum Zweiten müsste das Demokratieparadigma, gerade in der Form, die es in Art. 10 Abs. 2 EUV angenommen hat, zu einer Angleichung der demokratischen Standards zwischen EU und den Mitgliedstaaten führen. Eine solche Entwicklung ist schon lange im Gang, allein die Idee, traditionelle Vorgaben aus dem politischen Konstitutionalismus wie ein demokratisches Prinzip auch für die EU zu stipulieren, war dafür ein wichtiger Schritt. Dafür, dass sich diese Entwicklung fortsetzt, spricht normativ die Union und Mitgliedstaaten in die Pflicht nehmende Struktur des Art. 10 EUV wie auch die Adressatenvielfalt des Art. 2 EUV, und praktisch, dass die Einforderung demokratischer Strukturen durch die EU in den Mitgliedstaaten glaubwürdig nur durchsetzbar sein wird, wenn vergleichbare Standards auf beiden Ebenen angewendet werden. Konkretere Implikationen wurden oben entwickelt.²⁵⁷

Zum Dritten dürfte das Verhältnis zwischen Rat und Parlament durch das demokratische Prinzip mit Blick auf den Kompetenzbestand mehr und mehr angeglichen werden, dabei aber die politische Bedeutung der beiden Organe im Verhältnis zueinander offenlassen. Wenn zwei demokratische Ebenen miteinander verkoppelt werden, kann aus dem demokratischen Prinzip selbst nichts zu der Frage folgen, welche der beiden Ebenen Vorrang hat.²⁵⁸

255 Rolf Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 16 Rn. 1–20.

256 Dieter Langewiesche, Vom vielstaatlichen Reich zum föderativen Bundesstaat, Heidelberg: Winter 2020, 23 f.

257 Oben, IV.2.b.

258 Christoph Möllers, Multi-Level Democracy, Ratio Juris 24 (2011), 247–266.

2. Eine europäische Gewaltenteilung

Die Zuweisung der tradierten Rechtsetzungsfunktionen zu bestimmten Typen von Organen, die in den überlieferten Theorien der Gewaltenteilung, wenn auch immer nur unvollkommen, plausibel wird, hat auch für die heutige EU ein beträchtliches Beschreibungspotential.²⁵⁹ Das unterscheidet die Union von internationalen Organisationen. Ist die Rechtsprechung beim europäischen Gerichtsverbund klar verortet und die Gesetzgebung zumindest im Wesentlichen bei Rat und Parlament,²⁶⁰ so ist es am schwierigsten, die beiden hierarchischen Enden der Exekutive, Regierung und Vollzug, bestimmten Organen zuzuweisen. Das ist aber grundsätzlich in Verfassungsstaaten nicht anders, zumal in föderal gegliederten. Den Gesetzesvollzug teilen sich idealerweise Kommission und Mitgliedstaaten, freilich ergänzt um primäre und sekundäre Agenturen wie die EZB und beispielsweise FRONTEX. Die Ausbildung eines Agenturwesens und die Unabhängigkeit einer Zentralbank sind keine Besonderheiten der EU. Problematisch erscheinen dagegen Sonderinstitutionen wie der Hohe Vertreter, die die Konflikte um die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Unionsorganen institutionell perpetuieren. Sie sind allenfalls als transitorische Institutionen akzeptabel.

Am schwierigsten zu definieren ist die Regierungsfunktion der EU, die in staatlichen Systemen unterschiedliche Aufgaben übernimmt, die allesamt in Zusammenhang mit politischen Programmierungsaufgaben stehen. Zu nennen sind die Leitung des Vollzugsapparats, damit zusammenhängend die Befugnis zum Erlass abgeleiteten (tertiären) Rechts, die Gesetzesinitiative, die in parlamentarischen Systemen immer auch bei der Regierung liegt, die Außenvertretung und die exekutive (im Unterschied zur judikativen) föderale Aufsicht über den Vollzug durch die Glieder. Die Zersplitterung dieser Aufgaben zwischen Europäischem Rat, Kommission, Hohem Vertreter, Ratsvorsitz und in Teilen der Außenpolitik einiger einflussreicher Mitgliedstaaten kann man im Ganzen als Fehlen einer Regierung verstehen – mit all den Problemen, die die Abwesenheit einer eindeutigen politischen Konzentration auf eine demokratisch zuständige Institution mit sich bringt. Darauf wird bei der Frage der „Staatsform“ der EU zurückzukommen sein.

Trotzdem behält die Zuweisung von Funktionen ihren orientierenden Wert. Abweichungen zeigen Probleme an: Zu nennen sind das fehlende

259 Oben, II.3.

260 Zum Gesetzgeber der EU von Achenbach, in diesem Band, III.3.

Recht des Parlaments, Einnahmen zu definieren, der fragmentierte und undurchsichtige Aufbau der auswärtigen Beziehungen, inklusive seiner parlamentarischen Kontrolle, oder die Depolitisierung der Kontrolle der Mitgliedstaaten hinsichtlich der konstitutionellen Werte des Art. 2 EUV. In all diesen Fällen erscheinen Besonderheiten Zwängen geschuldet, für die es keine normative und auch nicht immer eine funktionale Rechtfertigung gibt – ohne dass sich diese Einsicht zu einem Verdikt der Primärrechtswidrigkeit zuspitzen ließe. Vielleicht die größte Unsicherheit besteht dabei im Umgang mit Rat und Europäischem Rat. Soweit diese im engeren Sinne Regierungsfunktionen einnehmen, stellt sich die Frage nach ihrer Kontrolle durch das Parlament.²⁶¹ Im Fall des Europäischen Rates sind diese Funktionen, namentlich wegen der schwierigen Greifbarkeit seiner Entscheidungen, einer Kontrolle konsequent entzogen.

Die drei Bedeutungsebenen der klassischen Gewaltenteilungstheorie:²⁶² Schutz der Autonomie jedes Organs, Verbot der Usurpation einer anderen Gewalt und Ausgleich zwischen den Gewalten, lassen sich für die EU nutzen, aber eben auch durch die Praxis des EU-Rechts widerlegen: beispielhaft konkret durch die fehlende Befugnis des EP, seinen Sitz zu bestimmen,²⁶³ durch die Monopolrolle des Rats im Eigenmittelsystem und durch die plausible Bezeichnung des Europäischen Rats als mächtigstem Organ der EU.²⁶⁴

3. Eine gubernativ-föderale Regierungsform für die EU

Namentlich die Unterscheidung zwischen parlamentarischem und präsidentiellem System²⁶⁵ bietet sich heute auch für die Beschreibung der Union

261 Dazu eingehend von Achenbach, in diesem Band, III.5.b.

262 Für die EU abweichend *Lenaerts/Verhoeven* (Fn. 107), 44 f.: Unabhängigkeit der Institutionen, keine Überweisung der eigenen Kompetenzen an andere Institutionen, keine Besetzung fremder Kompetenzen. Unklar bleibt auch hier, wie sich das Positive zum Prinzipiellen verhält.

263 Dazu die alte Rechtsprechung EuGH, Urteil v. 10.2.1983, Rs. 230/81, ECLI:EU:C:1983:32 – *Luxemburg/Parlament*; Urteil v. 22.9.1989, verb. Rs. 358/85 und 51/86, ECLI:EU:C:1988:431 – *Frankreich/Parlament*; Urteil v. 28.11.1991, verb. Rs. C-213/88 und C-39/89, ECLI:EU:C:1991:449 – *Luxemburg/Parlament*; Urteil v. 1.10.1997, Rs. C-345/95, ECLI:EU:C:1997:450 – *Frankreich/Parlament*; dazu auch *Lenaerts/Verhoeven* (Fn. 107), 44.

264 Dazu sogleich, bei Fn. 275.

265 Für dessen Relevanz insbesondere *Bruce Ackerman*, *New Separation of Powers*, *Harvard L. Rev.* 113 (2000), 633–729.

an. Solche Beschreibungen werden wie jede Typisierung das Phänomen nicht im Ganzen treffen, aber können Vergleichbarkeit herstellen und normative Orientierung bieten.

Die Rekonstruktion der Union als semi-präsidentielle Demokratie, in der der Europäische Rat die Präsidialfunktion ausfüllt und die Kommission die parlamentarische Regierung darstellt, erweist sich als schwierig.²⁶⁶ Im verfassungstheoretischen Begriff des Präsidialismus konvergieren verschiedene Eigenschaften dieses Organs:²⁶⁷ Personalisierung, demokratische Direktwahl und Unitarisierung, die den Europäischen Rat allesamt nicht auszeichnen. In jedem Fall müsste der Vergleich vollständig sein und die besonderen Risiken dieser Staatsform thematisieren,²⁶⁸ in der die parlamentarisch verantwortliche Regierung im Regelfall keine unabhängigen Regierungsfunktionen wahrnimmt. Zudem ist auf der anderen Seite die Kommission keine parlamentarisch verantwortliche Regierung. Das Verfahren nach Art. 234 AEUV ist wegen des qualifizierten Mehrheitserfordernisses kein Misstrauensvotum.²⁶⁹ Diente der Semi-Präsidialismus in der Weimarer und V. Republik der Abfederung volatiler Mehrheitsbildung in einem parlamentszentrierten System, so ist dies gerade kein Problem der EU. Gerade weil die Union plural ist, muss sie nicht semi-präsidentiell werden.

Will man die Regierungsform der EU dennoch auf den Begriff bringen, so bietet sich an, diese als *gubernativ-föderal* zu fassen. Der für die EU fruchtbar gemachte, aus dem deutschen System kommende Begriff des Exekutiv-Föderalismus²⁷⁰ bezeichnet den Umstand, dass die Bundesgesetze auf der unteren Ebene vollzogen werden und diese Ebene deswegen an der Gesetzgebung beteiligt wird. Das kann die Rolle des Rates sowohl bei der Gesetzgebung als auch bei der abgeleiteten Rechtsetzung erklären.²⁷¹ Doch hatte der deutsche Exekutiv-Föderalismus von Beginn an eine einheitliche

266 von Bogdandy/Rugge, in diesem Band.

267 Zu begrifflicher Bestimmung und Funktionalität bereits Juan Linz/Arturo Valenzuela (Hrsg.), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: Johns Hopkins University Press 1994.

268 Cindy Skach, *The „Newest“ Separation of Powers*, I-CON 5 (2007), 93–121; eingehender *dies.*, *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, Princeton: Princeton University Press 2005.

269 Dazu oben, IV.2.c.

270 Der Begriff stammt von Böckenförde, im Einzelnen Philipp Dann, *Parlamente im Exekutivföderalismus*, Berlin: Springer 2004.

271 Dann, in diesem Band.

Staatsleitung. Die Vorstellung, der Bundesrat, die Vertretung der Gliedstaaten, könne das Deutsche Reich regieren, erledigte sich schnell.²⁷² In der EU lässt sich mit dem Aufstieg des Europäischen Rats als politischem Initiativorgan von einer Föderalisierung der Gubernative sprechen. Das gubernativ-föderale System liegt im Trend einer Re-Intergouvernementalisierung der Union,²⁷³ ist aber nicht einfach intergouvernemental, wenn es in den Rahmen des Unionsrechts eingebunden wird. Schwer zu greifen ist dies, weil die Entwicklung des Europäischen Rates auf der einen Seite formal in die Ordnung integriert wurde, Art. 15 EUV, der Europäische Rat sich andererseits gegenüber rechtlichen Vorgaben immunisiert.²⁷⁴ Ein zentraler Teil der politischen Führung der EU kommt damit immer noch quasi von außen. Anders formuliert: Der Europäische Rat changiert zwischen Organ der EU und Vertretung der Mitgliedstaaten. Dieses Problem zeigt sich gerade in seinen Leistungen: Die viel zitierte Stilisierung des Europäischen Rats als „oberstes Entscheidungsorgan“²⁷⁵ mag politikwissenschaftlich richtig sein, sie ist aber eben auch ein Rückfall in vorkonstitutionelle Kategorien,²⁷⁶ weil eine gewaltenteilte Zuständigkeitsordnung keine höchsten Organe kennt.²⁷⁷ Deutlich wird diese Grenze in den Konflikten zwischen Kommission und Europäischem Rat. Dass es für diese keine grundsätzliche Lösung gibt, sondern Differenzen entlang Politikfeldern und Handlungsformen verlaufen, zeigt die interne Asymmetrie des Integrationsprozesses, die sich nicht juristisch begradigen lässt.

Zugleich weist auch die Kommission Elemente föderal-gubernativen Regierens auf: die Besetzung nach eingeschränktem mitgliedstaatlichem Proporz und das Vorschlagsrecht des Europäischen Rats selbst. Wenn schließlich die Form des Gesetzes auch in der EU ein Instrument ist, um

272 Dazu eingehend *Oliver Haardt*, *Bismarcks ewiger Bund*, Darmstadt: wbg 2020, 343 ff.

273 Mit einer skeptischen Bewertung, inwieweit diese Entwicklung durchzuhalten ist: *Christopher J. Bickerton/Dermont Hodson/Uwe Pütter*, *The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era*, JCMS 53 (2015), 703–722.

274 Beispiele bei *von Bogdandy/Rugge*, in diesem Band.

275 *Luuk van Middelaar/Uwe Pütter*, *The European Council: The Union's Supreme Decision-Maker*, in: *Dermot Hodson/Uwe Puetter/Sabine Saurugger/John Peterson* (Hrsg.), *The Institutions of the European Union*, 5. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2022, 51–77.

276 Beispiel dafür war die rechtswidrige Verzögerung des Konditionalitätsmechanismus: *Compromising (on) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law*, Editorial Comment, CML Rev. 58 (2021), 267–284.

277 *Möllers*, *Gewaltengliederung* (Fn. 18), 92 ff.

Politik und Recht miteinander zu synchronisieren,²⁷⁸ dann ist das Nebeneinander von Art. 15 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 2 EUV schwer widerspruchsfrei darzustellen. Dann gehen die wesentlichen informellen Impulse von einem Organ aus, das nicht gesetzgeberisch tätig werden darf, während die Gesetzgebung formell von einem Organ, der Europäischen Kommission, initiiert werden soll, die einerseits im Europäischen Rat vertreten ist, die sich andererseits immer wieder auf ihre garantierte Unabhängigkeit von diesen beruft, Art. 17 Abs. 3 EUV, Art. 245 Abs. 1 AEUV. Dahinter steckt keine schlüssige institutionelle Logik, unabhängig von der Frage, welches der beiden Organ mehr politischen Einfluss hat.²⁷⁹

Wem gegenüber ist der Europäische Rat politisch verantwortlich? Rechtlich ist er dies nur beschränkt, am ehesten noch durch eine Beschränkung seiner Kompetenzen gegenüber der Kommission. Politisch sind dies jenseits der Berichtspflicht gegenüber dem Europäischen Parlament allein die Mitglieder in ihren nationalen politischen Prozessen, der insoweit auch von Art. 10 Abs. 2 EUV determiniert ist. Doch muss der Hinweis auf die nationale politische Verantwortung den Europäischen Rat eben doch als intergouvernementales Organ deuten.

4. Ein konstitutioneller Kern und seine Grenzen

Art. 2 i.V.m. Art. 10 EUV geben das Versprechen auf eine weitere Stufe der Konstitutionalisierung, unabhängig von der Frage, ob dies von den Vertragsschöpfern beabsichtigt war oder nicht. Die Entscheidung für eine Verknüpfung der Wertkategorie mit konstitutionellen Grundprinzipien und der weitergehenden Verklammerung dieser Prinzipien mit den organkonstitutiven Normen des EUV und den operativen Vorschriften des AEUV lädt dazu ein, das Vertragsrecht gegenüber den Mitgliedstaaten zu verallgemeinern. Die Verknüpfung der formell konstitutionalisierenden Grundsätze Autonomie und Vorrang mit den materiellen Wertbestimmungen durch den EuGH ist begrifflich nicht stimmig, dennoch ein starkes Indiz für eine auch hierarchieschaffende weitere Stufe der Konstitutionalisierung. Die methodischen Probleme, auf die eine solche Hierarchisierung stößt, sind dabei

278 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 427 f.

279 Dazu Jens Blom-Hansen/Roman Senninger, *The Commission in EU Policy Preparation*, JCMS 59 (2021), 625–642; Paul Craig, *Institutions, Power, and Institutional Balance*, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, 46–89 (88).

ebenso im Auge zu behalten wie der Umstand, dass eine offensive Konstitutionalisierung des demokratischen Prinzips größere begründungstechnische und praktische Probleme mit sich bringt als beim Rechtsstaatsprinzip.

Sind Binnenhierarchisierung und Kernkonstitutionalisierung in den Gehalten des EUV angelegt, so ändert dies nichts daran, dass die Konstruktion eines konstitutionellen Kerns bei einer politischen Gemeinschaft, deren Entwicklung seit Jahrzehnten von kleinen Schritten, ad-hoc-Lösungen und institutionellen Kompromissen abhängt, kein geringes Risiko darstellt. Denn wenn sich die institutionelle Lösung nicht mehr auf den Begriff bringen lässt, dann verliert der normative Anspruch der Prinzipien schnell im Ganzen seinen Wert. Vielleicht noch gravierender als das Problem eines möglichen Normativitätsverlusts durch Übernormativierung erscheint die Frage, inwieweit die Kernhierarchisierung in der Lage ist, den Umgang der EU mit der Durchsetzung von Art. 2 EUV angemessen zu beschreiben. Die Konditionalitäts-VO ist insofern bemerkenswert, weil sie als Sekundärrechtsakt das eigentlich vorgesehene Verfahren des Art. 7 EUV funktional ersetzt,²⁸⁰ damit aber gerade nicht einer Logik der Normenhierarchie folgt, sondern vielmehr deren prozedurale Grenzen – namentlich die Beschlussfassungsregeln im Rat – unterläuft. Das muss man nicht, wie die betroffenen Mitgliedstaaten, als Verstoß gegen Primärrecht lesen, aber es zeigt, dass die von der EU selbst gewählten Lösungen einerseits eine materielle Normenhierarchie innerhalb der Verträge voraussetzen, andererseits bei ihrer Durchsetzung dieser Normenhierarchie nur beschränkt folgen. Dies kann man als Ausdruck einer Spannung zwischen materiellen und prozeduralen Anforderungen verstehen, die im Ganzen auch das Verhältnis zwischen Art. 10 und 13 EUV prägt.

280 Dazu auch *Franzius*, in diesem Band.

Verfassungsorgane

Das Europäische Parlament – ein transnationales Repräsentationsorgan

Jelena von Achenbach

I. Thematischer Aufriss	863
II. Normbefund	869
III. Die Funktionen des Europäischen Parlaments	870
1. Grundlagen der Analyse und Argumentation	870
2. Repräsentation (Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2 und 3 EUV)	872
3. Gesetzgebung (Art. 14 Abs. 1 EUV)	893
4. Haushaltsbefugnisse (Art. 14 Abs. 1 S. 1 EUV)	903
5. Kontrollfunktionen, einschließlich Kreationfunktion (Art. 14 Abs. 1 S. 2, 3 EUV)	913
IV. Fazit	925
1. Die repräsentativ-demokratische Bedeutung des EP	925
2. Prägende Spannungslagen der Funktionsweise und Stellung des EP	925
3. Das Verhältnis von unionalem Demokratieprinzip und Organisationsverfassung	929

I. Thematischer Aufriss

Der Beitrag untersucht die Parlamentsfunktionen, die die supranationale Unionsverfassung prägen, einerseits in Zusammenschau mit den Vorschriften, die die konkreten Aufgaben des Europäischen Parlaments (EP) und seine Stellung in der Gewaltenordnung der Unionsorgane ausbuchstabieren, andererseits im Zusammenhang mit den verfassungsprinzipiellen Normen, wobei hier Art. 10 EUV als horizontale Konkretisierung des Art. 2 EUV im Vordergrund steht.¹

Das EP ist das erste Parlament „jenseits des Staates“ – jenseits staatlich verfasster Demokratien: Als weltweit einzige überstaatliche, mit echten gestalterischen Handlungsbefugnissen und Repräsentationsfunktion ausgestattete Institution, die direkt von Bürgerinnen und Bürgern gewählt wird, steht es für einen Quantensprung des – stets offen-unabgeschlossenen und keineswegs zwangsläufig zum Gelingen voranschreitenden – Experiments der Demokratie. Wie das EP heute als Organ der Union verfasst und mit Organrechten ausgestattet ist, ist das (Zwischen-)Ergebnis einer

1 Zur Konkretisierung des Art. 2 EUV durch Art. 10 EUV EuGH, Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-418/18 P, ECLI:EU:C:2019:1113 Rn. 64 – *Puppnick u.a./Kommission*; Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115 Rn. 63 – *Junqueras Vies*.

langwährenden und unabgeschlossenen Verfassungsentwicklung, in der die Zukunftsaussichten weiter offen sind. Dabei ist die institutionelle Selbstbehauptung und -ermächtigung des EP in inkrementellen Aushandlungsprozessen mit Rat und Kommission für die Entwicklung der Gewaltenteilung in der Union („institutionelles Gleichgewicht“) ein wichtiger Faktor.² Das EP ist dabei von den Unionsorganen wohl der erfolgreichste Akteur, wenn es darum geht, das Macht- und Kompetenzgefüge innerhalb des politischen Systems der Union zu seinen Gunsten zu verschieben.³

Grundlage dafür war und ist sein demokratischer Anspruch, die Idee parlamentarischer Repräsentation auf europäischer Ebene zu verkörpern.⁴ In einem der weniger bekannten Aspekte seiner berühmten verfassungskonstitutiven Entscheidung *van Gend & Loos* hat der Europäische Gerichtshof schon im Jahr 1963, als das Europäische Parlament noch Versammlung mitgliedstaatlicher Parlamentarier war, einen Zusammenhang zwischen der Rechtssubjektivität des Einzelnen in der Gemeinschaftsrechtsordnung und der institutionalisierten Beteiligung der Bürger der Mitgliedstaaten an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt der Gemeinschaft hergestellt: Die Staatsangehörigen der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten seien dazu berufen, durch das Europäische Parlament zum Funktionieren dieser Gemeinschaft beizutragen.⁵ Kurz nach der Einführung der Direktwahl im Jahr 1979 hat der EuGH dann die Beteiligung des EP an der Rechtsetzung der Gemeinschaft als Ausdruck eines grundlegenden demokratischen Prinzips gedeutet, nach dem die Völker der Mitgliedstaaten durch eine Versammlung ihrer Vertreter an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt der Europäischen Gemeinschaft beteiligt sind.⁶

Der Vertrag von Lissabon hat die Tradition vorheriger Vertragsreformen fortgeführt, die Stellung des Europäischen Parlaments zu stärken. Diese Verfassungsentwicklung der Union steht in vielen Aspekten dafür, dass die

2 Zur Figur des institutionellen Gleichgewichts Möllers, in diesem Band.

3 Politikwissenschaftlich zum institutionellen Wandel in Folge der Selbstorganisation der Organe eingehend Adrienne Héritier, *Explaining Institutional Change in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2007.

4 S. Héritier (Fn. 3), 70 ff. Die institutionelle Selbstbehauptung des EP schlägt sich vor allem in den vielen interinstitutionellen Vereinbarungen nieder, mit denen die Unionsorgane ihr Zusammenwirken organisieren; dazu Florian von Alemann, *Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung*, Berlin: Springer 2006.

5 EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, S. 24 f. – *van Gend & Loos*.

6 EuGH, Urteil v. 29.10.1980, Rs. 138/79, ECLI:EU:C:1980:249 – *Roquette Frères*, und Rs. 139/79, ECLI:EU:C:1980:250, Rn. 33 bzw. 34 – *Maizena*; s. auch EuGH, Urteil v. 10.2.1983, Rs. 230/81, ECLI:EU:C:1983:32, Rn. 39 – *Luxemburg/Parlament*.

Demokratisierung der Europäischen Union über einen langen Zeitraum durchaus in der gewiss schrittweisen Annäherung an die Idee eines transnationalen Parlamentarismus gesucht wurde – darin aber, wie jedes politische System, nicht einer allgemeinen theoretischen Idealform entspricht, sondern auch institutionelle Eigenarten aufweist, die die normative Idee verfehlen. Art. 14 EUV legt seit Lissabon zum ersten Mal nieder, dass das Europäische Parlament – in seinen Ursprüngen bloß ein Konsultativorgan – gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber tätig wird. Das früher sog. Mitentscheidungsverfahren, das Ausdruck dieser Gleichberechtigung ist, ist seither als *ordentliches Gesetzgebungsverfahren* das Normalverfahren der europäischen Gesetzgebung.

Ist also vom Werden und Sein des Europäischen Parlaments in der Form einer unzweideutigen Erfolgsgeschichte der parlamentarischen Idee zu sprechen? Wohl nicht – dafür spricht eine Reihe von Gründen. Das fängt schon damit an, dass zur neueren Geschichte der Union auch gehört, dass zwar einerseits die Rechte des EP ausgebaut und die interparlamentarische Zusammenarbeit gestärkt wurde, dass andererseits und teils synchron dazu aber auch breit von neuen – mitunter ganz außerhalb des Unionsverfassungsrechts liegenden – intergouvernementalen Formaten des Entscheidens und Handelns Gebrauch gemacht wurde und wird, gerade in Krisenzeiten.⁷ In der politikwissenschaftlichen Analyse ist von *new intergovernmentalism* die Rede.⁸

Hinzu kommt, dass Enttäuschungen – und Geringschätzung – einen bedeutsamen Aspekt der Erzählung(en) über das Europäische Parlament, seine Entwicklung und seine Praxis bilden. Das Europäische Parlament und die europäische Politik insgesamt generierten bei den letzten fünf Wahlen keine überzeugende Aktivierung der europäischen Gesellschaft – trotz der tiefgreifenden Bedeutung der europäischen Politik gerade in der Finanz- und Wirtschaftskrise der 2010er Jahre und im Umgang mit Migration. Dem Europäischen Parlament fehlt weiterhin eine durchschlagende Resonanz bei seiner Wählerschaft: nach einem Tiefstand von ca. 42 Prozent im Schnitt der Mitgliedsländer waren es auch bei den Wahlen

7 Zu den Effekten der Euro-Krise im institutionellen Gleichgewicht der Union, insbesondere mit Blick auf das EP Mark Dawson/Floris de Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, MLR 76 (2013), 817–844 (828 ff., 832 ff.).

8 Christopher J. Bickerton/Dermot Hodson/Uwe Puetter, *The New Intergovernmentalism*, JCMS 53 (2014), 703–722; Christopher J. Bickerton/Dermot Hodson/Uwe Puetter, *Something New. Rejoinder to Frank Schimmelfennig on the New Intergovernmentalism*, JCMS 53 (2015), 731–736.

von 2019 und 2024 nur ungefähr 50 Prozent. In einzelnen Mitgliedstaaten gingen nur etwa 20 Prozent der Wahlberechtigten zur Wahl des EP.⁹ Zudem ist das, was oft als „Europaskeptizismus“ bezeichnet wird, vielfach aber längst in anti-europäischen, nationalistischen Populismus übergegangen ist, in den vergangenen Wahlperioden auch in das EP eingezogen – mit nationalistischen, teilweise den EU-Austritt des jeweiligen Herkunftslands anstrebenden Abgeordneten.

Außerdem verweigern manche der verfassungsrechtlichen Akteure der europäischen Integration dem EP die Anerkennung als demokratische Repräsentation einer europäischen Bürgerschaft – so das Bundesverfassungsgericht. Das Gericht geht mit dem Lissabon-Urteil und auch den Urteilen zu den Mindestprozenthürden bei den Europawahlen weiter davon aus, dass die demokratische Repräsentation in den und durch die Mitgliedstaaten die tragende demokratische Grundlage der Europäischen Union bleibe, und dass dem EP demgegenüber nur eine ergänzende Rolle, eine Hilfsfunktion zukomme.¹⁰

Die Idee, dass das Versprechen einer europäischen repräsentativen Demokratie, das Art. 10 Abs. 1 EUV verkörpert, in einem transnationalen, europäischen Parlament als demokratischem Zentrum der Union zu suchen und weitergehend zu verwirklichen sei,¹¹ ist weder in der Wissenschaft noch in der europäischen Verfassungspolitik hegemonial. Im wissenschaftlichen Diskurs wird eine Demokratisierung der Union vermehrt in dem gesucht, was als *multilevel parliamentary field*,¹² *parliamentary network*,¹³ *Euro-national parliamentary system*,¹⁴ *Parlamentsverbund*,¹⁵ *Mehrebenenparla-*

9 Eine niedrige Wahlbeteiligung ist indes kein auf die Union allein bezogenes Phänomen; 2022 nahmen an den Wahlen zur französischen Nationalversammlung nur 47,5 % (erste Runde) bzw. 46,2 % (zweite Runde) der Wahlberechtigten teil.

10 BVerfGE 123, 267 (Rn. 271) – *Lissabon*.

11 In diesem Sinne Jelena von Achenbach, *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union*, Berlin: Springer 2015.

12 Ben Crum/John E. Fossum, *The Multilevel Parliamentary Field*, EPSR 2 (2009), 249–271 (249).

13 Darstellung bei Crum/Fossum (Fn. 12), 257 ff.

14 Nicola Lupo/Cristina Fasone, *Introduction: Parliaments in the Composite European Constitution*, in: dies. (Hrsg.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, London: Hart 2016, 1–19.

15 Diesen Begriff verwenden Ingolf Pernice/Steffen Hindelang, *Potenziale europäischer Politik nach Lissabon*, EuZW 2010, 407–413 (408 ff.).

mentarismus¹⁶ oder *compounded representative polity*¹⁷ beschrieben wird.¹⁸ Funktionenteilung, horizontale Kooperation und Vernetzung der beiden in Art. 10 EUV in Bezug genommenen Stränge der parlamentarischen Repräsentation in der Union stehen damit im Fokus. Zudem haben die Lissabonner Reformen die Einbeziehung der nationalen Parlamente zum Bestand der demokratischen Grundsätze der Union aufgewertet: Nach Art. 12 EUV tragen die nationalen Parlamente aktiv zur guten Arbeitsweise der Union bei. Damit wird der von der Repräsentation des jeweiligen Staatsvolks durch das nationale Parlament ausgehende staatliche Strang der parlamentarischen Repräsentation in seiner verfassungsprinzipiellen Bedeutung ausgebaut.¹⁹

Auf einer theoretischen Ebene steht das Konzept der *demoi-cracy*²⁰ für die Idee einer nicht-zentrierten Demokratie in der Union: Hiernach leitet die EU ihre demokratische Legitimation von der Demokratie in den Mitgliedstaaten und der Zusammenarbeit der dort verfassten politischen Subjekte ab – und nicht von einem unitarischen, geeinten demokratischen Subjekt: „*a demoicracy prism starts with our individual embeddedness in national communities as separate demoi and with the primacy of the state*“²¹. Das Konzept wird als dritter Weg zwischen national geschlossenen und supranationalen Versionen der Demokratie mit einem unitarischen *demos* verstanden.²²

Vor diesem Hintergrund ambivalenter institutioneller Entwicklungen und wissenschaftlicher Uneinigkeit über die demokratische Bedeutung des EP ist die kritisch-rekonstruktive Analyse der Parlamentsfunktionen des

16 Mit diesem Begriff beschreibt *Andreas Maurer* den Ansatz, die EU durch die Stärkung sowohl des EP als auch der nationalen Parlamente zu demokratisieren, s. etwa *Andreas Maurer*, *Parlamentarische Demokratie in der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2002.

17 *Arthur Benz*, *Compounded Representation in EU Multi-Level Governance*, in: *Beate Kohler-Koch* (Hrsg.), *Linking EU and National Governance*, Oxford: Oxford University Press 2003, 82–110.

18 Für einen Überblick der theoretischen Konzeptionen *Annegret Eppler*, Vertikal und horizontal, bi- und multilateral. Interparlamentarische Beziehungen in EU-Angelegenheiten, in: *Gabriele Abels/Annegret Eppler* (Hrsg.), *Auf dem Weg zum Mehrebenenparlamentarismus*, Baden-Baden: Nomos 2011, 295–315.

19 Dazu auch *Möllers*, in diesem Band, II.2.

20 *Kalypso Nicolaidis*, *European Demoicracy and Its Crisis*, *JCMS* 51 (2013), 351–369; *Francis Cheneval/Frank Schimmelfennig*, *The Case for Demoicracy in the European Union*, *JCMS* 51 (2013), 334–350.

21 *Nicolaidis* (Fn. 20), 352; *Cheneval/Schimmelfennig* (Fn. 20), 334.

22 *Nicolaidis* (Fn. 20), 352.

EP, die der Beitrag unternimmt, dem Erkenntnisinteresse gewidmet, den gegenwärtigen Stand der nach Art. 10 Abs. 1 EUV verfassungsprinzipiell angeordneten repräsentativ-demokratischen Verfassung der Union in der Form, die diese im Europäischen Parlament annimmt, zu verstehen. Es geht darum, einen Deutungsvorschlag zum demokratischen Sinn und zu den demokratischen Limitationen des Europäischen Parlamentes zu entwickeln. Dazu zählt auch, die verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Spannungslagen zu rekonstruieren, die die Funktionsweise und Stellung des Europäischen Parlaments in der unionalen Gewaltenordnung prägen, einschließlich der neueren Entwicklungen in dieser Hinsicht. Der hier unterbreitete Vorschlag ist, das Europäische Parlament als transnationales Repräsentationsorgan zu verstehen, dessen komplexe elektorale Verfasstheit und politische Praxis darauf gerichtet ist, die in den Mitgliedstaaten als getrennte Wählerschaften organisierten Unionsbürgerinnen und Unionsbürger politisch zu einem grenzübergreifenden politischen Subjekt zu integrieren. Dabei zeigen sich manche Probleme der Verwirklichung der Parlamentsfunktionen, manches Zurückbleiben der Unionsverfassung und der entsprechenden politischen Praxis hinter den demokratischen Idealen.

All dies führt letztlich in einer allgemeineren Perspektive zu der Frage, wie sich das Demokratieprinzip der dualen demokratischen Repräsentation des Art. 10 Abs. 2 EUV und die Organisationsverfassung der Union zueinander verhalten: nämlich insbesondere im Hinblick darauf, inwieweit die Organisationsverfassung den unionseigenen repräsentativ-demokratischen Legitimationsstrang des Europäischen Parlaments tatsächlich als Grundlage europäischer Hoheitsgewalt operationalisiert. Dies eröffnet auch allgemeinere Überlegungen zur Bedeutung und „Gestaltungskraft“ des unionsverfassungsrechtlichen Demokratieprinzips nach Art. 10 Abs. 1, 2 EUV.

Die Untersuchung geht dem mit diesen Fragen formulierten Erkenntnisinteresse nach und untersucht das Europäische Parlament dazu in den folgenden Schritten: Zunächst wird der Befund an Normen aufgearbeitet, die die Funktionen und Stellung des EP im Gewaltengefüge der Union prägen (II.). Vor diesem Hintergrund beleuchtet der Beitrag im Anschluss an den Normtext des Art. 14 Abs. 1 EUV die zentralen Funktionen des EP, die an die hergebrachten Parlamentsfunktionen anschließen: Repräsentation (III.1.), Gesetzgebung (III.2.), Haushalt (III.3.) und politische Kontrolle, einschließlich der Kurations-/Wahlfunktion des EP (III.4.). Das Fazit synthetisiert die Erträge der Untersuchung und reflektiert auf dieser Basis die voranstehend formulierten Leitfragen (IV.).

II. Normbefund

Wahl, Stellung, Funktionen und Funktionsweise des Europäischen Parlaments als Organ der Europäischen Union werden durch ein komplexes, mehrere Rechtsebenen einschließendes Normgewebe bestimmt. Dieser Zusammenhang verschiedener Ebenen leistet eine Konkretisierung der demokratieprinzipiellen Bestimmungen des EUV durch die institutionelle Ausgestaltung des EP als Unionsorgan, insbesondere durch die Regelung seiner Verfahrensweisen. Art. 10 EUV beschreibt – damit Art. 2 EUV in Bezug auf die Demokratie konkretisierend – als Teil des unionsverfassungsrechtlichen Prinzips der dualen demokratischen Legitimation das Europäische Parlament als unmittelbare Vertretung der Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene und stellt dies der Vertretung der Mitgliedstaaten durch den Rat gegenüber.

Art. 14 EUV weist dem Europäischen Parlament seine Stellung und Funktion im politischen System der EU zu. Das EP ist danach Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und bildet gemeinsam mit dem Rat den Gesetzgeber der Union; es übt die Haushaltsbefugnisse aus und nimmt Kontroll- und Beratungsfunktionen in der Gewaltenteilung der EU wahr. Es wählt, im Zusammenwirken mit anderen Organen, die Spitze der Kommission. Für die vorliegende Untersuchung des Europäischen Parlaments liefert Art. 14 EUV zugleich den Ausgangspunkt und die Struktur, indem er klassische Parlamentsfunktionen aufgreift: die Repräsentationsfunktion, indem er in Art. 14 Abs. 2 EUV dem EP die Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zuschreibt, dazu die Funktionen der Gesetzgebung und der politischen Kontrolle, die Verantwortlichkeitsbeziehungen zu anderen Verfassungsorganen der Union betrifft, wozu die Wahl des Kommissionspräsidenten zählt, die Art. 14 Abs. 1 S. 3 EUV in Bezug nimmt. Diese Funktionen prägen das Unionsverfassungsrecht nicht einheitlich, da die Zuordnung der Funktionen und das Gewaltengefüge der Union vielfach politikbereichsspezifisch ausgeprägt sind. Die hier benannten Parlamentsfunktionen sind aber konstitutive Bestandteile der supranationalen Organisationsverfassung: Das erweist sich an der Gesetzgebung durch EP und Rat als Co-Gesetzgeber im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, an der Wahl der Kommission und am Unionshaushalt, dessen allgemeine Reichweite grundsätzlich nur durch die punktuelle Sonderregelung des Art. 41 Abs. 2 EUV beschränkt wird.

Weitere Aspekte der primärrechtlichen Verfassung des Europäischen Parlaments enthalten Art. 223–234 AEUV: Dies betrifft die Wahl, Organ-

rechte, auch im Verhältnis zu anderen Unionsorganen, Beratungs- und Beschlussprinzipien und die Selbstorganisation des Europäischen Parlaments. Die gesetzgebende Gewalt der Union, an der das EP grundsätzlich als Co-Gesetzgeber teilhat, wird durch Art. 289, 294 AEUV als Verfahrensordnung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens sowie durch die in den einzelnen Politikbereichen geltenden Regelungen besonderer Gesetzgebungsverfahren prozedural verfasst.

Zudem sehen die Verträge konkretisierende Rechtsetzung vor: Erstens ist das Wahlrecht näher auszugestalten und zu operationalisieren, nämlich in der Form der zahlenmäßigen Bestimmung der zu wählenden nationalen Kontingente von Abgeordneten durch Beschluss des Europäischen Rates nach Art. 14 Abs. 2 EUV und der – bislang unvollständig bleibenden – Regelung eines einheitlichen Wahlverfahrens durch Gesetzgebung des Rates auf Initiative und mit Zustimmung des EP nach Art. 223 Abs. 1 EUV. Letztere Bestimmungen bedürfen der mitgliedstaatlichen Ratifikation und haben damit ebenfalls primärrechtlichen Rang. Zweitens wird der Status der Abgeordneten durch Gesetzgebung des EP nach Art. 223 Abs. 2 AEUV geregelt. Sie ergänzt die in Protokoll (Nr. 7) über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union niedergelegten Bestimmungen über die Immunität der Abgeordneten.

III. Die Funktionen des Europäischen Parlaments

1. Grundlagen der Analyse und Argumentation

Die rechtliche Einrichtung des Europäischen Parlamentes als *Organ* der Union (deutsche Sprachfassung des Art. 13 EUV) trifft auf einen im deutschen Verfassungsrechtsdenkens etablierten Organbegriff, der politische Akteure und Einrichtungen als Grundlage der Aufgaben- und Kompetenz-zuschreibung funktionsbezogen als geschlossene Willens- und Handlungseinheit, als einheitlicher Funktionsträger konzeptualisiert.²³ Dies darf jedoch nicht verdecken, dass es sich beim Europäischen Parlament – wie bei Parlamenten allgemein – nicht um eine geschlossene Einheit, sondern um einen in vielerlei Hinsicht komplexen Akteur und wissenschaftlichen

23 Zur Problematik des Organbegriffs grundlegend *Christian Neumeier*, Kompetenzen, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 279 ff.

Gegenstand handelt.²⁴ Um der Komplexität versuchsweise das Abbild einer ungeordneten Aufzählung einzelner Aspekte zu geben: Es ist eine Institution mit einer langen Geschichte und Entwicklung, einer vielschichtigen inneren Organisationsstruktur, einer Vielzahl oft konflikthafter interinstitutioneller Beziehungen im Kontext dynamischer politischer Integration, eine Institution mit institutionellen Eigeninteressen im Zusammenwirken und in Konkurrenz zu anderen politischen Akteuren. Recht und Praxis des EP sind von vielfach politikbereichsspezifisch differenzierten verfassungsrechtlichen Grundlagen, aber auch von weiträumig selbstorganisierten Praktiken und Verfahrensregeln geprägt, dazu von einem demokratischen Geltungsanspruch und zugleich von praktischen Erfordernissen des hoheitlichen Handelns der Union. Es handelt sich beim EP um die Ansammlung von eigensinnigen politischen Akteuren, die individuell und kollektiv handeln, die in mehr oder weniger wechselhafte Mehrheiten und Minderheiten aufgespalten sind, usw.

Eine politische Institution wie das Europäische Parlament „insgesamt“ zu verstehen und zu erklären, ist damit eine herausfordernde Aufgabe; sie kann im verfassungsdynamischen Kontext der Europäischen Union zudem immer nur vorläufig bearbeitet werden. Vor diesem Hintergrund zielt die im Folgenden entwickelte Analyse der verfassungsrechtlichen Funktionen des Europäischen Parlaments darauf, den verfassungsprinzipiellen demokratischen Geltungsanspruch, den Art. 2 und Art. 10 EUV erheben, ernst zu nehmen. Sie betrachtet Recht und Praxis des Europäischen Parlaments dementsprechend systematisierend und kontextualisierend in der normativen Perspektive ihrer demokratischen Bedeutung, ihres demokratischen Sinngehalts.

Um die demokratische Leistungsfähigkeit, aber ebenso auch die demokratischen Limitationen des Europäischen Parlaments in der Organisationsverfassung der Union zu erschließen, beruht der Beitrag dabei auf einem normativ-theoretischen Verständnis von Demokratie und Parlamentarismus als Phänomen rechtlicher Institutionen und Verfahren einer gleichheitsgerecht-freiheitlichen kollektiven Willensbildung, das auf rechtspositivistischen und pluralistischen Demokratietheorien basiert, insbeson-

24 Dazu schon *Jelena von Achenbach*, Die Organisationsverfassung im Mehrebenensystem, in: Julian Krüper/Arne Pilniok (Hrsg.), Organisationsverfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 121–137 (136); *Neumeier* (Fn. 23), 279 ff.

dere und grundlegend auf *Hans Kelsens* Demokratietheorie.²⁵ Zugleich nutzt der Beitrag als normativ-kritische Ressource vergleichend fundierte Verfassungstheorie und Verfassungstraditionen des Parlamentarismus und der Parlamentsfunktionen im Zusammenhang der demokratischen Gewaltenteilung.²⁶

Der Beitrag soll also eine dogmatische Systematisierung von Recht und Praxis des EP in verfassungsrechtlichen Konzepten und Begriffen leisten, die er anhand der verfassungsrechtlichen Funktionen gliedert. Die normative Perspektive auf das Europäische Parlament, die der Beitrag entfaltet, der Deutungsvorschlag zu dessen demokratischer Kapazität und die Kritik der demokratischen Defizite, sind wesentlich auf einer verfassungstheoretischen Ebene zu verorten.

2. Repräsentation (Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2 und 3 EUV)

a) Grundfragen

Es zählt zu den Grundsatzfragen des Parlamentarismus auf Unionsebene, welches kollektive Subjekt durch das EP politisch handelt. Grundsätzlich konkurrieren zwei Ansätze in dieser Frage miteinander: einerseits werden die Völker der Mitgliedstaaten, andererseits aber die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in ihrer Gesamtheit als Repräsentationssubjekt des EP vorgestellt. Dient das Europäische Parlament also dazu, in seiner Willensbildung die politische Artikulation der Mitgliedstaaten und deren jeweilige Interessen zu ermöglichen, oder ist sein Handeln vielmehr einem transnationalen, europäischen Subjekt zuzurechnen?²⁷ Art. 10 Abs. 2, 14 Abs. 2 EUV besagen zwar ausdrücklich, dass das EP sich aus *Vertretern der Uni-*

25 *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie (2. Aufl. 1929), abgedruckt in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, 149–229 (162 ff.); zu pluralistischer Demokratietheorie näher auch *Jeremy Waldron*, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press 1999, 7, 10 und 23. Zu den theoretischen Grundlagen der Perspektive auf das EP, die der vorliegende Beitrag entfaltet, näher *von Achenbach*, *Demokratische Gesetzgebung* (Fn. 11), 327 ff.

26 Insb. *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, *ders.* auch in diesem Band; zudem *Florian Meinel*, *Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019.

27 S. einerseits *Jürgen Habermas*, *Citizen and State Equality in a Supranational Political Community*, *JCMS* 55 (2017), 171–182; andererseits *Jelena von Achenbach*, *The European Parliament as a Forum of National Interest?*, *JCMS* 55 (2017), 193–202.

onsbürgerinnen und Unionsbürger zusammensetzt. Nach dem Vertrag von Nizza galt hingegen noch: „Das Europäische Parlament besteht aus Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten.“ (Art. 189 EGV). Der Vertrag von Lissabon hat also die unionsverfassungsrechtliche Beschreibung des EP deutlich verändert. Indem Art. 10 EUV eine auf die Unionsbürgerschaft, nicht auf die Mitgliedstaaten bezogene Repräsentativfunktion des EP vorsieht, verweist er auf ein originär europäisches, grenzübergreifendes politisches Subjekt der Union, das als Träger der Unionsgewalt neben den Mitgliedstaaten steht.²⁸ Aber dies hat der Auseinandersetzung um die Repräsentationsfunktion des EP kein Ende bereitet. Die Frage des Repräsentationssubjekts des EP ist weiterhin umstritten.²⁹

Die Rekonstruktion der Repräsentationsfunktion des EP als verfassungsrechtlich eingesetzter und ausgestalteter Institution (*constituted power*) ist dabei vielfach darauf bezogen, welchem Subjekt die *constituent power* der Union zugerechnet wird, also auf die Annahme, welches politische Subjekt die Union und ihre Verfassung „trage“. Eine, wenn nicht die zentrale Verfassungsfrage der Europäischen Union spiegelt sich damit in der Diskussion um das EP. Das zeigt sich prominent darin, wie das Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, dass das EP trotz Art. 10 und Art. 14 EUV weiterhin nicht die europäische Bürgerschaft, sondern die Völker der Mitgliedstaaten repräsentiere.³⁰ Das Gericht führt dafür unter anderem an, dass es keine europäische Bürgerschaft als souveränes Volk einer europäischen Verfassung, sondern allein die Mitgliedstaaten als politischen Träger der Union gebe.³¹ Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil bekanntlich bestimmte politische Entscheidungen als „wesentliche Bereiche demokratischer Gestaltung“ ausgewiesen, für die besonderer Weise „kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse“ erforderlich seien – und die deswegen den Mitgliedstaaten als Zuständigkeiten erhalten bleiben müssten. Die Politik bleibe „an nationalstaatliche, sprachliche, historische

28 Zur dualen Struktur der konstituierenden Gewalt der Union Markus Patberg, *Constituent Power in the EU*, Oxford: Oxford Constitutional Theory 2020, insb. Ch. 8.

29 Zu dieser Debatte auch eingehend Möllers, in diesem Band, III.1.

30 BVerfGE 123, 267 (Rn. 280 ff.) – *Lissabon*; BVerfGE 129, 300 (Rn. 81) – *Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG*.

31 BVerfGE 123, 267 (Rn. 280): „kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes“; ebd. (Rn. 281): „Auch in der Ausgestaltung des Vertrags von Lissabon erwächst aus den Zuständigkeiten der Europäischen Union keine eigenständige Volkssouveränität der Gesamtheit der Unionsbürger“.

und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen“.³² Auch dies wendet sich mehr oder weniger direkt dagegen, das EP als transnationales Repräsentativorgan einer europäischen Bürgerschaft zu verstehen. Schon hierin wird deutlich, dass es in der Frage nach der demokratischen Funktion des EP letztlich ganz grundsätzlich darum geht, inwieweit Demokratie wesentlich als Rechtsphänomen zu denken ist, das vermittelt egalitär-freiheitlich verfasster Institutionen, Verfahren und Rechte funktioniert, oder ob sie notwendig auf einer vorrechtlichen Einheit des politischen Subjekts beruht – insbesondere auf einer soziokulturellen Homogenität und kollektiven Identität, die der Unionsbürgerschaft fehle.³³

b) Rechtliche Grundlagen

aa) Degressive Proportionalität und weiteres Rechtsregime von Europawahlen

Es ist nun keinesfalls zwingend, die Antwort auf die Frage nach dem Repräsentationssubjekt des EP primär in Erwägungen zum Verfassungssubjekt der Union zu suchen, die von der konkreten rechtlichen Ausgestaltung und politischen Praxis des EP und seines institutionellen Umfelds abgelöst und eher verfassungspolitisch geprägt sind. Auch das Bundesverfassungsgericht führt neben den vorgenannten Ausführungen die Verfasstheit des EP an, indem es auf eine fehlende Erfolgswertgleichheit der Wahl verweist, die das Prinzip der degressiven Proportionalität (Art. 14 Abs. 2 EUV) begründe.³⁴ Diese Deutung des Prinzips der degressiven Proportionalität ergibt jedoch kein vollständiges Bild davon, wie das Rechtsregime der Zusammensetzung und Wahl des EP das Repräsentationssubjekt des EP verfasst. Hierzu zählt nicht allein, wie Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 EUV die Repräsentativfunktion des EP mit dem Prinzip der degressiv proportionalen Zumessung mitgliedstaatlicher Abgeordnetenkontingente strukturiert, denn neben Art. 14 Abs. 2 EUV regelt eine Kaskade europäischer und mitgliedstaatlicher Normen das Funktionieren von Europawahlen.³⁵ Hinzu kommt, dass die Repräsentativfunktion des EP durch die Selbstorganisation des Parlaments und dessen

32 BVerfGE 123, 267 (Rn. 251, s. auch Rn. 249).

33 Hierzu *Felix Hanschmann*, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, Berlin: Springer 2008.

34 BVerfGE 123, 267 (Rn. 282 ff.).

35 Hierzu schon *von Achenbach*, The European Parliament (Fn. 27), 193.

Praxis der parlamentarischen Willensbildung geprägt ist (dazu näher unten c).

Ausgehend von dem allgemeinsten Grundsatz, dass das EP die Vertretung der EU-Bürger ist (Art. 10 EUV), wird das Wahlrecht für Europawahlen durch eine Vielzahl von Vertragsbestimmungen, EU-Rechtsvorschriften und nationalen Gesetzen ausgestaltet und operationalisiert. Dies bestimmt zugleich die repräsentative Funktion des EP. Die verfassungsrechtlichen Zentralnormen enthält Art. 14 EUV: Er normiert die Zusammensetzung des EP (Abs. 2), insbesondere mit dem Grundsatz der degressiven Proportionalität, und benennt die Wahlrechtsgrundsätze (Abs. 3). Der Grundsatz der degressiven Proportionalität ist in sich selbst ein zusammengesetztes, vielschichtiges Rechtskonstrukt. Art. 14 Abs. 2 EUV sieht eine Höchstzahl von MdEP (752) vor und besagt, dass die Sitze nach dem Prinzip der degressiven Proportionalität auf nationale Kontingente verteilt werden. Im Beschluss des Europäischen Rates über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, der für die Wahlperiode 2019–2024 gilt, ist der normative Gehalt des Grundsatzes der degressiven Proportionalität wie folgt gefasst: Das Verhältnis zwischen der Bevölkerung und der Zahl von Sitzen jedes Mitgliedstaats muss in Abhängigkeit von seiner jeweiligen Bevölkerung variieren, sodass jedes Mitglied des Europäischen Parlaments aus einem bevölkerungsreicheren Mitgliedstaat *mehr* Bürger vertritt als Abgeordnete aus einem bevölkerungsärmeren Mitgliedstaat, und umgekehrt, dass je bevölkerungsreicher ein Mitgliedstaat ist, desto höher sein zahlenmäßiger Anspruch auf Sitze im Europäischen Parlament ist.³⁶ Im Allgemeinen bedeutet dies, dass jeder Mitgliedstaat im Vergleich zu Mitgliedstaaten mit einer größeren Bevölkerung überrepräsentiert ist.

Die nationalen Kontingente werden zudem durch die Festlegung einer Mindest- (6) und einer Höchstzahl (96) von Sitzen pro Mitgliedstaat weiter definiert. Die genaue Anzahl der Abgeordneten für jeden Mitgliedstaat wird durch einen Beschluss des Europäischen Rates festgelegt, für den Einstimmigkeit und die Zustimmung des EP erforderlich sind (Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2 EUV). Die Spannweite der Repräsentationsverhältnisse ist groß, indem sie vom bevölkerungsstärksten Mitgliedstaat Deutschland, dessen Sitzanspruch durch die Höchstzahl von 96 Sitzen gedeckelt ist, bis zu den kleinsten Mitgliedstaaten reicht, Malta und Luxemburg, deren Sitzanspruch durch die Mindestzahl von 6 Abgeordneten hochgehalten wird.

36 Beschluss (EU) 2018/937 des Europäischen Rates vom 28. Juni 2018 über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, Art. 1.

Hierin zeigt sich die zentrale und prägende Herausforderung der Gestaltung des institutionellen Systems der Union. Diese liegt darin, die Union in ihren Institutionen und Verfahren so zu verfassen, dass sie angesichts der ausgeprägten Unterschiede der Mitgliedstaaten in Größe und Stärke, die sich gerade auch als politische Machtverhältnisse ausprägen, „angemessene“ Formen und Gewichtungen politischer Repräsentanz und Teilhabe bereitstellt. Das bedeutet vor allem: Die Institutionen und Verfahren müssen für alle Mitgliedstaaten akzeptabel sein, rational gerechtfertigt werden können und eine kollektive politische Handlungsfähigkeit gewährleisten. Die eminente politische Bedeutung der Sitzkontingentierung für das EP spiegelt sich nicht zuletzt darin wider, dass der Beschluss hierüber nach Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2 EUV dem Europäischen Rat zugewiesen ist, also den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, denen als Europäischer Rat eine allgemeine politische Leitfunktion in der Union zukommt, die aber grundsätzlich gerade *nicht* als gesetzgebendes Organ der Union handeln (Art. 15 Abs. 2 S. 2 EUV). Zudem kommen Gesetze und Verordnungen der Mitgliedstaaten als Grundlage der Wahlen zum EP zur Anwendung.

Insgesamt ist das Wahlrecht zum EP deutlich stärker föderal geformt, als es etwa in der Bundesrepublik der Fall ist. Das ist natürlich eine Herausforderung und durchaus auch ein Problem für die demokratische Einheitsbildung in der EU. Deswegen setzen Reformvorhaben zum EP gerade daran an; das EP selbst schlägt seit längerem die Einführung von originär transnationalen Aspekten der Europawahlen vor (dazu unten bb). Dass die EP-Wahlen durch nationale Rechtsetzung geregelt werden, ist indes kein schlagendes Argument dagegen, dass das EP die Unionsbürgerschaft als grenzübergreifendes, europäisches Repräsentationssubjekt vertritt. Denn das Unionsrecht harmonisiert zentrale Aspekte der nationalen Wahlsysteme und -verfahren in struktureller Weise. Die dezentrale, mitgliedstaatliche Durchführung der EP-Wahlen ist daher letztlich ein Anwendungsfall des exekutivföderalen Ansatzes, der die Exekutivfunktion der EU grundsätzlich kennzeichnet, indem der Vollzug des Unionsrechts in der Verantwortung und auch näheren rechtlichen Ausgestaltung der Mitgliedstaaten liegt.³⁷

Es gelten dabei unionsrechtliche Vorgaben, die den Charakter der EP-Wahlen und die Konstitution des EP systemisch-strukturell prägen: So macht das EU-Recht das Amt eines Europaabgeordneten unvereinbar mit dem eines Mitglieds einer nationalen Regierung oder eines Parlaments (Art. 6 Beschluss 2002/772). Die MdEP werden damit als emanzipiert

37 Dann, in diesem Band.

und losgelöst von nationalen Politiken und Interessen konzeptualisiert; die MdEP sollen sich als Vertreter der Unionsbürgerschaft europäisch orientieren. Zudem nehmen nach Art. 22 Abs. 2 AEUV Unionsbürger mit Wohnsitz in einem anderen als dem Mitgliedstaat ihrer Staatsangehörigkeit wie die Angehörigen des Wohnsitzstaates an den Wahlen des nationalen Mandatskontingents teil; die Abgeordneten eines nationalen Kontingents vertreten damit die in einem Mitgliedstaat ansässigen Unionsbürgerinnen und -bürger, nicht die Staatsangehörigen.

Das Kernelement des europäischen Wahlrechts, das die Mitgliedstaaten durch eigene Gesetzgebung operationalisieren, ist indes, dass die Abgeordneten des Europäischen Parlaments in jedem Mitgliedstaat nach dem Verhältniswahlrecht gewählt werden (Art. 1 Beschluss 2002/772/EG, Euratom). Die nationalen Bestimmungen über das Wahlverfahren müssen den proportionalen Charakter des Wahlsystems beachten und dürfen die besonderen Gegebenheiten des Mitgliedstaates nur im Rahmen der Bestimmungen des Unionsrechts berücksichtigen (Art. 7). Das Unionsrecht lässt also kein Mehrheitswahlrecht („winner takes all“) zu, sondern verpflichtet zur Ausgestaltung als Verhältniswahlrecht. Dies ist ein zentraler Aspekt dessen, wie die Repräsentativfunktion des EP rechtlich geformt wird: Es erteilt einem Wahlrecht, das die Repräsentation der Wählerschaft auf der Basis der Stimmenmehrheit politisch vereinheitlicht, eine Absage. Das verpflichtend anzuwendende Verhältniswahlrecht zielt demgegenüber gerade darauf, den Wählerinnen und Wählern den politischen Ausdruck ihrer Heterogenität und der Uneinheitlichkeit ihrer Präferenzen zu ermöglichen. Verfassungsprinzipiell steht dahinter der Wert des Pluralismus, den Art. 2 EUV als grundlegend für die EU deklariert.

Auch auf Unionsebene wirft das Verhältniswahlrecht die Frage auf, wie mit einer potentiellen Vielzahl von Parteien umzugehen ist, die geringe Stimmenanteile erzielen: Das bringt die gleichheitsgerechte Abbildung des Wahlverhaltens und des daraus resultierenden Kräfteverhältnisses der Parteien bei der Sitzvergabe und die parlamentarische Mehrheitsbildung in ein Spannungsverhältnis. Erst eine Änderung des Direktwahlakts, die der Rat 2018 beschlossen hat, soll Sperrklauseln unionsrechtlich verpflichtend machen: Für die praktisch wichtigste Wahl mit Listen (möglich ist auch die Wahl mit übertragbaren Einzelstimmen) müssen danach die Mitgliedstaaten mit größeren Wahlkreisen (mehr als 35 Sitze) eine Mindestschwelle für

die Sitzvergabe vorsehen, die mindestens zwei und höchstens fünf Prozent beträgt.³⁸

Zum Anlass dieser Regelung zählt nicht zuletzt, dass das Bundesverfassungsgericht zuvor die Fünfprozenthürde und dann auch die nachfolgend vorgesehene Dreiprozenthürde im deutschen Europawahlgesetz für verfassungswidrig erklärt hatte.³⁹ Die Entscheidungen des Gerichts überhöhen nicht nur die Anforderungen für die Begründung von Sperrklauseln, sondern schätzen auch die Stellung des EP im politischen System der Union gering und räumen so der Handlungsfähigkeit des EP als Belang zu wenig Gewicht ein.⁴⁰ Eine gelingende Mehrheitsbildung und also auch der Schutz dieses Belangs ist unabhängig von einer parlamentarischen Regierungskonstitution für die Gesetzgebungsfunktion des EP und dessen Positionierung im dynamischen unionalen Gewaltengefüge ein zentraler Faktor. Dies zeigt sich etwa in der Investitur der Kommission (unten 5.a.aa) und rechtfertigt Mindesthürden für die proportionale Sitzvergabe, ohne dass eine konkrete Gefährdungslage zu fordern ist.

bb) Reform zur stärkeren Vereinheitlichung und Transnationalisierung der Europawahlen?

Über weitergehende Reformen des EP-Wahlrechts, die das Wahlverfahren europaweit stärker vereinheitlichen und überdies transnationale Wahlen einführen könnten, wird schon lange diskutiert.⁴¹ Das EP hat zuletzt 2022 und zuvor 2015 dahingehende Vorschläge unterbreitet.⁴² Der Vorschlag

38 Beschluss (EU, Euratom) 2018/994 des Rates vom 13. Juli 2018 zur Änderung des dem Beschluss 76/787/EGKS, EWG, Euratom des Rates vom 20. September 1976 beigefügten Akts zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments; zur Verfahrensgeschichte des Beschlusses European Parliament, Legislative Train Schedule, 04.2023, Reform of the Electoral Law of the EU, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/schedule>.

39 BVerfGE 129, 300 – Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG; 135, 259 – Drei-Prozent-Sperrklausel Europawahl; s. statt vieler *Christoph Schönberger*, Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament, JZ 67 (2012), 80–86.

40 So auch *Schönberger* (Fn. 39), 83 ff.

41 *Adrienne Héritier et al.*, European Parliament Ascendant. Parliamentary Strategies of Self-Empowerment in the EU, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2019, 189.

42 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Mai 2022 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die allgemeine unmittelbare Wahl der Mitglieder des Europäischen Parlaments sowie zur Aufhebung des Beschlusses

von 2022 sieht die Ersetzung des Direktwahlakts durch eine Verordnung sowie eine Vergabe von 28 Mandaten in einem unionsweiten Wahlkreis vor. Das EP schlägt zudem Vorgaben zur Gleichstellung von Männern und Frauen bei der Kandidatenaufstellung vor.⁴³ Dass der Rat sich über die Initiative des EP einigt, ist indes kurzfristig nicht absehbar. Das Grundproblem der Weiterentwicklung des Europawahlrechts und des Europäischen Parlaments ist die Blockademöglichkeit und -praxis von Mitgliedstaaten, die Art. 223 Abs. 1 AEUV eröffnet. Vor allem halten die nationalen Parteien an ihrer Machtposition in Bezug auf die Kandidatenaufstellung fest.⁴⁴ Nicht zuletzt deswegen wäre, wie auch vom EP vorgeschlagen, eine Vertragsänderung sinnvoll, die die strukturelle Blockade von Wahlrechtsreformen durch das Einstimmigkeitserfordernis im Rat durch Geltung eines (qualifizierten) Mehrheitsprinzips abbaut. Indes ist das aus denselben Gründen nicht absehbar. Allerdings ist die Weiterentwicklung der wahlrechtlichen Grundlagen und der Repräsentativfunktion des EP durchaus ein Anliegen von Bürgerinnen und Bürgern; jedenfalls hat die Konferenz zur Zukunft Europas die Vereinheitlichung und Transnationalisierung des EP-Wahlrechts gefordert.⁴⁵

c) Politische Praxis

Welches ist das politische Subjekt, dem die Willensbildung und Entscheidungen des EP als kollektives Handeln zugerechnet werden können? Die Zurechnung der Willensbildung des EP zu einem kollektiven politischen Subjekt wird nicht allein durch das Unionsverfassungsrecht geformt, sondern letztlich erst dadurch, wie – auf der Grundlage des Rechtsregimes – die Willensbildung des EP funktioniert und strukturell geprägt ist. An dieser Stelle ist mithin der Blick auf die politische Praxis und damit auch

(76/787/EGKS, EWG, Euratom) des Rates und des diesem Beschluss beigefügten Akts zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments (2020/2220(INL) – 2022/0902(APP)); European Parliament Resolution of 11 November 2015 on the Reform of the Electoral Law of the European Union (2015/2035(INL)), Annex: Proposal for a Council Decision Adopting the Provisions Amending the Act Concerning the Election of the Members of the European Parliament by Direct Universal Suffrage.

43 Dazu *Thomas Giegerich*, Die Verflechtungsfalle des Europawahlrechts, *VerfBlog* (16.8.2022), mit Erwägungen zur unionsrechtlichen Rechtslage.

44 *Héritier* (Fn. 41), 188 f.

45 Konferenz zur Zukunft Europas, Bericht über das endgültige Ergebnis, Mai 2022, 88.

eine disziplinübergreifende Öffnung der Analyse geboten. Die politikwissenschaftliche sowie soziologische Forschung, die das EP schon lange und methodisch divers als dynamische Institution beobachtet, ist in dieser Hinsicht sehr aufschlussreich. Die rechtswissenschaftliche Forschung zum Parlamentarismus auf europäischer Ebene muss hier interdisziplinär Schritt halten und die Einsichten und Streitstände der Nachbardisziplinen erschließen.

aa) Europawahlen als second-order Wahlen

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden dargelegt, wie die parlamentarische Entscheidungspraxis, basierend auf dem Verhalten der Wählerinnen und Wähler, die in den Mitgliedstaaten getrennt, gleichwohl aber europaweit eine gemeinsame politische Institution wählen, eine spezifische transnationale Qualität des politischen Subjekts der Union artikuliert. Das unterläuft zugleich den nach wie vor verbreiteten Ansatz, Europawahlen als „second-order“-Wahlen einzuordnen, als politisch nachgeordnete und bloß auf den nationalen politischen Raum bezogene „Nebenwahlen“. Dies wird seit der ersten Direktwahl des EP von Teilen des politikwissenschaftlichen Diskurses letztlich nahezu unverändert vertreten.⁴⁶ 1980 hatten die Mannheimer Politikwissenschaftler Reif und Schmitt die second-order-Perspektive als konzeptionellen Rahmen für die Wahlanalyse vorgeschlagen.⁴⁷ „*The „European“ elections are simultaneous national elections in each of the EC-member nations. Although these elections have no institutionally binding consequences on government or opposition policies at the national level, the crucial factor here is the existing political configuration – above all, the manner in which this connection is perceived by political parties.*“⁴⁸ Danach wählen die Wählerinnen und Wähler auch Europawahlen nach nationalen politischen Kriterien, orientieren sich an nationalen Parteisystemen, Themen und politischen Diskursen. Diese Qualität als „Nebenwahlen“ zeichne vor allem aus, dass es „um weniger geht“ („*the less-at-stake dimension*“), was sich vor allem in geringerer Wahlbeteiligung, besserem Wahlerfolg von

46 S. etwa Simon Hix/Bjørn Høyland, *The Political System of the European Union*, London: Bloomsbury 2022, 160 ff.

47 Karlheinz Reif/Hermann Schmitt, *Nine Second-Order Elections*, EJPR 8 (1980), 3–44.

48 Reif/Schmitt (Fn. 47), 8.

kleinen und neuen Parteien, und dem Misserfolg von regierenden Parteien ausdrücke.⁴⁹

Dabei hängt die von *Reif/Schmitt* formulierte Perspektive auf die Wahl des EP – was sie nur beiläufig erwähnen – mit ihrem normativ geprägten und zudem zeitgeschichtlich bezogenen Vorverständnis der europäischen Integration zusammen, nämlich damit, dass sie der damaligen Europäischen Gemeinschaft selbst einen abgeleiteten, sekundären Charakter („*clearly of second-order nature*“) zuschrieben.⁵⁰ Dementsprechend erscheint die *second-order*-Perspektive besonders plausibel und plausibilisierend für die Auffassung, dass die Union unhintergebar auf der nationalen Demokratie beruhe, deren über den Rat vermittelte Legitimation ein tragendes und prägendes Element der europäischen Union sei und bleiben solle, wie es etwa auch der Vorstellung der Union als *demoscracy* zugrundeliegt.⁵¹

Andererseits ist hervorzuheben, dass die Autoren die *second-order*-Analyse ausdrücklich in einen Zusammenhang damit stellen, dass sie die erste Europawahl betrachten und damit eine neue, uneingeübte Wahlpraxis.⁵² Zudem verweisen sie auf die damalige geringe politische Rolle des EP („*very little real power*“⁵³). Trotz dieser kontextuellen Bedingtheit: Die *second-order*-Perspektive hat sich als Perspektive auf die Repräsentationsfunktion des EP von ihrem ursprünglichen Bezug auf den spezifischen zeitlichen und rechtlichen Kontext der frühen Europawahlen abgelöst. Soweit die *second-order*-Perspektive herangezogen wird, um die These einer fehlenden originären, auf die europäische Bürgerschaft bezogenen demokratischen Bedeutung des EP zu begründen, hat dies aber an Plausibilität eingebüßt, wie sich im Folgenden zeigt. Vor allem ist der Ansatz gegenständlich zu beschränkt: Die Repräsentationsfunktion des EP ist allein aus einer Analyse von Wahlergebnissen heraus nicht zu erschließen. Sie wird schließlich wesentlich durch die parlamentarische Praxis ausgeprägt. Zudem wird die *second-order*-Perspektive jedenfalls in einer normativen Ausrichtung dem Quantensprung nicht gerecht, den der Übergang zu einem direkt gewähl-

49 *Reif/Schmitt* (Fn. 47), 9 ff.

50 *Reif/Schmitt* (Fn. 47), 11.

51 *Nicolaïdis* (Fn. 20), 352; *Cheneval/Schimmelfennig* (Fn. 20), 334.

52 *Reif/Schmitt* (Fn. 47), 11.

53 *Reif/Schmitt* (Fn. 47), 12.

ten Parlament bedeutet, das zuvor eine parlamentarische Versammlung entsandter Parlamentarier der mitgliedstaatlichen Parlamente war.⁵⁴

bb) Elektorale Integration entlang des Links-Rechts-Spektrums

Schon als das Europäische Parlament noch parlamentarische Versammlung von nationalen Abgeordneten war, bildeten sich Gruppen, die auf geteilter politischer Programmatik und Ideologie basierten, nicht auf nationaler Zugehörigkeit: Sozialisten, Christdemokraten und Liberale.⁵⁵ Dies beruhte freilich nicht auf der Existenz originär europäischer Parteien, sondern auf den ideologisch-programmatischen Gemeinsamkeiten der *nationalen* Parteien. Bis heute bleiben die nationalen Parteien die Grundlage der Repräsentativfunktion des EP. Die europäischen Parteien sind Allianzen von nationalen Parteien.⁵⁶ Ein organisatorisch gegenüber den nationalen Parteien ganz eigenständiges europäisches Parteiensystem fehlt – das ist aber auch nicht zwingend erforderlich in einem föderativ geprägten politischen System. Es ist zudem nicht zuletzt auch auf die rechtliche Konfiguration der EP-Wahlen zurückzuführen.

Auch heute sieht die Geschäftsordnung des EP indes vor, dass die Abgeordneten Fraktionen bilden, und zwar nach ihrer politischen Zugehörigkeit, so wie in Art. 33 GO-EP 2023. Der Erwerb der Fraktionseigenschaft setzt voraus, dass eine unterscheidungsfähige gemeinsame politische Ausrichtung der Abgeordneten gegenüber dem Parlamentspräsidenten erklärt wird. Mit dieser rechtlichen Bestimmung der Fraktion werden die Abgeordneten des Europäischen Parlaments als Vertreter grenzübergreifender politischer Programmatiken und nicht als Vertreter nationaler Zugehörigkeit und nationaler Interessen begriffen. Eine Fraktion muss zudem Mitglieder umfassen, die in mindestens einem Viertel der Mitgliedstaaten gewählt wurden. Die Fraktionsbildung setzt damit bei politischen Gesichtspunkten an, nicht bei nationaler Zugehörigkeit. Dementsprechend bilden sich

54 Zur Bedeutung des Direktwahlakts als politischer Moment der europäischen Integration *Olivier Costa*, *The History of European Electoral Reform and the Electoral Act 1976*, Brüssel: European Parliamentary Research Service 2016.

55 *Herman Lelieveldt/Sebastiaan Princen*, *The Politics of the European Union*, 3. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2016, 143.

56 S. Art. 3 Verordnung (EU, Euratom) Nr. 1141/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 über das Statut und die Finanzierung europäischer politischer Parteien und europäischer politischer Stiftungen.

die Fraktionen des EP nach europäischen „Parteifamilien“, die sich grundsätzlich auf dem klassischen politischen Rechts-Links-Spektrum abbilden lassen.⁵⁷ In Entsprechung dazu sind die Fraktionen auch im Sitzungssaal angeordnet.

Die Strukturierung der Parlamentsarbeit durch die politische Selbstorganisation der Abgeordneten in Fraktionen ist ein sichtbarer Aspekt und zentraler Faktor der grenzübergreifenden, transnationalen politischen Integration, die im EP stattfindet. Die europaweiten Wahlen bilden die Grundlage der grenzübergreifenden Fraktionsbildung im EP und prägen diese. Dies betrifft zum einen das Wahlsystem: Nach dem unionsrechtlich gewährleisteten Grundsatz der Verhältniswahl vertreten die in den Mitgliedstaaten jeweils gewählten Kontingente nicht allein die stärkste politische Kraft in den jeweiligen Wahlkreisen, wie es in einem Mehrheitswahlrecht der Fall wäre, sondern spiegeln vielmehr das Kräfteverhältnis der Parteien wider. Das eröffnet auf einem breiten politischen Spektrum den Zusammenschluss von Abgeordneten aus den verschiedenen Mitgliedstaaten. Zum anderen aber finden Wahlen zum EP in einem politischen Raum statt, der auch in Abwesenheit eigenständiger europäischer Parteien und entsprechender transnationaler Wahlvorschläge (Listen) in einer spezifischen, historisch bedingten Weise grenzübergreifend von Ähnlichkeit geprägt ist, die die politische Integration der rechtlich getrennten Wählerschaften des EP zu einer europäischen Wählerschaft eröffnet. Dies beruht darauf, dass die mitgliedstaatlichen Wählerschaften sich in parallelen, anschlussfähigen parteipolitischen Richtungen artikulieren: nämlich wesentlich auf dem Links-Rechts-Spektrum, das funktionalistisch, nicht territorial und/oder kulturell geprägt ist. Zentrale Einsichten hierzu hat die wegweisende, quantitativ fundierte historische Studie *Caramanis* zur Herausbildung und Entwicklung der Parteisysteme in den europäischen Staaten etabliert.⁵⁸ Der politische Wettbewerb zu Europawahlen und das Wahlverhalten bringen, wie *Caramani* zeigt, strukturell gleichartige ideologischen Konfliktlinien, Parteiprogrammatiken und Themen zur Geltung, wie es in den mitgliedstaatlichen Wahlen der Fall ist. Das ist aber nicht Symptom dessen, dass die EP-Wahlen in ihrer politischen Substanz von der abgeleiteten und nachgeordneten

57 *Herman Lelieveldt/Sebastiaan Princen*, *The Politics of the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, 141–164; *Daniele Caramani*, *The Europeanization of Politics*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 97 ff., 116.

58 *Caramani* (Fn. 57).

Qualität von *second-order*-Wahlen geprägt, damit rein national bezogen wären und keine grenzübergreifende politische Dimension aufwiesen.

Es ist vielmehr Ausdruck einer gleichförmigen Prägung der politischen Meinungs- und Willensbildung in Europa, die eben auch in den Europawahlen zum Tragen kommt. Die europäische Integration selbst ist ein Faktor der elektoralen Integration, indem sie in alle Mitgliedstaaten hineinwirkt – in Form der rechtlichen Regulierung, aber auch durch geteilte Ereignisse und Entwicklungen, nicht zuletzt die vielfältigen Krisen der letzten Jahre. Die Union hat hier übergreifende parteiprogrammatische Reaktionsmuster hervorgerufen (pro-europäisch; EU-skeptisch; Konfliktlinie Integration vs. Souveränität). Diese sind auch im EP präsent, dabei aber nicht in einer schematischen Weise auf dem Links-Rechts-Schema abbildbar.⁵⁹

Es ist indes nicht erst die europäische Integration, die dazu beigetragen hat, dass die Mitgliedstaaten, die weiterhin von eigenen, verschiedenen politischen Kulturen geprägt sind, dennoch ein europäischer politischer Raum überwölbt: Die Mitgliedstaaten sind in der Ausbildung der politischen Spektren seit dem 19. Jahrhundert durch die gleichen Faktoren der technologischen, sozio-ökonomischen und gesellschaftlichen Entwicklung geprägt, die zu vergleichbaren Grundprägungen und zur Herausbildung europaweit vergleichbarer Parteisysteme geführt haben. Europaweit haben nationale Einheitsbildung, industrielle und post-industrielle „Revolutionen“ und Säkularisierung die sozialen und gesellschaftlichen Strukturen verändert und geprägt. Dies spiegelt sich politisch wider: in der vielfach ähnlich und parallel verlaufenden, zum Teil überdies schon grenzübergreifend interagierenden Formation von gesellschaftlichen Bewegungen, politischen Ideen und Ideologien.⁶⁰ All das hat in den schrittweisen und nicht immer linearen Verläufen der Demokratisierung in den europäischen Staaten Parteisysteme hervorgebracht, die sich substantiell ähneln und von Gemeinsamkeiten geprägt sind: Europaweit weisen sie die typische Struktur des Links-Rechts-Spektrums auf, indem sie sozialistische, sozialdemokratische, liberale, konservative und christdemokratische Parteien, sowie, erst deutlich später hinzugekommen, grüne sowie zuletzt rechtspopulistisch-nationalistische Parteien, umfassen. Dem entspricht das Spektrum der EP-Frak-

59 Ben Crum, Party Groups and Ideological Cleavages in the European Parliament After the 2019 Elections, in: Sylvia Kritzinger et al. (Hrsg.), *Assessing the 2019 European Parliament Elections*, London: Routledge 2020, 54–65.

60 Caramani (Fn. 57), 42 ff., 270 ff.

tionen.⁶¹ Europa, als untergliederte Einheit betrachtet, erweist sich dabei im Vergleich zu einigen seiner Mitgliedstaaten sogar als *weniger* binnendivers. Caramani kommt zu dem Schluss: „*Party system structures and party family ideologies [in Europe] are similar to a degree that, in a number of national contexts, has not hindered the emergence of stable democratic institutions and competition.*“⁶²

cc) Mehrheitsbildung durch die Fraktionen

Die Fraktionen sind der zentrale Faktor der parlamentarischen Mehrheitsbildung. Dies lässt sich im Abstimmungsverhalten der MdEPs nachweisen, das ein vielfach empirisch untersuchter Gegenstand ist: Hier ist die inhaltliche Orientierung der Abgeordneten gut zu beobachten, vor allem bei namentlichen Abstimmungen (*roll-call votes*), auf die sich die politikwissenschaftliche Forschung weitgehend stützt. Abgeordnete haben – in der Sprache der Delegationstheorie – konkurrierende Prinzipale, denen gegenüber sie verantwortlich sind, wenn auch in unterschiedlichen Formen und mit unterschiedlichen Sanktionen.⁶³ Dazu zählen die Fraktionen, die über den Zugang zu parlamentarischen Funktionen und Redezeiten bestimmen. Relevant ist daneben auch die nationale Partei, die über die Aufstellung als Listenbewerber für Europawahlen entscheidet – wobei die Nominierungsverfahren stark unterschiedlich ausgestaltet sind. Die Wählerinnen und Wähler entscheiden über den Wahlerfolg der Parteien und die Mandatsvergabe; sie sind der zentrale demokratische Prinzipal, aber eben nicht der einzige.

Für den politischen Werdegang und den persönlichen sowie auf die politischen Präferenzen bezogenen Erfolg der Abgeordneten haben Partei und Fraktion die unmittelbarste Bedeutung. Für MdEPs, deren Partei der mitgliedstaatlichen Regierung angehört, ist dabei praktisch die Positionierung der Regierung im Rat bedeutsam. Diese kann auch für andere Abgeordnete aus dem betreffenden Land politisch relevant sein, insoweit die Regierung

61 Vgl. auch Caramani (Fn. 57), 292.

62 Caramani (Fn. 57), 291; dabei betont er, dass sich nach den analysierten Daten keine Regionen Europas identifizieren lassen, die von dem typischen europäischen Parteiensystem überdurchschnittlich abweichen.

63 Dazu bereits Thorsten Faas, To Defect or Not to Defect? National, Institutional and Party Group Pressures on MEPs and Their Consequences for Party Group Cohesion in the European Parliament, EJPR 42 (2003), 841–866.

in Anspruch nimmt, ein wie auch immer geartetes und bestimmtes „nationales Interesse“ zu vertreten.⁶⁴ Abgeordnete geraten im Fall, dass die Erwartungen ihrer Prinzipale an ihr Abstimmungsverhalten auseinanderfallen, in eine Konfliktlage; sie können nur eine Erwartung erfüllen. Praktisch könnten sich Abgeordnete also entweder daran orientieren, wie sich die nationale Partei bzw. die mitgliedstaatliche Regierung im Rat positioniert, oder aber einer davon abweichenden Linie ihrer Fraktion folgen. Mit Blick auf die Repräsentationsfunktion des EP wird damit die Frage virulent, ob sich die EP-Fraktion als Prinzipal gegenüber der nationalen Partei bzw. der nationalen Zugehörigkeit durchsetzt: ob das Handeln der Abgeordneten also europäisch-transnational oder aber national orientiert ist.

Abhängig sind die Abgeordneten natürlich von ihrer nationalen Partei, weil diese mit der Nominierung eine Gatekeeper-Funktion ausübt. Gleichwohl zeigen empirische Studien, dass die Fraktionen gegenüber den weitaus höchsten Bindungsgrad für das Abstimmungsverhalten der Abgeordneten aufweisen.⁶⁵ In der historischen Entwicklung hat sich der Zusammenhalt der Fraktionen beim Stimmverhalten verbessert; die Bedeutung der nationalen Zugehörigkeit hat abgenommen.⁶⁶ Die nationale Zugehörigkeit sagt etwa 40 Prozent der individuellen Einstellungen der MdEP zu politischen Fragen der EU voraus; aber die Fraktionszugehörigkeit und ideologische Grundorientierung der MdEP erklären demgegenüber 60 Prozent der Varianz ihrer persönlichen Positionen.⁶⁷ Und überdies korrelieren 90 Prozent der Abstimmungsentscheidungen der MdEP mit ihrer Fraktionszugehörigkeit.⁶⁸ Es gilt, vor allem für die großen, historisch älteren Fraktionen, der Befund: „*coalitions form on the basis of ideology, not nationality*“.⁶⁹ Übrigens hatte, wie infolge des gesteigerten politischen Handlungsdrucks erwartbar, die Ausnahmesituation der Covid-19-Pandemie in der Willensbildung des Parlaments einheitsfördernde und disziplinierende Effekte: Sie

64 Vgl. zur Repräsentation eines nationalen Interesses *Habermas* (Fn. 27), 171.

65 S. zuletzt etwa *Stefano Braghiroli*, *The European Parliament Put to the Test by COVID-19*, JCES 30 (2021), 682–705 (699); *Tapio Raunio/Wolfgang Wagner*, *Party Politics or (Supra-)National Interest?*, *Foreign Policy Analysis* 16 (2020), 547–564.

66 *Crum* (Fn. 59), 55.

67 *Roger Scully/Simon Hix/David M. Farrell*, *National or European Parliamentarians?*, JCMS 50 (2012), 670–683.

68 *Richard Corbett/Francis Jacobs/Michael Shackleton*, *The European Parliament*, 8. Aufl., London: John Harper 2011, 122; s. auch *Braghiroli* (Fn. 65), 682; s. auch bereits *Amie Kreppel/George Tsebelis*, *Coalition Formation in the European Parliament*, *Comparative Political Studies* 32 (1999), 933–966.

69 *Kreppel/Tsebelis* (Fn. 68), 933.

steigerte die Kooperationsrate zwischen den größten Fraktionen, Christdemokraten und Sozialdemokraten, sowie auch die Fraktionsdisziplin dieser beiden Fraktionen, und zwar auch in nicht-pandemierelevanten Bereichen der legislativen Arbeit.⁷⁰ Der Effekt fiel bei den übrigen Gruppen schwächer aus, zu den politischen Rändern hin abnehmend.⁷¹

Der Einfluss und Bindungseffekt der nationalen Parteien ist insgesamt empirisch deutlich geringer als der der EP-Fraktionen, auch wenn spezifische Konstellationen nachweisbar sind, in denen der Einfluss der nationalen Parteien die Fraktionsdisziplin stört, indem er zu abweichendem Abstimmungsverhalten führt.⁷² Verschiedene Faktoren, die die Fraktionsbindung von Abgeordneten unterlaufen, werden genannt: Abgeordnete von nationalen Parteien, die euroskeptisch sind, die Kandidatenauswahl zentralisiert haben, ihre Abgeordneten stärker überwachen und in ihrem Land an der Regierung beteiligt sind, sind eher geneigt, von der Fraktion abweichend abzustimmen.⁷³ Solche Parteien haben ein größeres Interesse daran, das Stimmverhalten ihrer MdEPs zu beeinflussen, und verfügen auch über wirksamere Instrumente dazu.⁷⁴ Dabei ist die zeitliche Nähe von Wahlen, sowohl auf europäischer wie auf mitgliedstaatlicher Ebene ein Faktor, der die Bindungswirkung der EP-Fraktionen tendenziell verringert: Hier steigt die Bedeutung der nationalen Arena (Partei, Wählerschaft); das gilt, wegen der Nominierung durch die nationalen Parteien und des mitgliedstaatlichen Bezugsrahmen des Wahlwettbewerbs, auch im Zusammenhang mit Europawahlen.⁷⁵

dd) Exkurs: Euroskeptische Opposition im EP

Seit längerer Zeit ziehen „europaskeptische“ Parteien, die in Opposition zur europäischen Integration stehen, in das Europäische Parlament ein. Grund-

70 *Nathalie Brack/Olivier Costa/Awenig Marié*, *The European Parliament and Covid-19*, ZParl 2021, 844–859.

71 *Brack/Costa/Marié* (Fn. 70), 856 ff.

72 S. schon *Faas* (Fn. 63).

73 *Faas* (Fn. 63), 860.

74 *Faas* (Fn. 63), 860; s. auch *Christel Koop/Christine Reh/Edoardo Bressanelli*, *When Politics Prevails. Parties, Elections and Loyalty in the European Parliament*, EJPR 57 (2018), 563–586, zur Bedeutung des Verfahrens der Kandidatenaufstellung bzw. des Maßes von dessen Zentralisierung in der Partei.

75 *Koop/Reh/Bressanelli* (Fn. 74).

sätzliche Kritik bis hin zur Ablehnung der Europäischen Union in ihrer gegenwärtigen Form ist ein in den Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Stärke vertretenes, aber sie übergreifendes politisches Phänomen und Teil des transnationalen politischen Raums in der EU. Der Euroskeptizismus im EP bildet aber keine Einheitsfront: Abgeordnete euroskeptischer Parteien agieren im EP mit unterschiedlichen Rollenverständnissen, so dass sich vereinfachende Schlüsse auf die Auswirkungen ihrer Teilnahme an der parlamentarischen Willensbildung, wie etwa im Sinne zu unterbindender Obstruktion oder eines möglichst auszuschließenden Ausnutzens von institutionellen Ressourcen zum Kampf gegen die EU, verbieten.⁷⁶ Überdies verfolgen sie keine einheitliche politische Agenda: Zwar eint sie eine grundsätzlich kritische Haltung zur EU, aber in konkreten Politikfeldern, etwa im Bereich der Migration und ökonomischer Fragen, bestehen weite Divergenzen.⁷⁷ Hier kommt auch zum Tragen, dass die euroskeptischen MdEPs auf dem politischen Spektrum zwischen links und rechts gespalten sind. Das erschwert gemeinsames Handeln und begrenzt den politischen Einfluss der euroskeptischen Positionen.⁷⁸ Andererseits ist das EP mittlerweile politisch stärker fragmentiert. Die historisch dominante Koalition von Sozialdemokraten (S&D) und Christdemokraten (Europäische Volkspartei, EPP) verfügt nicht mehr über eine Mehrheit im EP, so dass es schwieriger geworden ist, stabile Mehrheiten zu bilden und zugleich die euroskeptischen Vertreter im EP bei der politischen Gestaltung außen vor zu halten.⁷⁹ Euroskeptische Positionen können dabei auch im EP den politischen Diskurs mitprägen und die Positionierung der politischen Mitte verschieben.

Die Präsenz von Anti-EU-Strömungen im EP ist jedoch mit Blick auf dessen Repräsentationsfunktion und die Demokratie auf EU-Ebene ohne weitere, hinzutretende Faktoren zunächst einmal kein Anlass für Untergangsszenarien und rechtliche Interventionen. Sie ist vielmehr Teil einer *weiten* Entfaltung von politischem Pluralismus, von Opposition auf europäischer Ebene, die eben nicht immer „systemaffirmativ“ und letztlich doch konsensfähig-kooptierbar auftreten muss. Das Geltendmachen von Kritik an der EU und von Belangen staatlicher Souveränität kann integraler Teil

76 Etwa *Nathalie Brack*, *Opposing Europe in the European Parliament*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2017.

77 *Nathalie Brack*, *Towards a Unified Anti-Europe Narrative on the Right and Left?*, *Research & Politics* 7(2) (2020), 1–8.

78 *Mihail Chiru/Natasha Wunsch*, *Democratic Backsliding as a Catalyst for Polity-based Contestation?*, *JEEP* 30 (2021), 64–83.

79 *Brack*, *Towards a Unified Anti-Europe Narrative* (Fn. 77).

der politischen und rechtlichen Willensbildung über die und in der Union sein. Es ist dies ja längst auch in anderen Formen der Fall, wie mit der souveränistischen Rechtsprechung aus Karlsruhe. Die innerparlamentarische Streitigstellung des europäischen Projekts kann eine originär demokratische Bedeutung haben: „[T]he presence and strategies of Eurosceptic MEPs contribute to increase the EP's representativeness as an institution open to society in its diversity. [...] by participating in election [...], and entering the institution, they help integrate the most Eurosceptic segment of the population within the system and contribute to the plural and democratic nature of the institution, legitimizing thereby indirectly its deliberation. A majority of the Eurosceptics do not remain in an outsider position. [...] Complying with the rules and practices of the institution, they integrate with the system they criticize without being able to significantly influence the EU's decision-making on sensitive issues.“⁸⁰

Mit Anti-EU-Parteien im Parlament umzugehen, ist zuallererst eine politische Aufgabe: Es ist als Teil der Auseinandersetzung um die Entwicklung, Form, Finalität und Grenzen der europäischen Integration politisch zu adressieren. In der Praxis hat die Auseinandersetzung mit euroskeptischen MdEPs indes längst auch rechtliche Dimensionen: Generell wurden die individuellen Handlungsmöglichkeiten von MdEPs geschäftsordnungsrechtlich zunehmend eingeschränkt.⁸¹ Zudem aber wurde das Geschäftsordnungsrecht des EP in Reaktion auf das Agieren von anti-europäischen Abgeordneten geändert und eine Regel zur Verhinderung von Obstruktion eingeführt, die dem Präsidenten erlaubt, „einen übermäßigen Gebrauch von Anträgen, z.B. Bemerkungen zur Anwendung der Geschäftsordnung, Anträge zum Verfahren oder Erklärungen zur Abstimmung sowie Anträge auf gesonderte, getrennte oder namentliche Abstimmung, zu unterbinden, wenn diese Anträge oder Anfragen nach seiner Überzeugung offensichtlich anhaltend eine erhebliche Obstruktion der Verfahren im Parlament oder der Rechte der Mitglieder bezwecken sollen und bewirken würden“ (Art. 174 GO-EP 2023). Nicht zuletzt wurden der extrem-rechten Fraktion im EP (Identität & Demokratie, ID) Ämter, die ihr nach der bisherigen parlamentarischen Übung zugestanden hätten, nicht eingeräumt, nämlich Posten im Präsidium und Ausschussvorsitze.⁸²

80 Brack, *Opposing Europe* (Fn. 76), 184 f.

81 Brack, *Opposing Europe* (Fn. 76), 117 ff.

82 Brack, *Opposing Europe* (Fn. 76), 134.

Euroskeptische Akteure im EP in solchen Formen anzugehen, ist nicht unproblematisch. So könnte die Anti-Obstruktionsregel es dem Präsidium ermöglichen, Anträge auch inhaltsbezogen zurückzuweisen; sie schränkt zudem allgemein oppositionelles Handeln ein. Prohibitive Instrumente des Verfassungs- oder Geschäftsordnungsrechts und der parlamentarischen Praxis, die Vertreter von Anti-EU-Positionen marginalisieren oder ausschließen können, sind aber nicht nur missbrauchsanfällig. Werden sie eingesetzt, sanktioniert und exkludiert dies zugleich eine signifikante politische Strömung in der europäischen Bürgerschaft, die dadurch aber nicht einfach zum Verschwinden gebracht werden kann. Es kann eine Entfremdung vom politischen System verstärken und erlaubt den betroffenen politischen Akteuren zudem, für sich eine – politisch verwertbare – Opferrolle zu konstruieren. Es muss daher in der demokratischen Perspektive gegenüber einer robusten politischen Auseinandersetzung immer ein nachrangiges Mittel bleiben.

d) Deutungsvorschlag: Transnationale Repräsentation durch das EP

Das politische Subjekt der Union umfasst zugleich Einheitsbildung (Unionsbürgerschaft; vielleicht auch die europäische Gesellschaft nach Art. 2 EUV) und Fragmentierung (in einzelstaatliche politische Einheiten und deren – mitunter deutlich nationalistisch-antieuropäische – „Selbstbehauptung“). Unter diesen Bedingungen eine faire, inhaltlich offene, pluralistische Willensbildung zu ermöglichen, die von den Bürgerinnen und Bürgern als Form ihrer demokratischen Repräsentation „gelesen“ werden kann, ist die wesentliche Funktion der komplexen elektoralen Konstitution des EP, die auf der allgemeinsten Ebene durch Art. 14 Abs. 2 EUV rechtlich strukturiert wird, vor allem durch das Prinzip der degressiv proportionalen Zuteilung von Sitzen auf die Mitgliedstaaten. Es ist eine anspruchsvolle Aufgabe nicht erst für die politische Praxis, sondern auch schon für das Wahl- und Parlamentsrecht, das die Repräsentation des politischen Subjekts ermöglicht und organisiert. Der demokratische Gehalt von Europawahlen und der Tätigkeit des Europäischen Parlaments lassen sich aber nicht in einer abstrakten Deutung der rechtlichen Grundlagen oder der Wahlergebnisse, sondern erst in der Zusammenschau mit der Analyse der parlamentarischen Praxis rekonstruieren. Diese artikuliert mit der transnationalen Fraktionsbildung die grenzübergreifenden Gemeinsamkeiten der Parteiensysteme der Mitgliedstaaten. Dazu zählt zuletzt in zunehmendem

Maße auch die Vertretung von anti-europäischen, EU-skeptischen, nationalistischen Strömungen im EP. Dieses Phänomen beeinträchtigt die Repräsentationsfunktion des EP nicht, sondern ist Teil von dieser.

Dass die nationalen Parteien ausweislich von Fällen der Abweichung von der Fraktionslinie im Stimmverhalten ein wichtiger Bezug der MdEPs bleiben, so dass die nationale Zugehörigkeit sich als Faktor der Willensbildung des EP auswirkt, kann nicht überraschen: Es ist ein erwartbarer Effekt der Anbindung an nationale Prinzipale, die das Wahlrecht des EP begründet, indem es die Wahl nach mitgliedstaatlichen Listen und in mitgliedstaatlich abgegrenzten Wahlgebieten vorgibt. Das macht die nationalen Parteien und Wählerschaften zu Akteuren, die die Abgeordneten berücksichtigen *müssen*. Es wäre nicht rational, sich von der nominierenden nationalen Partei im politischen Agieren völlig unabhängig zu machen. Indem die MdEPs sich aber gleichwohl im Regelfall an der Fraktionslinie orientieren, bringen die Abgeordneten mit ihrem Stimmverhalten grundsätzlich eine grenzübergreifende, europäische Orientierung zum Ausdruck, die nicht territorial-national, sondern politisch-ideologisch geprägt ist. Europawahlen artikulieren damit die politische Meinungs- und Willensbildung, die in dem grenzübergreifenden Raum stattfindet, den die gewachsene gemeineuropäische Prägung der Parteisysteme eröffneten.

Was ist nun vor diesem Hintergrund die Bedeutung des Prinzips der degressiven Proportionalität in Art. 14 Abs. 2 EUV? Anstelle der Deutung, dass dieses die Artikulation „nationaler Interessen“ ermöglichen soll, wie es *Jürgen Habermas* vertreten hat, ergibt sich vor dem Hintergrund der hier entfalteten Analyse von Recht und Praxis der Repräsentation durch das EP ein anderes Bild: Das Prinzip der degressiven Proportionalität, nach dem grundsätzlich jeder Mitgliedstaat im Vergleich zu den bevölkerungsreicheren überrepräsentiert ist, und die Festlegung einer Höchstzahl von Sitzen für den größten Mitgliedstaat (Deutschland) haben ein gemeinsames Ziel: Sie folgen beide der Idee, dass große Mitgliedstaaten nicht durch konzertierte Aktionen den Diskurs im Parlament dominieren sollen. Dies ist ein gegen die „Großmächte“ in der EU gerichtete Gedanke der Nicht-Unterwerfung, der *non-domination*. Die Idee der *transnational non-domination* zählt zum normativen Kern der europäischen Idee: *„The EU is an anti-hegemonic, not an anti-national, project. The peoples of France or Germany qua states would never again be allowed to subjugate others on the continent thanks to a system of institutionalized balance of power between*

states.“⁸³ Dafür lassen sich auch die in Art. 2 EUV verankerten Grundsätze der Gleichheit, gerade auch der unionsbürgerschaftlichen Gleichheit als Gegenteil hegemonial geprägter Dominanzverhältnisse, und der Solidarität, des Pluralismus und der Demokratie anführen.

Im Sinne dieser Erwägung zu verhindern, dass große Mitgliedstaaten die parlamentarische Willensbildung zur Durchsetzung ihrer Interessen in der Form einer Blockbildung und Vetoausübung ihrer nationalen Delegationen dominieren, beruht auf der Annahme, dass die Abgeordneten des Europäischen Parlaments auf der Grundlage ihrer nationalen Zugehörigkeit handeln können. Es ist aber dabei in der negativen Stoßrichtung gerade entgegengesetzt zu der Idee, dass die degressive Proportionalität die Betätigung nationaler Interessen eröffnen und bestärken soll. Vielmehr zielt die degressive Proportionalität, indem sie eine strukturelle Verfestigung von Machtungleichgewichten im parlamentarischen Diskurs verhindert, darauf ab, die Offenheit und Fairness der Beratungen des EP zu gewährleisten. Dawson/de Witte formulieren dies pointiert: „[T]he overrepresentation of smaller Member States in the Union's institutions serves to mitigate transnational majoritarian tendencies in redistributive and socially contentious policy areas.“⁸⁴

Da die Sitze im EP auf nationale Kontingente verteilt sind, schaffen die verschiedenen Komponenten des Prinzips der degressiven Proportionalität im Zusammenwirken die Voraussetzungen für einen offenen, fairen und pluralistischen parlamentarischen Diskurs, der die europäische Bürgerschaft als transnationales politisches Subjekt repräsentiert. Die relative Überrepräsentation der kleinen Mitgliedstaaten ermöglicht es, die Heterogenität und Vielfalt der Unionsbürgerschaft, die einstweilen (noch) in national abgegrenzte, selbst aber intern nicht homogene Wählerschaften aufgeteilt ist, politisch zum Ausdruck zu bringen. Die Regelung der Mindestanzahl von Sitzen ermöglicht es den Unionsbürgern, die in den kleinsten Mitgliedstaaten wählen, eine Gruppe von Vertretern in das EP zu entsenden, die die politischen Differenzen innerhalb dieses national umgrenzten Teils der europäischen Bürgerschaft weitgehend widerspiegelt. Solange es keine transnationalen Wahlen gibt, ist diese Art der pluralistischen Vertretung der nationalen Wählerschaften die Voraussetzung dafür, dass die politischen Kräfteverhältnisse innerhalb der europäischen Bürgerschaft im EP angemessen vertreten sind und dass eine Hegemonie der

83 Nicolaidis (Fn. 20), 358.

84 Dawson/de Witte (Fn. 7), 822.

europäischen Großmächte im Parlament möglichst verhindert wird. Denn eine Vertretung aller nationalen Wählerschaften, die nach Verhältniswahl die jeweiligen parteipolitischen Kräfteverhältnisse pluralistisch, also nicht nach reiner Mehrheit und nicht monokratisch abbildet, ermöglicht deren grenzübergreifende Integration entlang nicht-territorialer, funktionalistisch geprägter Orientierungen auf dem Links-Rechts-Spektrum.

3. Gesetzgebung (Art. 14 Abs. 1 EUV)

Die organisationsverfassungsrechtliche Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens ist der zentrale Ansatz, um die Hoheitsgewalt, die die Europäische Union ausübt, mittels der dualen Struktur demokratischer Repräsentation zu legitimieren, die Art. 10 Abs. 1, 2 EUV vorsieht. Es sind dabei aber nicht allein die Regelungen zum Gesetzgebungsverfahren in Art. 14 Abs. 1 S. 1 EUV und Art. 289 ff. AEUV, sondern auch die parlamentarische Geschäftsordnung und das interinstitutionelle Recht sowie die Praxis, die die auf den primärrechtlichen Ermächtigungen beruhende Legislativgewalt der Union strukturieren und damit darüber bestimmen, wie das duale Legitimationsmodell des Art. 10 EUV operationalisiert wird. Im Folgenden wird zunächst in rechtlicher Perspektive untersucht, wie das EP mit der Gesetzgebung seine zentrale demokratische Aufgabe ausübt, und zwar in gemeinsamer Verantwortung mit dem Rat, was die duale Legitimationsstruktur nach Art. 10 Abs. 2 EUV spiegelt (a). Dies wird ergänzt durch die Aufarbeitung der Praxis der Gesetzgebung und die Selbstorganisation der Akteure darin, die das legislative Handeln prägen (b). Dabei zeigt sich, dass die demokratische Funktion des Gesetzgebungsverfahrens, die Demokratieprinzipiell vorgegebene repräsentativ-demokratische Arbeitsweise der Union, die wesentlich das EP in seiner legislativen Funktion verkörpert und operationalisiert, durch die Praxis strukturell unterminiert wird, nämlich in der Form der sog. Trilogie, die die Öffentlichkeit und Repräsentationsleistung des Gesetzgebungsverfahrens beeinträchtigen.

a) Rechtliche Grundstruktur: Gemeinsame Gesetzgeberschaft von EP und Rat

Das Unionsverfassungsrecht rechnet die Funktion des Gesetzgebers Europäischem Parlament und Rat grundsätzlich gemeinsam zu, wie Art. 14 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 EUV ausweisen. Wegen ihres Initiativmonopols

aus Art. 17 Abs. 2 EUV ist zudem die Kommission integraler Bestandteil der unionalen Legislativgewalt. Diese wird also grundsätzlich von einer Handlungseinheit der politischen Unionsorgane ausgeübt, und zwar vor allem in der Form, die das ordentliche Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289, 294 AEUV etabliert.

Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV setzt das Zustandekommen von Gesetzgebung voraus, dass EP und Rat einen Gesetzesentwurf inhaltlich übereinstimmend beschließen.⁸⁵ Es begründet eine gleichberechtigte gesetzgeberische Verantwortung von EP und Rat als Co-Gesetzgeber. So setzt in allen Verfahrensphasen das Zustandekommen von Gesetzgebung voraus, dass seitens des Rates und des EP kumulativ förmliche Annahmetatbestände erfüllt sind. Dies hat grundsätzlich die Form von Beschlüssen: Nach der ersten parlamentarischen Lesung ergeht Gesetzgebung, wenn der Rat die Billigung des durch förmlichen Beschluss verabschiedeten parlamentarischen Standpunktes beschließt. Ausnahmsweise kann in der zweiten Lesung mit der Fiktion der parlamentarischen Annahme eines Rechtsaktes nach Fristablauf (Art. 294 Abs. 7 lit. a, 2. Alt. AEUV) Gesetzgebung ohne beiderseitigen Beschluss zustande kommen. Diese Fiktion ist aber so konstruiert, dass sie dem Parlament keine Option der Betätigung seines Willens – Ablehnung, Annahme, Abänderung des Vorschlags – vorenthält. Damit stellt auch sie einen dem Parlament zurechenbaren, durch Fristablauf förmlich erfassten Annahmetatbestand dar, der dessen legislative (Mit-)Verantwortung trägt. Freilich gilt in zweiter Lesung mit der absoluten Mehrheit ein erhöhtes Mehrheitserfordernis für die parlamentarische Ablehnung oder Abänderung eines Vorschlags in der Fassung des Standpunktes des Rates, so dass die Beschlussfassungsregel hier prozedural ein inhaltliches *Prä* begründet, nämlich für die Annahme ohne Änderung. Dies unterbindet aber nicht die legislative Verantwortung des Parlaments. In der dritten Beratungsphase kommt Gesetzgebung zustande, wenn EP und Rat den gemeinsamen Entwurf des Vermittlungsausschusses nach dem Vermittlungsverfahren jeweils formell annehmen.

Zweitens verfügen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren EP und Rat beiderseits über die Möglichkeit, den Gesetzesvorschlag der Kommission nach ihren intern aggregierten politischen Präferenzen zu ändern. Parlament und Rat beraten abwechselnd die Position des jeweils anderen Organs und beschließen ihren Standpunkt, bis zwei inhaltlich deckungsgleiche

85 Die folgende Darstellung beruht auf von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung (Fn. 11), 194 ff.

Beschlüsse zum Gesetzgebungsvorhaben zustande kommen – ansonsten scheitert das Vorhaben. Das Leitbild des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens ist nach der primärrechtlichen Regelung, dass die Inhalte eines Gesetzgebungsvorhabens in einem wechselseitigen Austausch der Standpunkte entwickelt werden, in welchem die Willensbildung der beiden Organe sich wechselseitig auf die Position des jeweils anderen bezieht. Die Abfolge wechselseitig aufeinander bezogener organinterner Lesungen ist das prozedurale Instrument, das abweichende politische Standpunkte der beiden Organe zu der inhaltlichen Übereinstimmung hin entwickeln soll, die für den Erlass von Gesetzgebung im ordentlichen Verfahren erforderlich ist.

In der dritten Beratungsphase, also im Vermittlungsverfahren, ersetzt die unmittelbare Verhandlung der Inhalte eines Vorhabens den Mechanismus abwechselnder organinterner Beratungen beider Organe funktional. Das Vermittlungsverfahren soll eine in den Lesungen nicht behobene Uneinigkeit von Rat und Parlament durch direkten Austausch auflösen. Es ist wiederum im Sinne einer Gleichberechtigung von Parlament und Rat als Co-Gesetzgeber organisiert: Beide Organe sind im Vermittlungsausschuss mit gleichberechtigten Delegationen vertreten. Dass der Ausschuss einen gemeinsamen Entwurf einbringt, bedarf der Billigung durch beide Delegationen. Beide Delegationen können Kompromissentwürfe einbringen.

Dass Parlament und Rat gleichermaßen das Recht haben, ein Gesetzgebungsvorhaben zu ändern, ist nicht allein Voraussetzung ihrer Gleichberechtigung als Co-Gesetzgeber. Es stellt angesichts des Initiativmonopols der Kommission auch erst die Bindung des Inhalts von Gesetzgebung an die Willensbildung der beiden Unionsorgane her, die das duale Legitimationsmodell des Art. 10 EUV verkörpern. Dass Rat und Parlament den Kommissionsvorschlag abändern können, behebt nicht die demokratische Problematik des Initiativmonopols der Kommission: Der Gesetzgeber kann sich nicht selbst aktivieren. Parlament und Rat können sich aber durch Änderungen ihre politischen Präferenzen auch außerhalb der Ausgestaltung des Kommissionsvorschlags betätigen und sind damit durch diesen nicht inhaltlich festgelegt.

Die rechtliche Ordnung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens befähigt damit gleichermaßen Parlament und Rat dazu, ihre jeweilige politische Position im Verfahren zu betätigen. Jeder der beiden bedarf dabei zur Einsetzung seines politischen Standpunktes in legislative Geltung der Zustimmung des jeweils anderen. Damit sind Parlament und Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gleichberechtigt Träger der gesetzgeberischen Verantwortung und in diesem Sinne Co-Gesetzgeber.

Wie das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit der geteilten legislativen Verantwortung von EP und Rat die duale Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt umsetzt, sagt zugleich etwas über die besonderen Gesetzgebungsverfahren der Union aus, sowie über die vertragsunmittelbare Rechtsetzung des Rates ohne Gesetzesqualität. Die Co-Gesetzgeberschaft des EP umfasst nicht alle Rechtsgrundlagen, politikbereichsspezifisch kommen besondere Gesetzgebungsverfahren oder nicht-legislative Rechtsetzungsverfahren zur Anwendung. Fehlt die (Mit-)Verantwortung des EP für allgemeine Rechtsetzung, vermittelt es den entsprechenden Gesetzgebungsakten bzw. sonstigen Rechtsakten nicht die demokratische Legitimation der transnationalen Repräsentation. Zudem hat das EP kein selbsttätiges Gesetzesinitiativrecht, sondern nur ein Recht, die Kommission zur Vorlage eines Vorschlags zu unterbreiten (Art. 225 AEUV). Das gilt zwar ebenso für den Rat (sowie für eine Europäische Bürgerinitiative), jedoch hat der Europäische Rat faktisch eine zentrale Aufgabe in der Programmierung der Gesetzgebung übernommen, obwohl er ausdrücklich keine legislative Funktion ausübt.⁸⁶

Mit dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren hat das Primärrecht ein Regelverfahren der Gesetzgebung, das das unionsverfassungsrechtliche Demokratieprinzip der dualen demokratischen Legitimation verfahrensmäßig operationalisiert. Es verbleiben aber substantielle Bereiche der Ausübung unionaler Hoheitsgewalt, in die das EP nicht mitverantwortlich eingebunden ist. In diesen Bereichen bleibt das Verfassungsprinzip des Art. 10 Abs. 2 EUV uneingelöst.

b) Praxis: Die Trilogisierung des Gesetzgebungsverfahrens

aa) Schwerfällige Konsensbildung als Problem des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens

Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren setzt das Zustandekommen von Gesetzgebung, wie dargelegt, voraus, dass EP und Rat inhaltlich übereinstimmen.⁸⁷ Bei politischem Dissens sind EP und Rat in den ersten zwei Lesungen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens gegenseitig mit den di-

⁸⁶ Dazu von Bogdandy/Rugge, in diesem Band.

⁸⁷ In zweiter Lesung gibt es auch die Fiktion der Zustimmung bei Untätigkeit des EP, Art. 294 Abs. 7 lit. a AEUV.

vergierenden Standpunkten konfrontiert, ohne dass ein direkter Austausch vorgesehen ist, der die Kompromissbildung beförderte. Direkte Verhandlungen finden nach Art. 294 AEUV mit dem Vermittlungsverfahren erst statt, wenn die abwechselnden Beratungen der beiden Organe nicht zur Einigung geführt haben, so dass also ein inhaltlicher Konflikt schon verfestigt ist. Die Abfolge organinterner Lesungen verstetigt inhaltliche Konflikte unter Umständen sogar: Wenn auf den Standpunkt des EP in erster Lesung hin der Rat eine gegenläufige Fassung des Gesetzesvorschlags vorlegt, kann das EP in der folgenden Lesung seine Version wiederherstellen.⁸⁸ Inhaltliche Vermittlung zwischen EP und Rat ermöglicht Art. 294 AEUV in den ersten beiden Lesungen am ehesten dergestalt, dass eines von beiden Organen nachgibt. Ein einseitiges Nachgeben aber ist keine sehr wahrscheinliche Form der Einigung zwischen den Co-Gesetzgebern. Das Verfahren nach Art. 294 AEUV ist deswegen bis in eine späte Verfahrensphase wenig leistungsfähig darin, zwischen den Co-Gesetzgebern zu vermitteln.

bb) Die Trilogie: praxisgenerierte Form der Verhandlung von Kompromissen

Dass ein direktes Aushandeln von Kompromissen erst in der späten Verfahrensphase der Vermittlung vorgesehen ist, macht das ordentliche Gesetzgebungsverfahren zu einem schwerfälligen Modus der inhaltlichen Konsensfindung von EP und Rat. Zudem beansprucht das komplexe und seit seiner Einführung in seinem Anwendungsbereich stetig erweiterte ordentliche Gesetzgebungsverfahren die Arbeitsressourcen der Beteiligten in hohem Maße.⁸⁹ Vor diesem Hintergrund hat die Praxis des Mitentscheidungsverfahrens, des jetzigen ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens, mit den sog. *Trilogien* ein von der verfassungsrechtlichen Verfahrensordnung selbst nicht vorgesehenes Format der politischen Konsensfindung der Co-Gesetzgeber hervorgebracht.⁹⁰ In Trilogien verhandeln Delegationen, die von EP, Rat und Kommission entsendet werden, Gesetzgebungsvorhaben direkt und

88 Die Wiederherstellung des Standpunkts des EP ist ein zulässiger Änderungsantrag zum Standpunkt des Rates in zweiter Lesung, Art. 69 Abs. 2 lit. a GO-EP 2018.

89 *Jelena von Achenbach*, Verfassungswandel durch Selbstorganisation, *Der Staat* 55 (2016), 1–39 (22 ff.).

90 Dazu bereits von *Achenbach*, Demokratische Gesetzgebung (Fn. 11), 175 ff., 496 ff.; s. auch *Fabian Giersdorf*, Der informelle Trilog. Das Schattengesetzgebungsverfahren der Europäischen Union, Berlin: Duncker & Humblot 2019; in der politikwissen-

unter Ausschluss der Öffentlichkeit am „Runden Tisch“. Das Handbuch des EP zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschreibt die Trilogie in diesem Sinne: „*Trilogie sind informelle Dreiparteientreffen zu Gesetzgebungsvorschlägen zwischen Vertretern des Parlaments, des Rates und der Kommission.*“⁹¹ Sie sollen eine Annäherung der Standpunkte der Co-Gesetzgeber in einem möglichst frühen Verfahrensstadium erzielen.⁹² Das Verhandeln in Trilogien ist auch im Inner- und Interorganrecht verrechtlicht und damit verfestigt.⁹³ Zudem geht auch der EuGH davon aus, dass die Trilogie ein fester Bestandteil der Legislativpraxis der Union sind.

Was die Trilogisierung der Gesetzgebung für deren demokratische Legitimation, insbesondere für die Umsetzung der demokratischen Repräsentativfunktion des EP bedeutet, lässt sich nur mit Blick darauf bewerten, wie das trilogische Verhandeln die parlamentarische Willensbildung prägt. Dies betrifft insbesondere die Besetzung und Mandatierung des EP-Verhandlungsteams, sowie die Beratung und Beschlussfassung über trilogisch geeinte Gesetzesvorhaben. Hierzu gibt es seit einer Reform der EP-Geschäftsordnung im Jahr 2016 eingehende Regelungen, die die parlamentarische Befassung mit dem Verhandeln in Trilogien gestalten.

Einen in Trilogien ausgehandelten Text beschließen das EP und der Rat danach im jeweiligen Plenum gemäß den primärrechtlichen Beschlussregeln. Dass die trilogisch verhandelte Einigung nicht formal bestätigt wird, ist der absolute Ausnahmefall.⁹⁴ Die Gesetzgebung der EU ist mittlerweile durchgehend *trilogisiert*: Verhandlungen in Trilogien sind die Basis dafür, dass in der letzten Zeit annähernd 90 % der Gesetzgebungsakte in der ersten Beratungsphase des Gesetzgebungsverfahrens durch deckungsgleiche Beschlüsse von EP und Rat angenommen werden.⁹⁵ Der Rest wird in der

schaftlichen Perspektive wird das Phänomen, anders als in der Rechtswissenschaft, breit beforscht.

91 Europäisches Parlament, Handbuch zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Ein Leitfadens zur Arbeit des Europäischen Parlaments als Mitgesetzgeber, 2020, 33.

92 Europäisches Parlament (Fn. 91), 31.

93 Dazu bereits von Achenbach, Transparenz statt Öffentlichkeit und demokratischer Repräsentation, DÖV 2018, 1025–1034.

94 Europäische Bürgerbeauftragte, Decision of the European Ombudsman Setting Out Proposals Following Her Strategic Inquiry OI/8/2015/JAS Concerning the Transparency of Trilogue, Rn. 19.

95 Europäisches Parlament, Activity Report, Developments and Trends of the Ordinary Legislative Procedure, 2014–2019 (8th parliamentary term), 3 (Zahlen von 2014–2019).

zweiten Lesung beschlossen.⁹⁶ Das Vermittlungsverfahren wurde seit 2014 nicht mehr aktiviert.⁹⁷

Art. 71 GO-EP 2023 sieht vor, dass das EP *vor* seiner ersten Lesung in Verhandlungen eintreten kann, nämlich auf der Basis eines Berichts des zuständigen Ausschusses. Ein Verhandlungsstart schon zu diesem Zeitpunkt, in dem eine Beratung im Plenum noch nicht stattgefunden hat, ist der praktische Regelfall der Gesetzgebung, wie die Zahlen zum Abschluss des Verfahrens zeigen. Das Verhandlungsteam des EP wird vom Berichterstatter geleitet.⁹⁸ Für das Verhandlungsteam gilt – wie für die Ausschüsse – das Prinzip der Spiegelbildlichkeit:⁹⁹ Ihm gehören auch die Schattenberichterstatter jeder Fraktion an.¹⁰⁰

Kommt in Trilogen eine Einigung mit dem Rat zustande, wird der Ausschuss unterrichtet, und er erhält die Dokumente über die Ergebnisse des abschließenden Trilogs.¹⁰¹ Nimmt der Ausschuss die geeinte Fassung an, wird sie im Plenum zur Prüfung eingereicht.¹⁰² Wie der Ausschuss, steht auch das Plenum dann grundsätzlich allein vor der Entscheidung, den Gesetzesentwurf in der Einigungsfassung in Gänze anzunehmen oder aber ihn insgesamt abzulehnen. Es gibt nur eine einzige Abstimmung über den Gesamttext, in der die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet.¹⁰³ Über Gegenstände, für die eine einzige Abstimmung ohne Änderungsanträge vorgesehen ist, wird *ohne Aussprache* abgestimmt.¹⁰⁴ Nur die Mehrheit kann die Eröffnung der Aussprache im Plenum über eine trilogisch erzielte Einigung beschließen.¹⁰⁵ Nach einer Einigung von EP und Rat in Trilogen gelten also erhebliche prozedurale Hürden dafür, die im Parlament die Willensbildung des Ausschusses und des Plenums inhaltlich über die Ja/Nein-Entscheidung zu der Einigungsfassung hinaus zu eröffnen und Alternativ- und Änderungsvorschläge zu beraten. Entscheidungsgegenstand des EP ist

96 Europäisches Parlament (Fn. 95), 3; Europäisches Parlament, Mid-Term Activity Report, Developments and Trends of the Ordinary Legislative Procedure, 2019–2021, 12.

97 Europäisches Parlament, Mid-Term Activity Report (Fn. 96), 12.

98 Art. 74 Abs. 1 GO-EP 2023.

99 Für Ausschüsse gilt der Grundsatz nach Art. 209 Abs. 2 GO-EP 2023.

100 Art. 74 Abs. 1 GO-EP 2023.

101 Art. 74 Abs. 4 GO-EP 2023.

102 Art. 74 Abs. 4 GO-EP 2023; dabei werden die Änderungen an dem Entwurf eines Rechtsakts deutlich im Text angegeben.

103 Art. 59 Abs. 3 GO-EP 2023, Art. 231 AEUV.

104 Art. 159 Abs. 2 GO-EP 2023.

105 Art. 159 Abs. 2 GO-EP 2023, es zählt die Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

grundsätzlich allein die Einigungsfassung *im Ganzen*, wobei im Regelfall keine Aussprache stattfindet. Änderungsanträge werden nur beraten, wenn die *Mehrheit* dies will. Parlamentarische Minderheiten können dies nicht durchsetzen.

cc) Die Trilogie als legitimationsgefährdende Reformalisierung des Gesetzgebungsverfahrens

Die Trilogie *deformalisieren* die Unionsgesetzgebung.¹⁰⁶ Die Co-Gesetzgeber verlagern die interinstitutionelle Konsensfindung aus dem Verfahren des Art. 294 AEUV in ein Format des delegierten, nicht-öffentlichen Verhandels. Die Trilogie funktionieren nach selbstgegebenen Regeln der Mitwirkenden, nicht nach Vorschriften der EU-Verträge. Als effektives und effizientes Verfahren der interinstitutionellen Konsensbildung tragen sie dabei zur Handlungsfähigkeit des europäischen Gesetzgebers bei. Das ist eine bedeutsame Leistung. Auch der EuGH erkennt dies, durch das EuG, ausdrücklich an: „*It is [...] important to recognise that the use of trilogues has over the years proved effective and flexible in that it has contributed significantly to increasing the possibilities for agreement at the various stages in the legislative process.*“¹⁰⁷

Interinstitutionelle Vereinbarungen, Geschäftsordnungen, Verfahrensleitlinien und Verhaltenskodizes sehen das Verhandeln in Trilogen generalisiert vor und regeln seine Funktionsweise.¹⁰⁸ All dies *reformalisiert* den Prozess der europäischen Gesetzgebung, ohne dass Art. 294 AEUV geändert wird: Aus der Selbstorganisation der Unionsorgane ist eine generalisierte Verfahrensordnung unterhalb des Unionsverfassungsrechts entstanden, die die Zusammenarbeit der Co-Gesetzgeber strukturiert und organisiert. Diese Verfahrensordnung sieht eine Form der interinstitutionellen Konsensfindung vor, die das primärrechtliche Gesetzgebungsverfahren in dieser Funktion praktisch ersetzt. Anstatt die Einigung der Co-Gesetzgeber selbst

106 Zum Begriff der Deformalisierung von Achenbach, Verfassungswandel (Fn. 89).

107 EuG, Urt. v. 22.3.2018, Rs. T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167, Rn. 72 – *De Capitani*, s. auch Rn. 70, 73, 105; zu dem Urteil mit unterschiedlichen Bewertungen einerseits von Achenbach, Transparenz (Fn. 93), andererseits Giacomo Rugge, *Trilogues and Access to Documents*, CML Rev. 56 (2019), 237–258.

108 Frühestes Dokument dessen ist die Gemeinsame Erklärung zu den praktischen Modalitäten des neuen Mitentscheidungsverfahrens (Artikel 251 EG-Vertrag), ABL. 2007 C 145/5, die weiter in Kraft ist.

herbeizuführen, dient das Verfahren des Art. 294 AEUV nurmehr dazu, die geeinten Fassungen von Gesetzesvorhaben förmlich zu ratifizieren.

Bei der praktisch dominanten Form der trilogischen Gesetzgebung, die zu einer Verabschiedung von Gesetzen in der ersten Beratungsphase des Gesetzgebungsverfahrens führt, entfällt eine inhaltlich offene, öffentliche Debatte im EP-Plenum grundsätzlich. Infolge der Trilogisierung fehlt es damit aber nicht nur an Öffentlichkeit als Möglichkeit, die Entstehung von Gesetzgebung in Realzeit oder anhand einer allgemein zur Verfügung stehenden Dokumentation der legislativen Materialien zu beobachten.

Die Trilogie beeinträchtigt auch die demokratische Repräsentation, die das Gesetzgebungsverfahren auf der Grundlage des Art. 10 Abs. 1, 2, Art. 14 Abs. 1 EUV vermitteln soll.¹⁰⁹ Aufgrund der Trilogie ist Gesetzgebung im Regelfall nicht mehr an eine gemeinsame Willensbildung aller Abgeordneten gekoppelt, es findet im EP keine Willensbildung über Gesetzgebung mehr statt, die allgemein und inhaltlich offen ist. Die parlamentarische Willensbildung bleibt auf das Ausschussverfahren beschränkt, in dem das EP-Verhandlungsteam mehr oder weniger präzise von der Ausschussmehrheit mandatiert wird.

Selbst wenn Plenardebatten (auch) im EP tatsächlich oft das verfehlen, was als demokratische Beratungskultur erstrebenswert wäre, so ist im Verfahren nach Art. 294 AEUV aber in der ersten parlamentarischen Lesung der Raum für Anträge zur Änderung von Gesetzesvorschlägen und eine Aussprache hierüber doch immerhin eröffnet.¹¹⁰ In der Trilog-Situation aber ist dies grundsätzlich nicht mehr vorgesehen (oben bb). Das ist auch ein schwerwiegendes Problem für die Entstehung allgemeiner Debatten über die legislative Politik der Union: sie kann sich unter der Bedingung der Trilogie nicht an der öffentlichen Beratung von Gesetzgebung entzünden und kristallisieren, gerade auch in der medialen Berichterstattung. Daran ändert auch die reaktive Transparenz von Trilogien nicht, die aus der Anwendbarkeit der VO 1049/2001 auf die zentralen Verhandlungsdokumente folgt.¹¹¹

Mit den Trilogien ist eine Praxis, die den demokratieprinzipiellen Maßgaben des Art. 10 EUV (repräsentativdemokratische, also öffentliche und inhaltlich offene Arbeitsweise vor allem in der Form des unionalen Parla-

109 S. Art. 10 Abs. 1 EUV und auf demokratietheoretischer Grundlage zur demokratischen Repräsentation im europäischen Gesetzgebungsverfahren *von Achenbach*, Demokratische Gesetzgebung (Fn. 11), 424 ff., 456 ff.

110 Art. 59 Abs. 4 GO-EP 2023.

111 Dazu *von Achenbach*, Transparenz (Fn. 93).

mentarismus des EP) widerspricht, Teil der rechtlichen Verfahrensordnung der Unionsgesetzgebung. Die Trilogie sind eine wichtige Grundlage dafür, dass die EU als Gesetzgebungsmaschine funktioniert. Das EP erweist sich in den Trilogien als handlungsfähiges Gegenüber des Rates, aber das hat einen hohen, zu hohen demokratischen Preis. Das Geschäftsordnungsrecht des EP sieht zwar immerhin mittlerweile eine förmliche parlamentarische Mandatierung vor; aber es bleibt dabei, dass das Verhandeln in den Trilogien nichtöffentlich verläuft und die inhaltliche Offenheit von Plenarberatungen substantiell beschränkt, was auch die pluralistische Kapazität des Verfahrens, insbesondere die Möglichkeiten für Opposition beeinträchtigt. Damit unterlaufen die Trilogie die demokratischen Ansprüche, die das Unionsverfassungsrecht auf der Ebene der Prinzipien, nämlich in der Form des Art. 10 EUV auf der Basis des Art. 2 EUV, erhebt. Demokratisch geboten ist, das trilogische Verhandeln erst nach einer ersten öffentlichen und für Anträge offenen Plenarberatung im EP zuzulassen.

c) Das EP in „außergewöhnlichen Umständen“

Das EP hat – wie Parlamente weltweit – in der Covid-19-Pandemie mit einer Vielzahl von Maßnahmen reagiert, die die parlamentarische Handlungsfähigkeit unter pandemischen Bedingungen aufrechterhalten sollten, gerade im Hinblick auf die parlamentarische Mitwirkung und Kontrolle der (auch) in der Pandemie stark exekutivdominierten Politik. Dafür wurde die parlamentarische Arbeit erheblich umgestaltet: Statt der Anwesenheitspflicht von Abgeordneten und Mitarbeitenden galt weitgehend ein Gebot von *remote work*, Plenarsitzungen wurden abgesagt, Sitzungen auf getrennte Räume aufgeteilt, und technische Systeme für virtuelle Abstimmungen und Beratungen in den Fraktionen, Ausschüssen und im Plenum errichtet und eingesetzt, einschließlich für die notwendigen Dolmetscherleistungen.¹¹²

Die erst nachholend formalisierten prozeduralen Befugnisse für Ausnahmesituationen stärken die organisatorische Führungsrolle des Parlamentspräsidenten. Die Geschäftsordnung sah keine Verfahrensweisen für Ausnahmesituationen vor. Alle Maßnahmen ordnete daher zunächst der Präsident des Parlaments basierend darauf an, dass er für die Sicherheit

112 Brack/Costa/Marié (Fn. 70), 845.

und die Unverletzlichkeit der Gebäude des Europäischen Parlaments verantwortlich ist (Art. 22 Abs. 5 GO-EP 2023) – also auf der Rechtsgrundlage des Hausrechts. 2020 wurden dann Regelungen zu außerordentlichen Maßnahmen in außergewöhnlichen Umständen eingeführt, die die zuvor getroffenen Anordnungen rechtlich regularisierten. Wenn es „aus Gründen der Sicherheit oder des Schutzes“ unmöglich oder gefährlich ist, dass das Parlament in den regulären Verfahren und gemäß seinem angenommenen Sitzungskalender zusammentritt, kann der Präsident nunmehr gemäß Art. 237a GO-EP 2023, grundsätzlich im Einvernehmen mit der Konferenz der Präsidenten¹¹³, „alle angemessenen Maßnahmen“ anordnen, insbesondere Sitzungen verschieben oder absagen, örtlich verlagern, in getrennte Sitzungsräume verlegen, eine Fernteilnahme oder die Vertretung von Abgeordneten nach Bestimmung der Fraktionen anordnen (Art. 237b–237d GO-EP 2023).

4. Haushaltsbefugnisse (Art. 14 Abs. 1 S. 1 EUV)

a) Politische Bedeutung des Haushalts im europäischen Kontext

Die parlamentarische Haushaltsverantwortung ist ein zentraler Aspekt demokratisch-rechtsstaatlicher Gewaltenteilung. Der Haushalt, mit dem die öffentlichen Einnahmen und Ausgaben geplant und bestimmt und den hoheitlichen Funktionen und Organen rechtsverbindlich zugeteilt werden, ist neben der Gesetzgebung das zentrale politische Steuerungs- und Kontrollinstrument, vor allem natürlich gegenüber der Exekutive. Art und Ausmaß von Zuweisungen steuern, indem sie die Tätigkeit der Exekutive ermöglichen, aber auch begrenzen und priorisieren. Die verfassungsprinzipielle Bedeutung des Budgetrechts ist dabei auch eine rechtsstaatliche: Als Teil des Haushaltsrechts bilden die Rechenschaftspflichten, die in der Form des Vorschlags des Haushalts und dessen öffentlicher Beratung sowie der Rechnungslegung und -prüfung bestehen, einen integralen Aspekt der demokratisch-rechtsstaatlichen Kontrolle des Exekutivhandelns. Der Haushalt zählt zu den zentralen Instrumenten und Gegenständen demokratischer Selbstbestimmung, die Parlamente vermitteln.

Diese Aspekte der parlamentarischen Idee spiegelnd, bildet das Haushaltsrecht in der verfassungspolitischen Auseinandersetzung um die Er-

113 Diese setzt sich aus dem Präsidenten und den Fraktionsvorsitzenden zusammen.

mächtigung des Europäischen Parlaments im Gewaltengefüge der Union einen zentralen Gegenstand.¹¹⁴ Zugleich sind die Ausstattung der Union mit finanziellen Mitteln und deren Verteilung auf die unionalen Politikfelder und Maßnahmen ein zentrales politisches Konfliktfeld der europäischen Integration, zum einen zwischen den Unionsorganen, zum anderen aber auch zwischen den Mitgliedstaaten und in deren Verhältnis zur Union.¹¹⁵ Die Ausstattung mit finanziellen Ressourcen ist ein wesentlicher Faktor der (Weiter-)Entwicklung der Union und der Übung von Solidarität – zwischen den Mitgliedstaaten respektive zwischen den Unionsbürgern und -bürgerinnen.¹¹⁶

Die politischen Spannungslagen, die das unionale Haushaltswesen in den horizontalen und vertikalen Dimensionen des Gewaltengefüges prägen, prägen auch die Entwicklung der organschaftlichen Rechte des EP auf diesem Gebiet. Die Befugnisse und (Mit-)Entscheidungsgewalt des EP im Bereich des Unionshaushalts sind in einem schrittweisen, politisch oft hochstreitigen und langfristigen Prozess vor allem seit der Einführung der Direktwahl deutlich ausgebaut worden. Dabei ist vor allem das EP die treibende Kraft gewesen; es hat sich diese Rechte mit verschiedenen Formen des strategischen Handelns in den interinstitutionellen Verhältnissen zu Rat und Kommission im Wesentlichen selbst erstritten, wie politikwissenschaftliche Forschung zeigt.¹¹⁷ Das Bild einer zunehmenden Ermächtigung des EP ist allerdings kein einheitliches, wie sich im Folgenden erweisen wird (b). Zum einen bezieht es sich auf die Ausgabenseite des Unionshaushalts (aa), nicht aber auf die Einnahmenseite (bb). Zum anderen aber ist das Unionshandeln vielfach von *außerbudgetären* („parafiskalischen“) Finanzinstrumenten geprägt, die in verschiedenen Formen intergouvernemental geprägt sind und das Europäische Parlament nicht verantwortlich beteiligen (c).

114 Dazu Adrienne Héritier/Katharina L. Meissner/Catherine Moury/Magnus G. Schoeller, *European Parliament Ascendant. Parliamentary Strategies of Self-Empowerment in the EU*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2019, 81 ff.

115 Dazu Brigid Laffan/Johannes Lindner, *The Budget: Who Gets What, When, and How?*, in: Helen Wallace et al. (Hrsg.), *Policy-Making in the European Union*, 8. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2020, 208–232 (210).

116 Laffan/Lindner (Fn. 115), 210.

117 Héritier/Meissner/Moury/Schoeller (Fn. 114), 81 ff.

b) Haushaltsverfahren, einschließlich Finanzierung

aa) Haushaltsplan und Mehrjähriger Finanzrahmen

Im ordentlichen Haushaltswesen der Union sind mehrere Aspekte der Steuerung und Gestaltung von Einnahmen und Ausgaben der Union voneinander zu unterscheiden: Der jährliche Haushaltsplan veranschlagt für jedes Haushaltsjahr die Einnahmen und Ausgaben (Art. 310 Abs. 1, Art. 314 AEUV). Er bestimmt die Mittelzuweisung, ist aber nicht das alleinige finanzielle Planungsinstrument: Neben dem jahresbezogenen Haushaltsplan findet eine längerfristige Planung für die Entwicklung der Ausgaben der Union durch den Mehrjährigen Finanzrahmen statt, wofür Art. 312 AEUV gilt. Der Finanzrahmen bestimmt die jährlichen Obergrenzen für den Einsatz von Mitteln je Ausgabenkategorie. Bemerkenswerterweise überspannt dieser Finanzrahmen, indem er regelmäßig für sieben Jahre beschlossen wird, in der Praxis einen politischen Zeitraum über die Wahlperiode von EP (und die Amtszeit der Kommission) hinaus, so dass ein neu konstituiertes EP zunächst an eine Finanzplanung aus der vorherigen Wahlperiode gebunden ist.¹¹⁸ Diese kann zwar im Verfahren des Art. 312 AEUV geändert werden, aber dies setzt eine Initiative der Kommission voraus (Art. 293 AEUV, Art. 17 Abs. 2 EUV). Überdies hat das EP in dem vorgesehenen besonderen Gesetzgebungsverfahren (Zustimmungsverfahren) zwar ein Vetorecht, aber keine eigene Änderungsbefugnis. Das schränkt die Bindung der Finanzplanung und Budgetierung an die demokratische Willensbildung ein, die bei der periodischen Wahl und Neukonstituierung des EP anknüpft.

Art. 314 AEUV regelt das Verfahren, in dem der jährliche Haushaltsplan entworfen und erlassen wird.¹¹⁹ Er verfügt die rechtliche Mittelzuweisung, ist dabei jedoch nach Art. 312 Abs. 1 AEUV an den mehrjährigen Finanzrahmen gebunden. Der Haushaltsplan basiert auf Voranschlägen, die die Unionsorgane (bis auf die EZB) für das folgende Jahr jeweils für ihre eigenen Ausgaben unterbreiten; damit erklären sie sich zugleich über ihre geplante Tätigkeit, also ihr Handlungsprogramm und ihre Prioritätensetzung. Die Kommission fasst die Voranschläge zu einem Entwurf zusammen und legt

118 Dazu auch *Christian Neumeier*, *Political Own Resources*, CML Rev. 60 (2023), 319–344.

119 Für die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans und die Kontrolle der Verantwortung der Finanzakteure gelten zudem Haushaltsvorschriften nach Art. 322 AEUV, nämlich die Haushaltsordnung.

diesen EP und Rat als Vorschlag vor, so dass es auch hier beim Initiativmonopol der Kommission bleibt (Art. 17 Abs. 2 EUV). Sie kann den Entwurf dabei mit abweichenden Voranschlägen versehen und hat auch nach der Vorlage noch bis zum Vermittlungsverfahren eine Änderungsbefugnis.

Zuerst legt der Rat seinen Standpunkt zu dem Entwurf des Haushaltsplans fest. Billigt das EP diesen Standpunkt, ist der Haushalt erlassen. Dies gilt auch, wenn das EP eine Frist von 42 Tagen verstreichen lässt. Im Übrigen kann das EP mit der Mehrheit seiner Mitglieder (qualifizierte Mehrheit!) Abänderungen beschließen, was zur Einleitung eines Vermittlungsverfahrens führt, wenn der Rat die Änderungen nicht billigt. Im Vermittlungsverfahren erarbeiten EP, Rat und Kommission einen gemeinsamen Entwurf. Der Erlass des Haushaltsplans auf der Grundlage des gemeinsamen Entwurfs setzt voraus, dass EP und Rat nicht dessen Ablehnung beschließen: Auch ein Untätigbleiben beider Organe innerhalb von 14 Tagen führt zum Erlass des Haushaltsplans. Das Parlament kann eine Ablehnung nur mit der qualifizierten Mehrheit seiner Mitglieder beschließen.

Das gesamte Haushaltsverfahren ist mit zeitlichen Fristen im Jahresablauf sowie mit kurzen Beschlussfristen versehen, die den Entscheidungsdruck erhöhen und, als Grundlage der Handlungsfähigkeit der Union, eine rechtzeitige Mittelzuweisung sichern sollen. Wenn ein Haushalt nicht rechtzeitig zustande kommt, können Ausgaben vorläufig in Anlehnung an den vorherigen Haushaltsplan getätigt werden. Höhere Ausgaben müssen vom Rat genehmigt werden, das EP kann demgegenüber eine Kürzung wiederum mit der Mehrheit seiner Mitglieder beschließen (Art. 315 AEUV). Hier hat die Haushaltsverantwortung des EP lediglich die Form eines (qualifizierten) Veto-Rechts.

Der Erlass des Haushalts sieht – mit einigen prozeduralen Abweichungen gegenüber dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, vor allem nur einer Lesung vor dem Vermittlungsverfahren – die beiderseitige Annahme des Vorschlags durch EP und Rat für die Verabschiedung des Haushalts vor und ist damit an der Idee der Co-Gesetzgeberschaft orientiert. Dies ist auch deswegen bedeutsam, weil es zunächst einmal alle Politikbereiche umfasst, die nicht ausdrücklich von der Finanzierung aus dem Unionshaushalt ausgenommen sind (was etwa für bestimmte Aspekte der GASP/GSVP gilt, dazu noch unten 4.c.cc). Die Haushaltsverantwortung des EP ist damit, in der Form die sie nach den Art. 310 ff. AEUV („Titel II. Finanzvorschriften“) annimmt, ein globales, übergreifendes politisches Gestaltungs- und Kontrollrecht, das eben auch in Bereichen greift, in denen das EP nicht als Co-Gesetzgeber ermächtigt ist, weil besondere Gesetzgebungsverfahren

oder andere Rechtsetzungsverfahren ohne Mitverantwortung des EP zur Anwendung kommen.

Das Haushaltsverfahren ist allerdings ebenso wie die Gesetzgebung in der Praxis *trilogisiert*, ja es darf sogar als Ursprung der Trilogie gelten.¹²⁰ Art. 324 AEUV grundiert diese Verfahrensweise primärrechtlich, indem er im Haushaltsverfahren regelmäßige Treffen der Präsidenten des EP, des Rates und der Kommission vorsieht. Die praktische Arbeit wird aber durch Trilogie auf Arbeitsebene geleistet, wie sich in der Interinstitutionellen Vereinbarung zur Haushaltsdisziplin von 2020 widerspiegelt.¹²¹ Danach setzen die Trilogie wie auch im Gesetzgebungsverfahren früh ein, schon vor der ersten Beratung: Nach der Interinstitutionellen Vereinbarung wird rechtzeitig *bevor* die Kommission den Entwurf des Haushaltsplans annimmt, ein Trilog einberufen, bei dem die für den Haushaltsplan des folgenden Haushaltsjahres in Betracht zu ziehenden Prioritäten sowie alle Fragen erörtert werden, die sich aus der Ausführung des Haushaltsplans des laufenden Haushaltsjahres ergeben.¹²² Es ergeben sich aufgrund der Trilogisierung des Haushaltsverfahrens dieselben demokratischen Probleme wie bei der Gesetzgebung: fehlende Öffentlichkeit des Prozesses und Ausfall einer inhaltlich offenen Plenarberatung.

bb) Finanzierung des Haushalts

Die Einnahmenseite des Unionshaushalts unterliegt dem Regime des Art. 311 AEUV. Die Union stattet sich danach mit den erforderlichen Mit-

120 Dazu schon von Achenbach, Verfassungswandel (Fn. 89), 4, mit Verweis auf das sog. Vermittlungsverfahren, das Europäisches Parlament, Rat und Kommission im Zuge der Stärkung des Budgetrechts des Europäischen Parlaments in der Gemeinsamen Erklärung vom 4. März 1975 (ABl. 1975 C 89/1) vorsahen. Das Vermittlungsverfahren war nicht Teil der primärrechtlichen Entscheidungsverfahren, sondern ein interinstitutionell geschaffenes Verfahren der politischen Kompromissfindung angesichts der Stärkung der politischen Rolle des EP durch das Budgetrecht.

121 Interinstitutionelle Vereinbarung vom 16. Dezember 2020 zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission über die Haushaltsdisziplin, die Zusammenarbeit im Haushaltsbereich und die wirtschaftliche Haushaltsführung sowie über neue Eigenmittel, einschließlich eines Fahrplans im Hinblick auf die Einführung neuer Eigenmittel, ABl. 2020 L 433I/22..

122 Interinstitutionelle Vereinbarung vom 16. Dezember 2020 (Fn. 121), Anhang I, Teil B.

teln aus, um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politik durchführen zu können. In welchem Umfang und aus welchen Einnahmequellen die Union sich mit den sog. Eigenmitteln ausstattet, die ihren Haushalt finanzieren, bestimmt der in Art. 311 AEUV vorgesehene Beschluss („Eigenmittel-Beschluss“), der ratifikationsbedürftig und damit der Ebene des Primärrechts zuzuordnen ist. Mittels dieses Beschlusses kann die Union auch neue Kategorien von Eigenmitteln schaffen; dies wird als „Abgabenerfindungsrecht“ der Union verstanden, das freilich den Konsens der Mitgliedstaaten erfordert.¹²³ Zentral für die Finanzierung des Unionshaushalts sind neben Abgaben und Zöllen und einem Anteil an den nationalen Mehrwertsteuern die Beiträge der Mitgliedstaaten, die mit dem Bruttonationaleinkommen im Verhältnis ihrer ökonomischen Leistungsfähigkeit bestimmt werden. Seit 2020 gibt es zudem eine neue Kategorie von Eigenmitteln, nämlich solche mit Steuerungszweck; dies ist ein neues politisches Handlungsinstrument der Union, das einige Fragen aufwirft.¹²⁴

Das EU-Budget ist bislang nicht kreditfinanziert.¹²⁵ Erstmals ist seit 2020 jedoch im Eigenmittel-Beschluss selbst vorgesehen, dass die Union ein Handeln durch Schulden finanzieren kann: Art. 5 Beschluss 2020/2053 befugt die Union, bis zu einem Höchstbetrag von 750 Mrd. Euro auf den Kapitalmärkten zweckgebunden zeitlich befristete zusätzliche Mittel aufzunehmen, also EU-Anleihen auszugeben, und zwar zur Bewältigung der Folgen der COVID-19-Krise. Dies ist Teil des Programms *EU Next Generation*, in dem ein kreditfinanziertes Aufbauinstrument vorgesehen ist, das nicht nur Darlehen, sondern auch nichtrückzahlbare Unterstützungen für die Mitgliedstaaten umfasst, um die wirtschaftliche Erholung nach der COVID-19-Pandemie zu fördern (dazu unten c.bb).¹²⁶ Die Kreditaufnahme der Union für nichtrückzahlbare Unterstützungsleistungen ist dabei die eigentliche Neuerung, denn kreditfinanzierte Darlehen (*back-to-back loans*)

123 Christian Neumeier, Der Finanzierungsbeitrag mit Lenkungszweck, EuR 2022, 190–212 (202).

124 Art. 2 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates vom 14. Dezember 2020 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, Euratom; zu der neuen Kategorie von Eigenmitteln Neumeier (Fn. 123), 190.

125 Laffan/Lindner (Fn. 115), 211.

126 Verordnung (EU) 2020/2094 des Rates vom 14. Dezember 2020 zur Schaffung eines Aufbauinstruments der Europäischen Union zur Unterstützung der Erholung nach der COVID-19-Krise.

hat die Union zuvor schon in außerbudgetären Finanzierungsinstrumenten eingesetzt.¹²⁷

Der Eigenmittel-Beschluss leistet in einer komplexen Arithmetik von unterschiedlichen Finanzierungsquellen unter Geltung einer Obergrenze die Deckung des Unionshaushalts.¹²⁸ Im Vergleich zu der Gesamtsumme der Haushalte der Mitgliedstaaten und im Verhältnis zum Bruttonationaleinkommen der gesamten Union ist der Unionshaushalt dabei klein (2019 ca. 1 % des BNE im Vergleich zu 30–40 % des BNE).¹²⁹ Die finanziellen Mittel einzusetzen, die der Eigenmittelbeschluss zur Verfügung stellt, ist aber zugleich ein zentrales Umverteilungsinstrument zwischen den nach Leistungsfähigkeit beitragenden Mitgliedstaaten und daher für die Solidarität in der Union, die in Art. 2 EUV verankert ist, bedeutsam.¹³⁰ Die Ermächtigung der Union zur Kreditaufnahme für nichtrückzahlbare Finanzhilfen ist dabei ein lang umstrittener Schritt, der auch eine zukünftige Fortentwicklung des bislang wesentlich beitragsfinanzierten Finanzierungssystems informieren kann, hin zur Kreditfinanzierung – was auch eine Angleichung gegenüber staatlichen Haushalten wäre.

Natürlich stellt sich hier vor allem die Frage nach der Beteiligung des EP an dieser Entwicklung. Der Beschluss über die Eigenmittel ergeht nach Art. 311 AEUV als Akt der Gesetzgebung in einem besonderen Verfahren, in dem neben der Einstimmigkeit der Mitgliedstaaten überdies die Ratifikation nach mitgliedstaatlichem Recht erforderlich ist. Dies macht die Einführung neuer Finanzierungsquellen des Unionshaushalts politisch schwerfällig und ist Ausfluss der politischen Konfliktträchtigkeit des Gegenstands im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten (oben a). Das Parlament wird lediglich angehört und hat damit keine Mitgestaltungs- und Beschlussbefugnis. Es fehlt die geteilte gesetzgeberische Verantwortung von Rat und EP, die den Regelfall der Unionsgesetzgebung bildet. Die Finanzierung des Unionshaushalts ist damit bislang ein parlamentsfreier

127 Vgl. das Programm SURE gem. Verordnung (EU) 2020/672 des Rates vom 19. Mai 2020 zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE) im Anschluss an den COVID-19-Ausbruch.

128 Art. 2, 3, 7 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053.

129 *Laffan/Lindner* (Fn. 115), 211.

130 Mit Zahlen zu den Anteilen von Transfers an den nationalen Budgets *Laffan/Lindner* (Fn. 115), 211.

Politikbereich.¹³¹ Das schränkt offensichtlich zugleich die Gestaltungsmöglichkeiten des EP auf der Ausgabenseite ein.

c) Außerbudgetäre Finanzierungsinstrumente der Union

Finanzierungsinstrumente, die außerhalb der Regeln für den Unionshaushalt errichtet werden, sind kein Rand- und Nischenphänomen der europäischen Integration. So wurde die Finanz- und Wirtschafts-/Eurokrise unter Einsatz von außerbudgetären Finanzierungsinstrumenten adressiert.¹³² Auch in der Reaktion auf Covid-19 und den Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine spielen außerbudgetäre Finanzierungsinstrumente eine wichtige Rolle. Ihre Verbreitung hat nicht zuletzt den Grund, dass sie die Verfahrensweisen des Unionshaushalts, und darin vor allem die Haushaltsrechte des EP, vermeiden.

aa) Europäischer Stabilitätsmechanismus

Der Europäische Stabilitätsmechanismus wurde 2012 in Reaktion auf die Eurokrise als Finanzierungsinstrument mit einer wichtigen Funktion in der Wirtschafts- und Währungsunion errichtet: Um die Stabilität des Euro zu gewährleisten, soll der ESM Finanzmittel bereitstellen, die Mitgliedern mit schwerwiegenden Finanzierungsproblemen vor allem in der Form von Darlehen als Stabilitätshilfen gewährt werden können, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist (Art. 3 ESM-Vertrag). Zu diesem Zweck ist der ESM berechtigt, Mittel aufzunehmen, insbesondere indem er Darlehen an den Kapitalmärkten aufnimmt. Das Stammkapital tragen die ESM-Mitgliedstaaten bei, also die Mitglieder der Währungsunion. Neben der Vergabe von Darlehen zählen Ankäufe von Staatsanleihen von Mitgliedstaaten zu den Finanzhilfelinstrumenten des ESM (Art. 14–18 ESM-Vertrag). Der ESM vergibt Finanzhilfen im Rahmen von Rückzahlungsverpflichtungen, die die sozial- und wirtschaftspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten der unterstützten Mitgliedstaaten erheblich beschränken.¹³³

131 In diesem Sinne auch *Héritier/Meissner/Moury/Schoeller* (Fn. 114), 82, 103 f.

132 Dazu *Ioannidis*, in diesem Band.

133 *Dawson/de Witte* (Fn. 7), 833.

Das Europäische Parlament ist – entgegen seiner Forderung – am ESM und an dessen Entscheidungs- und Kontrollverfahren nicht beteiligt.¹³⁴ Es hat auch an der Errichtung nicht mitgewirkt: Der ESM wurde durch völkerrechtlichen Vertrag der teilnehmenden Mitgliedstaaten als internationale Finanzinstitution errichtet. Er ist zwar nicht durch Unionsrecht als Unionseinrichtung geschaffen worden, jedoch im eigens dafür geschaffenen Art. 136 Abs. 3 AEUV im Unionsverfassungsrecht verankert. Die Änderung des AEUV erfolgte auf der Grundlage des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens gemäß Art. 48 Abs. 6 EUV und setzte damit lediglich eine Anhörung des EP voraus.

bb) EU Next Generation: Aufbau- und Resilienzfazilität

Das Programm *EU Next Generation* umfasst als operatives Instrument einen Sonderhaushalt, nämlich in der Form der sog. Aufbau- und Resilienzfazilität. Errichtet wurde die Fazilität durch eine auf Art. 175 AEUV gestützte Verordnung, die EP und Rat gemeinsam erlassen haben.¹³⁵ Die Fazilität dient dazu, den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern, indem Resilienz, Krisenvorsorge, Anpassungsfähigkeit und Wachstumspotenzial der Mitgliedstaaten verbessert und dabei die sozialen und ökologischen Ziele der Union gefördert werden.¹³⁶ Zu diesem Zweck vergibt sie 700 Mrd. Euro aus den Krediten, zu deren Aufnahme der Eigenmittel-Beschluss von 2020 die Union ermächtigt (oben b.bb), hälftig als Darlehen und hälftig als Zuschüsse an die Mitgliedstaaten.

Dabei gilt eine Konditionalität, nämlich in der Form, dass die Mitgliedstaaten detaillierte Aufbau- und Resilienzpläne vorlegen müssen, die den beantragten Mitteleinsatz entsprechend der Zielsetzung der Fazilität begründen. Darin wird jeweils die Reform- und Investitionsagenda des Mitgliedstaats festgelegt. Diese Pläne werden von der Kommission bewertet; sie schlägt dem Rat auf dieser Grundlage den für die Mittelvergabe erforderlichen Durchführungsbeschluss vor (Art. 19 VO). Damit obliegt die Mittelvergabe, insbesondere die Ausgestaltung und Umsetzung der Konditionalität, allein Kommission und Rat. Die entscheidende Kontrolle der Mittelvergabe liegt beim Rat, den die Verordnung zur Durchführungsrecht-

134 Héritier/Meissner/Moury/Schoeller (Fn. 114), 131 ff.

135 Verordnung (EU) 2021/241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Februar 2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität.

136 Verordnung (EU) 2021/241 (Fn. 135).

setzung ermächtigt (Art. 20 Abs. 1 VO 2021/241). Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Unionshaushalt, in dem die Verteilung der verfügbaren Haushaltsmittel der Mitverantwortung und Mitentscheidung des Europäischen Parlamentes unterliegt.

cc) Europäische Friedensfazilität

Die Europäische Friedensfazilität hat der Rat 2021 mit dem Beschluss (GASP) 2021/509 errichtet. Die Fazilität dient dazu, militärische und verteidigungspolitische Maßnahmen zu finanzieren, die nach Art. 41 Abs. 2 EUV nicht aus dem Unionshaushalt getragen werden: Insoweit gilt ein spezifischer, primärrechtlicher Ausschluss von der Finanzierung aus dem Unionshaushalt. Der Anwendungsbereich der Fazilität erstreckt sich zum einen auf Operationen der Union nach Art. 42 Abs. 4, 43 Abs. 2 EUV „mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen“, d.h. auf militärische Einsätze im Rahmen der Union. Zum anderen sind Unterstützungsmaßnahmen gemäß Art. 28 EUV umfasst; das sind insbesondere Maßnahmen zur Stärkung der Kapazitäten von Drittstaaten im Militär- oder Verteidigungsbereich. Die Fazilität wird seit dem Angriffskrieg auf die Ukraine zur Finanzierung von Waffenlieferungen an die Ukraine genutzt.¹³⁷

Die Mittel, die die Fazilität für beschlossene Operationen und Unterstützungsmaßnahmen bereitstellen soll, werden jeweils von denjenigen Mitgliedstaaten beigetragen, die dem Basisrechtsakt zustimmen. Für die finanzielle Ausstattung der Fazilität durch die Mitgliedstaaten gilt derselbe Verteilungsschlüssel wie für die Beiträge der Mitgliedstaaten zum Unionshaushalt, nämlich ein auf dem Bruttonationaleinkommen basierender Schlüssel. Mit der Fazilität finanzieren die Mitgliedstaaten verteidigungspolitisches und militärisches Handeln gemeinsam in ökonomischer Lastenteilung, indem sie im Verhältnis ihrer volkswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beitragen. Dies befördert das häufig schwerfällige Zustandekommen des notwendigen Konsenses über verteidigungspolitische Beschlüsse der Union. Das Finanzierungsverbot des Art. 41 Abs. 2 EUV bedeutet daher nicht, dass es keine gemeinsame Lastentragung gibt, sondern vor allem, dass das Europäische Parlament, das in der GASP und GSVP keine mitgestaltenden Befugnisse

137 Beschluss (GASP) 2022/338 des Rates vom 28. Februar 2022 über eine Unterstützungsmaßnahme im Rahmen der Europäischen Friedensfazilität für die Bereitstellung militärischer Ausrüstung und Plattformen, die dazu konzipiert sind, tödliche Gewalt anzuwenden, für die ukrainischen Streitkräfte, Art. 1.

innehat, auch nicht mittels der Finanzierung über verteidigungspolitische und militärische Maßnahmen mitentscheidet.

d) Unvollständige Verantwortung des EP für die Finanzen der Union

Die Verantwortung des EP für die Finanzen der Union ist unvollständig ausgeprägt. Sie bezieht sich, in der Form der parlamentarischen Haushaltsbefugnisse, auf die Ausgabenseite des Unionshaushalts, aber nicht auf die Einnahmenseite: Das EP ist nicht am Eigenmittel-Beschluss beteiligt. Zum anderen wirkt das Europäische Parlament an den außerbudgetären Finanzinstrumenten, die gerade für die Reaktion der Union auf Krisen eine zentrale Rolle spielen, wie sich am Europäischen Stabilitätsmechanismus und zuletzt an der Aufbaufazilität von EU Next Generation sowie an der Europäischen Friedensfazilität zeigt, nicht verantwortlich mit. Dem EP fehlt damit in diesen Bereichen die politische Steuerungs- und Kontrollgewalt, die Haushaltsbefugnisse begründen.

5. Kontrollfunktionen, einschließlich Kurationsfunktion (Art. 14 Abs. 1 S. 2, 3 EUV)

Die politische Kontrolle der Regierung und Exekutive zählt zu den Parlamentsfunktionen in der demokratisch-rechtsstaatlichen Gewaltenteilung; auch Art. 14 Abs. 1 EUV benennt die politische Kontrolle als Aufgabe des EP, ohne aber das Kontrollobjekt zu bestimmen. Die parlamentarische Kontrolle wird über Verantwortlichkeitsbeziehungen zu anderen Verfassungsorganen ausgeübt und ist ein wesentlicher Faktor demokratischer und rechtsstaatlicher Gewaltenteilung. Sie umfasst auch parlamentarische Kurationsfunktionen als Instrument, ist aber auf diese nicht beschränkt. Insbesondere parlamentarische Informationsrechte in Bezug auf Exekutivhandeln sind von Bedeutung, nämlich als Grundlage demokratischer Öffentlichkeit und kommunikativer Verantwortlichkeit gegenüber der Allgemeinheit.

Die parlamentarische Kontrolle ist im politischen System der Union atypisch ausgeprägt, da weder die Regierungsfunktion zwischen Rat, Europäischem Rat und Kommission eindeutig zugewiesen ist, noch das Parlament gegenüber diesen Institutionen durchgängig effektiv über die herkömmlichen Kontrollinstrumente der parlamentarischen Regierungsverantwort-

lichkeit verfügt.¹³⁸ Die Union hat eine supranationale und eine intergouvernementale Exekutive, bzw. die Exekutivfunktion ist auf europäischer Ebene nicht zentralisiert, sondern institutionell diversifiziert; sie ist überdies auch nicht strikt hierarchisiert, wie sich am Agenturwesen der Union zeigt.

Auch in diesem Kontext entwickeln sich die interinstitutionellen Beziehungen des EP dynamisch, vor allem sind sie vielfach nicht abschließend verfassungsrechtlich determiniert, sondern Gegenstand der Selbstorganisation der Beteiligten und veränderlicher Praktiken. Gerade Krisen haben darin immer wieder auf das institutionelle Gefüge der Union eingewirkt. Im Folgenden werden Hauptaspekte der Verantwortlichkeits- und Kontrollbeziehungen des EP in zwei Dimensionen beleuchtet: erstens im Verhältnis zur supranationalen Exekutive, die Kommission und Agenturen umfasst; zweitens im Verhältnis zur intergouvernementalen Exekutive, die Rat sowie Europäischen Rat umfasst.

a) Das EP und die Kontrolle der supranationalen Exekutive

aa) Verhältnis zur Kommission

Die Wahl der Kommission gilt als prominentester Fall der Erweiterung der parlamentarischen Rechte im politischen System der EU, die entscheidend durch das strategische Handeln des EP selbst vorangetrieben wurde.¹³⁹ Ursprünglich war das EP (damals parlamentarische Versammlung) an der Ernennung der Kommission bzw. des Kommissionspräsidenten nicht beteiligt.¹⁴⁰ Freilich ist die Kommission auch historisch nicht als Regierung eingerichtet worden, sondern als überstaatliche Behörde mit funktional geprägter Binnenorganisation und funktionalistischer Legitimation.¹⁴¹ Die sich entwickelnde Anbindung an das Parlament ist wesentlicher Teil der Transformation der Kommission in Richtung auf eine Verfassung und Legitimation als parlamentarische Regierung – dies ist aber angesichts der fehlenden Zentralisierung der Regierungsfunktionen und der Ausprägung der Kontrollinstrumente keinesfalls voll und typisch ausgeprägt. Zum prägenden Kontext der Wahl der Kommissionsspitze durch das Parlament zählt die Ausgestaltung des Einflusses der Mitgliedstaaten. Die Unabhän-

138 Zu den „vielen Regierungen der Union“ Möllers, in diesem Band.

139 Héritier/Meissner/Moury/Schoeller (Fn. 114), 61 ff.

140 Héritier/Meissner/Moury/Schoeller (Fn. 114), 62.

141 Dazu auch Meinel (Fn. 26), 399 f.

gigkeit der Kommission, die Art. 244 AEUV gerade für das Verhältnis zu den Mitgliedstaaten postuliert, ist dabei nur eine Seite der Medaille. Die Unabhängigkeit bedeutet grundsätzlich eine politische Entkoppelung von den Mitgliedstaaten und ist damit zugleich ein Faktor, der eine politische Anbindung der Kommission an das EP ermöglicht. Auf der anderen Seite der Medaille steht das Nominierungsrecht des Europäischen Rates gemäß Art. 17 Abs. 7 EUV.

Die heutigen unionsverfassungsrechtlichen Regelungen des Verhältnisses zwischen EP und Kommission hat eine langjährige Entwicklungsgeschichte. Mit einer selbsttätigen, rechtlich nicht vorgesehenen Abstimmung über die neu ernannte Kommission eröffnete das EP im Jahr 1980 nach seiner ersten Direktwahl den Prozess seiner sukzessiven Ermächtigung in der Investitur der Kommission.¹⁴² Dies verlief von der Einführung einer förmlichen Abstimmung über die Ernennung des Kommissionspräsidenten mit dem Vertrag von Maastricht 1992 und die Wahl des Kommissionspräsidenten seit dem Vertrag von Lissabon 2009 bis zum „Spitzenkandidaten“-Prozess, der 2014 stattfand, also zur Kür einer Person zum Kommissionspräsidenten, die für eine der als europäische Parteien firmierenden Parteifamilien im Wahlkampf als Spitzenkandidat firmiert hatte, aufgrund des mehrheitlichen parlamentarischen Rückhalts.

Die rechtliche Grundlage der Wahl des Kommissionspräsidenten bildet Art. 17 Abs. 7 EUV. Danach liegt das Vorschlagsrecht für den Kandidaten für das Amt beim Europäischen Rat, der das Europäische Parlament konsultiert und selbst mit qualifizierter Mehrheit beschließt. Der Europäische Rat berücksichtigt das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament. Das EP stimmt über den Vorschlag ab; es wählt den Kandidaten mit der Mehrheit seiner Mitglieder. Kommt dies nicht zustande, schlägt der Europäische Rat dem Europäischen Parlament innerhalb eines Monats einen neuen Kandidaten vor. Die Investitur der Kommission ist damit wesentlich für das Verhältnis des EP nicht nur zur Kommission, sondern auch zum Europäischen Rat (dazu noch unten b.bb).

Der Spitzenkandidatenprozess spielt sich in der Grauzone des Nominierungsrechts des Europäischen Rates ab: Dieser ist verpflichtet, das Wahlergebnis zu berücksichtigen. Das ist auch rein praktisch opportun, denn der Vorschlag soll ja eine Mehrheit im EP finden. Eine rechtliche Festlegung auf einen Spitzenkandidaten als Bewerber gibt es aber nicht. 2019 kollabierte

142 Hérítier/Meissner/Moury/Schoeller (Fn. 114), 62.

die 2014 vom EP erfolgreich propagierte Idee des Spitzenkandidaten durch die Nominierung und Wahl von Ursula von der Leyen als Kommissionspräsidentin. Dies hat der Geschichte der voranschreitenden Ermächtigung des EP im Verhältnis zur Kommission eine Komplikation hinzugefügt, um deren Deutung nun gerungen wird. Beweist das Scheitern des Spitzenkandidaten-Idee 2019 nun aber eine systemische, immanente Limitation der Parlamentarisierung der Union? Eine dahingehende Auffassung wird damit begründet, die zentrale Determinante der europäischen Integration sei und bleibe der konstitutive und letztthin nicht relativierte Anspruch der Mitgliedstaaten darauf, die „Zügel in der Hand zu halten“. Diese ließen zwar eine Machtteilung mit dem EP zu, wie in der Co-Gesetzgeberschaft und mit einer parlamentarischen Wahl des ihrerseits nominierten Kommissionspräsidenten, aber keine politische Zentralisierung im Europäischen Parlament, die dieses zum dominanten Akteur machen würde – hier konkret im Hinblick auf die Wahl der Kommission als Instrument ihrer politischen Steuerung.¹⁴³ Normativ wird hierfür auf die Deutung der EU als *demoi-cracy* verwiesen, als „a Union of peoples, understood both as states and as citizens, who govern together but not as one“¹⁴⁴ (s. schon oben I. und III.2.c.aa).

Den „von der Leyen-Fall“ in dem Sinne zu deuten, dass er Ausdruck einer immanenten und sich schließlich immer durchsetzenden Begrenzung der Parlamentarisierung der Union sei, ist indes keineswegs zwingend. Zum einen bilden 2014 und 2019 mit zwei Fällen in der Auseinandersetzung um das Spitzenkandidaten-Modell ein sehr begrenztes Datenset und steht es danach zwischen EP und Europäischem Rat noch dazu unentschieden.¹⁴⁵ Überdies war das EP 2019 gegenüber dem Europäischen Rat in der schwachen Position mehrdeutiger interner Mehrheitsverhältnisse; das erhöhte die Handlungsspielräume des Europäischen Rates.¹⁴⁶ Zum anderen aber ist die verfassungsrechtliche Lage eine, die dem Europäischen Rat nicht dauerhaft erlauben dürfte, das EP und seine Position, einschließlich seiner institutionellen Interessen, zu übergehen: Schließlich bedarf es nach Art. 17 Abs. 7 EUV zur Besetzung des Amtes des Kommissionspräsidenten der Zustimmung einer Parlamentsmehrheit. Steht im EP eine Mehrheit

143 Ben Crum, Why the European Parliament lost the Spitzenkandidaten-Process, JEPP 30 (2023), 193–213 (195).

144 Nicolaïdis (Fn. 20).

145 Darauf verweisen auch Eva G. Heidbreder/Daniel Schade, (Un)settling the Precedent. Contrasting Institutionalisation Dynamics in the Spitzenkandidaten Procedure of 2014 and 2019, Research & Politics 7(2) (2020), 1–6.

146 Heidbreder/Schade (Fn. 145).

hinter dem Spitzenkandidatenprozess, die sich nicht parteipolitisch spalten lässt, könnte das EP über die demokratische Politisierung der Kommissionswahl durch den Spitzenkandidatenprozesses in Zukunft durchaus gegenüber dem Europäischen Rat bzw. hierüber einen Konsens erzielen. Institutionelle Entwicklungen verlaufen gerade in einem so unvollendeten, dynamischen und von den widerstreitenden Geltungsansprüchen der Demokratisierung, der Effektivität und der Intergouvernementalität geprägten politischen System wie der EU nicht notwendig als linearer Prozess ohne Regressionen und Widerstand. Sie sind notwendigerweise stark von konkreten politischen Konstellationen und Kontingenzen geprägt. Das gilt auch für das Verhältnis von Parlament und Kommission.¹⁴⁷

Das Kommissionskollegium ist gemäß Art. 17 Abs. 8 EUV dem Europäischen Parlament verantwortlich; das Verantwortlichkeitsverhältnis beruht auf der Wahl, erschöpft sich aber nicht darin. Art. 234 AEUV sieht eine Sanktion vor, die auch als Bezugspunkt der übrigen parlamentarischen Kontrollinstrumente bedeutsam ist: Es handelt sich um ein Votum des EP, das mit zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen und mit der Mehrheit der Mitglieder des Europäischen Parlaments verabschiedet wird und zur Folge hat, dass die Kommissionsmitglieder ihr Amt niederlegen müssen. Dieses Verfahren ist als Amtsenthebungsverfahren aus Anlass eines Handelns der Kommission ausgestaltet, das einen breiten Widerspruch des Parlaments hervorruft, also wesentlich als Sanktion für Missstände und Rechtsverstöße. Die Amtsenthebung steht hingegen nicht zur Verfügung einer Fraktion oder Koalition des EP, die unterhalb der 2/3-Schwelle über ihre Mehrheit im Parlament politisch handlungsfähig ist, d.h. Gesetze beschließen und den Kommissionspräsidenten wählen kann. Die Wahl einer neuen Kommission setzt zudem den Vorschlag des Europäischen Rates voraus. Es handelt sich daher insgesamt nicht um ein Instrument, das die Kommission in ihrem Bestand an den Rückhalt, an das Vertrauen der parlamentarischen Mehrheit bindet. Das Amtsenthebungsverfahren ist aufgrund seiner hohen prozeduralen Hürde eher ein Instrument der Rechtskontrolle als der politischen Verantwortlichkeit.

147 Vgl. auch *Johannes Müller Gómez/Wulf Reiners*, Rivalität mit System? Zehn Jahre institutioneller Wettbewerb zwischen Europäischem Parlament und Europäischem Rat, *integration* 2019, 262–279 (268).

Ein parlamentarisches Kontrollinstrument, das in der Alltagspraxis bedeutsamer ist, bilden die Informationsrechte des EP.¹⁴⁸ Gegenüber der Kommission besteht nach Art. 230 AEUV ein mündliches und schriftliches Fragerecht, dem eine Antwortpflicht der Kommission korrespondiert.¹⁴⁹ Die Rahmenvereinbarung zwischen EP und Kommission und die Geschäftsordnung des EP sehen auf dieser Grundlage eine regelmäßige Fragestunde mit dem Präsidenten der Kommission und ein vergleichbares Format mit den weiteren Kommissionsmitgliedern vor.¹⁵⁰ Dies ist an das Format der Regierungsbefragung angelehnt, wie es – mit einiger Variation in konkreter Ausgestaltung und Praxis – in parlamentarischen Regierungssystemen verbreitet ist.¹⁵¹ Die grundsätzlich öffentlich im Plenum stattfindende Befragung der Mitglieder der Kommission zu ihrem Handeln macht sie grundsätzlich kommunikativ rechenschaftspflichtig gegenüber dem Parlament und, darüber vermittelt, auch gegenüber der Allgemeinheit.¹⁵² Das EP hat nach Art. 226 AEUV auch ein Untersuchungsrecht bezüglich Verstößen gegen das Unionsrecht oder Missständen bei dessen Anwendung. Es ist bislang durch eine Interinstitutionelle Vereinbarung geregelt.¹⁵³ Die vorgesehene Verordnung des EP zur Regelung der Einzelheiten dieses Rechts ist bislang infolge der Vetoposition von Rat und Kommission im vorgesehenen besonderen Gesetzgebungsverfahren nicht ergangen.¹⁵⁴ Diese primärrechtlich begründete Abhängigkeit des EP in seinem Untersuchungsrecht limitiert zugleich dessen Effektivierung ganz erheblich.

148 Zur demokratischen Bedeutung von Informationsrechten weiterführend *Jelena von Achenbach*, Parlamentarische Informationsrechte und Gewaltenteilung in der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZParl 2017, 491–515, und *Meinel* (Fn. 26), 247 ff.; zur Informationsfunktion von Parlamenten, einschließlich des EP *Patrick Hilbert*, Die Informationsfunktion von Parlamenten, Tübingen: Mohr Siebeck 2022.

149 *Hilbert* (Fn. 148), 343.

150 Nr. 46 Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission, ABl. 2010 L 304/47; Art. 137 GO-EP 2023.

151 Zur Regierungsbefragung unter dem Grundgesetz *von Achenbach*, Verfassungswandel (Fn. 89), 325–344; *Meinel* (Fn. 26), 287 ff.

152 *Hilbert* (Fn. 148), 346 f.

153 Beschluss des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 6. März 1995 über Einzelheiten der Ausübung des Untersuchungsrechts des Europäischen Parlaments, ABl. 1995 L 78/1.

154 Dazu näher *Eva-Maria Poptcheva*, Parliamentary Oversight, in: Olivier Costa (Hrsg.), The European Parliament in Times of EU Crisis, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2018, 25–52 (31 ff.).

Zu den Kontrollinstrumenten des EP gegenüber der Kommission zählt auch die Aussprache über den jährlichen Gesamtbericht nach Art. 233 AEUV, zudem die Entlastung der Kommission in deren Funktion der Durchführung des Haushalts mit den verbundenen parlamentarischen Informationsrechten (Art. 319 AEUV). Beide Mechanismen begründen eine kommunikative Rechenschaftspflicht der Kommission und bilden hervorgehobene Formate der politischen Bewertung des Kommissionshandelns durch das Parlament; dies umfasst zum einen die Parlamentsmehrheit, eröffnet aber auch Raum für eine sichtbare Positionierung von Akteuren der parlamentarischen Minderheiten.¹⁵⁵

bb) Das EP und die Agenturen; interparlamentarische Kontrolle als Modell?

Agenturen, unabhängige Einrichtungen, die exekutive Funktionen, vor allem Regulierungsfunktionen, wahrnehmen, haben in der Union über die Politikbereiche hinweg eine große Bedeutung; es ist schon lange von einer *agencification* die Rede.¹⁵⁶ Die Frage nach der rechtsstaatlich-demokratischen Kontrolle des Agenturwesens begleitet diese Entwicklung.¹⁵⁷ Die Grenzschutzagentur FRONTEX ist ein sichtbares Beispiel dafür, wie wichtige Agenturen im Unionsrecht von einer effektiven politischen Verantwortlichkeit ausgenommen sind, was gerade mit Blick auf die Menschenrechtsbedeutung der Agentur ein demokratisches und rechtsstaatliches Defizit ist.¹⁵⁸

155 Zur Entlastung *Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 319 AEUV, Rn. 13–17; das Verfahren der Entlastung ist eigens in einer Anlage zur GO-EP geregelt (Anlage V GO-EP 2023).

156 Mit weiteren Nachweisen *Nuria Font/Ixchel Pérez Durán*, The European Parliament Oversight of EU Agencies Through Written Questions, JEPP 23 (2016), 1349–1366.

157 Etwa *Michael Buess*, European Union Agencies and Their Management Boards, JEPP 22 (2015), 94–111; *Madalina Busuioc*, European Agencies, Oxford: Oxford University Press 2013; *Deirdre Curtin*, Executive Power of the European Union, Oxford: Oxford University Press 2009; *Merijn Chamon*, EU Agencies, Oxford: Oxford University Press 2016.

158 S. zur Problematik *Herbert Rosenfeldt*, Frontex im Zentrum der europäischen Grenz- und Küstenwache, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, insb. 259 ff.; *Thomas Groß*, Defizite des Grundrechtsschutzes bei Frontex-Einsätzen, ZAR 2020, 51–58.

Das EP ist nicht der einzige, mit Blick auf die demokratische Einbindung von Agenturen aber sicherlich ein zentraler und prädestinierter Akteur. Es hat auf das Agenturwesen institutionell reagiert, indem es den einzelnen Ausschüssen Aufsichtsfunktionen für spezifische Agenturen zuweist; als Co-Gesetzgeber hat es zudem jedenfalls teilweise dafür gesorgt, dass parlamentarische Aufsichtsrechte in den sekundärrechtlichen Rechtsgrundlagen von Agenturen verankert werden.¹⁵⁹ Überdies kann das EP auf seine Kontrollrechte gegenüber der Kommission zurückgreifen, um deren Kontrolltätigkeit gegenüber den Agenturen zu beaufsichtigen und darüber vermittelt auch Informationen über das Handeln der Agenturen zu erschließen.

Eine neuere Entwicklung im Bereich der politischen Kontrolle von unionalen Agenturen ist die Einrichtung eines interparlamentarisch besetzten Kontrollgremiums: 2017 wurde aufgrund von Art. 88 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV und der Europol-Verordnung (VO 2016/794) der Gemeinsame Parlamentarische Kontrollausschuss für Europol errichtet, die EU-Agentur, die zum europäischen Sicherheitsverwaltungsverbund zählt und die Zusammenarbeit zur Verhütung und Bekämpfung von Straftaten unterstützt.¹⁶⁰ Der Kontrollausschuss ist mit Abgeordneten des EP und der Parlamente der Mitgliedstaaten besetzt und soll die Tätigkeit von Europol politisch kontrollieren. Damit übt eine interparlamentarische Einrichtung erstmals formalisiert Kontrolle gegenüber der unionseigenen Verwaltung aus.

Das lässt sich als innovativer Ansatz verstehen, demokratischen Funktionen die dezentralisierte Form einer Vernetzung von Parlamenten zu geben; es spiegelt auch die Idee der *demosi-cracy*. Ob es allerdings als verallgemeinerbare Form der demokratischen Kontrolle von Unionseinrichtungen taugt, ist doch zu bezweifeln. Die demokratische Funktion parlamentarischer Kontrolle liegt auch mit Blick auf Exekutivgewalt jenseits des Staates gerade darin, eine pluralistische, öffentliche Auseinandersetzung über das exekutive Handeln zu eröffnen und damit zu dessen demokratischer Politisierung beizutragen. Diese demokratische Funktion ist eng mit der Form und den Befugnissen des Parlaments verknüpft, als Kontrolle durch den Gesetzgeber, der Informationen selbst zur Grundlage der gesetzgeberischen

159 Anlage VI, GO-EP 2023; zur sekundärrechtlichen Begründung von parlamentarischen Kontrollrechten gegenüber den Agenturen knapp Hilbert (Fn. 148), 346 f., zum Zusammenhang mit der Ermächtigung als Co-Gesetzgeber mit weiteren Nachweisen Font/Pérez Durán (Fn. 156).

160 Die folgenden Ausführungen basieren auf Tarik Tabbara/Jelena von Achenbach, Der Gemeinsame parlamentarische Kontrollausschuss für Europol, Die Verwaltung 54 (2021), 73–103.

Steuerung der Verwaltungstätigkeit und die Ausgestaltung der Verwaltungsorganisation machen kann. Dies lässt sich nicht unmittelbar auf interparlamentarische Gremien projizieren, die funktional auf eine spezifische Organisation bezogen und mit parlamentarischen Delegationen besetzt sind. Gleichwohl kann die Einbindung der nationalen Parlamente in Bereichen, in denen die unionale Exekutivgewalt, wie im Fall von Europol, vor allem die praktische Zusammenarbeit und Integration der nationalen Verwaltungen im Verwaltungsverbund stärken soll, deren originäre Kontrollkapazitäten gegenüber der mitgliedstaatlichen Verwaltung fruchtbar machen. Die nationalen Parlamente sind aber strukturell nur eingeschränkt in der Lage, europäischer Hoheitsgewalt demokratische Legitimation zu vermitteln, zumal ihre Kooperation auf europäischer Ebene immer Delegation voraussetzt.¹⁶¹

b) Das EP und die Kontrolle der intergouvernementalen Organe

Die intergouvernementale Seite des institutionellen Systems der Union hat wesentlich zwei Ausprägungen: Den Rat in der rechtsetzend-operativen Funktion und den Europäischen Rat in einer übergreifenden politischen Führungsfunktion. Die Stellung des Europäischen Parlaments ist im Verhältnis zum Rat rechtlich, im Verhältnis zum Europäischen Rat aber vor allem durch die Praxis geprägt, der das Unionsverfassungsrecht einen weiten Raum belässt.

aa) Verhältnis zum Rat

Das EP wählt den Rat nicht. Es hat keinen Einfluss auf dessen Zusammensetzung aus nationalen Regierungsvertretern und sein politisches Programm. Über die weiteren Instrumente der parlamentarischen Kontrolle verfügt das EP gegenüber dem Rat auch nur eingeschränkt. Es hat nach den Verträgen keine allgemeinen Informationsrechte gegenüber dem Rat.¹⁶²

161 Dazu *Jelena von Achenbach*, Repräsentative Demokratie in der Europäischen Union. Parlamentarisierung europäischer Politik durch Teilhabe und Kooperation der nationalen Parlamente?, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert, Baden-Baden: Nomos 2015, 207–228.

162 *Poptcheva* (Fn. 154), 35; *Hilbert* (Fn. 148), 344.

Die GO-EP sieht ein Fragerecht gegenüber dem Rat vor (Art. 136 Abs. 1 GO-EP 2023), und es besteht eine langjährige Übung der Beantwortung parlamentarischer Fragen durch den Rat, in dessen Geschäftsordnung dies auch verankert ist. Dieses Informationsrecht ist allerdings im Primärrecht selbst nicht ausdrücklich abgesichert, was eine gerichtliche Durchsetzung im Streitfall erschweren dürfte. Der Praxisbefund ist, dass das EP das Fragerecht gegenüber dem Rat weit weniger nutzt als das Fragerecht gegenüber der Kommission.¹⁶³

Die Grundfrage des interinstitutionellen Verhältnisses zwischen EP und Rat ist indes nicht vorrangig die nach der parlamentarischen Verantwortlichkeit und Kontrolle des Rates. Eine solche entspricht nicht seiner institutionellen Form und Funktion – es handelt sich eben um ein Organ, dessen Legitimation von den mitgliedstaatlichen politischen Systemen, insbesondere deren Parlamenten, abgeleitet ist. In der Perspektive einer bikameralen Organisation des Gesetzgebers in einem föderalen politischen System ist die Staatenkammer nicht gegenüber dem Parlament der Bundesebene verantwortlich. Die entscheidende Frage des interinstitutionellen Verhältnisses zwischen Rat und EP ist demnach die der Verteilung der legislativen Befugnisse: Gesetzgebung ist zwar nicht das einzige und durchweg in allen Politikbereichen zur Verfügung stehende Handlungsinstrument der Union, aber sie ist dennoch das zentrale und wesentliche Mittel der politischen Gestaltung, indem sie positive Integration ermöglicht. Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren macht das EP gegenüber dem Rat zum gleichberechtigten Organ. Das ist nicht nur im Anwendungsbereich der Co-Gesetzgeberschaft selbst relevant, sondern darüber hinaus. Denn es hat eine verfassungsprinzipielle Verankerung, indem es Art. 10 Abs. 2 EUV operationalisiert, nämlich das Verfassungsprinzip der dualen Legitimationsstruktur der europäischen Gewalt. Dies bildet den übergreifenden normativen Rahmen der interinstitutionellen Beziehungen der beiden Organe; die parlamentarische Mitverantwortung für die Unionsgewalt ist damit das Regelkonzept der Verträge.

Dies stärkt das EP in seiner institutionellen Selbstbehauptung im institutionellen Gefüge. Das EP ist geübt und oftmals erfolgreich darin, seine förmlichen Befugnisse mit verschiedenen Formen des strategischen Handelns zu nutzen, um institutionelle und/oder substanzielle Zugeständnisse

163 Poptcheva (Fn. 154), 36.

in Bereichen zu erzielen, die weniger parlamentarisiert sind.¹⁶⁴ Das hat Grenzen, es kann insbesondere ohne Vertragsänderung nicht die interinstitutionelle Gleichberechtigung herbeiführen und alleinige Entscheidungsbefugnisse des Rates oder sonstige intergouvernementale Politikmodi nicht beseitigen. Es ist aber durchaus eine inkrementelle Ausdehnung parlamentarischer Mitwirkung auch in Politikbereichen empirisch nachweisbar, die von der (Co-)Gesetzgebung ausgenommen sind, wie etwa in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik.¹⁶⁵

bb) Verhältnis zum Europäischen Rat

Das Verhältnis zwischen EP und Europäischem Rat ist nur punktuell in den EU-Verträgen geregelt und in vielen Aspekten der Selbstorganisation der Akteure überlassen, deren Dynamik ihrerseits mitgeprägt wird von den wechselhaften und kontingenten politischen Binnenkonstellationen, sowie von den äußeren Umständen, insbesondere von den Krisen, mit denen die Union in den verschiedensten Formen immer wieder konfrontiert ist. Schon die Regelung der Investitur der Kommission lässt Fragen offen und ist deswegen Gegenstand eines interinstitutionellen Machtgerangels mit unklarem Ausgang (oben a.aa). Es gibt aber darüber hinaus Interaktionsfelder und Bezüge zwischen EP und Europäischem Rat, die noch weniger rechtlich strukturiert sind.¹⁶⁶

Nicht zuletzt stellt sich ganz grundsätzlich die Frage nach der politischen Leitungs-/Regierungsfunktion im politischen System der Union.¹⁶⁷ Das betrifft vor allem die Stellung von Kommission (Gesetzesinitiativmonopol gem. Art. 17 Abs. 2 EUV) und Europäischem Rat (Initiativgeber/Agenda-setter nach Art. 15 Abs. 1 EUV), wirkt sich aber auch auf die Position des Europäischen Parlaments im Institutionengefüge aus – insbesondere in Bezug auf die politische Programmatik, mit der das EP als Teil der bikameralen Legislative der Union (Co-Gesetzgeberschaft, dazu oben 3.a) konfrontiert ist. Denn EP und Rat initiieren die Gesetzgebung nicht selbst, sondern sind auf Vorschläge der Kommission angewiesen.

164 *Héritier* (Fn. 41).

165 Zu den Befugnissen des EP in der GSVP von *Achenbach*, Integration in der Verteidigungspolitik der Europäischen Union, Manuskript 2021, 384 ff.

166 *S. Müller Gómez/Reiners* (Fn. 147), 262–279.

167 Dazu näher von *Bogdandy/Rugge*, in diesem Band.

Die politische Führungsrolle, die der Europäische Rat ausübt, wird politikwissenschaftlich auf den Begriff „*the Union's supreme decision-maker*“¹⁶⁸ gebracht. Diese Rolle ist indes nicht primär von Befugnissen zu förmlichem Handeln durch Rechtsetzung als davon geprägt, dass der Europäische Rat mit den Spitzen der Mitgliedstaaten (Art. 15 Abs. 2 EUV) die politische Macht vertritt, ohne die in der Union schlechterdings nichts geht. Der Europäische Rat übt seine Funktionen, das Geben von Entwicklungsimpulsen und das Festlegen allgemeiner politischer Zielvorstellungen und Prioritäten, proaktiv und mit starkem Geltungsanspruch aus.¹⁶⁹ Allerdings ist das EP von ihm institutionell und politisch grundsätzlich unabhängig. Insbesondere besteht nicht der Zusammenhang eines parlamentarischen Regierungssystems, der politischen Konformitätsdruck auf die regierungstragende Parlamentsmehrheit ausübt. Das ist ein Faktor, der das EP im Verhältnis zum starken Europäischen Rat ermächtigt. Das spiegelt sich praktisch darin, dass das EP im unionalen politischen System insgesamt – auf der Grundlage seiner inneren Mehrheitsverhältnisse – politischen Eigenstand ausübt, etwa indem es gegenüber marktliberalen Zielsetzungen den Grundrechtsschutz und andere marktbegrenzende Zielsetzungen verfolgt.¹⁷⁰ Das EP kann zwar seinerseits als ordentlicher (Co-)Gesetzgeber nicht ohne die (mehrheitliche) Zustimmung der Mitgliedstaaten handeln. Es besteht aber gleichermaßen umgekehrt ein Abhängigkeitsverhältnis: Wo der Europäische Rat politische Entwicklungen will, die der Gesetzgebung bedürfen, ist er auf die Kooperation des Europäischen Parlaments angewiesen; er kann seine Präferenzen nicht ohne das EP verwirklichen. In Politikbereichen, in denen keine parlamentarische Mitverantwortung gilt, wie insbesondere in der GASP/GSVP, sind die Verhältnisse natürlich andere.¹⁷¹

168 Luuk van Middelaar/Uwe Puetter, The European Council: The Union's Supreme Decision-Maker, in: Dermot Hodson/Uwe Puetter/Sabine Saurugger/John Peterson (Hrsg.), *The Institutions of the European Union*, 5. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2022, 51–77.

169 Dazu näher von Bogdandy/Rugge, in diesem Band.

170 Dazu schon von Achenbach, *Demokratische Gesetzgebung* (Fn. 11), 297 ff.

171 Dazu Ley, in diesem Band.

IV. Fazit

1. Die repräsentativ-demokratische Bedeutung des EP

Das politische Subjekt der Union ist, wie in Art. 10 Abs. 2 EUV verfassungsprinzipiell verankert, einerseits in den Mitgliedstaaten als einzelstaatlichen politischen Einheiten, andererseits aber in der transnationalen Unionsbürgerschaft verfasst. Dass darin Fragmentierung und Einheitsbildung als Grundlage der Union koexistieren, prägt auch die elektorale Verfasstheit des EP: Die Grundsätze der Sitzverteilung im EP sollen unter der Bedingung der komplexen Struktur der politischen Kollektivität in der Union und der einstweilen geltenden mitgliedstaatlichen Kontingentierung der Sitze im EP eine faire, inhaltlich offene, pluralistisch geprägte Willensbildung ermöglichen, die von den Bürgerinnen und Bürgern der Union als Form ihrer grenzübergreifenden, gemeinsamen demokratischen Repräsentation verstanden werden kann. Dazu zählt nicht zuletzt der Gedanke der *non-domination* in dem Sinne, möglichst zu verhindern, dass die großen Mitgliedstaaten, allen voran Deutschland, die parlamentarische Willensbildung zur Durchsetzung ihrer Interessen in der Form einer Blockbildung und Vetoausübung ihrer nationalen Delegationen dominieren können. Die nationalen Sitzkontingentierung bleibt gegenüber transnationalen Wahlen ein limitierender Faktor der repräsentativen Funktion des EP in Bezug auf die politische Integration der Unionsbürgerschaft. Solange es aber keine grenzübergreifenden Wahllisten gibt, ermöglicht das Unionsverfassungsrecht insbesondere mit den Grundsätzen der degressiv-proportionalen Sitzkontingentierung und der Verhältniswahl eine Vertretung aller nationalen Wählerschaften, die die jeweiligen parteipolitischen Kräfteverhältnisse pluralistisch widerspiegelt. Das erlaubt die in der Willensbildung des EP grundsätzlich stattfindende grenzübergreifende Integration entlang nicht-territorialer, funktionalistisch geprägter Orientierungen auf dem Links-Rechts-Spektrum. Hierauf bezieht sich die repräsentative Funktion des EP.

2. Prägende Spannungslagen der Funktionsweise und Stellung des EP

Die Funktionsweise und Stellung des Europäischen Parlaments im unionalen Gewaltengefüge und deren neuere Entwicklungen sind von einer Reihe von verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Spannungslagen geprägt, aus denen sich auch demokratische Limitationen des EP ergeben. Anhand von drei Spannungsmomenten lassen sich zentrale Erkennt-

nisse der Analyse des EP anhand der klassischen Parlamentsfunktionen synthetisieren: Effektivität vs. parlamentarische Legitimation (a), Intergouvernementalismus vs. Parlamentarisierung (b) und interparlamentarische Kooperation vs. Parlamentarisierung (c).

a) Effektivität vs. parlamentarische Legitimation

Der verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Kontext und die institutionelle Dynamik des Europäischen Parlaments haben zur Ausprägung starker parlamentarischer Führungsstrukturen/Hierarchisierung und zur Delegation und Konzentration der parlamentarischen Willensbildung geführt. Das gilt auf der organisatorisch-administrativen Seite, indem v.a. Parlamentspräsident, zudem Präsidium und Konferenz der Präsidenten starke Befugnisse innehaben, wie sich insbesondere an den Regelungen zum Parlament in der Ausnahmesituation zeigt. Es prägt aber ebenso, und noch viel bedeutsamer, die politisch-funktionalen Seite, nämlich die Rolle der Ausschüsse, sowie der Fraktionen. Zentraler Faktor der politisch-funktionalen Hierarchisierung und Konzentration im Europäischen Parlament ist die Trilogisierung der Unionsgesetzgebung: Die Trilogie, infolge derer eine Einigung der Co-Gesetzgeber, die vor einer ersten Plenarberatung im EP erfolgt, den Standardfall bildet, macht die Ausschüsse (und dort die Berichterstatter) zu den entscheidenden parlamentarischen Akteuren (oben III.3.b.bb). Die Handlungsmöglichkeiten einzelner Abgeordneter sind demgegenüber schwach ausgeprägt, auch gegenüber den Fraktionen; etwa können Änderungsanträge nur von Fraktionen oder mit einem Mindestquorum von einem Zwanzigstel der Mitglieder des Parlaments eingereicht werden (Art. 180 Abs. 1 iVm Art. 179 Abs. 1 GO-EP 2023, bei einer Anzahl von 705 MdEPs also mindestens 35). Es findet in hohem Maße eine Mediatisierung der einzelnen Abgeordneten statt – durch die Fraktionen, aber eben auch durch die Ausschüsse, nicht zuletzt durch deren Vorsitze und Berichterstatter.¹⁷²

Die Stärke der parlamentarischen Führungs- und Delegationsstrukturen ist ein Faktor, der wesentlich dazu beiträgt, die interinstitutionelle Handlungsfähigkeit des EP im komplexen politischen System der EU zu stärken,

172 Mit Blick auf fraktionslose Abgeordnete bereits *Pierpaolo Settembri*, When is a Group Not a Political Group?, *The Journal of Legislative Studies* 10 (2004), 150–174.

gerade im Verhältnis zum Rat.¹⁷³ Dies beruht indes nicht bloß beiläufig, sondern entscheidend darauf, dass eine organisatorische und politische Hierarchisierung und Entscheidungskonzentration stattfindet, die die pluralistische Kapazität der parlamentarischen Willensbildung reduziert: Dies zeigt sich darin, wie über eine trilogisch gefundene Einigung nur insgesamt und ohne Beratung von Änderungsanträgen abgestimmt wird. Das schränkt auch das Ausüben von Opposition ein.¹⁷⁴ Damit geht die Abwägung zwischen Effektivität und Legitimation ziemlich einseitig zulasten der Legitimation aus, die in Art. 10 Abs. 1 EUV verfassungsprinzipiell als repräsentativ-demokratische Legitimation gefordert ist.

Trilogisierte Gesetzgebung geht, um es zugespitzt zu formulieren, letztlich eher in Richtung einer Simulation von demokratischer Willensbildung: Die formalen Beschlusserfordernisse werden eingehalten, aber der inhaltlich entscheidende politische Prozess hat sich aus dem Verfahren zurückgezogen, das die Organisationsverfassung als Umsetzung der dualen demokratischen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt vorsieht (Art. 10 Abs. 2 EUV). Angesichts der Reformalisierung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens in der trilogisierten Form, die das Geschäftsordnungs- und Interorganrecht der Beteiligten leistet, zu der aber auch die Einordnung der Trilogie durch den EuGH beiträgt, steht hier die tatsächliche Gestaltungskraft des Demokratieprinzips des Art. 10 EUV in der Organisation und Praxis der Gesetzgebung doch deutlich in Frage (dazu noch unten 3.). Die Grundsätze der demokratischen Willensbildung nicht der Verfahrenseffizienz zu opfern, liegt dabei aber im originären, eigenen Interesse der EU. Um die Anerkennung der EU durch die Bürgerinnen und Bürger zu sichern, ist es unverzichtbar, dass die politischen Prozesse auf der europäischen Ebene in den unionsverfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren ablaufen und den dort vorgesehenen Formen der öffentlichen und inhaltlich offenen Willensbildung entsprechen.

b) (Neuer) Intergouvernementalismus vs. Parlamentarisierung

Wie das EP den in Rat und Europäischem Rat unionsorganschaftlich verfassten Mitgliedstaaten gegenübersteht, ist ein Zentralaspekt dessen, wie die duale Legitimationsstruktur der unionalen Hoheitsgewalt, die Art. 10

173 von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung (Fn. 11), 475 ff.

174 von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung (Fn. 11), 279 ff., 475 ff.

EUV verfassungsprinzipiell verankert, praktisch umgesetzt wird. Es prägt zugleich die Verfasstheit der Union im Spannungsfeld zwischen intergouvernementaler, von den Mitgliedstaaten ausgeübter und supranationaler politischer Führung und Gestaltung.

Exemplarisch gibt die vorliegende Untersuchung am Beispiel der Haushaltsbefugnisse einen Einblick in die Dynamik des *New Intergovernmentalism*: Die untersuchten außerbudgetären Instrumente haben ganz unterschiedliche Formen und Rechtsgrundlagen, lassen sich aber übergreifend als Ausdruck des Anliegens der Mitgliedstaaten verstehen, die finanziellen Handlungsgrundlagen und Gestaltungsmöglichkeiten der Union stärker zu kontrollieren, als das bei einer Mitentscheidung und Mitkontrolle über die Verteilung der unionalen Mittel seitens des Europäischen Parlamentes in Bezug im regulären Haushalt der Fall ist. Der ESM, die Aufbau- und Resilienzfazilität im Rahmen von *EU Next Generation*, sowie, in einem ganz anderen Politikbereich, die Europäische Friedensfazilität sind also gerade deswegen außerhalb des Unionshaushalts errichtet worden, weil sie dessen supranationale Prägung vermeiden, insbesondere die Beteiligung des EP: Die Verteilung von Mitteln ist hierin nicht Gegenstand der gestalterisch-steuernden und kontrollierenden Haushaltsbefugnisse des EP. Die wesentlichen demokratischen Funktionen, die parlamentarischen Haushaltsrechten zukommen, fehlen so zugunsten einer Dominanz der Exekutiven in intergouvernementalen Entscheidungsstrukturen. Diese können die Steuerung der Finanzierung von unionalem Handeln, insbesondere mit Blick auf Solidarität und Umverteilung, sowie das regulatorische Einwirken auf die Mitgliedstaaten über Finanzierungsinstrumente nicht hinreichend demokratisch anbinden.¹⁷⁵

c) Interparlamentarische Kooperation vs. Parlamentarisierung?

In der Vernetzung und Kooperation der Parlamente in der Europäischen Union, die unter anderem auch die Innovation eines interparlamentarischen Kontrollgremiums für eine EU-Agentur hervorgebracht hat (oben III.5.a.bb), besteht durchaus Potential dafür, ein größeres Gegengewicht zur Exekutivdominanz des europäischen Regierens zu schaffen. Art. 12 EUV

175 Grundlegend kritisch zu den Effekten der Euro-Krise im institutionellen Gleichgewicht der Union, gerade auch mit Blick auf die Marginalisierung des EP, und verallgemeinerbar mit Blick auf exekutivdominierte Politiken Dawson/de Witte (Fn. 7), 828 ff., 832 ff.

zählt die Mitwirkung der nationalen Parlamente an der Arbeitsweise der Union zu den demokratischen Grundsätzen der Union und macht sie damit auch zum Element des unionalen Demokratiemodells, insbesondere mit der verfassungsrechtlichen Verankerung der interparlamentarischen Zusammenarbeit zwischen den nationalen Parlamenten und mit dem Europäischen Parlament in Art. 12 lit. f EUV und der Einführung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsmechanismus, der die nationalen Parlamente zu einem Einspruch gegen Unionsgesetzgebung ermächtigt (Art. 12 lit. b EUV). Dies lässt sich als betont *demosokratisches* Element unionaler Demokratie verstehen (zur *demosocracy* oben I. und III.2.c.aa). Der Vertrag von Lissabon hat hiermit gegenüber Vorfassungen des Primärrechts einen neuen Akzent im Unionsverfassungsrecht gesetzt.

Die nationalen Parlamente sind ein wichtiger Faktor der demokratischen Kontrolle des Handelns der nationalen Exekutiven. Ihre Leistungsfähigkeit in Bezug auf europäische Politikprozesse ist aber strukturell limitiert. Eine mit der Stärkung der nationalen Parlamente einhergehende verfassungspolitische Fokusverschiebung zulasten des Europäischen Parlaments könnte daher einer effektiven Parlamentarisierung der Union durchaus abträglich sein. Das gilt jedenfalls dann, wenn mit der verstärkten Einbindung der nationalen Parlamente die Vorstellung verbunden ist, den Parlamentarismus in der Union in einer *sui generis*-Form auszuprägen, in der es *kein* demosokratisches Zentrum im politischen System geben solle. Ein solcher Ansatz würde für die Verfassung der Union letztlich die Idee des Parlamentarismus überhaupt relativieren. Die nationalen Parlamente verstärkt in europäisches Handeln miteinzubeziehen, kann daher ein wichtiger Teil einer effektiven Demokratisierung der Union sein. Es bleibt aber mit Blick auf dieses Ziel unumgänglich, das Europäische Parlament am Leitbild eines transnationalen Mittelpunkts des politischen Systems fortzuentwickeln.

3. Das Verhältnis von unionalem Demokratieprinzip und Organisationsverfassung

Die institutionellen Bestimmungen zum EP in den EU-Verträgen und in der vorgesehenen sekundären Rechtsetzung sind Konkretisierungen des Demokratieprinzips, wie es in Art. 2 und 10 EUV niedergelegt ist, insbesondere mit Blick auf die Bedeutung des EP als einem der beiden Legitimationsstränge europäischer Hoheitsgewalt, die das duale Legitimationsmodell

des Art. 10 EUV vorsieht.¹⁷⁶ Die verschiedenen Normen bilden einen Zusammenhang und sind aufeinander bezogen, nämlich vor allem vermittelt der Auslegung.

Das ist zunächst einmal vor allem eine Frage von Allgemeinheit und Konkretisierung: Allgemeinere Normen benennen und begründen Funktionen, Grundsätze und -regeln und leiten so die Auslegung konkreterer Normen an, indem sie diese mit prinzipieller Bedeutung aufladen und einen normativen Sinngehalt vermitteln, der über den konkreten Regelungsgehalt hinausgeht. Konkretere Normen andererseits vermitteln ihnen praktisch umsetzbaren Gehalt, indem sie den politischen Prozess (in gewissem Umfang) organisieren und strukturieren. Anders gesagt: Eine allgemeine Norm wie das Demokratieprinzip des Art. 10 Abs. 1, 2 EUV (oder Art. 20 Abs. 2 GG) instituiert noch keine demokratische Gewaltenordnung und demokratische Gesetzgebung. Ebenso gestalten Wahlrechtsgrundsätze allein keine demokratische Wahl. Gleichzeitig erhalten rechtlich angeordnete Verfahren wie die Beratung und der Beschluss von Gesetzentwürfen durch Verfassungsorgane oder das Abgeben einer Stimme und die Auszählung am Wahltag nach dem entsprechenden Rechtsregime aber ihren demokratischen Sinn jedenfalls *auch* (nicht allein!) durch die dahinterstehenden Verfassungsprinzipien: Diese bilden nicht zuletzt einen Grundkonsens darüber ab, dass die entsprechenden Praktiken als demokratische zu verstehen seien. Ähnlich beschreibt Christoph Möllers einen explikativen Wert des Art. 10 EUV (sowie der folgenden Vorschriften Art. 11–13 EUV), indem die Union damit eine *rechtlich formalisierte, normative Selbstbeschreibung ihrer eigenen politischen Legitimation* anbiete.¹⁷⁷

Überwölbt wird der normative Zusammenhang zwischen allgemeineren und konkreteren Normen durch die Normenhierarchie, die jedenfalls zwischen dem Unionsverfassungsrecht der EU-Verträge und dem Sekundärrecht sowie dem Recht der Mitgliedstaaten besteht. Die Beziehungen aufzuarbeiten, die zwischen den Normen in diesem Zusammenhang bestehen, ist die Aufgabe und Leistung juristischer Systematisierung, die zum wesentlichen Anliegen des unionsverfassungsrechtlichen Ansatzes des vorliegenden Bandes zählt. Ein zentraler Aspekt der juristischen Systematisierung ist, den Zusammenhang von Normen als Konkretisierungsstufen zu rekonstru-

176 Hierzu eingehend von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung (Fn. 11), und Möllers, in diesem Band, II.2.

177 Möllers, in diesem Band, I.

ieren, wofür auch das Bild der materiellen Normkaskade gebraucht wird.¹⁷⁸ Dies bezeichnet ein wesentlich interpretativ, als Faktor der Auslegung wirkendes Verhältnis zwischen allgemeineren und konkreteren Normen in einem normativen Sinnzusammenhang.

Indes begründet die größere (relativ größte) Allgemeinheit der Normen des Art. 2 und 10 EUV gegenüber den konkreteren Bestimmungen zum EP offensichtlich keine Geltungshierarchie innerhalb des Unionsverfassungsrechts. Ist nun gleichwohl vor diesem Hintergrund, wie Jürgen Bast und Armin von Bogdandy vorschlagen, der Normbestand der Verträge im Hinblick auf die Bestimmungen zum Europäischen Parlament verfassungsrechtlich stufend zu systematisieren?¹⁷⁹ Ist dem Unionsverfassungsrecht insoweit eine „materielle Hierarchie“ einzulesen, in welcher gleichrangige Normen mit unterschiedlichem „Wert“ ausgestattet sind und in „asymmetrischen Beziehungen“ stehen?¹⁸⁰ Diese Perspektive ist der Idee eines „Verfassungskerns“ verbunden, der das identitäts- und strukturprägende Zentrum der gesamten Unionsrechtsordnung bilde.¹⁸¹

Zum Verhältnis zwischen den Normen des institutionellen Rechts (der Organisationsverfassung) und dem Verfassungsprinzip der dualen demokratischen Legitimationsstruktur, wie es in Art. 10 Abs. 2 EUV verankert ist, gehört gerade mit Blick auf das EP wesentlich auch, dass die Organisationsverfassung die duale Legitimationsstruktur der Union zwar einerseits operationalisiert, andererseits aber in ihrer Verwirklichung auch begrenzt.¹⁸² Das zeigt sich etwa am Phänomen der Trilogisierung der Unionsgesetzgebung. Einerseits lässt sich Art. 10 Abs. 1, 2 EUV hier sicherlich als Ansatz der verfassungsprinzipiellen Kritik entfalten, und wirklich ist auch über die Jahre immerhin die trilogische Verhandlungsführung für das EP stärker formalisiert und etwas transparenter ausgestaltet worden. Andererseits ist aber angesichts der breiten rechtlichen Verankerung der Trilogie und der jahrzehntelangen Praxis zugleich zu konstatieren, dass Art. 10 EUV bislang eben doch nicht die normative Geltung und Wirkung einer effektiven

178 Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.2.b): „Das Verhältnis der Bestimmungen, die Art. 1 Abs. 3 EUV auf einer Rangebene anordnet, ist weiter ausdifferenziert und lässt sich als Abfolge von Konkretisierungsstufen oder materielle Normkaskade charakterisieren.“

179 In diesem Sinne Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.2.

180 In diesem Sinne Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.2.

181 Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.2.

182 Zur Fragmentierung des Legitimationsmodells der Unionsverfassung Möllers, in diesem Band, III.4; dort auch (III.5.c) zum wechselbezüglichen Verhältnis zwischen Verfassungsprinzip und konkretem Regelbestand.

Einhegung der Trilogie im Sinne eines mit demokratischen Erwägungen begründeten Ausschlusses von Verhandlungen *vor* der ersten parlamentarischen Plenarberatung entfaltet hat.

Ähnliche Erwägungen gelten für die besonderen Gesetzgebungsverfahren, in denen das EP nur vom gesetzgebenden Rat angehört, also allenfalls in beratender Funktion (s. Art. 14 Abs. 1 S. 2 EUV) und sicherlich nicht in legitimationsvermittelnder (Mit-)Verantwortung für die Gesetzgebung agiert: Dies bedeutet eine unvollständige Umsetzung der dualen Legitimationsstruktur, die Art. 10 EUV verfassungsprinzipiell deklariert. Dies ist aber weder primärrechtswidrig noch lässt es sich aufgrund des Demokratieprinzips irgendwie überlagern oder überspielen. Das spiegelt auch die Rechtsprechung des EuGH: Obwohl der EuGH die legislativen Befugnisse des EP als Ausdruck eines unionalen Prinzips der demokratischen Repräsentation deutet, folgt daraus nicht, dass verfassungsprinzipiell die Co-Gesetzgeberschaft des Europäischen Parlaments für alle Gesetzgebungskompetenzen der Union verpflichtend wäre oder die Gesetzgebung nach bloßer Anhörung des EP rechtswidrig sei.¹⁸³ Der EuGH hat bislang auch keinen Vorbehalt parlamentarischer (Mit-)Entscheidung für grundrechtsrelevante Rechtsetzung entwickelt. In seiner Rechtsprechung dienen demokratieprinzipielle Erwägungen vor allem als argumentativ-rhetorisch nutzbare interpretative Aufladung von Normen der Organisationsverfassung, ohne aber diesen gegenüber einen echten normativen Eigenstand zu entfalten.¹⁸⁴

An diesen Beispielen zeigt sich, dass in der Organisationsverfassung der Union politische Praktiken, die aus demokratischer Perspektive problematisch erscheinen, deutliche rechtliche Beharrungskräfte entfalten. Damit wird aber fraglich, ob es Sinn macht, die strukturellen demokratischen Probleme der Union *allein* in der Perspektive eines „überschießenden“ Gehalts der unionsverfassungsrechtlichen Verpflichtung auf die Demokratie zu rekonstruieren, der eine verfassungsinterne Transformationskraft inne wohne. Denn sprechen die genannten Beispiele nicht vielmehr doch auch dafür, dass der Rechtsbestand des Unionsrechts und die institutionellen Dynamiken die normative Bedeutung und „Gestaltungskraft“ der demokratieprinzipiellen Normen des Primärrechts, Art. 2 und insb. Art. 10 EUV, in einer Weise zuschneiden und begrenzen, die deren Geltung und Gehalt selbst prägt? Denn pointiert gesagt, erweist sich die demokratieprinzipielle

183 Dazu von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung (Fn. 11), 310 f.

184 Dazu bereits von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung (Fn. 11), 303 ff.; ähnlich auch Möllers, in diesem Band, IV.1.

Anordnung der repräsentativen Demokratie und der dualen Legitimationsstruktur doch eben in Teilen der unionalen Organisationsverfassung als folgenlos. Dafür stehen etwa die Bereiche des parlamentsfreien Handelns der Union, wie etwa die GSVP.¹⁸⁵

Besonders interessant sind aber insoweit auch die hier analysierten außerbudgetären Finanzierungsinstrumente der Union, die in Krisenreaktionen der Union eine wesentliche Rolle spielen (s. oben III.4.c). Diese Instrumente sind nämlich nicht bloß ein „Restbestand“ des Unionsverfassungsrechts, sondern prägen vielmehr auch *neuere* Entwicklungen und sind gewissermaßen Innovationen des Unionsrechts. Art. 2 und Art. 10 EUV sind gewiss auch hier eine Ressource verfassungspolitischer Kritik, aber diese hat trotz eines jahrzehntelangen Diskurses um die demokratischen Defizite der Union offensichtlich nur begrenzt Wirkung. Jedenfalls *an und für sich* hegen Art. 2 EUV und Art. 10 EUV die institutionelle Dominanz der Mitgliedstaaten in der Form alter, vor allem aber auch seit dem Vertrag von Lissabon neu begründeter intergouvernementaler Entscheidungs- und Handlungsformate nicht ein. Das sagt nicht nur über die Organisationsverfassung der Union etwas aus, sondern eben auch über das Demokratieprinzip der Union selbst. Nach hier vertretener Auffassung spricht dies für dessen eingeschränkte Gestaltungskraft und Geltung, im Sinne einer Prägung des Demokratieprinzips der Union durch substantielle Limitationen des verfassungsprinzipiell formulierten Demokratiemodells, die die konkretisierende Organisationsverfassung selbst begründet.

185 Dazu Beitrag *Ley*, in diesem Band; von *Achenbach*, Integration in der Verteidigungspolitik der EU, VerfBlog (28.2.2022).

Der Europäische Rat – Regieren in der europäischen Gesellschaft

*Armin von Bogdandy und Giacomo Rugge**

I. Einführung	935
II. Normgeschichte und -systematik	940
1. Weg und Vermächtnis einer schwierigen Verrechtlichung	940
2. Art. 15 EUV im Vertragsgefüge	943
III. Grundlagen: Regieren als Schlüsselbegriff	948
1. Regieren in den gemeinsamen Verfassungstraditionen	950
2. Europäisierung der Begrifflichkeit	953
IV. Die rechtlichen Eckpunkte	957
1. Ein Kollegium als Präsident	957
2. Semipräsidentielle Gewaltengliederung	974
V. Ausblick	984

I. Einführung

Die vielleicht bekannteste spöttische Bemerkung zur europäischen Integration wird *Henry Kissinger* zugeschrieben. Sie kommt als rhetorische Frage nach Europas Telefonnummer. Ihr Punkt ist, dass Europa vielleicht eine politische Idee, vielleicht gar eine regulatorische Agentur, aber gewiss keine Institution ist, die *leadership* leistet, also, um den zentralen Begriff dieses Textes zu nennen, die *regiert*. Das aber muss jede Herrschaftsordnung leisten, einschließlich jeder Demokratie. Denn Demokratie ist immer auch Gewalt (*kratos*), muss also Entscheidungen gerade in schwierigen Lagen produzieren und verwirklichen.¹ In der Tat bedrängt diese Herausforderung die europäische Gesellschaft wie wenige andere. Und so haben viele europäische Akteure begonnen, mit einem innovativen Arrangement der gemeinsamen Verfassungstraditionen eine ganz eigene Antwort zu entwickeln. Sie ist niedergeschrieben in Art. 15 EUV.

* Dieser Beitrag ist das Ergebnis einer gemeinsamen Arbeit der Autoren. Die Abschnitte II. und III. können jedoch *Armin von Bogdandy* zugeschrieben werden, während Abschnitt IV. *Giacomo Rugge* zugeschrieben werden kann. Die Einführung (I.) und der Ausblick (V.) sind das Ergebnis der Zusammenarbeit zwischen den beiden Autoren. Was den Beitrag von *Giacomo Rugge* anbelangt, sind die geäußerten Ansichten alleine die des Autors und spiegeln in keiner Weise die Ansichten des Rates oder des Europäischen Rates wider.

1 *Henry Kissinger, Leadership: Six Studies in World Leadership*, Dublin: Allen Lane 2022, 415 f.

Heute kann ein Anruf beim Präsidenten des Europäischen Rates (+32 2 281 61 11, dies allerdings nur die Vermittlung) diesen veranlassen, nach Art 15 Abs. 3 EUV eine Tagung anzuberaumen. Auf dieser Tagung kann der Europäische Rat per Konsens einen erforderlichen Impuls setzen, eine allgemeine politische Zielvorstellung sowie Prioritäten festlegen oder sogar Beschlüsse fassen, wenngleich letzteres oft nur einstimmig. Einen Machtpolitiker wie *Kissinger* dürfte dies wenig beeindrucken, nicht zuletzt, weil der Europäische Rat nicht über physische Gewalt befiehlt. In der europäischen Gesellschaft hat man hingegen wohl verstanden, dass dieses Organ sie dennoch regiert, denn sie verfolgt intensiv seine Treffen, Erklärungen, Schlussfolgerungen und Beschlüsse.

Tagungen des Europäischen Rates zählen inzwischen zu den wichtigsten europäischen Medienereignissen. Diese Aufmerksamkeit ist kein Spin: die einschlägige Forschung erklärt den Europäischen Rat zum „obersten Entscheider“.² Er erscheint gleichsam als ein kollektiver Präsident der Union, was eine Deutung des europäischen Regierungssystems als ein semipräsidentielles nahelegt.³ Bei allen Unterschieden: Ähnlich wie der Semipräsidentialismus der V. Republik die französische Gesellschaft mit der ersehnten demokratischen Handlungsfähigkeit ausgestattet hat,⁴ hat

2 *Luuk van Middelaar/Uwe Puetter*, The European Council: The Union's Supreme Decision-Maker, in: Dermot Hodson/Uwe Puetter/Sabine Saurugger/John Peterson (Hrsg.), *The Institutions of the European Union*, 5. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2022, 51–77; *Jeffrey Lewis*, Council of Ministers and European Council, in: Erik Jones/Anand Menon/Stephen Weatherill (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2012, 321–335 (327); *Philipp Dann*, Die politischen Organe, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 335–387 (372 f.).

3 *Franz C. Mayer*, Die europäische Union als Präsidialregime: Aus polnischen Verfassungserfahrungen lernen?, in: Jakub Urbanik/Adam Bodnar (Hrsg.), *Περιμένοντας τους Βαρβάρους*. Law in a Time of Constitutional Crisis: Studies Offered to Miroslaw Wyrzykowski, Warschau: C.H. Beck 2021, 485–497; *JHR/LB (Jan-Herman Reestman/Leonard Besselink)*, Editorial: *Spitzenkandidaten* and the European Union's System of Government, *EuConst* 15 (2019), 609–618 (610). Für einen Vergleich der Befugnisse des Europäischen Rates mit denen des Präsidenten der Französischen Republik siehe *Stéphane Mouton*, Comment définir le Conseil européen à la lumière du droit constitutionnel?, in: Didier Blanc (Hrsg.), *Le Conseil européen, le politique des politiques de l'Union européenne: Aspects institutionnels et matériels*, Bruxelles: Bruylant 2023, 63–81 (72 f.).

4 Zum Semipräsidentialismus siehe *Maurice Duverger*, A New Political System Model: Semi-Presidential Government, *Eur. J. Pol. Res.* 8 (1980), 165–187, unter Verarbeitung auch der Weimarer Republik, insbesondere deren Dualismus von Reichspräsidenten und Reichsregierung.

die europäische Gesellschaft mit dem Europäischen Rat zu demokratischer Handlungsfähigkeit gefunden. Die verfassungsrechtlichen Eckpunkte dieser Handlungsfähigkeit sind Gegenstand dieses Beitrags.

Das Jahr 2020 gibt ein eindruckliches Beispiel für die Rolle, die der Europäische Rat heute für die europäische Gesellschaft spielt. Ihr drohte wirtschaftlicher Niedergang aufgrund der COVID-19-Pandemie sowie demokratische Erosion aufgrund polnischer und ungarischer Entwicklungen. Für den Umgang mit beiden Gefährdungen fehlte jedes Skript. Wie bei so vielen anderen Krisen wurde eine Desintegration der Union von manchen befürchtet, von anderen erhofft.⁵ In diesem Kontext kam der Europäische Rat im Juli 2020 zusammen, entsprechend der in Art. 15 EUV zum Ausdruck kommenden Logik europäischer Politik, dass die Träger öffentlicher Gewalt in der europäischen Gesellschaft, wenn überhaupt, solche Krisen mit Schlussfolgerungen des Europäischen Rates angehen. In einem historischen Schritt, der noch 2019 unmöglich schien, setzte er das Ziel, dass die Union durch ein Programm, das unter dem Namen „Next Generation EU“ bekannt geworden ist, eigene Schulden aufnehmen sollte, um die europäische Wirtschaft anzukurbeln.⁶ Einige Beobachter sahen darin sogar einen „Hamilton’schen Moment“ politischer Integration, ähnlich der Vergemeinschaftung der Schulden der US-Bundesstaaten im Jahr 1790.⁷

Nun sind die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates keine rechtsverbindliche Handlungsform, sondern nur ein politischer Impuls, wenngleich ein mächtiger. Das Rechtsetzungsverfahren zur Verwirklichung des Konsenses stockte alsbald, denn einige Mitgliedstaaten wollten den Rechtsakten nur zustimmen, wenn die Kommission rechtsstaatswidriges Verhalten wie in Polen und Ungarn sanktionieren kann. Die Kommission brachte einen entsprechenden Verordnungsentwurf nach Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV auf den Weg, wogegen sich Polen und Ungarn natürlich wehrten. Zwar konnten die beiden deren Erlass nicht stoppen, aber sie drohten, die Verabschiedung des neuen Mehrjährigen Finanzrahmens (MFR) zu

5 Vgl. *Stefan Auer*, *European Disunion: Democracy, Sovereignty and the Politics of Emergency*, London: Hurst & Company 2022; *Sir Michael Leigh*, *Relaunch or Disintegration? What Covid-19 Means for the Future of Europe*, LSE European Politics and Policy (EUROPPE) Blog, 14.12.2020.

6 Europäischer Rat, Außerordentliche Tagung des Europäischen Rates (17., 18., 19., 20. und 21. Juli 2020) – Schlussfolgerungen, EUCO 10/20, 21.7.2020. Zum politischen Prozess *Caroline de la Porte/Mads Dagnis Jensen*, *The Next Generation EU: An Analysis of the Dimensions of Conflict Behind the Deal*, *Social Policy & Administration* 55 (2021), 388–402.

7 *Jean Quatremer*, *Le „moment hamiltonien“ de l’Europe*, *Libération*, 25.7.2020.

blockieren, die Einstimmigkeit erfordert. Sie nahmen die wirtschaftliche Erholung der europäischen Gesellschaft in Geiselhaft.

Wiederum musste der Europäische Rat Handlungsfähigkeit herstellen. Akteure aus dem Organ schmiedeten mit Fantasie, Scharfsinn und Zynismus einen Kompromissentwurf, den sich der Europäische Rat auf seiner Dezember-Tagung zu eigen machte.⁸ Dazu gehörte die Erklärung der Kommissionspräsidentin, die in der Verordnung vorgesehenen Instrumente so lange nicht anzuwenden, bis der Gerichtshof hierzu entschieden hatte.⁹ Dank dieses Kompromisses konnten sowohl die Rechtsakte zur Verschuldung der Union als auch die Konditionalitätsverordnung 2020/2092 erlassen werden,¹⁰ was die beiden Krisen zwar nicht gelöst, aber doch Wege zielführender Bearbeitung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 EUV eröffnet hat.

Dieses Beispiel zeigt einerseits, wie prekär die Handlungsfähigkeit der Politik für die europäische Gesellschaft ist, gerade in Krisen.¹¹ Andererseits macht es deutlich, dass der Europäische Rat selbst in schwierigsten Konstellationen oft Handlungsfähigkeit herzustellen vermag, wie seine Rolle in der Staatsschuldenkrise, der Migrationskrise 2015/2016, der medizinischen Reaktion auf die COVID-19-Pandemie und im Ukraine-Krieg bestätigen. Man kann sich kaum vorstellen, dass die Union ohne ihn diesen Krisen widerstanden hätte. Die Wegmarken des europäischen Integrationsprozesses sind oft Schritte des Europäischen Rates. Allein zwischen September 2018 und Oktober 2019 trat er achtzehn Mal zusammen. Siebenundzwanzig Staats- und Regierungschefs sowie die Kommissionspräsidentin mussten dafür ihre Agenden umstellen. Und dennoch ist ein Fehlen ganz ungewöhnlich, ungeachtet der oft erheblichen Strapazen, die diese Treffen mit sich bringen. Es gibt eben kaum einen politisch wichtigeren Termin als ein Treffen des Europäischen Rates, selbst wenn er „nur“ Schlussfolgerungen produziert.

Die europäische Gesellschaft feiert nur selten diese Leistungsshow ihrer politischen Spitze. In aller Regel reibt sie sich an den Kompromissen, die den Schlussfolgerungen zugrunde liegen, ebenso wie an den vielen Proble-

8 Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates (10. und 11. Dezember 2020) – Schlussfolgerungen, EUCO 22/20, 11.12.2020.

9 Das ist natürlich problematisch, vgl. nur *Maximilian Steinbeis*, Wenn das das Happy End ist, kann ich bitte noch mal das Unhappy End sehen?, VerfBlog, 11.12.2020.

10 VO (EU, Euratom) 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. 2020 L 433 I/1.

11 *Bruno de Witte*, The European Union's COVID-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift, CML Rev. 58 (2021), 635–682.

men dieses Organs.¹² Diese Reibung hat eine europäische Funktion, denn solche Konflikte erzeugen europäische demokratische Vergesellschaftung. Das wiederum bestätigt die Bedeutung des Europäischen Rates.¹³

Wir deuten die verfassungsrechtlichen Grundlagen dieser Institution aus der Perspektive demokratischer Handlungsfähigkeit, namentlich des Regierens. Dabei verwenden wir einen „Recht-im-Kontext“-Ansatz. Er erscheint bei Institutionen als besonders vielversprechend, da er historische, politikwissenschaftliche und soziologische Erkenntnisse rechtswissenschaftlich zu nutzen ermöglicht.¹⁴ Wir verstehen diesen Ansatz dabei nicht als alternativ, sondern als integrierenden Bestandteil einer post-positivistischen dogmatisch-rekonstruktiven Methode.

Entsprechend fokussiert der Abschnitt II. auf die Normgeschichte von Art. 15 EUV, die Notwendigkeit wie Problematik europäischen Regierens spiegelt. Weiter verortet der Abschnitt, dann in dogmatischer Absicht, Art. 15 EUV zum einen mit Blick auf den unionalen Verfassungskern, zum anderen als Fluchtpunkt späterer Bestimmungen der Verträge. Der nächste Abschnitt zeigt, dass die Annahme einer Regierungsfunktion des Europäischen Rates verfassungstheoretisch anschlussfähig und plausibel ist (III.). Abschnitt IV. deutet sodann, im Lichte der institutionellen Praxis, die einschlägigen rechtlichen Kernaussagen. Dazu rekonstruieren wir die Bestimmungen zu Gestalt des Organs in Lichte der Idee eines kollegialen, vielköpfigen Präsidenten, bestehend aus neunundzwanzig Amtsträgern (IV.1.) und vertiefen diese präsidentielle Lesart, indem wir den Europäischen Rat als Teil eines semipräsidentiellen Regierungssystems deuten. Konkret analysieren wir seine Beziehungen zu den europäischen Gesetzgebern einerseits, zur Kommission andererseits (IV.2.). Ein ebenso bilanzierender wie propositiver Ausblick schließt den Beitrag (V.). Unsere Rekonstruktion hat dabei zum Ausgangspunkt, dass der Europäische Rat nach Art. 10 Abs. 2 EUV verfassungsrechtlich als ein demokratisches Repräsentationsorgan zu

12 Vgl. nur *Charlemagne*, In the EU, Every Leader Becomes a Monarch: The European Council Hands Leaders Too Much Power, *The Economist*, 23.10.2021.

13 Zur Konflikthaftigkeit europäischer Vergesellschaftung *Jiří Přibáň*, Introduction: On Europe's Crises and Self-constitutions, in: ders. (Hrsg.), *Self-Constitution of European Society: Beyond EU Politics, Law and Governance*, London: Routledge 2016, 1–10.

14 *Bruno de Witte*, Legal Methods for the Study of EU Institutional Practice, *EuConst* 18 (2022), 637–656.

qualifizieren ist.¹⁵ So gewiss man diese positiv-rechtliche Einordnung legitimierungstheoretisch hinterfragen kann, so gewiss bietet sie eine solide Grundlage für dogmatische Rechtswissenschaft.

II. Normgeschichte und -systematik

1. Weg und Vermächtnis einer schwierigen Verrechtlichung

Schon die Normgeschichte zeigt eine Sonderstellung des Europäischen Rates im Reigen der europäischen Organe. Kommission, Rat, Parlament, Gerichtshof, Zentralbank, Rechnungshof – sie alle begannen als eine Rechtsnorm der Gründungsverträge und haben sich auf dieser Grundlage in Nachhinein zu einer sozialen Praxis gemausert. Erst war die Norm, nur danach und dank ihr entwickelte sich eine politische Institution, also ein Geflecht dichter und verfestigter Interaktionen. Das Organ „Europäischer Rat“ ist den entgegengesetzten Weg gegangen: Es entstand als eine soziale Praxis der europäischen Politik, welche die Mitgliedstaaten nur langsam und schrittweise durch Vertragsnormen verrechtlicht haben. Bis heute tut sich das Unionsrecht schwerer mit dem Europäischen Rat als mit allen anderen Organen und Einrichtungen der Union.

Die Normgeschichte zu Art. 15 EUV belegt, dass die heutige Rolle des Europäischen Rates keine ausgemachte Sache war.¹⁶ Sie begann 1961 mit dem ersten Gipfeltreffen der sechs Staats- und Regierungschefs der europäischen Wirtschaftsgemeinschaften unter dem Vorsitz von *Charles de Gaulle*. Sein Ziel war es, „nach Methoden zu suchen, um eine engere politische Zusammenarbeit zu organisieren“.¹⁷ Es ging um *leadership*. Allerdings argten viele, dass es vor allem um französische *leadership* in Europa ging.¹⁸ So verwundert es nicht, dass diese Zusammenkünfte zunächst nicht zu einer regelmäßigen Praxis oder gar Institution erstarkten.

15 Näher dazu *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, Berlin: Suhrkamp 2022, 240 ff.

16 *Emmanuel Mourlon-Druol*, Steering Europe: Explaining the Rise of the European Council, 1975–1986, *Contemporary European History* 25 (2016), 409–437 (410 f.).

17 Siehe die Pressemitteilung zum Gipfel, zitiert in: General Secretariat of the Council, *The European Council: 50 Years of Summit Meetings*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2012, 6.

18 Für einen Nachweis der verschiedenen Ansichten siehe *Bino Olivi*, *L'Europa difficile: Storia politica dell'integrazione europea 1948–1998*, Bologna: Il Mulino 1998, 145 ff.

Es brauchte mehr als eine Dekade und vor allem die Krisen der frühen 1970er Jahre bis zur ersten Keimzelle von Art. 15 EUV. Sie findet sich in dem Communiqué zum siebten Gipfeltreffen der Staats- und Regierungschefs. Es verkündet den Beschluss regelmäßiger Zusammenkünfte angesichts „der Notwendigkeit eines Gesamtkonzepts für die internen Probleme, die mit der Verwirklichung der europäischen Einheit verbunden sind, und für die externen Probleme, mit denen Europa konfrontiert ist“.¹⁹ Diese Institutionalisierung verdankt sich Frankreichs neu gewähltem Präsidenten *Valéry Giscard d'Estaing*, einem Mann mit Gestaltungswillen, Gestaltungskraft und einer europäischen Idee. Er sollte mit Bundeskanzler *Helmut Schmidt* ein Team bilden, das der weiteren Integration die Richtung wies.²⁰

Giscard hatte im August 1974 in einer Fernsehansprache seine Absicht bekundet, sich für die „politische Gestaltung Europas“ einzusetzen und dies im September den anderen Staats- und Regierungschefs und dem Präsidenten der Kommission erläutert. Dass er nicht alle Sorgen überwinden konnte, zeigte sich bereits darin, dass das Communiqué die Bezeichnung „Europäischer Rat“ vermied. *Giscard* setzte die Bezeichnung aber gleichsam im Handstreich auf der abschließenden Pressekonferenz durch: „*Le Sommet européen est mort; vive le Conseil européen!*“.²¹ Zweieinhalb Jahre später definierte der Europäische Rat per Schlussfolgerungen seine Arbeitsmethoden, dem zweiten Baustein des heutigen Art. 15 EUV.²²

Diese Institutionalisierung löste eine kontroverse, bis heute fortwährende Debatte aus.²³ Die paradigmatischen Positionen artikulierten einerseits

19 Wiedergegeben in CML Rev. 12 (1975), 143–147 [eigene Übersetzung].

20 In den historischen Darstellungen wird die Institutionalisierung des Europäischen Rates oft als eine Teamleistung der beiden beschrieben. Diesbezüglich *Kiran Klaus Patel*, Projekt Europa: Eine kritische Geschichte, München: C.H. Beck 2018, 344.

21 *Richard H. Lauwaars*, The European Council, CML Rev. 14 (1977), 25–44; *Emile Noël*, Quelques réflexions sur la préparation, le déroulement et les répercussions de la réunion tenue à Paris par les Chefs de Gouvernement (9–10 décembre 1974), CDE 1975, 3–13. Dazu siehe auch *Hans Peter Ipsen*, Marginalien zum Europäischen Rat, EuR 16 (1981), 309–334.

22 Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates (29. und 30. Juni 1977) – Schlussfolgerungen, 30.6.1977, 6 ff. Der Europäische Rat aktualisierte seine Arbeitsmethoden im Jahr 2002, siehe Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates (20. und 21. Juni 2002) – Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 24.10.2002, 13463/02, Anlage I: Regeln für die Organisation der Beratungen des Europäischen Rates; und ersetzte sie 2009 durch eine Geschäftsordnung.

23 *Jean Paul Jacqué*, Le Conseil européen: Rapport introductif, in: Didier Blanc (Hrsg.), Le Conseil européen, le politique des politiques de l'Union européenne: Aspects institutionnels et matériels, Bruxelles: Bruylant 2023, 15–28 (17 ff.).

der Franzose *Jean Monnet*, andererseits der Luxemburger *Pierre Pescatore*. *Jean Monnet* war der Überzeugung, dass nur ein solches Gremium zu vertrauensvollen Beziehungen der Staats- und Regierungschefs führen würde, die er als Motor einer immer engeren im Sinne einer immer stärkeren Union verstand.²⁴ So sehr, dass er zu *Giscard* gesagt haben soll: „Die Einrichtung des Europäischen Rates, die Ihnen zu verdanken ist, ist die wichtigste Entscheidung für die Einigung Europas seit der Unterzeichnung der Römischen Verträge!“²⁵ *Pierre Pescatore* betrachtete den Europäischen Rat hingegen als eine Bremse auf diesem Weg, vielleicht sogar als eine Sackgasse, weil er Intergouvernementalisierung befördere, die Effizienz des Entscheidungsprozesses schwäche, einer Demokratisierung im Weg stehe und die Gleichheit der Partner gefährde.²⁶

Der Europäische Rat verfügte ab 1974 über eine normative Grundlage, aber nicht im Gemeinschaftsrecht, sondern nur in völkerrechtlichem *soft law*. Er war der Gemeinschaft politisch wie rechtlich enthoben. Erst die Einheitliche Europäische Akte von 1987 vermittelte ihm eine gemeinschaftsrechtliche Grundlage, und dies auch nur minimalistischer Natur. Sie betraf allein seine Zusammensetzung und die Häufigkeit seiner Tagungen, qualifizierte ihn aber nicht als Organ, bestimmte nicht seine Rolle im politischen Prozess der Gemeinschaften und unterwarf ihn kaum dem Gemeinschaftsrecht.²⁷

Erst nach dem Fall des Eisernen Vorhangs, also im Zuge der Vollpolitisierung der Union, machten sich die Mitgliedstaaten auf den Weg zu einer unionsverfassungsrechtlichen Vollinstitutionalisierung. *Luuk van Middelaar* identifiziert als eine zentrale Motivation, dass die Union seit den 1990er Jahren neben der traditionellen „Regelpolitik“ zunehmend auch „Ereignispolitik“ leisten muss. Es geht in der Union nicht mehr nur um langwierige Regulierung sattsam bekannter Probleme, sondern auch um

24 *Pascal Fontaine*, Le rôle de Jean Monnet dans la genèse du Conseil Européen, R.M.C. 1979, 357–365.

25 Zitiert in *Yann-Sven Rittelmeyer*, L’institutionnalisation de la présidence du Conseil européen: entre dépendance institutionnelle et inflexions franco-allemandes, Politique Européenne 35 (2011), 55–82 (69).

26 *Pierre Pescatore*, L’exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les Traités de Paris et de Rome, CDE 1978, 387–406 (395 und 400 f.).

27 *Francesco Capotorti*, Le statut juridique du Conseil européen à la lumière de l’Acte unique, in: *Francesco Capotorti/Claus-Dieter Ehlermann/Jochen Frowein/Francis Jacobs/René Joliet/Thijmen Koopmans/Robert Kovar* (Hrsg.), Du droit international au droit de l’intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden: Nomos 1987, 79–96.

das rasche Reagieren auf unvorhergesehene Ereignisse hochpolitischer Natur. Hier ist der Europäische Rat, ungeachtet vieler Probleme, allen anderen Institutionen haushoch überlegen.²⁸

In diesem Kontext verdichten die Verträge von Maastricht (1993), Amsterdam (1999), Nizza (2003) und zuletzt Lissabon (2009) schrittweise die rechtliche Gestalt des Europäischen Rates. Erst letzterer Vertrag nahm ihn, nach fast 60-jähriger Entwicklung, in die Liste der Organe auf (Art. 13 Abs. 1 EUV). Damit steht nun außer Frage, dass der Europäische Rat vollständig an das Unionsrecht gebunden ist, also gerade auch an das Kernverfassungsrecht (Art. 1 EUV bis Art. 3 Abs. 1 EUV). Der Vertrag von Lissabon beendet seinen hybriden und ambivalenten Status eines irgendwie auch außerhalb der Union stehenden Interaktionsforums („Gipfel“).²⁹ Zugleich ist darauf hinzuweisen, dass es bei seiner weitgehenden Abschirmung gegen unionale Mechanismen politischer und rechtlicher Verantwortlichkeit bleibt und die Staats- und Regierungschefs nicht nur als Europäischer Rat zusammenkommen, sondern bisweilen auch als die völkerrechtlichen Vertreter ihrer Staaten, also außerhalb des Unionsrechts (unten IV.1.d).

2. Art. 15 EUV im Vertragsgefüge

Die wichtigste Bestimmung zum Europäischen Rat ist Art. 15 EUV. In den den Verträgen beigegefügt Übereinstimmungstabellen heißt es, dass Art. 15 EUV „im Wesentlichen Artikel 4“ EUV Prä-Lissabon ersetzt.³⁰ Diese Behauptung ist auf erkenntnisträchtige Weise irreführend.

28 *Luuk van Middelaar*, *The Passage to Europe: How a Continent Became a Union*, New Haven: Yale University Press 2013, passim. Vertiefend *ders.*, *Alarums & Excursions: Improvising Politics on the European Stage*, Newcastle upon Tyne: Agenda 2019, 10 ff. und passim.

29 *Jean-Claude Piris*, *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, 205 ff. Vor dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages hatte das Gericht erster Instanz ausdrücklich festgelegt, dass der Europäische Rat „kein Gemeinschaftsorgan im Sinne von Artikel 7 EG [sei]“ (EuG, Beschluss v. 17.12.2003, Rs. T-346/03, ECLI:EU:T:2003:348, Rn. 17 – *Krikorian u.a./Parlament u.a.*).

30 Art. 4 EUV Prä-Lissabon lautete wie folgt: „Der Europäische Rat gibt der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen für diese Entwicklung fest. // Im Europäischen Rat kommen die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten sowie der Präsident der Kommission zusammen. Sie werden von den Ministern für auswärtige Angelegenheiten der Mitgliedstaaten und einem Mitglied der Kommission unterstützt. Der Europäische Rat

Bei den Aufgaben ist festzuhalten, dass bereits nach Art. 4 EUV Prä-Lissabon der Europäische Rat die für die Entwicklung der Union „erforderlichen Impulse“ geben und „die allgemeinen politischen Zielvorstellungen“ festlegen sollte. Art. 15 EUV fügt hinzu, dass er auch die „Prioritäten“ der Union festlegen soll; Prioritätssetzung ist ein Kernelement des Regierens. Zugleich hält Art. 15 Abs. 1 EUV fest, dass der Europäische Rat „nicht gesetzgeberisch tätig“ wird. Dies kann man als Reaktion auf die Sorge vor einem übermächtigen Organ deuten, aber auch als Abschirmung gegenüber dem Transparenzregime der unionalen Gesetzgebung (Art. 16 Abs. 8 EUV).³¹

Weitere Innovationen betreffen die Zusammensetzung. Nach Art. 4 EUV Prä-Lissabon bestand der Europäische Rat aus den Staats- oder Regierungschefs und dem Präsidenten der Kommission, unterstützt von den Außenministern und einem Mitglied der Kommission. Nach Art. 15 EUV besteht er weiterhin aus den Staats- und Regierungschefs und dem Präsidenten der Kommission. Es kommt aber ein Präsident des Europäischen Rates dazu. Zu dem Organ gehört auch, allerdings nur „teilnehmend“, der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik. Die Außenminister und das weitere Mitglied der Kommission hingegen entfallen. Das Gremium wird also verkleinert und damit handlungsfähiger, auch durch die Einführung eines hauptamtlichen Präsidenten, der den Vorsitz führt. Nach Art. 4 EUV Prä-Lissabon fiel diese Aufgabe dem Staats- oder Regierungschef des Mitgliedstaates zu, der den turnusmäßigen Vorsitz im Rat innehatte, und wechselte somit alle sechs Monate.

Art. 15 EUV von 2009 übernimmt fast wörtlich die Art. I-21 und Art. I-22 des (gescheiterten) Vertrags über eine Verfassung für Europa von 2004, die er allerdings verschmilzt. Der Europäische Konvent hatte diese Bestimmungen in der Tradition von *Monnet* und *Pescatore* kontrovers diskutiert.³²

tritt mindestens zweimal jährlich unter dem Vorsitz des Staats- oder Regierungschefs des Mitgliedstaats zusammen, der im Rat den Vorsitz innehat. // Der Europäische Rat erstattet dem Europäischen Parlament nach jeder Tagung Bericht und legt ihm alljährlich einen schriftlichen Bericht über die Fortschritte der Union vor.“ (ABl. 2002 C 325/1).

- 31 Zu den weiteren Folgen der in Art. 15 Abs. 1 EUV vorgesehenen Spezifikation siehe Jürgen Bast, *New Categories of Acts after the Lisbon Reform: Dynamics of Parliamentarization in EU Law*, CML Rev. 49 (2012), 885–927 (893 f. und 897 f.).
- 32 Europäischer Konvent, Synthesebericht über die Plenartagung – 15. und 16. Mai 2003 in Brüssel, CONV 748/03, 27.5.2003, 3; Europäischer Konvent, Übersicht zu den Änderungsvorschlägen betreffend: die Organe der Union, Entwürfe von Artikeln für Teil I, Titel IV der Verfassung (Artikel 14, 15, 16, 16a, 17, 17a, 17b, 18, 18a, 19, 20, 21,

Es obsiegte der auf mehr Regieren zielende Vorschlag des Präsidiums, maßgeblich unterstützt von Frankreich und Deutschland,³³ wenngleich mit relevanten Konzessionen an die Gegner.³⁴ Die von *Kissinger* angemahnte Telefonnummer wurde eingerichtet, aber das Wichtigste, was der angerufene Präsident tun kann, ist weitere Gespräche zu führen. Diese zeitigen allerdings oft Konsequenzen, nämlich ein Regieren in der europäischen Gesellschaft, wenngleich oft holprig, bürokratisch, kompromisshaft.

Interpretiert man Art. 15 EUV im Lichte des unionalen Verfassungskerns (Art. 1 bis Art. 3 Abs. 1 EUV), so erscheint er als ein Angelpunkt seiner institutionellen Umsetzung. Art. 15 EUV implementiert die zentrale Rolle, die Art. 1 Abs. 1 EUV den Mitgliedstaaten zuweist, indem er ihren mächtigsten Amtswaltern (ihren Staats- und Regierungschefs) die wichtigste Leitungsrolle überantwortet. Aber sie spielen diese Rolle nicht in ihrer nationalen Rolle (also nicht als Gipfel), sondern als Organwalter eines EU-Organs, eingebunden in die Ziele und Prinzipien des Unionsrechts. Die eigentliche Leistung der Institution ist ihre regelmäßige Praxis, harte mitgliedstaatliche Interessen in gemeinsame und normativ gehaltvolle europäische Interessen zu transformieren. Dies ist, so Art. 13 Abs. 1 EUV, die Aufgabe aller Organe. Dem Europäischen Rat fällt dabei aber die Rolle zu, die nach den europäischen Verfassungstraditionen die des Regierens ist.

Damit leistet Art. 15 EUV einen elementaren Beitrag zu der von Art. 1 Abs. 2 EUV aufgegebenen immer engeren Union der Völker Europas. Er bringt die mächtigsten mitgliedstaatlichen Organe in leitender Funktion in diesen Prozess ein und transformiert sie dadurch, da sie nunmehr als unionale Organwalter in ein enges Netz von Praktiken, Diskursen und Erwartungen eingebunden sind. Der verfassungsrechtliche Kern dieser Erwartungen findet sich in Art. 1 EUV bis Art. 3 Abs. 1 EUV.³⁵

22, 23); das demokratische Leben (Teil I, Teil VI, Artikel X), CONV 709/03, 9.5.2003, 9 ff.; siehe auch *Bast/Kaiser*, in diesem Band, II.2.

33 Europäischer Konvent, Beitrag, der von den Mitgliedern des Konvents Herrn Dominique de Villepin und Herrn Joschka Fischer übermittelt wurde, CONV 489/03, 16.1.2003, 3.

34 Näher *Hansko Broeksteeg/Henri de Waele*, The Semi-permanent European Council Presidency: Some Reflections on the Law and Early Practice, CML Rev. 49 (2012), 1039–1074; *Paul Craig*, The President of the European Council, in: José María Beneyto/Ingolf Pernice (Hrsg.), Europe's Constitutional Challenges in the Light of the Recent Case Law of National Constitutional Courts: Lisbon and Beyond, Baden-Baden: Nomos 2011, 207–227.

35 Siehe dazu *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, II.

Mit Blick auf Art. 1 Abs. 2 EUV ist festzuhalten, dass die mediale Präsenz des Europäischen Rates europäische Öffentlichkeit schafft. Diese Öffentlichkeit ist eine Voraussetzung von Bürgernähe und Transparenz. Zumindest weiß sie von den großen politischen Themen mitsamt ihrer Streitstände. Diese Feststellung bestreitet nicht die vielen Fragen, die der Europäische Rat mit Blick auf die Bürgernähe und Transparenz aufwirft (unten IV.1. und V.). Mit Blick auf Art. 2 EUV ist festzuhalten, dass nunmehr außer Frage steht, dass der Europäische Rat an dessen Prinzipien gebunden (Art. 13 Abs. 1 EUV) und sogar deren oberster Hüter ist (Art. 7 Abs. 2 EUV). Die Wahrnehmung dieser Rolle fällt ihm offensichtlich schwer, er hat sie jedoch inzwischen angenommen (siehe I.).

Art. 15 EUV bestimmt die allgemeinen Aufgaben des Europäischen Rates, seine Zusammensetzung, Modalitäten seiner Tagungen und Beschlussfassung sowie Ernennung und die Aufgaben seines Präsidenten. Zahlreiche weitere Bestimmungen der Verträge formen diese Aufgaben, Kompetenzen und Verfahren näher aus. Sie bilden die positivrechtlichen Bausteine für einen unionalen Begriff des Regierens.³⁶

Die wichtigsten Aufgaben des Europäischen Rates sind, die erforderlichen Impulse zu geben und die allgemeinen politischen Zielvorstellungen sowie Prioritäten festzulegen. Der Vertrag buchstabiert dies in sensiblen Politikbereichen eigens aus, so in Art. 22 Abs. 1 EUV für die Feststellung der strategischen Interessen und Ziele der Union in der GASP. Art. 68 AEUV weist ihm zu, die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts festzulegen.³⁷

Der Europäische Rat verfügt weiter über Kompetenzen, also Rechtserzeugungsbefugnisse. Das widerspricht nicht seiner Regierungsfunktion, denn nach den gemeinsamen Verfassungstraditionen können Regierungs-

36 Übersichten bei *Jacqué* (Fn. 23), 21 ff.; *Christian Calliess*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 15 EUV, Rn. 6 ff.; *Edgar Lenski*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 15 EUV, Rn. 5 ff.; *Andreas J. Kumin*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 82. EL Mai 2024, München: C.H. Beck, Art. 15 EUV, Rn. 67 ff.

37 Über den Bedeutungsverlust dieser Handlungsform in der Praxis siehe *Romain Foucart*, *La disparition. À propos des lignes directrices stratégiques du Conseil européen relatives à l'ELSJ*, in: Didier Blanc (Hrsg.), *Le Conseil européen, le politique des politiques de l'Union européenne: Aspects institutionnels et matériels*, Bruxelles: Bruylant 2023, 269–280.

akte durchaus Rechtsqualität aufweisen.³⁸ Zu diesen Kompetenzen zählen die Feststellung einer Verletzung der Werte von Art. 2 EUV (Art. 7 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 354 AEUV), die Feststellung und Durchführung der GASP,³⁹ die Verabschiedung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik,⁴⁰ eine Erweiterung der Befugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft,⁴¹ eine Änderung des Status überseeischer dänischer, französischer und niederländischer Gebiete⁴² und sogar die Vertragsänderung nach dem „vereinfachten Verfahren“ (Art. 48 Abs. 6 EUV).

Die Rolle des Europäischen Rates betrifft nicht nur Politiken, sondern auch die Institutionen. Er entscheidet über viele Fragen von deren Gestalt, Personal und Verfahren. Dazu zählt die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments,⁴³ die Zusammensetzungen des Rates,⁴⁴ der Vorsitz im Rat,⁴⁵ die Zahl der Mitglieder der Kommission (Art. 17 Abs. 5 EUV), der Übergang zur Abstimmung per Mehrheit im Rat und zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 48 Abs. 7 EUV). Er wirkt weiter an den wichtigsten Ernennungsverfahren mit, so beim Kommissionspräsidenten und der gesamten Kommission,⁴⁶ dem Hohen Vertreter⁴⁷ und dem EZB-Direktorium.⁴⁸ Ein Konvent zur Änderung der Verträge beruht auf seinem Beschluss.⁴⁹

Zur Regierungsfunktion gehört weiter, dass die Verträge den Europäischen Rat mit der Lösung von verfahrenen Konflikten im Rat beauftragen. Dies zeigt sich in sogenannten Notbremsen, wie Art. 82 Abs. 3 AEUV im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen veranschaulicht. Ein Mitglied des Rates kann den Europäischen Rat anrufen, wenn es seine Strafrechtsordnung durch einen geplanten Unionsakt bedroht sieht. Der

38 *Matthias Kottmann*, *Introvertierte Rechtsgemeinschaft: Zur richterlichen Kontrolle des auswärtigen Handelns der Europäischen Union*, Berlin: Springer 2014, 8–20, 41–50, 73–76.

39 Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 26 Abs. 1 EUV.

40 Art. 42 Abs. 2 EUV.

41 Art. 86 Abs. 4 AEUV.

42 Art. 355 Abs. 6 AEUV i.V.m. Erkl. Nr. 43.

43 Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2 EUV.

44 Art. 236 lit. a) AEUV.

45 Art. 236 lit. b) AEUV.

46 Art. 17 Abs. 7 EUV i.V.m. Erkl. Nr. 6 und 11.

47 Art. 18 Abs. 1 EUV i.V.m. Erkl. Nr. 6.

48 Art. 283 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV und Art. 11.2 Prot. (Nr. 4) über die Satzung des ESZB und der EZB.

49 Art. 48 Abs. 2 EUV.

Europäische Rat hat dann vier Monate Zeit, um „Einvernehmen“ zu erzielen.⁵⁰ Die in unserer Einführung (I.) genannte Konditionalitätsverordnung sieht ein solches Verfahren als Teil des erarbeiteten Kompromisses ebenfalls vor.⁵¹

III. Grundlagen: Regieren als Schlüsselbegriff

Angesichts dieses Sammelsuriums von Bestimmungen stellt sich die Frage, wie man wissenschaftlich Ordnung, Verständnis, aber auch kritische Distanz schaffen kann. Zentral dafür ist die Begriffsbildung. Eine solche theoretische Anstrengung ist alles andere als wirklichkeitsfern. Wie *Reinhart Koselleck* zeigt, sind Begriffe, insbesondere Grundbegriffe, elementar für das menschliche Weltverhältnis und -verständnis.⁵² Recht ist ein soziales Konstrukt, so dass der begrifflichen Fassung des Europäischen Rates eine geradezu ontologische Funktion zukommt.

Begriffe sind Wörter, die nicht nur etwas bezeichnen, sondern einen Bedeutungszusammenhang herstellen und so Erkenntnis stiften. Die soziale Relevanz von öffentlich-rechtlichen Schlüsselbegriffen wie Verfassung, Demokratie und Regieren wird sozialwissenschaftlich als *frame* theoretisiert: als dauerhafte Muster von Wahrnehmung und Interpretation, mit denen Gruppen Ereignisse deuten und darüber Diskurse führen können.⁵³ Deshalb ist eine begriffliche Rekonstruktion rechtlichen Materials keine neutrale Operation. Jede Qualifikation des Europäischen Rates, seiner Rechtsnatur, seiner Aufgaben, seiner Leistungen, ist ein Versuch, soziale Wirklichkeit zu prägen.

50 Weiter Art. 31 Abs. 2 UAbs. 2 EUV (Notbremse-Klausel in der GASP), Art. 48 UAbs. 2 AEUV i.V.m. Erkl. Nr. 23 (Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherung für zu- und abwandernde Arbeitnehmer), Art. 83 Abs. 3 AEUV (Festlegung gemeinsamer Vorschriften für bestimmte Straftaten), Art. 86 Abs. 1 AEUV (Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft) und Art. 87 Abs. 3 AEUV (Definition der Aspekte der polizeilichen Zusammenarbeit).

51 ErwG. (26) VO 2020/2092. Dazu EuGH, Urteil v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rn. 191 – *Ungarn/Parlament und Rat*.

52 *Reinhart Koselleck*, Einleitung, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. I, Stuttgart: Klett-Cotta 2004, XIII–XXVII (XXIII).

53 *Rens Vliegthart/Liesbet van Zoonen*, Power to the Frame: Bringing Sociology Back to Frame Analysis, *European Journal of Communication* 26 (2011), 101–115.

Die Politikwissenschaftler *Luuk van Middelaar* und *Uwe Puetter* fassen den Europäischen Rat mit fünf Umschreibungen: „*crisis manager*“, „*impasse-braker*“, „*strategist*“, „*shaper*“ und „*collective head of state*“, und synthetisieren dies unter dem Oberbegriff des „*supreme decision-maker*“.⁵⁴ Rechtswissenschaftlich ist zu diesen aus der Politikwissenschaft stammenden Umschreibungen einerseits zu bemerken, dass sie gut auf die soeben vorgestellten Bestimmungen zum Europäischen Rat und deren Anwendung passen, wie das Beispiel in I. veranschaulicht. Diese Korrespondenz politikwissenschaftlicher Analyse und rechtswissenschaftlicher Deutung ist von Relevanz, denn sie zeigt, rechtsstaatlich höchst relevant, die prinzipielle Korrespondenz europäischer Verfassungswirklichkeit und unionalen Verfassungsrechts. Die fünf politikwissenschaftlichen Umschreibungen helfen, die Gestalt, Aufgaben, Kompetenzen und Verfahren des Europäischen Rates rechtswissenschaftlich zu verstehen und zu evaluieren.

Andererseits ist allerdings keiner dieser politikwissenschaftlichen Umschreibungen ein verfassungsrechtlicher Schlüsselbegriff. Ein solcher Begriff hilft aber, um das in den verfassungsrechtlichen Traditionen abgelagerte Wissen für das unionale Verfassungsrecht zu aktivieren.⁵⁵ Dieser Schritt ist angezeigt, weil die frühere beschwichtigende Antwort, die europäischen Institutionen seien *sui generis*, nicht mehr zieht: Der „oberste Entscheider“ der europäischen Gesellschaft darf sich nicht im begrifflichen Niemandsland verstecken.

Wir nutzen den verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff des Regierens, um den Europäischen Rat rechtswissenschaftlich zu rekonstruieren.⁵⁶ Er erscheint weiterführend, weil er über die verfassungsrechtliche Rolle des Europäischen Rates hinaus zudem das politische System der Union zu verstehen hilft. Ist festgestellt, dass regiert wird, so kann man die Frage des Regierungssystems angehen.

Der tradierte Begriff des Regierens muss für die Union allerdings modifiziert werden, ähnlich wie die Schlüsselbegriffe Demokratie, Rechtsstaat oder Verfassung. Das Axiom, dass die Europäische Union kein Staat ist,⁵⁷

54 *van Middelaar/Puetter* (Fn. 2), 66–71.

55 Zu solchen sog. Brückenbegriffen *Gunnar F. Schuppert*, Verfassungswandel im Kontext: Aspekte einer Theorie des Verfassungswandels, in: Christoph Hönnige/Sascha Kneip/Astrid Lorenz (Hrsg.), Verfassungswandel im Mehrebenensystem, Wiesbaden: Springer 2011, 347–366 (347).

56 Zum rekonstruktiven Ansatz von *Bogdandy* (Fn. 15), 26, 421 ff., 458 ff.

57 In diesem Sinne auch EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 156 – *EMRK-Beitritt II*.

verlangt, die verfassungsrechtliche Begrifflichkeit insgesamt fortzuentwickeln. Eine entsprechende Rekonstruktion sollte sich an vier Kriterien orientieren: Sie sollte mit den Verträgen interpretativ vermittelbar sein, an gemeinsame verfassungsrechtliche Traditionen anknüpfen, begrifflich (theoretisch) artikulierbar sein und möglichst rechtsvergleichende Stützen ausweisen.

1. Regieren in den gemeinsamen Verfassungstraditionen

In allen Mitgliedstaaten hat der Begriff Regierung, wie Verwaltung oder Gesetzgebung, zwei Hauptbedeutungen: eine institutionelle und eine funktionale. Nach der ersten Bedeutung bezeichnet „Regierung“ ein verfassungsrechtliches Organ, das in den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen eben „Regierung“, „*Gouvernement*“ oder „*Governo*“ heißt. Nach der zweiten Bedeutung bezeichnet der Begriff eine Funktion, nämlich die Regierungsfunktion, also das Regieren als eine Tätigkeit. Wir fokussieren auf diese Funktion. Dies entspricht der Gesamtanlage dieses Studienbuches zum unionalen Verfassungsrecht, welches ein Verfassungsrecht präsentiert, ohne dass es ein als Verfassung bezeichnetes Dokument gibt.⁵⁸

Der Begriff des Regierens – samt all den hiermit verbundenen Ableitungen – geht auf das lateinische Wort „*regere*“ zurück, das die identische Bedeutung wie das lateinische Wort „*gubernare*“ hat, so dass „*regieren*“ und „*gouverner*“ identische begriffsgeschichtliche Traditionen bezeichnen.⁵⁹ Das bedeutet nicht, dass es seit jeher eine feststehende Bedeutung gäbe. Vielmehr gibt es unterschiedliche Bedeutungszuschreibungen, in denen sich die europäische Verfassungsentwicklung spiegelt.⁶⁰ Drei Bedeutungsstränge erscheinen in unserem Zusammenhang besonders relevant.

Eine erste Bedeutung versteht das Regieren ganz weit, nämlich tendenziell als synonym mit der Ausübung öffentlicher Gewalt. Diese Bedeutung ist insbesondere in der angloamerikanischen Welt wirkungsmächtig, wo „*government*“ oft das bezeichnet, was auf dem europäischen Kontinent jedwede staatliche Tätigkeit sein könnte.⁶¹ Sie findet für das Unionsrecht

58 Siehe dazu von Bogdandy/Bast, in diesem Band, II.

59 Volker Sellin, Regierung, Regime, Obrigkeit, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. V, Stuttgart: Klett-Cotta 2004, 361–421 (363 und 368).

60 Paolo Colombo, *Governo*, Bologna: Il Mulino 2003.

61 Sellin (Fn. 59).

Verwendung.⁶² Für unser Thema ist diese breite Bedeutung nicht weiterführend.

Die zweite Bedeutung fasst das Regieren hingegen eng, nämlich tendenziell als Verwalten. Sie hat eine normative Stoßrichtung, weil sie die Macht der politischen Spitze gegenüber einer Gesellschaft dadurch beschneiden will, dass sie sich möglichst im Gesetzesvollzug erschöpft. Diese Bedeutung speist sich aus den klassischen Gewaltenteilungslehren der Aufklärung, die *Locke*, *Montesquieu* und *Kant* artikulierten.⁶³ Für die Europäische Union hat dieses Verständnis eine kritische Funktion, weil dem klassischen Gewaltenteilungsdenken das Zusammenwirken von Europäischem Rat, Rat, Parlament, Kommission und den vielen Agenturen suspekt sein muss und es keinen Platz gibt für die Leitungsfunktion des Europäischen Rates.

Wir folgen einer dritten Bedeutung, die bis zum altgriechischen Wort „*kubernao*“ zurückreicht. „*Kubernao*“ meint „ein Schiff durch ein Ruder steuern“, meint also eine Tätigkeit, eine Funktion. Bis heute findet der Begriff des Regierens seinen anschaulichsten Ausdruck in der Metapher des Steuermanns, der das Schiff des Gemeinwesens lenkt und so die Richtung bestimmt. Schon *Aristoteles* und *Cicero* verwendeten diese Metapher, *Stephan Leibfried* u.a. und *Andrew Moravcsik* nutzen sie eindrücklich für die Charakterisierung der Union.⁶⁴ Ganz in diesem Sinne erklärt *van Middelaaar* den Aufstieg des Europäischen Rates: Seit dem Fall des Eisernen Vorhangs muss die Union in schwierigen Situationen, für die es kein Skript gibt, die Richtung der Problembearbeitung autoritativ vorgeben, also „Ergebnispolitik“ leisten (oben I. und II.1). Diese Bedeutung ist für unsere Rekonstruktion maßgebend.

Regieren als Funktion hat in den letzten 100 Jahren enorm an rechtswissenschaftlicher Substanz gewonnen, indem das Regieren als eine spezifische

62 Vgl. Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli (Hrsg.), *Governing Europe under a Constitution: The Hard Road from the European Treaties to a European Constitutional Treaty*, Berlin: Springer 2006.

63 *Sellin* (Fn. 59), 372 ff. *Hans-Joachim Seeler*, *Die europäische Einigung und das Problem der Gewaltenteilung*, Hamburg: Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg 1957, 187 f.

64 *Stephan Leibfried/Susan M. Gaines/Lorraine Frisina*, *Das Schiff Europa – Europe's Ship of States: Über eine Kippfigur der Integration*, *Leviathan* 37 (2009), 389–427; *Andrew Moravcsik*, *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca: Cornell University Press 1998.

leitende Funktion der politischen Spitze konkretisiert wurde.⁶⁵ Wegbereitend waren Werke von *Rudolf Smend*,⁶⁶ *Joseph Barthélemy*,⁶⁷ *Maurice Hauriou*,⁶⁸ *Costantino Mortati*⁶⁹ und *Vezio Crisafulli*.⁷⁰ Im Hintergrund stehen die Massendemokratie, Ausweitung staatlicher Aufgaben und insbesondere die großen gesellschaftlichen Krisen.⁷¹ Verfassungsrechtliche Skepsis gegenüber diesem Verständnis des Regierens erklärt sich daraus, dass einige dieser Studien der Rechtfertigung autoritärer Strukturen dienten. So galt im faschistischen Italien das Regieren als die vierte Gewalt der politischen Leitung, welche den anderen Gewalten übergeordnet war.⁷² Aber diese Studien gaben gleichwohl Impulse für die verfassungsrechtliche Neuordnung nach dem Zweiten Weltkrieg, die sich intensiv mit dem Ort und der Aufgabe von Entscheidungen befasste.⁷³ Die Quintessenz lautet, dass eine Gesellschaft politischer Leitung bedarf, aber auch, dass diese Funktion nicht nur von dem Organ ausgeübt werden kann, das den unmittelbaren Zugriff auf Gewaltressourcen hat (die Regierung), sondern auch von anderen Organen, einschließlich der obersten und Verfassungsgerichten.⁷⁴

65 Näher *Armin von Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung: Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, 107 ff.

66 *Rudolf Smend*, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (1923), in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin: Duncker & Humblot 1955, 68–88 (79 f.).

67 *Joseph Barthélemy*, De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application, *Revue du droit public* 14 (1907), 295–320 (298 ff.).

68 *Maurice Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 2. Aufl., Paris: Recueil Sirey 1929, 376 f.

69 *Costantino Mortati*, L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano, Milano: Giuffrè 2000 (zuerst publiziert 1931).

70 *Vezio Crisafulli*, Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico, in: Prima e dopo la Costituzione, Napoli: Editoriale Scientifica 2015 (zuerst publiziert 1939), 1–120.

71 *Colombo* (Fn. 60), 125–140; *Pierre Rosanvallon*, Good Government: Democracy beyond Elections, Cambridge: Harvard University Press 2018, 45.

72 Ausdrücklich *Mortati* (Fn. 69), 21 ff. Nuancierter *Crisafulli* (Fn. 70), 31 ff. und 41 ff. Siehe auch *Temistocle Martines*, Indirizzo politico, in: Enciclopedia del diritto, Bd. XXI, Milano: Giuffrè 1971, 134–171.

73 *Wilhelm Hennis*, Aufgaben einer modernen Regierungslehre, *PVS* 6 (1965), 422–441; *Michael Oakeshott*, The Concept of Government in Modern Europe, *Collingwood and British Idealism Studies* 12 (2006) (zuerst publiziert 1955), 17–35.

74 *Angelika Nußberger*, Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch?, *VVDStRL* 81 (2022), 7–57; *Andrea Morrone*, Indirizzo politico e attività di governo: Tracce per un percorso di ricostruzione teorica, *Quad. Cost.* 38 (2018), 7–45; *Ernst Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, *VVDStRL* 16 (1958), 9–73.

Technokratisches Denken trübte seit den 1970er Jahren die Einsicht in die Notwendigkeit solcher Entscheidungen. Damit verlor der Begriff des Regierens gegenüber dem der *Governance* an Bedeutung. *Governance* meint Entscheidungsnetzwerke aus öffentlichen und privaten, institutionellen und nichtinstitutionellen Akteuren.⁷⁵ Dass eine öffentliche Institution politische Richtungsentscheidungen trifft, erschien danach nachgeordnet. Angesichts der Schwierigkeit, in der Union eine Regierungsfunktion zu identifizieren, vollzogen EU-Studien der 1990er und 2000er Jahren geradezu eine „*Governance-Wende*“, die damals als befreiend wahrgenommen wurde.⁷⁶

In den gesellschaftlichen Krisen der letzten zwanzig Jahre ist aber das Bedürfnis nach politischen Richtungsentscheidungen erstarkt und die Strahlkraft des *Governance*-Ansatzes verblasst. Regieren ist heute wieder ein Schlüsselbegriff,⁷⁷ durchaus mit einer kritischen Stoßrichtung. Sie problematisiert Machtasymmetrien, hinterfragt die Rolle privater Akteure, schärft die Frage nach demokratischer Verantwortlichkeit. Und für die europäische Gesellschaft stellt sich die noch grundlegendere Frage, ob sie überhaupt über die notwendige demokratische Handlungsfähigkeit verfügt.

2. Europäisierung der Begrifflichkeit

Diese dritte verfassungsrechtliche Bedeutung eröffnet viele Anknüpfungspunkte für ein Verständnis des Europäischen Rates als eine regierende Institution in einem politischen System mit einer starken exekutivföderalen Komponente, da die Verträge den Regierungen der Mitgliedstaaten eine elementare Rolle bei der unionalen Politikentwicklung, Gesetzgebung und Verwaltung zuweist.⁷⁸ Der Europäische Rat hat in diesem System die verfassungsrechtliche Aufgabe, Impulse zu setzen, Zielvorstellungen zu geben und Prioritäten festzulegen, und tatsächlich fungiert er eben als „*crisis manager*“, „*impasse-braker*“, „*strategist*“, „*shaper*“, „*collective head*“

75 Renate Mayntz, La teoria della *governance*: sfide e prospettive, IPSR/RISP 29 (1999), 3–21 (3).

76 Beate Kohler-Koch/Berthold Rittberger, Review Article: The ‚Governance Turn‘ in EU Studies, JCMS 44 Ann. Rev. (2006), 27–49.

77 Sabino Cassese, Il buongoverno: L’età dei doveri, Milano: Mondadori 2020; Giuseppe Duso, Buon governo e agire politico dei governati: un nuovo modo di pensare la democrazia?, Quaderni fiorentini 45 (2016), 619–650.

78 Zum hier verwendeten Begriff des Exekutivföderalismus siehe Dann, in diesem Band. Wir verwenden ihn nicht in der kritischen Bedeutung von Jürgen Habermas, Zur Verfassung Europas: Ein Essay, Berlin: Suhrkamp 2011, 48 ff.

of state“ und „supreme decision-maker“ (oben III.1.). Allerdings verlangt eine Regierungsfunktion, dass er über Autorität gegenüber allen anderen Institutionen in der europäischen Gesellschaft verfügt, einschließlich der mitgliedstaatlichen Regierungen, die im Gegensatz zu ihm über physische Gewalt gebieten.

So stellt sich für den Begriff des Regierens dieselbe Frage wie für Begriffe wie Gesetzgebung oder Verwaltung, die in den europäischen Verfassungstraditionen ebenfalls als Ausdruck staatlicher Souveränität und damit unter der Prämisse des Gewaltmonopols theoretisiert worden sind. Die Europäisierung dieser Schlüsselbegriffe, und damit ihre Entkoppelung vom Gewaltmonopol, ist inzwischen vollzogen, wie die Verträge selbst zeigen (Art. 14 EUV, Art. 17 EUV, Art. 298 AEUV, Art. 41 GRC). Es gibt eine EU-Verwaltung ohne eine EU-Polizei. Nach derselben Logik ist eine Europäisierung des Begriffs „Regieren“ möglich,⁷⁹ wenn der Europäische Rat aufgrund anderer Machtressourcen funktional äquivalente gesellschaftliche Steuerungsleistungen erbringt wie staatliches Regieren mit Gewaltmonopol.

Es steht für uns außer Frage, dass der Europäische Rat das machtvollste Organ der Europäischen Union und damit der europäischen Gesellschaft ist. Mehr als jedes andere verfügt er über die Ressourcen, um die EU durch ihre schwierigsten Krisen zu navigieren (oben I.). Es sei hinzugefügt, dass in vielen dieser Krisen rein nationales Regieren wenig aussichtsreich erscheint. Die zentrale Macht des Europäischen Rates liegt dabei im Zusammenführen der Machtressourcen, die seinen Mitgliedern, insbesondere den Staats- und Regierungschefs, unter der jeweiligen nationalen Verfassung im mitgliedstaatlichen Regierungssystem zustehen. Dieses Zusammenführen erzeugt eine neue Qualität von Regierungsmacht, europäisch wie national.

Es gibt diverse theoretische Angebote, dieses Zusammenführen zu konzeptualisieren und dadurch die Regierungsleistung des Europäischen Rates besser zu verstehen. Dazu gehört *Wolfgang Wessels'* Fusionsmodell.⁸⁰ Die einzigartige Macht des Europäischen Rates beruht laut *Wessels* darauf, dass das Zusammenführen mehr Macht auf allen Ebenen erzeugt. *Wessels* nutzt

79 Ähnlich *Renato Ibrido/Nicola Lupo*, „Forma di governo“ e „indirizzo politico“: la loro discussa applicabilità all'Unione europea, in: dies. (Hrsg.), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna: il Mulino 2018, 9–53 (30 ff.).

80 *Wolfgang Wessels*, *The European Council*, in: Robert Schütze/Takis Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of European Union Law*, Bd. I, Oxford: Oxford University Press 2018, 490–517 (494 f.).

zur Erklärung das Bild des „Doppelhuts“. Einerseits tragen die Staats- und Regierungschefs als politische Spitzen ihrer jeweiligen Mitgliedstaaten zunächst einen „nationalen Hut“. Damit bringen sie ihre nationale Rolle als die zumeist mächtigsten politischen Akteure in die europäische Politik ein, inklusive ihrer Ressourcen der Durchsetzung. Diesen Aspekt hatte schon *de Gaulle* im Blick (oben II.1.). Andererseits tragen die Staats- und Regierungschefs aufgrund ihrer Mitgliedschaft im Europäischen Rat einen „supranationalen Hut“. Entsprechendes gilt für die Präsidentin der Kommission.⁸¹ Damit gewinnen sie Zugang zu einem institutionalisierten Netzwerk und damit verbundenen Ressourcen, die es ihnen ermöglichen, elementare Herausforderungen effektiver anzugehen als bei einem nationalen Vorgehen. Die einzigartige Macht dieser Institution erklärt sich daher auch dadurch, dass die Staats- und Regierungschefs aufgrund ihrer Mitgliedschaft im Europäischen Rat zusätzliche Macht im nationalen politischen System gewinnen. Indem sie ihre Anliegen auf EU-Ebene verfolgen und entsprechende Festsetzungen treffen, stärken sie ihre Macht in ihrem nationalen System. Damit versteht sich besser, warum die Staats- und Regierungschefs, eigentlich die obersten Verfechter nationaler Kompetenzen, als Mitglieder des Europäischen Rates oft den Tätigkeitsbereich der Union erweitern und dazu auch Kompetenzen expansiv auslegen.

Luuk van Middelaar kommt zu einem ähnlichen Ergebnis mit seiner Drei-Sphären-Theorie. Danach operieren die Mitgliedstaaten in drei konzentrischen europäischen Sphären, jede mit eigenen Regeln und Praktiken.⁸² Die innere Sphäre wurde 1951/1952 durch den Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl ins Leben gerufen. Diese Sphäre wird bestimmt durch den gemeinsamen Wirtschaftsraum, den das institutionelle Dreieck von Parlament, Rat und Kommission organisiert. Als die äußere Sphäre versteht *van Middelaar* das „größere Europa“ im Sinne der Gesamtheit der Staaten des Kontinents. Hier agieren die Mitgliedstaaten als souveräne völkerrechtliche Subjekte nach der traditionellen Logik internationaler Beziehungen.

Schließlich sieht er eine mittlere Sphäre zwischen der inneren und der äußeren, die vermittelt. Wie in der äußeren Sphäre ergibt sich ihre Dynamik aus der Verfolgung nationaler Interessen, aber die interne Sphäre bindet die Akteure dabei ein. Manchmal folgen die Akteure der mittleren

81 Siehe dazu *Krämer/Wendel*, in diesem Band.

82 *van Middelaar* (Fn. 28), II–33.

Sphäre mehr der Logik der äußeren, aber die Logik der inneren Sphäre hat über die Jahre stetig an Gewicht gewonnen.⁸³ So gelangt *van Middelaar*, und das mit einem nationalstaatszentrierten (also tendenziell delegationsrechtlichen)⁸⁴ Ansatz dazu, eine tiefe Europäisierung festzustellen, deren institutioneller Träger der Europäische Rat ist.⁸⁵

Von allen Organen der EU verfügt allein der Europäische Rat über das notwendige politische Kapital, um, so *van Middelaar*, im „politischen Dschungel der äußeren Sphäre“ wirksam zu agieren, und gleichzeitig rechtliche Autorität in der inneren Sphäre auszuüben. Damit erklärt er, wie der Europäische Rat die europäische Gesellschaft regiert. Die Logik dieser Einbindung ist so stark, dass sie sogar gegenüber den mitgliedstaatlichen Regierungen wirkt. Ein einmal im Europäischen Rat getroffener Konsens wird von seinen Mitgliedern nur ganz selten in Frage gestellt. Wir sehen deshalb in dieser Fähigkeit, belastbare Konsense selbst in schwierigsten Fragen herzustellen, eine eigene Autoritätsressource des Europäischen Rates wie seines Präsidenten, die zu ihrem genaueren Verständnis nach einer sozialpsychologischen Analyse der Dynamik in dem Organ verlangt.

Die Europäisierung des Begriffs „Regieren“ wirkt auf die unionsverfassungsrechtliche Begrifflichkeit ein, insbesondere auf den Dualismus von supranational und intergouvernemental. Der Europäische Rat in der Gestalt des Vertrags von Lissabon erscheint im Lichte dieses Dualismus als hybrid.⁸⁶ Einerseits (supranational) ist er in den EU-Rechtsrahmen vollständig eingebunden, kann wichtige Fragen per Mehrheit entscheiden und unterliegt einer gewissen gerichtlichen Kontrolle.⁸⁷ Andererseits (intergouvernemental) erlaubt er seinen Mitgliedstaaten die harte Verfolgung ihrer nationalen Interessen, entscheidet überwiegend im Konsens und sein wichtigstes Instrument, die Schlussfolgerungen, ist der gerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen (unten IV.1.d). Statt seine hybride Natur im Sinne des

83 *van Middelaar* (Fn. 28), 22.

84 Siehe dazu *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.1.

85 *van Middelaar* (Fn. 28), 22.

86 *Philippe de Schoutheete*, The European Council: A Formidable Locus of Power, in: Dermot Hodson/John Peterson (Hrsg.), *The Institutions of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2017, 55–79 (72f.). Es gibt jedoch auch Stimmen, dass der Europäische Rat seinen Charakter als Gipfel beibehalten hat, so *Massimo Starita*, *Il Consiglio europeo e la crisi del debito sovrano*, *Riv. Dir. Int.* 96 (2013), 385–423.

87 Art. 263 Abs. 1 AEUV. Näher *Nikos Vogiatzis*, *Exploring the European Council's Legal Accountability: Court of Justice and European Ombudsman*, *GLJ* 14 (2013), 1661–1686 (1665 ff.).

traditionellen Dualismus festzustellen, erscheint es uns erkenntnisträchtiger, seine Rolle mit dem Begriff des Regierens zu fassen, als Herstellung von Handlungsfähigkeit in einem exekutivföderalen Kontext.

IV. Die rechtlichen Eckpunkte

1. Ein Kollegium als Präsident

a) Zusammensetzung, Rechtsnatur, Legitimation

Laut Art. 15 Abs. 2 EUV besteht der Europäische Rat „aus den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten sowie dem Präsidenten des Europäischen Rates und dem Präsidenten der Kommission“. Dieses Organ vereint also national und europäisch legitimierte Amtswalter, wie es sich ähnlich in der Europäischen Zentralbank beobachten lässt,⁸⁸ und als eine neue Stufe der exekutivföderalen Komponente des unionalen Regierungssystems gedeutet werden kann. Der Hohe Vertreter nimmt gemäß Art. 15 Abs. 2 EUV teil, und die Generalsekretärin des Rates ist stets anwesend.⁸⁹ Das Generalsekretariat des Rates, einschließlich seines Juristischen Dienstes, stellt den administrativen Unterbau des Europäischen Rates, der über keine eigene Bürokratie verfügt (Art. 235 Abs. 4 AEUV).

Im Sitzungssaal im Europagebäude finden nur etwa dreißig Personen Platz. Der Europäische Rat regiert als Kollegium in einer festen Sitzordnung: Der Vorsitz liegt bei seinem Präsidenten; der Staats- oder Regierungschef, dessen Mitgliedstaat den turnusmäßigen Vorsitz im Rat innehat, sitzt rechts von ihm, gefolgt vom Hohen Vertreter. Die weiteren Chefs sitzen entsprechend der Reihenfolge der Ratsvorsitze. Die Kommission sitzt dem Präsidenten des Europäischen Rates gegenüber.⁹⁰ Stets anwesend ist, unterstützend und links vom Präsidenten, die Generalsekretärin des Rates. Bisweilen wird weiteren Personen Zutritt gewährt, etwa der Präsidentin des Europäischen Parlaments oder der Zentralbank. Erstere sitzt während des Meinungsaustauschs auf der linken Seite des Präsidenten des Europäischen Rates. Andere Gäste sitzen, für den Punkt, zu dem sie eingeladen wurden,

88 Dazu EuGH, Urteil v. 13.9.2022, Rs. C-45/21, ECLI:EU:C:2022:670, Rn. 52 – *Banka Slovenije*.

89 Art. 13 Abs. 2 ER-GO.

90 Council of the European Union, Internal standing instructions: for GSC staff, SN 1862/1/15 REV 1, 5.2015, 63.

links oder rechts von der Kommissionspräsidentin. Aber wenn sich der Europäische Rat an die Konsensfindung, also an das Regieren macht, dann verlassen alle Gäste den Raum, die Generalsekretärin aber bleibt.

Die Delegationen, die an den Tagungen des Europäischen Rates teilnehmen, sind natürlich größer. Zugang zum Europagebäude haben maximal zwanzig Personen pro Mitgliedstaat, zwanzig Personen für die Kommission und fünf Personen für den Hohen Vertreter.⁹¹ Eine Zusammenkunft bringt also bis zu 600 verantwortliche Personen an den Ort der Entscheidung, ein großer Auftrieb. Die Delegationsmitglieder werden in der Regel in Abhängigkeit von den Tagesordnungspunkten ausgewählt und stehen ihren Spitzen umgehend zur Verfügung, wenn diese ihr Fachwissen anfordern.

Die Mitglieder des Europäischen Rates können vereinbaren, sich von einem Minister und, im Falle der Kommissionspräsidentin, von einem Mitglied der Kommission unterstützen zu lassen.⁹² Das geschieht heute jedoch nur selten.⁹³ Der Vertrag von Lissabon hat in diesem Punkt die vorherige Fassung des EU-Vertrages geändert und damit die Praxis der Staats- und Regierungschefs seit der Jahrtausendwende formalisiert, nur unter sich zu tagen. Es heißt, diese Praxis schaffe eine bessere Atmosphäre für persönliche, also europäische Handlungsfähigkeit befördernde Gespräche.⁹⁴ Eine Tagung des Europäischen Rates ist eben keine zuvor von den Stäben voll durchchoreografierte Veranstaltung, sondern soll aus der Interaktion seiner Mitglieder heraus einen europäischen Mehrwert erzeugen. Dem mag es dienen, dass er nicht öffentlich tagt.⁹⁵ Trotz der Vertraulichkeit seiner Tagungen unterliegt der Europäische Rat allerdings dem in der Informationsfreiheitsverordnung vorgesehenen Transparenzregime,⁹⁶ weil die vom Europäischen Rat genutzten Dokumente im Besitz des Generalsekretariats des Rates sind, das der Verordnung unterliegt.⁹⁷

91 Art. 4 Abs. 4 UAbs. 3 ER-GO.

92 Art. 15 Abs. 3 EUV.

93 European Commission, Guide to the relations with the Council, SEC (2014) 89, 1.2014, 13.

94 Uwe Puetter, *The European Council and the Council: New Intergovernmentalism and Institutional Change*, Oxford: Oxford University Press 2014, 101.

95 Art. 4 Abs. 3 ER-GO.

96 VO (EG) 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 L 145/43.

97 Art. 10 Abs. 2 ER-GO verweist auf Anhang II der Geschäftsordnung des Rates, wonach „jeder natürlichen oder juristischen Person vorbehaltlich der in der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 festgelegten Grundsätze, Bedingungen und Einschränkungen

Es stellt sich die Frage, wie man dieses Organ in Anschluss an die europäischen Verfassungstraditionen qualifizieren kann. Wir antworten mit dem Vorschlag, ihn als Präsidenten in einem semipräsidentiellen Regierungssystem zu erfassen.⁹⁸ Wenn der Europäische Rat im unionalen Regierungssystem regiert, analog zur Regierungsfunktion der Staats- und Regierungschefs in ihren jeweiligen nationalen Systemen, so liegt eine präsidentielle Qualifikation nahe. Der wesentliche Punkt lautet, dass in einem präsidentiellen System das regierende Organ über eine eigene demokratische Legitimation verfügt, während es seine Legitimation in einem parlamentarischen System von einem Parlamentsakt ableitet. Der Europäische Rat verfügt über eine eigene Legitimation, beruhend auf nationalen Wahlen. Sie ist nicht durch das Europäische Parlament vermittelt. Und es besteht weiter die für semipräsidentielle Systeme typische Dynamik zwischen dem Präsidenten (Europäischer Rat), dem Parlament und der Regierung (Kommission), welche zwischen den beiden Organen steht.⁹⁹

Gewiss ist die eigene demokratische Legitimation des Europäischen Rates nicht direkt, was *Maurice Duverger* als begriffskonstituierend ansieht.¹⁰⁰ Aber nicht einmal in den Vereinigten Staaten, die oft als ein klassisches Beispiel für ein präsidentielles System angesehen werden, ist die Wahl des Präsidenten aufgrund der Beteiligung von Wahlleuten eine Direktwahl. Es mangelt daher nicht an Ansätzen, die den Semipräsidentialismus durch andere Aspekte charakterisieren.¹⁰¹ Beispielsweise argumentiert *Giovanni Sartori*, dass das Merkmal des Semipräsidentialismus nicht so sehr das Vor-

und der in diesem Anhang festgelegten Sonderbestimmungen Zugang zu Dokumenten des Rates gewährt wird“.

98 Mayer (Fn. 3); *JHR/LB (Reestman/Besselink)* (Fn. 3). Aus der Politikwissenschaft *Claudia Wiesner*, *Inventing the EU as a Democratic Polity: Concepts, Actors and Controversies*, Cham: Palgrave Macmillan 2019, 165 ff.; *Frank Decker/Jared Sonnicksen*, *An Alternative Approach to European Union Democratization: Re-Examining the Direct Election of the Commission President, Gov't & Oppos.* 46 (2011), 168–191 (179); *Wilhelm Knelangen*, *Regierungssystem sui generis? Die institutionelle Ordnung der EU in vergleichender Sicht*, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 3 (2005), 7–33. Zu den vielen Varianten *Andriy Tyushka*, *Semi-Presidential Systems*, in: Rainer Grote/Frauke Lachenmann/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2018. Aus der gegenteiligen Perspektive kommend *Philipp Dann*, *Looking through the Federal Lens: The Semi-parliamentary Democracy of the EU*, *Jean Monnet Working Papers* 5 (2002).

99 *Vitalino Canas*, *The Semi-Presidential System*, *ZaöRV* 64 (2004), 95–124 (99).

100 *Duverger* (Fn. 4), 166.

101 Zu den verschiedenen Ansätzen *Tyushka* (Fn. 98), Rn. 14 ff.

handensein eines vom Volk gewählten Präsidenten ist, sondern vielmehr das Vorhandensein eines nicht im und vom Parlament gewählten Präsidenten.¹⁰²

Man mag gegen eine Qualifikation des Europäischen Rates als präsidentielles Organ einwenden, dass es sich um ein Kollektivorgan aus neunundzwanzig Personen handelt, während es sich bei allen anderen derzeitigen präsidentiellen und semipräsidentiellen Regierungssystemen um ein monokratisches Organ handelt. Die kollektive Präsidentschaft entspricht aber dem exekutivföderalen Moment der Union und findet Anknüpfungspunkte in den europäischen Verfassungstraditionen.¹⁰³ Ein Beispiel bietet der Bundesrat unter der deutschen Reichsverfassung von 1871.¹⁰⁴ Er bestand aus den Fürsten der Gliedstaaten und sollte das Reich regieren.¹⁰⁵ Dieser Bundesrat besaß, wie der Europäische Rat, eine eigene und von den Mitgliedern abgeleitete Legitimation, allerdings nicht demokratischer, sondern zumeist monarchischer Natur. Wenngleich der Bundesrat im Deutschen Reich letztlich nicht regierte, unter anderem wegen des Übergewichts Preußens und des Machtgewinns der gewählten Parlamente, so bietet er doch einen Anknüpfungspunkt für ein kollektives Regierungsorgan mit eigener und von seinen Mitgliedern abgeleiteter Legitimation. Es passt gut, dass auch das Deutsche Reich ein starkes exekutivföderales Moment aufwies, allerdings mit dem elementaren Unterschied, dass seine Legitimation vor allem monarchischer und nicht demokratischer Natur war.

Welcher Staats- oder Regierungschef Mitglied des Europäischen Rates ist, bestimmt das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht. Welcher nationale Amtsträger das konkret ist, ist unter dem nationalen Verfassungsrecht durchaus strittig geworden, namentlich in einigen semipräsidentiellen bzw. semiparlamentarischen Verfassungsordnungen wie Frankreich, Rumänien einerseits, Polen und Österreich andererseits.¹⁰⁶ Es hat dabei eine gewis-

102 Giovanni Sartori, *Elogio del semi-presidenzialismo*, IPSR/RISP 25 (1999), 3–20 (3).

103 Siehe dazu Dann, in diesem Band, III.

104 Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789: Bismarck und das Reich*, Bd. III, Stuttgart: W. Kohlhammer 1963, 788 f.; Stefan Oeter, *Föderalismus und Demokratie*, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 73–120 (85 ff.).

105 Michael Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Alten Reich bis Weimar (1495 bis 1934)*, Berlin: Springer 2008, 502.

106 Was die semipräsidentiellen Verfassungsordnungen anbelangt, siehe zu Frankreich Kumin (Fn. 36), Rn. 6 und zu Rumänien Bogdan Iancu, *The Evolution and Gestalt of the Romanian Constitution*, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Sabrina Ragone (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Constitu-*

se Ironie, dass es zwischen dem semipräsidentiellen Regierungssystem der Union und den semipräsidentiellen und semiparlamentarischen Regierungssystemen der Mitgliedstaaten eher zu Problemen kommt als mit den parlamentarischen Regierungssystemen. Aus der Unionsperspektive kommt es darauf an, dass möglichst die mächtigste Person im Europäischen Rat sitzt, die auch eine implementierende nationale Rechtsetzung sicherstellen kann. Das ist bei dem Regierungschef in einem parlamentarischen Regierungssystem eher der Fall als beim Präsidenten in einem semipräsidentiellen System, in dem nicht selten Präsident und Regierungschef konkurrierenden politischen Lagern angehören. Noch weniger passt es zur Logik des Europäischen Rates, wenn die mächtigsten Personen gar kein Regierungsamt innehaben. Eine Situation wie die polnische nach 2015 ist ein Problem, wenn *Jarosław Kaczyński* als der mächtigste Politiker des Landes nicht als Ministerpräsident oder Präsident, sondern als Parteichef die Geschicke des Landes bestimmt und sich damit der Dynamik des Europäischen Rates, seiner *peer pressure*, entzieht.

Es fragt sich deshalb, ob das Unionsrecht Vorgaben macht, wer als Mitglied des Europäischen Rates die europäische Gesellschaft mitregiert. In der Rechtssache *Wagenknecht* stellte das Gericht fest, dass der Europäische Rat „über kein Handlungsermessen bei der Anwendung von Art. 15 Abs. 2 EUV verfügt, wenn er die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten zu [seinen] Tagungen (...) einlädt“.¹⁰⁷ Der Kläger, ein Mitglied des Senats der Tschechischen Republik, hatte gerügt, der Europäische Rat hätte den Premierminister seines Landes wegen eines Interessenkonflikts ausschließen müssen. Laut Gericht liegt es in der „Verantwortung der Mitgliedstaaten (...), die nationalen Maßnahmen, einschließlich der verfassungsrechtlichen, zu erlassen, anhand deren bestimmt werden kann, ob sie bei Tagungen dieses Organs von ihren jeweiligen Staats- oder Regierungschefs vertreten werden sollen und ob es gegebenenfalls Gründe gibt, aus

tional Foundations, Bd. II, Oxford: Oxford University Press 2023, 493–547 (523). Was die semiparlamentarischen Verfassungsordnungen anbelangt, siehe zu Polen *Magdalena Balczyk/Ulrich Ernst*, Kompetenzstreit zwischen Staats- und Regierungschef über die Vertretung im Europäischen Rat. Anmerkung zum Beschluss des polnischen Verfassungsgerichtshofs vom 20. Mai 2009, Kpt 2/08, EuR 45 (2010), 415–437, und zu Österreich *Anton Pelinka*, Das politische System Österreichs, in: Wolfgang Ismayr (Hrsg.), Die politischen Systeme Westeuropas, 3. Aufl., Wiesbaden: VS Verlag 2006, 521–552 (524).

107 EuG, Beschluss v. 17.7.2020, Rs. T-715/19, ECLI:EU:T:2020:340, Rn. 35 – *Wagenknecht/Europäischer Rat*.

denen einer von beiden an der Vertretung seines jeweiligen Mitgliedstaats im Europäischen Rat verhindert ist.¹⁰⁸

Allerdings entspricht es allgemeinen unionsrechtlichen Prinzipien, dass alle nationalen Entscheidungen unionsrechtlich eingebunden sind, also auch die Entscheidung, wer einen Mitgliedstaat im Europäischen Rat vertritt. Eine ständige Rechtsprechung lautet, „dass die Mitgliedstaaten (...), auch wenn es ihnen freisteht, ihre Zuständigkeiten in allen ihnen vorbehaltenen Bereichen auszuüben, gleichwohl verpflichtet sind, hierbei das Unionsrecht einzuhalten“.¹⁰⁹ Dieser Rechtsrahmen besteht nach unserem Verständnis vor allem aus Art. 2 EUV und dem ihn konkretisierenden Art. 10 Abs. 2 EUV. Diese Norm verlangt eine demokratische Legitimation der Mitglieder des Europäischen Rates als Kernmoment europäischer Demokratie, was eine Bewertung der nationalen Selektionsprozesse eröffnet, allerdings nur in engen Schranken.¹¹⁰ Eine sehr weitgehende Meinung vertritt sogar, dass man unter Art. 10 Abs. 2 EUV einen Staats- oder Regierungschef von den Tagungen ausschließen kann, wenn er dessen Anforderungen demokratischer Repräsentativität nicht erfüllt.¹¹¹

Bei aller Bedeutung des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts handeln die Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat als Mitglieder eines EU-Organs und deshalb unter dem Unionsrecht. Ihre Kooperation versteht sich nicht als eine internationale Regierungszusammenarbeit, wie im Fall von Gipfeltreffen der G7, der G20 oder im Rahmen der am 6. Oktober 2022 zum ersten Mal zusammengetretenen Europäischen Politischen Gemeinschaft.¹¹² Als Organ eines politischen Verbands hat der Europäische Rat unionsverfassungsrechtlich die Aufgabe, einen gemeinsamen politischen Prozess unter Berücksichtigung der Prioritäten der Mitgliedstaaten im Lichte des allgemeinen Interesses der EU voranzubringen, also einen europäischen Mehrwert zu erzeugen. Dazu hat der Vertrag von Lissabon

108 EuG, *Wagenknecht/Europäischer Rat* (Fn. 107), Rn. 35.

109 EuGH, Urteil v. 16.2.2022, Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 269 – *Polen/Parlament und Rat*.

110 Näher von Bogdandy/Spieker und Möllers, in diesem Band.

111 So der Vorschlag von John Cotter, *To Everything There Is a Season: Instrumentalising Article 10 TEU to Exclude Undemocratic Member State Representatives from the European Council and the Council*, E.L.Rev. 47 (2022), 69–84.

112 Dies ergibt sich aus dem dieses Gipfeltreffen vorbereitenden Dokument: Europäische Rat, Tagung des Europäischen Rates (23. und 24. Juni 2022) – Schlussfolgerungen, EUCO 24/22, 24.6.2022, Rn. 1–3. Zu dieser neuen Form intergouvernementaler Zusammenarbeit, Jean Paul Jacqué, *La Communauté politique européenne „Back to the future“*, RTDE 2022, 615–618.

das Amt des Präsidenten eingerichtet, das der Europäische Rat per Mehrheitsentscheidung besetzen kann, was den Personalpool enorm erweitert.

b) Der Präsident des Kollegiums

Dieses Amt des Präsidenten des Europäischen Rates ist eine der großen institutionellen Innovationen des Vertrags von Lissabon. Mit ihr hat das Leitungsorgan ein Gesicht gegenüber der europäischen Gesellschaft bekommen, eine elementare Voraussetzung für Sichtbarkeit in der Öffentlichkeit. Sicherlich ist die Rolle des Präsidenten nicht so machtvoll wie die des französischen Präsidenten oder des Vorsitzenden des deutschen Bundesrates unter der Reichsverfassung von 1871, der als deutscher Reichskanzler ziemlich autonom regierte. Vor diesem Hintergrund lässt sich dieses Amt in einem ersten Zugriff skizzieren.

Es dürfte nicht zuletzt den Erfahrungen mit den beiden soeben genannten Ämtern geschuldet sein, dass das Mandat des Präsidenten des Europäischen Rates maximal fünf Jahre dauert und Art. 15 Abs. 6 EUV die Ämterkumulation mit einem mitgliedstaatlichen Amt verbietet. Es sei erinnert: *Bismarcks* Macht im Bundesrat beruhte maßgeblich darauf, dass er gleichzeitig preußischer Ministerpräsident war. Vor diesem Hintergrund versteht sich weiter die politische Dimension des Vorschlags, das Amt der Kommissionspräsidentin und das des Präsidenten des Europäischen Rates in Personalunion unter einem „Doppelhut“ zu verbinden, wie es etwa der vom Europäischen Parlament gebilligte *Bresso/Brok*-Bericht vorgeschlagen hatte.¹¹³ Eine solche Ämterkumulation erscheint auf den ersten Blick zwar rechtlich möglich, trifft aber auf eine Reihe von Problemen, etwa die Wahrung der Unabhängigkeit der Kommission und ihre politische Verantwortung gegenüber dem Europäischen Parlament.¹¹⁴

Wenn der Präsident auch keine beherrschende Figur wie diejenige des französischen Präsidenten oder des deutschen Reichskanzlers darstellt, so ist er doch mehr als ein bloßer Sekretär. Zwar hat er sicherlich weniger politisches Gewicht als die Staats- und Regierungschefs und keine Stimme

113 Europäisches Parlament, Verbesserung der Arbeitsweise der Europäischen Union durch Ausschöpfung des Potenzials des Vertrags von Lissabon, P8_TA(2017)0049, 16.2.2017, Rn. 26. Siehe auch *Broeksteeg/de Waele* (Fn. 34), 1046 und 1072 ff.; *Jacques Ziller*, *La nuova Costituzione europea*, Bologna: Il Mulino 2003, 29.

114 Art. 17 Abs. 3 und Abs. 8 EUV und Art. 245 AEUV.

bei rechtsförmigen Beschlüssen,¹¹⁵ wohl aber eine zentrale Rolle bei der Herstellung von Konsensen (unten IV.1.c). Er gestaltet schon deshalb, weil er die meisten Schlussfolgerungen und Beschlüsse entwirft.¹¹⁶ Zwar ist er dabei nicht allein, sondern hat sich mit dem Rat „Allgemeine Angelegenheiten“, insbesondere mit dessen Vorsitz, und mit der Präsidentin der Kommission zu koordinieren.¹¹⁷ Das ändert aber nichts daran, dass er derjenige ist, der die Initiative ergreift und Feder führt. Nicht nur das letzte, sondern auch das erste Wort ist wichtig.

Zudem muss der Präsident, zusammen mit der Generalsekretärin des Rates, alle Beschlüsse des Europäischen Rates unterschreiben.¹¹⁸ So entsteht die Frage, ob er diese Unterschrift verweigern kann, so dass ihm eine Art Vetoposition und damit erhebliche Macht zukäme. Ein solches eventuelles Prüfungsrecht des Staatspräsidenten ist Gegenstand breiter und grundsätzlicher Diskussionen in vielen Verfassungssystemen.¹¹⁹ Vergleichend können wir dabei als europäische Verfassungstradition ausmachen, dass auf jeden Fall bei offensichtlichen oder schweren Rechtsverstößen eine entsprechende Kompetenz, wenn nicht gar Pflicht besteht. Nach der Konzeption dieses Buches kommt es danach für das Prüfungsrecht der Präsidenten des Europäischen Rates maßgeblich auf den europäischen Verfassungskern an.¹²⁰

c) Konsens als Maxime

Das europäische Institutionengefüge ist nicht auf schnelle und harte Entscheidungen ausgerichtet, die eine Wettbewerbsdemokratie oft charakterisieren. Dem Unionsverfassungsrecht liegt vielmehr ein Demokratieverständnis zugrunde, dass als Konsensdemokratie (oder auch Kompromiss-, Konkordanz- oder Verhandlungsdemokratie) theoretisiert wird.¹²¹ Es zielt,

115 Art. 235 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV.

116 Art. 3 Abs. 1 ER-GO.

117 Art. 16 Abs. 6 UAbs. 2 EUV.

118 Art. 12 Abs. 1 ER-GO.

119 Vergleichend siehe *Hartmut Bauer*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2015, Art. 82 GG, Rn. 7 und 12 ff.

120 Näher *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.3.

121 *Wolfgang Wessels/Lucas Schramm/Tobias Kunstein*, *The European Council as a Crisis Manager: The EU's Fiscal Response to the COVID-19 Pandemic*, Baden-Baden: Nomos 2022, 112 ff.; *Dann* (Fn. 2); *Oeter* (Fn. 104). Zu den einzelnen Ansätzen

der pluralistischen Natur der europäischen Gesellschaft entsprechend, auf Kompromisse.¹²² Diese Konsensorientierung, ebenso wie die regelmäßig notwendige Kooperation voneinander unabhängiger Institutionen, erweist das europäische Regierungssystem als eines der vielen Vermittlungen.¹²³

Wohlgemerkt: Nicht immer soll der Europäische Rat per Konsens entscheiden. Einige Rechtsgrundlagen ermöglichen ihm, Beschlüsse mit einfacher Mehrheit (z.B. Beschlüsse zur Prüfung von Vorschlägen zur Änderung der Verträge)¹²⁴ oder mit qualifizierter Mehrheit (z.B. Ernennung der Kommission) anzunehmen.¹²⁵ Andere Rechtsgrundlagen verlangen hingegen Einstimmigkeit (z.B. Beschlüsse zur Festlegung der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments).¹²⁶ An dieser Stelle zeigt sich zugleich, dass der Begriff „gesetzgebend“ in Art. 15 Abs. 1 EUV eng zu verstehen ist, also nur das als Gesetzgebung bezeichnete Rechtsetzungsverfahren gemäß der Definition in Art. 289 Abs. 3 AEUV meint: Im Übrigen kann der Europäische Rat aufgrund einer Reihe von Kompetenzen durchaus rechtsetzend tätig werden.

Die Regel aber lautet, dass der Europäische Rat im Konsens entscheidet. Und selbst wo eine Mehrheitsentscheidung möglich wäre, sucht er in aller Regel nach Konsens, weil die Union nun mal als eine Konsensdemokratie operiert. Die Möglichkeit einer Entscheidung qua Mehrheit ist gleichwohl bedeutsam, weil Konsens im Schatten einer Mehrheitsentscheidung leichter entsteht.¹²⁷

Konsens ist etwas anderes als Einstimmigkeit und ein bemerkenswert flexibler Modus, um ein Verfahren mit einem Ergebnis abzuschließen. Die Feststellung eines Konsenses im Europäischen Rat liegt in den Händen des Präsidenten und bildet eine seiner Machtressourcen. Wenn er im Verlauf einer Tagung Anzeichen dafür sieht, dass es unter den Mitgliedern eine Übereinstimmung zu einem Tagesordnungspunkt gibt, dann artikuliert er

übersichtlich *Manfred G. Schmidt*, *Demokratietheorien: Eine Einführung*, 6. Aufl., Wiesbaden: Springer 2019, 319–328.

122 *Christine Reh*, *European Integration as Compromise: Recognition, Concession and the Limits of Cooperation*, *Gov't & Oppos.* 47 (2012), 414–440.

123 *von Bogdandy* (Fn. 15), 14.

124 Art. 48 Abs. 2 EUV.

125 Es sei erinnert, dass gemäß Art. 235 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV in Verbindung mit Art. 238 Abs. 2 AEUV die qualifizierte Mehrheit im Europäischen Rat eine höhere Schwelle hat als im Rat nach Art. 16 Abs. 4 EUV.

126 Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2 EUV.

127 *Joseph H.H. Weiler*, *The Transformation of Europe*, *Yale L. J.* 100 (1991), 2403–2483 (2461 ff.).

diese wahrgenommene Übereinstimmung als das Ergebnis der Diskussion. Wenn kein Mitglied dagegen Widerspruch erhebt, gilt der Konsens als erreicht. Die Erzielung des Konsenses verlangt also keine Zustimmung, ja nicht einmal eine Abstimmung, sondern nur das Fehlen von Widerspruch. Dabei kommt es, anders als bei einem Beschluss (oben II.2.), auch auf den Präsidenten des Europäischen Rates und die Präsidentin der Kommission an. Beide können also einen Konsens durch Widerspruch unterbinden. Das hilft dem Europäischen Rat, über eine einfache Bündelung nationaler Interessen hinauszugehen und ein Unionsinteresse zu artikulieren und voranzubringen.

Natürlich ist die Konsensfindung in aller Regel kein spontaner, sondern ein bürokratisch sorgfältig vorbereiteter Prozess, wie schon die vorherige Einbindung des Allgemeinen Rates zeigt (oben IV.1.b). Aber nicht alles ist vorherbestimmt. Es ist für die Regierungsfunktion des Europäischen Rates elementar, dass seine Mitglieder ihre Positionen im Laufe einer Tagung wegen diskursiver Dynamiken ändern können. Auch zu diesem Zweck ist die Gruppe klein und tagt nicht öffentlich. Darüber hinaus können die Staats- und Regierungschefs ihr Stimmrecht allenfalls an ein anderes Mitglied des Europäischen Rates delegieren (Art. 235 Abs. 1 AEUV), sich aber nicht durch einen ihrer Minister vertreten lassen.¹²⁸ Das gewährleistet, dass man „unter sich“ bleibt, was eine Dynamik unter Gleichen gewährleistet und Fluktuation unter den Mitgliedern minimiert.

Aus der Perspektive des Art. 2 EUV, insbesondere unter den Prinzipien der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit, erscheint das Konsensprinzip allerdings nur dann akzeptabel, wenn der Europäische Rat damit keine rechtlich bindenden Festsetzungen treffen kann. Und in der Tat bestimmt er selbst die im Konsens erreichten Festsetzungen als „rein politische Absichtsbekundungen oder Stellungnahmen ohne Rechtswirkung“.¹²⁹ Dies wird in französischer, italienischer und spanischer Fassung von Art. 15 Abs. 4 EUV deutlicher als in der englischen oder deutschen Fassung. In Letzterer heißt es beispielsweise: der Europäische Rat „entscheidet (...) im Konsens“, was auf Rechtsverbindlichkeit hindeuten könnte. In der fran-

128 In diesem Sinne auch *Kumin* (Fn. 36), Rn. 7.

129 Rat der Europäischen Union, Geschäftsordnung des Rates und Erläuterungen zur Geschäftsordnung des Rates, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union 2016, 67.

zösischen Fassung heißt es stattdessen „*se prononce par consensus*“, was die Unverbindlichkeit des Konsenses besser zum Ausdruck bringt.¹³⁰

Man darf annehmen, dass Konsens im Europäischen Rat weniger durch Einsicht als durch Kompromisse hergestellt wird. Die Kompromissfähigkeit des Europäischen Rates ist bemerkenswert und weiß selbst Eingeweihte zu überraschen. Ein anschauliches Beispiel bieten die genannten Verhandlungen von Juli 2020, die zur Annahme des „Next Generation EU“ geführt haben (oben I.), die eine Vielfalt von Konflikten (gemeinsame Schulden, Rechtsstaatlichkeit, Klima, Digitalpolitik) zusammenführen und lösen mussten. In diesem Zusammenhang fällt dem Präsidenten eine wichtige Rolle zu. Laut Art. 15 Abs. 6 EUV soll er auf die Mitglieder des Europäischen Rates einwirken, um „Zusammenhalt und Konsens“ zu fördern.¹³¹ Dies ist keine dienende Funktion, sondern eine genuin politische. Es hilft dabei, dass der Präsident dank seiner institutionellen Position die Handlungsspielräume der Mitglieder wie wenige andere überblickt. Dieses überlegene Wissen ist eine Machtressource, wenn er z.B. mit einzelnen Mitgliedern in Vier-Augen-Gesprächen verhandelt.¹³² Um seine Position in solchen Verhandlungen zu stärken, verfügt der Präsident über ein breites Spektrum von Instrumenten wie taktische Vertagungen oder das Vorschlagen attraktiver *package deals*.

Auf diese Grundlage lässt sich die Rolle des Präsidenten des Europäischen Rates besser erfassen. Die Konsensorientierung verlangt eine konsensorientierte Persönlichkeit in einem Kreis von zumeist überaus selbstbewussten Individuen. Dies erklärt einiges aus der bisherigen Personalaus-

130 Council of the European Union (Fn. 90), 54. Es sei darauf hingewiesen, dass die deutsche Fassung das Wort „Einvernehmen“ als Synonym sowohl für „Konsens“ als auch für das verwendet, was in der englischen „*common accord*“ und in der französischen Fassung „*commun accord*“ bezeichnet wird (z.B. Art. 254 UAbs. 2 AEUV). Im Gegensatz zum Konsens verlangt jedoch *common accord*, dass all diejenigen, die an der Willensbildung teilnehmen, ausdrücklich zustimmen.

131 Art. 15 Abs. 6 lit. c) EUV.

132 Wessels (Fn. 80), 505. Siehe auch Jonas Tallberg, Bargaining Power in the European Council, JCMS 46 (2008), 685–708.

wahl,¹³³ und warum *Tony Blair* 2009 alsbald aus dem Rennen um die Präsidentschaft schied.¹³⁴

d) Abschirmung gegenüber Kontrollen

Zu den Charakteristika des Europäischen Rates zählt, dass sein Handeln weitgehend gegenüber Kontrollen abgeschirmt ist. Das gilt für gerichtliche wie parlamentarische Kontrollen. Wir behandeln im Folgenden vor allem die schwache gerichtliche Kontrolle, um erst am Ende dieses Abschnitts auf die Rolle des Europäischen Parlaments und der mitgliedstaatlichen Parlamente zu sprechen zu kommen.

Das Charakteristikum der Abschirmung gegenüber gerichtlicher Kontrolle macht sich insbesondere an der wichtigsten Handlungsform des Europäischen Rates fest, seinen Schlussfolgerungen.¹³⁵ Dabei handelt es sich um eine Handlungsform, da die Verträge sie ausdrücklich für das Organhandeln des Europäischen Rates vorsehen. Die Bestimmungen, die von Schlussfolgerungen sprechen (Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik),¹³⁶ legen nahe, dass diese nicht rechtsverbindlich sind. Die Organe bestätigen dies, indem sie Schlussfolgerungen nicht im Amtsblatt der Europäischen Union publizieren, sondern nur auf der Website des (Europäischen) Rates. Dies schließt jedoch nicht aus, dass Schlussfolgerungen, die der Europäische Rat in Ausübung seiner Regierungsfunktion annimmt, Rechtswirkungen erzeugen und justiziabel sein können. Gerade das Schweigen der Verträge über die Rechtsnatur der Schlussfolgerungen

133 *Sara Hagemann*, Politics and Diplomacy: Lessons from Donald Tusk's Time as President of the European Council, *EJIL* 31 (2020), 1105–1112; *Desmond Dinan*, Leadership in the European Council: An Assessment of Herman van Rompuy's Presidency, *J. Eur. Integr.* 39 (2017), 157–173.

134 *Tony Barber*, The Appointments of Herman van Rompuy and Catherine Ashton, *JCMS* 48 Ann. Rev. (2010), 55–67 (61).

135 Neben Schlussfolgerungen des Europäischen Rates gibt es Schlussfolgerungen seines Präsidenten (wenn z.B. kein Konsens erreicht wurde) und Erklärungen der Mitglieder des Europäischen Rates (wenn sie ein Organhandeln vermeiden wollen). Beide werden hier nicht thematisiert.

136 Vgl. etwa Art. 121 und Art. 148 AEUV.

und der dynamische Charakter des unionalen Systems der Handlungsformen lässt dies als möglich erscheinen.¹³⁷

Auf jeden Fall hat der Vertrag von Lissabon die Kontrollmöglichkeiten etwas verbessert. Zuvor war es völlig unmöglich, eine gerichtliche Kontrolle des Europäischen Rates durchzuführen. Der Vertrag von Lissabon ermöglicht hingegen Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen auch gegen Handlungen des Europäischen Rates. Dementsprechend stellte das Gericht alsbald nach dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages fest: „Der Europäische Rat gehört nach dem Vertrag von Lissabon zu den Unionsorganen. Entgegen der früheren Rechtsprechung der Unionsgerichte (...) sind daher die Handlungen dieses Organs (...) nicht mehr von der in Art. 263 AEUV vorgesehenen Rechtmäßigkeitskontrolle ausgenommen“.¹³⁸ Gleichwohl bleibt es un-
gemein schwierig, Schlussfolgerungen des Europäischen Rates gerichtlich kontrollieren zu lassen.

Dies ergibt sich daraus, dass der EuGH gemäß Art. 263 AEUV (Nichtigkeitsklage) nur solche Handlungen kontrolliert, die Rechtswirkungen gegenüber Dritten haben. Diese Dritten können die anderen EU-Organe, die Mitgliedstaaten und natürliche oder juristische Personen sein. Die anderen EU-Organe oder die Mitgliedstaaten müssen hierzu darlegen, dass die angegriffenen Schlussfolgerungen bestimmt sind, Rechtswirkungen zu erzeugen, was angesichts des fehlenden Rechtsaktscharakters schwierig ist. Natürliche oder juristische Personen müssen zudem nach der *Plaumann*-Rechtsprechung nachweisen, dass Schlussfolgerungen sie unmittelbar und individuell betreffen,¹³⁹ oder die Voraussetzungen des Art. 263 Abs. 4 Alt. 3 AEUV vorliegen. Bislang hat der EuGH keine Nichtigkeitsklage gegen Schlussfolgerungen als zulässig erachtet.

Auch andere Klagearten eröffnen kaum einen Weg, Schlussfolgerungen kontrollieren zu lassen. Eine Untätigkeitsklage verlangt nach Art. 265 AEUV, dass der Europäische Rat entgegen seiner Verpflichtung, „einen Beschluss zu fassen“, untätig geblieben ist. Die bloße „Nichtausübung eines

137 Zu diesem Charakter *Jürgen Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Armin von Bogdandy/ders. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 489–557 (526 ff.).

138 EuG, Beschluss v. 28.2.2017, Rs. T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128, Rn. 43 – *NF/Europäischer Rat*.

139 Dazu grundsätzlich *Matthias Kottmann*, *Plaumanns Ende*: Ein Vorschlag zu Art. 263 Abs. 4 AEUV, *ZaöRV* 70 (2010), 547–566.

Ermessens“ kann jedoch „nicht Gegenstand einer Untätigkeitsklage“ sein.¹⁴⁰ Die Annahme von Schlussfolgerungen ist aber in aller Regel eine solche Ermessensausübung.¹⁴¹

Selbst die klägerfreundlichste Klageart, die Schadenersatzklage gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV, wird natürlichen oder juristischen Personen in aller Regel kaum weiterhelfen. Sie kommt am ehesten in Betracht, weil sie zu einer Art allgemeinen Feststellungsklage geworden ist, durch die der Gerichtshof einen breiteren Kreis von Handlungen kontrolliert, insbesondere wenn Grundrechte im Spiel sind.¹⁴² Eine solche Klage verlangt aber, dass der Europäische Rat gegen eine Vorschrift verstoßen hat, „die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen“, und es sich um einen „hinreichend qualifizierten Verstoß“ handelt.¹⁴³ Diese Anforderungen sind kaum zu erfüllen, da es in Schlussfolgerungen in aller Regel um allgemeine politische Fragen und Prioritäten geht.

Am aussichtsreichsten erscheint ein Vorabentscheidungsverfahren. Auf Ersuchen eines mitgliedstaatlichen Gerichts prüft der EuGH immer wieder Maßnahmen, deren Kontrolle er in allen anderen Verfahren ablehnt. Die zugrundeliegende Logik ist offensichtlich: Wenn ein mitgliedstaatliches Gericht erwägt, ein Handeln der Union zu kontrollieren, dann übernimmt der EuGH lieber selbst die Kontrolle.¹⁴⁴ Die erfolversprechendste Strategie lautet also, eine nationale Umsetzungsmaßnahme von Schlussfolgerungen vor einem nationalen Gericht anzugreifen. Immerhin kontrollierte der EuGH in einem solchen Verfahren sogar *Draghis* „whatever it takes“-Erklärung,¹⁴⁵ die als bloße Presseerklärung der EZB noch weit informaler ist als die typisierten Schlussfolgerungen des Europäischen Rates. Darüber hinaus gibt es die Möglichkeit einer indirekten Kontrolle, indem das Parlament gegen ein Organ klagt, das die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates umsetzt. So erwog das Europäische Parlament, gegen die Schlussfolgerun-

140 Oliver Dörr, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL Mai 2024, München: C.H. Beck, Art. 265 AEUV, Rn. 40.

141 Koen Lenaerts/Ignace Maselis/Kathleen Gutman, EU Procedural Law, Oxford: Oxford University Press 2014, Rn. 8.13.

142 Marc Jacob/Matthias Kottmann, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL Mai 2024, München: C.H. Beck, Art. 340 AEUV, Rn. 14.

143 Lenaerts/Maselis/Gutman (Fn. 141), Rn. II.48 und II.52 ff.

144 Vgl. EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599, Rn. 54 f. – *FBF*.

145 EuGH, Urteil v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 24 ff. – *Gauweiler u.a.*

gen vom 11. Dezember 2020 vorzugehen, indem es eine Klage gegen die Kommission einreichte.¹⁴⁶

Nun regiert der Europäische Rat nicht nur durch Schlussfolgerungen, sondern auch durch Rechtsakte im Sinne von Art. 288 AEUV, die also bereits auf Grund der gewählten Handlungsform Rechtsfolgen erzeugen, hauptsächlich Beschlüsse. Sie unterliegen der Kontrolle des Gerichtshofs. Alle diesbezüglichen Zweifel räumte das *Pringle*-Urteil im Jahr 2012 aus, wonach der EuGH sogar die Gültigkeit von Beschlüssen des Europäischen Rates unter Art. 48 Abs. 6 EUV (d.h. Handlungsformen, die Ausdruck der vertragsändernden, also materiell verfassungsändernden Gewalt sind) kontrollieren kann.¹⁴⁷ Da die meisten dieser Beschlüsse aber organisatorischer oder allgemeiner Natur sind, kommen als Kläger nur die anderen Unionsorgane und die Mitgliedstaaten in Betracht (nicht aber natürliche oder juristische Personen), oder eine Gültigkeitskontrollvorlage nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV.

Ein weiterer Aspekt verschärft das Kontrollproblem. Bisweilen kommen die EU-Staats- und Regierungschefs zusammen, ohne sich als Europäischer Rat zu konstituieren. Sie agieren dann vielmehr schlichtweg als Staats- und Regierungschefs, also völkerrechtlich als Vertreter ihrer Staaten. Dies ist manchmal schwer zu konstatieren, weil dieselben Personen am selben Tisch handeln und den EU-Apparat nutzen. Der EuGH hat diese „Nutzung“ von Ressourcen, wie die Bereitstellung von Räumlichkeiten und der internen Strukturen wie das Generalsekretariat des Rates, akzeptiert.¹⁴⁸ Dieser „chamäleonartige“ Vorgang¹⁴⁹ liegt der stark kritisierten EU-Türkei-Erklärung der Staats- und Regierungschefs zugrunde.¹⁵⁰ Das Gericht, das mehrere Klagen gegen die Erklärung erreichten, erklärte sich für unzustän-

146 Das Parlament hat diese Klage später zurückgezogen, vgl. EuGH, Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs v. 8.6.2022, Rs. C-657/21 – *Parlament/Kommission*.

147 EuGH, Urteil v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 30 ff. – *Pringle*.

148 EuGH, Urteil v. 14.7.2022, Rs. C-59/18, ECLI:EU:C:2022:567, Rn. 103 – *Italien/Rat (Siège de l'Agence européenne des médicaments)*; Urteil v. 14.7.2022, Rs. C-743/19, ECLI:EU:C:2022:569, Rn. 80 f. – *Parlament/Rat (Siège de l'Autorité européenne du travail)*.

149 *Bruno de Witte*, Chameleonic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements, in: ders./Dominik Hanf/Elen Vos (Hrsg.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen: Intersentia 2001, 231–267 (256 ff.).

150 Für andere Beispiele siehe *de Witte*, *Legal Methods* (Fn. 14), 650 ff.

dig.¹⁵¹ Es folgte der Auffassung des Europäischen Rates, wonach nicht er selbst, sondern die „bloßen“ Staatenvertreter gehandelt haben, selbst wenn Tagung und Entscheidungsfindung im Gebäude des Europäischen Rates stattfanden.¹⁵² Der EuGH wies sämtliche Rechtsmittel gegen die Beschlüsse des Gerichts zurück.¹⁵³

Ein weiteres Beispiel ist der Euro-Gipfel. Dabei handelt es sich um in dem Fiskalpakt vorgesehene Sitzungen der Staats- und Regierungschefs der dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten, zu dem auch der Präsident des Euro-Gipfels (der in der Praxis immer der Präsident des Europäischen Rates ist) und die Präsidentin der Kommission gehören. An diesen Sitzungen, die „gemeinsame Positionen und gemeinsame Aktionslinien“ definieren sollen, nehmen bisweilen auch die Nicht-Euro-Mitgliedstaaten teil, wie z.B. an den Sitzungen zur Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion von 2018.¹⁵⁴ Auch hier stellt sich das Problem, dass ein Gremium existiert, das strukturell den Europäischen Rat in jeder Hinsicht kopiert, aber dennoch außerhalb der Verträge und damit außerhalb der Kontrolle der EU-Judikatur agiert. Die Verwandlung von einem gerichtlich kontrollierbaren EU-Organ hin zu einem Treffen der Staats- und Regierungschefs außerhalb des institutionellen Gefüges birgt Risiken für die Legitimität des Handelns des Europäischen Rates. Eine Strategie des gerichtlichen Umgangs mit solchen Akten besteht darin, dass der EuGH sie indirekt kontrolliert und gegebenenfalls ihre Irrelevanz für das Unionsrecht feststellt.¹⁵⁵

151 EuG, *NF/Europäischer Rat* (Fn. 138); Beschluss v. 28.2.2017, Rs. T-193/16, ECLI:EU:T:2017:129 – *NG/Europäischer Rat*; Beschluss v. 28.2.2017, Rs. T-257/16, ECLI:EU:T:2017:130 – *NM/Europäischer Rat*.

152 Diesbezüglich *Eleanor Spaventa*, Constitutional Creativity or Constitutional Deception? Acts of the Member States Acting Collectively and Jurisdiction of the Court of Justice, CML Rev. 58 (2021), 1697–1730 (1705 ff.); *Ezio Perillo*, Le decisioni collettive dei governi degli Stati membri e il rispetto dello Stato di diritto europeo: una competenza esclusiva della Corte di giustizia?, *Il Diritto dell'Unione Europea* 2021, 519–551; *Jürgen Bast*, Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?, *VerfBlog*, 3.3.2017.

153 EuGH, Beschluss v. 12.9.2018, Rs. C-208/17 P bis C-210/17 P, ECLI:EU:C:2018:705 – *NF/Europäischer Rat*.

154 *Eugenia Dumitriu Segnana/Alberto de Gregorio Merino*, EU Institutions Representing Member States' Governments, in: Fabien Amtenbrink/Christoph Herrmann (Hrsg.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford: Oxford University Press 2020, 428–455 (452 f.).

155 In diese Richtung EuGH, Urteil v. 14.7.2022, verb. Rs. C-59/18 und C-182/18, ECLI:EU:C:2022:567, Rn. 110 f. – *Italien/Rat*.

Insgesamt ist festzuhalten, dass der Europäische Rat derzeit nur ansatzweise in ein System *rechtlicher* Verantwortung eingebunden ist, was verfassungsrechtlich zu problematisieren ist. Es ist keineswegs selbsterklärend, dass in einer Rechtsunion unter dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV das Standardinstrument des mächtigsten Organs der Union kaum gerichtlich kontrolliert werden kann. Allerdings kann man rechtsvergleichend darauf hinweisen, dass die Handlungen, in denen die Ausübung der Regierungsfunktion zum Ausdruck kommt, im Allgemeinen einer äußerst begrenzten gerichtlichen Kontrolle unterliegen.¹⁵⁶ Rechtfertigend mag man hinzufügen, dass die fehlende Bindungskraft helfen mag, die Autonomie der anderen Organe zu schützen, was seinerseits dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts dient. Angebliche Fälle von Missständen in der Verwaltungstätigkeit können auch den Europäischen Bürgerbeauftragten auf den Plan rufen, wodurch Kontrolldefizite zumindest teilweise ausgeglichen werden können.¹⁵⁷

Allerdings unterliegt die Regierungsfunktion in aller Regel einer intensiven *politischen* Kontrolle, insbesondere in parlamentarischen Regierungssystemen. An dieser Stelle zeigt sich ein wahrlich präsidentieller Zug des unionalen Regierungssystems.¹⁵⁸ Die Verträge sehen eine Kontrolle durch das Europäische Parlament kaum vor. Art. 15 Abs. 6 lit. c) EUV bestimmt nur, dass der Präsident im Anschluss an jede Tagung dem Parlament einen Bericht vorlegt. Art. 230 UAbs. 3 AEUV überlässt es zudem ganz dem Europäischen Rat, wie er diese eher dürftige Rechenschaftspflicht gegenüber dem Parlament organisiert.¹⁵⁹ Ob die politische Verantwortlichkeit der Staats- und Regierungschefs im nationalen Kontext die geringe politische Verantwortlichkeit im europäischen Kontext hinreichend kompensiert, erscheint uns fraglich (dazu V.).¹⁶⁰

156 Mit Blick auf die völkerrechtliche Dimension des Regierens in verschiedenen Rechtsordnungen, Kottmann (Fn. 38), 39 ff.

157 Vogiatzis (Fn. 87), 1676 ff.

158 Über die immer noch schwache politische Kontrolle des Präsidenten im französischen institutionellen System siehe Nicoletta Perlo, Le contrôle parlementaire des présidents en régime semi-présidentiel, Pouvoirs 184 (2023), 81–92 (86 ff.).

159 Sven Hölscheidt, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL Mai 2024, München: C.H. Beck, Art. 230 AEUV, Rn. 21.

160 Kritisch Sébastien Roland, La légitimité politique du Conseil européen, in: Didier Blanc (Hrsg.), Le Conseil européen, le politique des politiques de l'Union européenne. Aspects institutionnels et matériels, Bruxelles: Bruylant 2023, 83–102.

2. Semipräsidentielle Gewaltengliederung

Um zu regieren, muss der Europäische Rat nicht nur Konsense unter seinen Mitgliedern herstellen, sondern zudem dafür Sorge tragen, dass sich die gesellschaftliche Wirklichkeit entsprechend den konsentierten Politiken entwickelt. Das bedarf in aller Regel der Entscheidung weiterer Organe, deren Aufgabenbereich er nach dem Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts zu respektieren hat.¹⁶¹ Wie jedes Organ muss er „seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausüben“, was sich nunmehr auch aus Art. 13 Abs. 2 EUV ergibt.¹⁶² Europäisches Regieren im Sinne von Art. 15 Abs. 1 EUV meint sicherlich kein Durchregieren, sondern ein Führen in Kontexten, welche sich anhand der Erfahrungen semipräsidentieller Regierungssysteme besser verstehen. Wir fokussieren in diesem Sinne einerseits auf Interaktion mit den gesetzgebenden Organen, insbesondere dem Europäischen Parlament, andererseits mit dem anderen Organ mit einer Regierungsfunktion, also der Kommission. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Regierungsfunktion des Europäischen Rates die anderen Organe durchaus stärkt.¹⁶³ Das ist, wie nun zu zeigen ist, keineswegs paradox.

a) Das Verhältnis zum Gesetzgeber

Nach den europäischen Verfassungstraditionen bietet die Gesetzgebung den wichtigsten Weg, politische Richtungsentscheidungen in einer Gesellschaft zum Tragen zu bringen. Der Europäische Rat ist aber an der Gesetzgebung der Union formell nicht beteiligt, wie der Vertrag in Art. 15 Abs. 1 EUV unterstreicht.¹⁶⁴ Der Gesetzgeber besteht vielmehr aus dem Europäischen Parlament und dem Rat. Nach den europäischen Verfassungstradi-

161 David Yuratich, Article 13(2) TEU: Institutional Balance, Sincere Co-Operation, and Non-Domination During Lawmaking?, GLJ 18 (2017), 99–125.

162 EuGH, Urteil v. 22.5.1990, Rs. C-70/88, ECLI:EU:C:1990:217, Rn. 22 – *Parlament/Rat*.

163 Derek Beach/Sandrine Smeets, New Institutional Leadership: How the New European Council-dominated Crisis Governance Paradoxically Strengthened the Role of EU Institutions, J. Eur. Integr. 42 (2020), 837–854; Simonetta Izzo, Il ruolo del Consiglio europeo nella crisi dell'euro, Il diritto dell'Unione Europea 21 (2016), 683–708 (694 ff.).

164 Didier Blanc, L'exclusion du Conseil européen de la fonction législative: la lettre et l'esprit, RTDE 53 (2017), 9–21.

tionen ist dabei das Verhältnis des Europäischen Rates als Regierungsorgan zum Europäischen Parlament von besonderer Bedeutung, weil dieses Verhältnis den wichtigsten Schlüssel zur Bestimmung des Regierungssystems birgt.

Gemeinhin unterscheidet man parlamentarische, präsidentielle und semipräsidentielle Systeme, die allseits bekannte spezifische Vor- und Nachteile bei der Herstellung demokratischer Legitimität und Handlungsfähigkeit haben.¹⁶⁵ Die Logik eines parlamentarischen Regierungssystems lautet, dass solche Personen regieren sollen, welche die parlamentarische Mehrheit kontrollieren.¹⁶⁶ Die gemeinsame Legitimationsquelle führt tendenziell zu einer weitgehenden Fusion von Regierung und parlamentarischer Mehrheit. Die Kontrolle der parlamentarischen Mehrheit, mittels rechtlicher, aber vor allem parteipolitischer Instrumente ist die wichtigste Machtressource einer Regierung. All dies erleichtert die Umsetzung des Regierungswillens in ein Gesetz.

In präsidentiellen und semipräsidentiellen Systemen ist der Zusammenhang lockerer, so eben auch der Zusammenhang zwischen Europäischem Rat und Europäischem Parlament. Natürlich haben viele Staats- und Regierungschefs als mitgliedstaatliche Parteichefs Einfluss auf die europäischen Abgeordneten ihrer Partei. Aber schon angesichts der Vielzahl von Parteien ist der Einfluss weit schwächer als im nationalen System. Zudem liegt es in der Logik der europäischen institutionellen Ordnung, ihrer Zusammensetzung und Anreize, dass viele europäische Abgeordnete als einflussreiche und von den anderen Organen unabhängige Mitgesetzgeber erscheinen wollen,¹⁶⁷ und sicherlich nicht als bloße Vollzugsgehilfen des Europäischen Rates.¹⁶⁸ Deshalb entwickelt das Europäische Parlament, anders als ein Parlament in einem parlamentarischen Regierungssystem, regelmäßig von seiner Mehrheit gestützte Alternativen zu Positionen, welche die von den mitgliedstaatlichen Regierungen beherrschten Organe artikulieren. Anders

165 Für eine breite Analyse vgl. *Diego Valadés*, La parlamentarización de los sistemas presidenciales, México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM 2007. Für einen Überblick über kritische Aspekte semipräsidentieller Regime siehe *Olivier Rozenberg*, Les périls du semi-présidentialisme, *Pouvoirs* 184 (2023), 37–50.

166 von Bogdandy (Fn. 65), 136 ff.

167 Ausführlich *Giacomo Rugge*, *Trilogues: The Democratic Secret of European Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press, im Erscheinen.

168 *Johannes Müller Gómez/Wulf Reiners*, Rivalität mit System? Zehn Jahre institutioneller Wettbewerb zwischen Europäischem Parlament und Europäischem Rat, *integration* 42 (2019), 262–279.

als Präsidenten in vielen anderen semipräsidentiellen Systemen fehlt dem Europäischen Rat auch ein verfassungsrechtliches Instrument, das Parlament in die Knie zu zwingen, etwa mit der Androhung seiner Auflösung.¹⁶⁹

Diese Unabhängigkeit des Parlaments vom Europäischen Rat kann man verfassungsdogmatisch als Gewaltenteilung, Gewaltengliederung, *checks and balances* verstehen. Sie dient somit demokratischer Rechtsstaatlichkeit. Und in der Tat: So wichtig demokratische Handlungsfähigkeit ist, so abwegig würde es unter den Prinzipien des Art. 2 EUV erscheinen, wenn neunundzwanzig Personen mittels eines in vielleicht tiefer Nacht gefunden Konsens *durchregieren* könnten.

Umso mehr ist es verfassungsrechtlich relevant, dass dem Europäischen Rat immer wieder ein solches Durchregieren vorgeworfen wird. Er zeichne mit seinen Schlussfolgerungen nicht nur allgemeine Leitlinien, sondern zu oft zu viele Einzelheiten vor.¹⁷⁰ Der Europäische Rat dehne seine Rolle weit über die in den Verträgen festgelegten Grenzen hinaus aus und determiniere bisweilen sogar rechtswidrig das Gesetzgebungsverfahren. Schlimmer noch: Nach der sogenannten Unionsmethode lege der Europäische Rat in einem ersten Schritt die wesentlichen Grundzüge wichtiger Politiken „quasi-legislativ“ fest und entscheide dann im zweiten Schritt, ob diese Politik durch einen EU-Rechtsakt oder aber durch einen völkerrechtlichen Vertrag verbindlich gemacht wird.¹⁷¹ Hier erscheint die gesamte Union gleichsam als Appendix eines souverän entscheidenden Kollegiums.

Das Europäische Parlament selbst kritisierte in einer Entschließung, dass die Schlussfolgerungen „eine beträchtliche Zahl legislativer Aspekte enthielten, die im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens hätten entschieden werden sollen“. Es betonte deshalb, dass Schlussfolgerungen „in keinem Fall rote Linien darstellen, die mit dem Parlament nicht verhandelbar wären.“¹⁷² Letzteres ist sicherlich richtig, wie sich bereits aus der fehlenden Bindungskraft von Schlussfolgerungen ergibt.

169 So aber der französische Präsident gemäß Art. 12 der französischen Verfassung.

170 Ausführlich José Manuel Martínez-Sierra, *De jure y de facto: las dos caras del Consejo Europeo tras Lisboa*, Revista de Derecho Comunitario Europeo 73 (2022), 829–871; Richard Crowe, *The European Council and the Multiannual Financial Framework*, CYELS 18 (2016), 69–92. Siehe auch de Witte, *Legal Methods* (Fn. 14), 642 ff.

171 Calliess (Fn. 36), Art. 15 EUV, Rn. II.

172 Europäisches Parlament, Verhandlungen über den MFR 2014–2020: Erkenntnisse und weiteres, P7_TA(2014)0378, 15.4.2014, Rn. 12 und 14.

Um das Problem zu fixieren, hilft es zwischen dem Gesetzgebungsverfahren und dem Gesetzgebungsprozess zu unterscheiden. Das Verfahren ist eine rechtlich bestimmte Abfolge von Schritten, die für eine hoheitliche Entscheidung notwendig sind. *Prozess* meint hingegen das politische Geschehen, das dieses Verfahren ermöglicht und begleitet. In dem unionalen Gesetzgebungsverfahren entscheiden allein Parlament und Rat, der Vorschlag kommt allein von der Kommission.¹⁷³ Auf den Gesetzgebungsprozess können aber weitere Organe und Akteure legitim einwirken: Wirtschaftsvertreter, Lobbyisten, Nichtregierungsorganisationen, Regionen und Städte, die Medien, aber auch der Europäische Rat. Die Festlegung in Art. 15 Abs. 1 EUV betrifft das Gesetzgebungsverfahren, nicht den Gesetzgebungsprozess.¹⁷⁴

In dem Gesetzgebungsprozess kommt dem Europäischen Rat aufgrund seiner Regierungsfunktion durchaus eine verfassungsrechtliche Rolle zu. Art. 15 Abs. 1 EUV erteilt sogar einen Auftrag, auf das europäische Gesetzgebungsverfahren einzuwirken, damit die Ziele der Union verwirklicht werden. Dass die unionale Gewaltengliederung ein Einwirken des Europäischen Rates vorsieht, bestätigt Art. 16 Abs. 6 UAbs. 2 EUV. Er überträgt dem Rat „Allgemeine Angelegenheiten“, also einem Organ der gesetzgebenden Gewalt die Aufgabe, für die erforderlichen Maßnahmen zur Umsetzung der Impulse des Europäischen Rates zu sorgen.

Der Gerichtshof bestätigt diese Lesart der unionalen Gewaltengliederung in der Rechtssache *Polen/Parlament und Rat*. Er stellt fest, dass die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates die gesetzgebenden Organe nicht binden und er deshalb nicht *direkt* auf die Gesetzgebung einwirken kann.¹⁷⁵ Zugleich lässt der Gerichtshof keinen Zweifel daran, dass der Europäische Rat sein politisches Gewicht nutzen darf, um auf die gesetzgebenden Organe einzuwirken. Der EuGH lehnt es daher ab, die politische Einflussnahme, die sich in den Schlussfolgerungen findet, zu kontrollieren: Die „geltend gemachten Auswirkungen ‚politischer‘ Natur der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates auf das Gesetzgebungsrecht des Parlaments und des Rates [können] keinen Grund für die Nichtigerklärung des

173 EuGH, Urteil v. 4.9.2018, Rs. C-57/16 P, ECLI:EU:C:2018:660, Rn. 86 ff. – *ClientEarth/Kommission*.

174 Zur Frage einer Überdeterminierung der Kommission siehe unten, IV.2.b.

175 EuGH, Urteil v. 21.6.2018, Rs. C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483, Rn. 85 – *Polen/Parlament und Rat*.

angefochtenen Beschlusses durch den Gerichtshof darstellen“.¹⁷⁶ Und das Gericht ist der Auffassung, dass Art. 15 Abs. 1 EUV „den Europäischen Rat nicht daran hindert, zu einer Frage Stellung zu nehmen, die Gegenstand eines Gesetzgebungsverfahrens ist“.¹⁷⁷

Diese Argumentation mag manchem als allzu formalistisch erscheinen. Aber die institutionelle Praxis zeigt, dass die gesetzgebenden Organe, also das Parlament und selbst der Rat, sich keineswegs als Vollzugsorgane des Europäischen Rates verstehen. Das ergibt sich für das Parlament bereits aus dem oben Gesagten. Was die Beziehung zwischen dem Rat und dem Europäischen Rat anbelangt, verdeutlichen dies zwei EuGH-Entscheidungen, auf die schon vorstehend verwiesen wurde.¹⁷⁸ In beiden Verfahren rügten einige Mitgliedstaaten die Rechtswidrigkeit von Rechtsakten, weil der Rat von den Leitlinien abgewichen sei, die der Europäische Rat in Schlussfolgerungen zum Ausdruck gebracht hatte. Die Klagen zielten daher darauf ab, den Rat für seine von den Klägern als „rebellisch“ empfundene Entscheidung zu maßregeln. Der EuGH konnte in dieser Abweichung keinen Rechtsfehler finden, ganz seiner oben ausgeführten Linie entsprechend.

Systematische Erkenntnisse für die Beziehung zwischen dem Europäischen Rat und den anderen Organen ergeben sich aus den „*checklists of commitments*“ des Wissenschaftlichen Dienstes des Europäischen Parlaments.¹⁷⁹ Diese periodische Publikation dokumentiert die Schritte der zuständigen Organe (das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission) zur Umsetzung von Schlussfolgerungen des Europäischen Rates. Sie zeigt, dass keine Institution sich als Vollzugsorgan begreift. Manche beklagen sogar die hierin zum Ausdruck kommende Unabhängigkeit als besorgniserregend.¹⁸⁰ Was als „*foot dragging*“ bezeichnet wird, ist aber in die Logik eines semipräsidentiellen Systems eingeschrieben und ist im Lichte des Gewinns an Legitimation zu bewerten, welche die unterschiedlichen Legitimationsstränge in das europäische Regierungssystem tragen.

176 EuGH, *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 175), Rn. 86; Urteil v. 6.9.2017, Rs. C-643/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 145 – *Slowakei/Rat*.

177 EuG, Urteil v. 12.12.2019, Rs. T-527/16, ECLI:EU:T:2019:856, Rn. 116 – *Tâpias/Rat*.

178 EuGH, *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 175), Rn. 72 ff.; *Slowakei/Rat* (Fn. 176), Rn. 136 ff.

179 Für die letzte Fassung dieser Liste *Suzana Anghel/Ralf Drachenberg/Rebecca Torpey*, European Council Conclusions: A Rolling Check-list of Commitments to Date, PE 734.673, 10.2022.

180 Jan Werts, *The European Council in the Era of Crises*, London: Harper 2021, 308 und 330.

Insgesamt kann man festhalten, dass die Regierungsfunktion des Europäischen Rates nicht die unionale Gewaltengliederung aushebelt. Dass er auf die Organe der Gesetzgebung einwirkt, gerade auch über die regierende Rolle seiner Mitglieder in den nationalen politischen Systemen, entspricht der in Art. 15 Abs. 1 EUV zum Ausdruck kommenden Vorstellung europäischen Regierens. Es mag in Einzelfällen zu Verstößen gegen den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts gekommen sein, aber es gibt keine Hinweise auf strukturelle Probleme.

b) Das Verhältnis zur Kommission

Semipräsidentialismus bedeutet, dass der Präsident nicht allein regiert, sondern sich die Regierungsfunktion mit einem weiteren leitenden Organ teilt, das durch einen parlamentarischen Beschluss ins Amt gekommen und dadurch gegenüber dem Präsidenten verselbständigt ist. Dies ist bei der Europäischen Kommission der Fall (Art. 17 Abs. 7 EUV). Selbst wenn die Kommission nicht alle Merkmale erfüllt, die nach den europäischen Verfassungstraditionen eine Regierung kennzeichnen,¹⁸¹ so erscheint es in der semipräsidentiellen Linse gleichwohl weiterführend, das Verhältnis Europäischer Rat – Kommission nach Maßgabe des Verhältnisses Präsident – Regierung zu durchleuchten. Denn es ist offensichtlich, dass die Kommission mehr als ein Sekretariat sein soll: Sie hat gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EUV nicht nur ein administratives, sondern zudem ein politisches Mandat.¹⁸²

Die wohl wichtigste Kritik in dieser Hinsicht lautet, dass die extensive Ausübung der Regierungsfunktion durch den Europäischen Rat die Kommission entgegen Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EUV auf ein bloßes Sekretariat reduziert habe.¹⁸³ Der Kern dieses „Degradierungsarguments“ betrifft die Impulsfunktion des Europäischen Rates: Diese habe das legislative Initiativmonopol der Kommission und damit ihre wichtigste Machtressource, um gesellschaftliche Entwicklungen zu steuern, ausgehöhlt.¹⁸⁴ Das „Degradierungsargument“ kann aber nur überzeugen, wenn man gleichzeitig be-

181 Hierzu ausführlich *Krämer/Wendel*, in diesem Band.

182 EuG, Urteil v. 12.5.2015, Rs. T-562/12, ECLI:EU:T:2015:270, Rn. 133 – *Dalli/Kommission*.

183 *Mark Dawson/Floris de Witte*, Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis, MLR 76 (2013), 817–844 (830); zuvor schon *Weiler* (Fn. 127), 2423.

184 *Werts* (Fn. 180), 307.

hauptet, dass die Kommission das einzige Organ sein sollte, das für die Festlegung der politischen Prioritäten der EU zuständig sei. Ein solches Argument kann aber angesichts Art. 15 Abs. 1 EUV kaum überzeugen. Vielmehr sehen die Verträge eine kooperative Beziehung zwischen dem Europäischen Rat und der Kommission vor.¹⁸⁵ Das EU-Primärrecht besagt allein, dass Gesetzgebungsakte der Union einen Kommissionsvorschlag benötigen (Art. 17 Abs. 2 EUV), aber es sagt nichts dazu, wer und wie in dem breiteren Gesetzgebungsprozess tätig wird (vgl. bereits IV.2.a). Hier lässt das Unionsverfassungsrecht den politischen und gerade auch persönlichen Dynamiken zwischen den involvierten Akteuren viel Raum.

Ein Problem könnte sich allerdings ergeben, wenn der Europäische Rat in seinen Schlussfolgerungen regelmäßig detaillierte Vorgaben für die Gesetzgebungsprojekte machen würde. Das ist aber nicht der Fall. Die Website des Europäischen Rates zeigt, dass er seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bis Ende 2022 dreiundsiebzig Schlussfolgerungen angenommen hat, darunter einige Dokumente, die die Leitlinien für die Brexit-Verhandlungen festlegten. Von all diesen Dokumenten sind nur neun länger als fünfzehn Seiten. Die Zahl von fünfzehn Seiten ist relevant, weil dies die maximale Länge ist, auf die sich der Europäische Rat 1999 geeinigt hat, um seine Schlussfolgerungen prägnant zu halten.¹⁸⁶ Von diesen neun Dokumenten enthält das erste Dokument die Schlussfolgerungen, die am selben Tag angenommen wurden, an dem der Vertrag von Lissabon in Kraft trat; die Bedeutung dieses Ereignisses rechtfertigt den Umfang.¹⁸⁷ Ein zweites Dokument enthält neben zwölf Seiten Schlussfolgerungen zwei Anlagen: den „Euro-Plus-Pakt“ und die „Vereinbarung über die Merkmale des ESM“. Die Überlänge dieser Schlussfolgerungen ist also auf zwei Texte zurückzuführen, die nicht in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fallen.¹⁸⁸ Ein drittes Dokument überschreitet die Höchstlänge um eine Seite, weil es eine

185 Petya Alexandrova, Institutional Issue Proclivity in the EU: The European Council vs the Commission, *Journal of European Public Policy* 24 (2017), 755–774; Pierre Bocquillon/Mathias Dobbels, An Elephant on the 13th Floor of the Berlaymont? European Council and Commission Relations in Legislative Agenda Setting, *Journal of European Public Policy* 21 (2014), 20–38.

186 Schlussfolgerung des Vorsitzes, Europäischer Rat (Helsinki): 10. und 11. Dezember 1999, Anlage III: Ein effizienter Rat für eine erweiterte Union – Reformleitlinien und Empfehlungen für Maßnahmen.

187 Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates (10. und 11. Dezember 2009) – Schlussfolgerungen, EUCO 6/1/09 REV 1, 5.2.2010.

188 Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates (24. und 25. März 2011) – Schlussfolgerungen, EUCO 10/1/11 REV 1, 20.4.2011.

drei Seiten lange „Erklärung zur südlichen Nachbarschaft“ enthält.¹⁸⁹ Ein viertes Dokument erreicht fünfundzwanzig Seiten, weil es einen umfangreichen Teil zur Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik enthält, also einem Politikbereich, der gemäß Art. 24 EUV „vom Europäischen Rat und vom Rat (...) festgelegt und durchgeführt“ werden muss.¹⁹⁰

Angesichts der Tatsache, dass die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates in der Regel viele Themen betreffen,¹⁹¹ können sie kaum ein solches Maß an Details erreichen, dass die Befugnisse der Kommission ernsthaft gefährdet wären. Es gibt Ausnahmen, so insbesondere die Schlussfolgerungen vom Juli 2020, die fast siebenzig Seiten von detaillierten Vereinbarungen über „Next Generation EU“ und den MFR 2021–2027 enthalten.¹⁹² Sie wurden deshalb zu Recht intensiv geprüft.¹⁹³

Bei der Beurteilung der Frage, ob der Europäische Rat die Kommission zu einem Sekretariat degradiert, ist schließlich zu berücksichtigen, dass der Präsident des Europäischen Rates die Schlussfolgerungen in Zusammenarbeit mit der Präsidentin der Kommission erarbeitet. So kann sie deren Inhalt beeinflussen und darauf hinwirken, dass den Prärogativen ihrer Institution genügend Raum verbleibt.¹⁹⁴ Zu diesem Zweck holt das Generalsekretariat der Kommission vor einer Tagung von allen ihren Dienststellen Stellungnahmen ein, so dass die Kommissionspräsidentin mit großer Substanz auf die Schlussfolgerungen einwirken kann. Es ist daher schwer vorstellbar, dass der Europäische Rat der Kommission Schlussfolgerungen aufzwingt, die diese nicht zu akzeptieren bereit ist.

189 Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates (23. und 24. Juni 2011) – Schlussfolgerungen, EUCO 23/1/11 REV 1, 29.9.2011.

190 Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates (19. und 20. Dezember 2013) – Schlussfolgerungen, EUCO 217/13, 20.12.2013.

191 Puetter (Fn. 94), 134.

192 Europäischer Rat, Außerordentliche Tagung des Europäischen Rates (17., 18., 19., 20. und 21. Juli 2020) – Schlussfolgerungen, EUCO 10/20, 21.7.2020.

193 Ausführlich hierzu einerseits Editorial comments: Compromising (on) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law, CML Rev. 58 (2021), 267–284; andererseits de Witte, COVID-19 Recovery Plan (Fn. 11). Auch die Schlussfolgerungen der außerordentlichen Tagung des Europäischen Rates vom 1. Februar 2024, in denen die Einrichtung der sogenannten *Ukraine Facility* erörtert wurde, verdienen eine sorgfältige rechtliche Bewertung. Hier hat der Europäische Rat bestimmte politische Präferenzen in Bezug auf die *Governance* dieses durch einen legislativen Akt zu schaffenden Rechtsinstruments in einer ungewöhnlich prägnanten Sprache geäußert. Siehe Europäischer Rat, Außerordentliche Tagung des Europäischen Rates (1. Februar 2024) – Schlussfolgerungen, EUCO 2/24, 1.2.2024, Rn. 5 f.

194 European Commission (Fn. 93), 12 ff.

Entsprechend zeigen empirische Untersuchungen die Kommission als eigenständigen politischen Akteur neben dem Europäischen Rat, die ihn sogar für ihre Projekte zu nutzen weiß. Zur europäischen Energiepolitik berichtet eine Studie, dass die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom Februar 2011 und Mai 2013 in der Sache die zuvor von der Kommission entwickelten Strategien nur absegnen.¹⁹⁵ Ähnliches findet sich im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.¹⁹⁶ Insgesamt gibt es also keine Evidenz, dass der Europäische Rat die Kommission systematisch auf ein Sekretariat reduziert hat.¹⁹⁷

Es fragt sich abschließend, ob und wie die Mitgliedschaft der Kommissionspräsidentin im Europäischen Rat dieses Bild einer unabhängigen Kommission mit eigener Regierungsfunktion beeinflusst. Man kann diese Mitgliedschaft anhand der Vertragsbestimmungen problematisieren, die eine „völlig unabhängige“ Kommission vorschreiben, deren Mitglieder „Weisungen von einer Regierung, einem Organ, einer Einrichtung oder jeder anderen Stelle weder einholen noch entgegennehmen“ dürfen.¹⁹⁸

Zwei Bestimmungen sichern jedoch die gewaltengliedernde Logik des EU-Vertrags. Erstens hat die Kommissionspräsidentin nur eine Vetostimme bei den unverbindlichen Konsensen, während sie an Beschlüssen des Europäischen Rates nicht mitwirkt. Zweitens ist die Kommission ein Organ, das nach dem Kollegialprinzip handelt.¹⁹⁹ Daher kann die Kommission trotz der Mitgliedschaft ihrer Präsidentin im Europäischen Rat von dessen Schlussfolgerungen rechtlich nicht gebunden werden.²⁰⁰

195 Philipp Thaler, *The European Commission and the European Council: Coordinated Agenda Setting in European Energy Policy*, J. Eur. Integr. 38 (2016), 571–585 (579).

196 Adina Maricut, *With and Without Supranationalisation: The Post-Lisbon Roles of the European Council and the Council in Justice and Home Affairs Governance*, J. Eur. Integr. 38 (2016), 541–555 (555).

197 Jens Blom-Hansen/Roman Senninger, *The Commission in EU Policy Preparation*, JCMS 59 (2021), 625–642; Paul Craig, *Institutions, Power, and Institutional Balance*, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, 46–89 (88).

198 Art. 17 Abs. 3 UAbs. 3 EUV. Siehe auch EuGH, Urteil v. 11.7.2006, Rs. C-432/04, ECLI:EU:C:2006:455, Rn. 71 – *Kommission/Cresson*.

199 EuGH, *Slowakei/Rat* (Fn. 176), Rn. 146 f. Zum Kollegialprinzip Urteil v. 23.9.1986, Rs. 5/85, ECLI:EU:C:1986:328, Rn. 30 – *AKZO Chemie/Kommission*.

200 de Witte, *Legal Methods* (Fn. 14), 642. Anderer Meinung Calliess (Fn. 36), Art. 15 EUV, Rn. 8. Zur Wichtigkeit der Organwalterschaft der Kommissionspräsidentin, siehe Krämer/Wendel, in diesem Band.

Somit bestätigt sich die Qualifizierung des europäischen Regierungssystems als semipräsidentiell, das unterschiedliche Elemente der europäischen Verfassungstradition innovativ verknüpft, um für die europäische Gesellschaft demokratische Handlungsfähigkeit herzustellen. Es mag das Verständnis vertiefen, wenn man es im Spektrum semipräsidentieller Regierungssysteme als das Gegenüber des französischen Semipräsidentialismus anordnet. Der monokratische französische Präsident verfügt im Vergleich mit anderen semipräsidentiellen Regimen über ein ungewöhnlich breites Spektrum an Machtinstrumenten, weshalb seine Stellung bisweilen als imperial und Frankreich als eine straff regierte Gesellschaft verstanden wird.²⁰¹ Der kollegiale europäische Präsident verfügt gegenüber der föderalistisch und pluralistisch verfassten europäischen Gesellschaft über weit weniger Machtmittel, was der allgemeinen Logik des Unionsverfassungsrechts entspricht.

Die gegenwärtige Offenheit des unionalen Semipräsidentialismus bestätigt sich weiter im Verhältnis zwischen den Präsidenten der beiden Institutionen bei der Vertretung der Europäischen Union nach außen. Einerseits sehen die Verträge vor, dass der Präsident des Europäischen Rates, unbeschadet der Befugnisse des Hohen Vertreters, die Außenvertretung der Union in Angelegenheiten der GASP wahrnimmt (Art. 15 Abs. 6 UAbs. 2 EUV), andererseits muss die Kommission die Interessen der EU nach außen in allen anderen Fällen vertreten (Art. 17 Abs. 1 EUV). Wie offen das derzeitige Verhältnis ist, führte 2021 die *Sofagate*-Affäre im Palast des türkischen Präsidenten der Öffentlichkeit vor Augen. Das Video, das die Unbeholfenheit von *Charles Michel*, die Irritation von *Ursula von der Leyen* und vor allem die ungelöste Machtfrage zwischen ihnen plastisch zeigt, ging um die Welt.²⁰²

Die Verteidiger *Charles Michels* verweisen auf das Protokoll, welches den Präsidenten des Europäischen Rates vor die Kommission stellt.²⁰³ Zugleich gilt es aber den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts auch bei den internationalen Treffen zu beachten, die GASP- und Nicht-GASP-Themen

201 *Olivier Jouanjan*, Frankreich, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, Bd. I, Heidelberg: C.F. Müller 2007, Rn. 9 ff.

202 Näher *Olivier Costa*, *La politique étrangère de l'Union européenne au prisme du „sofagate“*, *Revue de l'Union Européenne* 648 (2021), 260–265. Zu dieser Episode auch von *Krämer/Wendel*, in diesem Band, IV.2.a.cc.

203 Council of the European Union, *Handbook of the Presidency of the Council of the European Union*, Brussels: General Secretariat of the Council 2018, 65.

behandeln. Das ist in einer konfliktreichen Beziehung wie zwischen *Michel* und *von der Leyen* schwierig.²⁰⁴ Es handelt sich um einen schwierigen Fall von „*cohabitation*“, um einen für den französischen Semipräsidentialismus so typischen Begriff zu verwenden.

Es entspricht der noch wenig entwickelten Logik des Unionsverfassungsrechts, dass sich der unionale Semipräsidentialismus in unterschiedliche Richtungen weiterentwickeln, ja in ein anderes Regierungssystem mutieren könnte. Es erscheint sogar möglich, dass irgendwann der Spitzenkandidat eines Parteibündnisses in einer Europawahl das Amt der Kommissionspräsidentin sowie in Personalunion das des Präsidenten des Europäischen Rates erhält (oben IV.1.b). Ein Europäischer Rat unter einem Präsidenten, der zugleich Kommissionspräsident wegen einer gewonnenen Europawahl ist, dürfte eine Neuvermessung des europäischen Regierungssystems erfordern.

V. Ausblick

Es war nach dem Zweiten Weltkrieg keine ausgemachte Sache, dass die Europäische Union die Institutionen einer europäischen Gesellschaft stellen und sie sogar regieren würde. Neben der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl sowie der späteren Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gab (und gibt) es die Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen, die Organisation für Europäische Wirtschaftliche Zusammenarbeit (nunmehr die OECD) und den Europarat. Bis in die 1970er Jahre war offen, welcher der diversen Organisationen die Führungsrolle übernehmen könnte, die heute die Europäische Union ausübt, ja ob eine gemeinsame Führung überhaupt erreicht werden konnte. Es gab für die Entwicklung „keinen Masterplan, sondern [sie] resultierte aus vielschichtigen historischen Prozessen mit den für sie typischen überraschenden Wendungen und Brüchen sowie den Lernprozessen mit vielen Sackgassen und Neuanfängen.“²⁰⁵ Dass die heutige Union letztlich das Rennen machte und zu einer europäischen Gesellschaft führte, ist gerade auch der Innovation des Europäischen Rates zu verdanken, die just aus den frühen 1970er Jahren stammt. Damit ist eine Bewertung des Europäischen Rates kaum von einer Bewertung der Union insgesamt zu trennen, und entsprechend unterschiedlich fällt sie aus.

204 *Suzanne Lynch*, Europe's Odd Couple, Politico, 10.11.2022.

205 *Patel* (Fn. 20), 64. Ebenso *Tony Judt*, Postwar: A History of Europe Since 1945, New York: Penguin 2005, 8.

In einer rechtlichen Würdigung erscheint uns offensichtlich, dass die Verträge heute ein Regierungssystem tragen, das demokratische Handlungsfähigkeit für die europäische Gesellschaft herstellt. Dies erfolgt, so unsere Rekonstruktion, als Vollzug des geltenden Rechts durch das kompromisshafte Regieren eines kollegialen Präsidenten in einem semipräsidentiellen Regierungssystem. Damit dürfte es der europäischen Gesellschaft wohl als erster moderner Gesellschaft gelungen sein, transnationales Regieren zu institutionalisieren. Insofern kommt unsere Rekonstruktion zu einem anderen Ergebnis als die wohl herrschende Meinung, die den Europäischen Rat vor allem aus den Mitgliedstaaten heraus konzipiert, als Ausdruck der „Union der Staaten“²⁰⁶ und einer Intergouvernementalisierung der Union,²⁰⁷ die eine „Unionsmethode“ prägt, die von der supranationalen Gemeinschaftsmethode zu unterscheiden ist.²⁰⁸ Uns erscheint es in einer Gesamtschau überzeugender, das Unionrecht in seiner institutionellen Anwendung als ein semipräsidentielles Regierungssystem zu rekonstruieren. Für dessen Entfaltung ist der Europäische Rat kein Hindernis, sondern eine Erfolgsbedingung.

Nun ist es ein Regierungssystem, das kaum einem charismatischen Steuermann zu regieren ermöglicht, z.B. einem *Obama* oder *Trump*, einem *Renzi* oder *Berlusconi*, einem *Macron* oder *Johnson*, einer *Aung San Suu Kyi* oder einer *Thatcher*. Darauf abzielende, zumeist dezisionistische Theorien können nur den Nieder- oder gar Untergang der europäischen Gesellschaft prognostizieren. Nach unserer Auffassung ist es hingegen kein Nachteil, sondern vielmehr eine Errungenschaft, dass solches Führungspersonal über den Europäischen Rat in die Logik kollegialen Regierens mit ähnlich selbstbewussten Personen eingebunden ist.

Die Anerkennung dieses Erfolgs eröffnet zugleich eine neue Dimension fruchtbarer Kritik. Es ist offensichtlich, dass dieses Regieren des Europäischen Rates mit Kosten verbunden ist, die in der europäischen Gesellschaft zum einen mit einer Wahrnehmung der eigenen Prekarität, zum anderen mit dem Schlagwort des kleinsten gemeinsamen Nenners verbunden sind. Aus unserer Perspektive verlangt die Verbesserung demokratischer Hand-

206 *Markus Möstl*, Verfassung für Europa: Einführung und Kommentierung mit vollständigem Verfassungstext, München: Olzog 2005, 68; daran anknüpfend *Calliess* (Fn. 36), Art. 15 EUV, Rn. 19.

207 So *Calliess* (Fn. 36), Art. 15 EUV, Rn. 24.

208 Begriffsprägend die Rede von Bundeskanzlerin Dr. *Angela Merkel* zur Eröffnung des 61. akademischen Jahres des Europakollegs Brügge am 2. November 2010 in Brügge, Bulletin der Bundesregierung, Nr. 111-1, 2.11.2010.

lungsfähigkeit insbesondere die Zurückdrängung und möglichst Überwindung des *Konsenserfordernisses* oder gar der Einstimmigkeit im Europäischen Rat, ohne dabei aber den Konsens als politisches *Ziel* aufzugeben. Dies ist keineswegs paradox: Die Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen kann sogar die Konsensmaxime stärken, weil sie Kompromissbereitschaft fördert.

Abschließend sei festgehalten, dass wir die Intuition von *Monnet* wie die von *Pescatore* bestätigt sehen (oben II.1.), dass dem Europäischen Rat also eine grundsätzliche Ambivalenz innewohnt. Ein Gespräch mit *Markus Jachtenfuchs* hat uns geholfen, diese Ambivalenz schärfer zu fassen.²⁰⁹ Einerseits erbringt der Europäische Rat inzwischen eine echte Regierungsfunktion, was die demokratische Handlungsfähigkeit der EU enorm steigert. Aber weil er vor allem aus den Staats- und Regierungschefs besteht, perpetuiert er andererseits politische Konflikte als Konflikte zwischen *Mitgliedstaaten* und behindert damit deren Verständnis als Konflikte in *einer* Gesellschaft. Der Europäische Rat ermöglicht also die europäische Gesellschaft und behindert zugleich ihr Erstarken zum politischen Primärraum. Eine wirklich plausible Lösung sieht anders aus.

209 Zu seinem Verständnis *Markus Jachtenfuchs*, Regieren jenseits der Staatlichkeit, in: Gunther Hellmann/Klaus Dieter Wolf/Michael Zürn (Hrsg.), *Die neuen Internationalen Beziehungen. Forschungsstand und Perspektiven in Deutschland*, Baden-Baden: Nomos 2003, 495–518; *ders./Mark Dawson*, *Autonomy without Collapse? Towards a Better European Union*, in: *dies.* (Hrsg.), *Autonomy without Collapse in a Better European Union*, Oxford: Oxford University Press 2022, 3–20.

Der Rat – die exekutivföderale Schaltstelle

Philipp Dann

I. Einführung	987
II. Normgeschichte und -systematik	988
III. Verfassungstheoretischer Rahmen: Exekutivföderalismus	989
IV. Dogmatische Strukturen	993
1. Organisatorische Struktur: Die Form folgt der Funktion	993
2. Zuständigkeiten und Partner: Der Rat als Teampayer	1005
3. Entscheidungsfindung: Konsens im Schatten der Mehrheitsabstimmung	1026
V. Gesamteinschätzung: Die schwierige Legitimation des Rates	1032

I. Einführung

Das institutionelle System der EU hat sich im Laufe der Jahrzehnte stark gewandelt. Der Europäische Rat und das Europäische Parlament zum Beispiel sind heute zentrale Organe, obwohl ersterer in den Römischen Verträgen nicht einmal erwähnt wurde und sich das Parlament (zunächst lediglich „Versammlung“ genannt) dramatisch verändert hat. Eine Konstante in diesem steten Wandel ist der Rat. Er war nicht nur von Beginn an Teil der institutionellen Struktur. Er ist zudem, so das zentrale Argument dieses Beitrags, der letztlich kongeniale institutionelle Ausdruck der komplexen Mehrebenenstruktur der EU, die hier als Exekutivföderalismus verstanden wird. Der Rat ist in dieser Lesart die ultimative kooperative Schaltstelle, die ihre Kompetenzen ganz überwiegend in Zusammenarbeit mit anderen in einem politischen und konstitutionellen System ausübt, das auf Kooperation beruht.

Der folgende Beitrag wird Komposition und Kompetenzen des Rates im Gerüst der Herangehensweise dieses Bandes rekonstruieren und bewerten. Zunächst sei ein knapper Überblick über den Regelungsgehalt des hier einschlägigen Art. 16 EUV in den Grundlagenbestimmungen des Unionsverfassungsrechts gegeben, einschließlich seiner systematischen Verortung im Normengeflecht der Verträge. Die wesentliche verfassungs- und institutionentheoretische Weichenstellung für das Verständnis des Rates erfolgt in Abschnitt III., in dem der spezifische Mehrebenencharakter der EU reflektiert und als Exekutivföderalismus gekennzeichnet wird. Vor diesem Hintergrund werden die Organisationsstruktur des Rates (III.1.), seine Funk-

tionen und Kompetenzen (III.2.) sowie seine Entscheidungsmodi (III.3.) skizziert, die sich gemäß der Logik und Dynamik des Exekutivföderalismus gegenseitig ergänzen. Eine kritische Gesamteinschätzung des Rates erfolgt in einem letzten Abschnitt mit Blick auf die Legitimation des Rates (IV.).

II. Normgeschichte und -systematik

Die Vorschriften über den Rat gehören zum Urgestein des europäischen Rechts. Schon die Artikel 26 bis 29 des EGKS-Vertrags regelten Kompetenzen, Komposition und Entscheidungsmodus des Rates und wurden inhaltlich nur leicht erweitert sowie verfeinert durch Art. 145 bis 154 des EWG-Vertrags von 1957.¹

Artikel 16 EUV führt die Kerngehalte dieser Normen weiter. Er folgt in seiner inneren Struktur derjenigen, die in allen Institutionsartikeln im EUV (Art. 14–19) genutzt wird, indem erst Aufgaben (Abs. 1), dann Komposition (Abs. 2), dann Entscheidungsmodus (Abs. 3–5) und schließlich die weitere innere institutionelle Struktur (Abs. 6–9) geregelt werden.

In der Sache enthält Abs. 1 eine im Verfassungsvertrag gefundene abstrakte Neuformulierung der Aufgaben als Gesetzgeber, Haushaltsordner und Koordinator. Die Zusammensetzung aus Vertretern der Mitgliedstaaten (Abs. 2) geht dagegen schon auf den EGKS zurück, wenngleich sich die Formulierung („Vertreter der Mitgliedstaaten auf Regierungsebene“) so erst seit dem Maastrichter Vertrag findet. So alt wie die Idee der mitgliedstaatlichen Vertretung ist auch die ausführliche Normierung des Entscheidungsmodus (Abs. 3–5). Die Einzelheiten der Regelungen zur Mehrheitsentscheidung wandelten sich im Laufe der Jahrzehnte und waren bekanntlich Hintergrund tiefer Auseinandersetzungen (Luxemburger Kompromiss, Osterweiterung), aber die Idee der Mehrheitsentscheidung bei gewichteten Stimmanteilen der Mitgliedstaaten geht ins Jahr 1952 zurück.

1 Der Fusionsvertrag von 1965 führte einen gemeinsamen Rat für die EGKS, die EWG und Euratom ein. Seitdem übernimmt der Rat die Funktionen gemäß den verschiedenen Verträgen und ist bis heute Organ zweier Organisationen mit eigener Rechtspersönlichkeit, der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft. Der Fusionsvertrag harmonisierte jedoch die Bestimmungen bzgl. der Beschlussfassung und Mehrheitsdefinitionen. Zudem wurde der Ausschuss der Ständigen Vertreter (AStV) als Vorbereitungsgremium formalisiert (Art. 4 FusionsV): Vertrag zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, ABl. 1967, 152/2.

Die Absätze 6–9 konkretisieren schließlich weitere innere institutionelle Strukturen des Rates und bringen gegenüber früheren Fassungen durchaus neue Aspekte ins Primärrecht, insbesondere die Erwähnung der verschiedenen Zusammensetzungen, der Rat für allgemeine Angelegenheiten und die Öffentlichkeit der Tätigkeit als Gesetzgeber. Der Ausschuss der Ständigen Vertreter und das Generalsekretariat wurden dagegen schon seit Maas-tricht erwähnt.

Diese zentralen Gehalte werden in den Art. 237–243 AEUV konkretisiert. Diese normhierarchisch gleichrangigen Vorschriften tragen ganz weitgehend Gehalte und Formulierung aus früheren Verträgen fort. Die Ausklammerung der allgemeinen Bestimmungen im EUV dient der Übersichtlichkeit.

III. Verfassungstheoretischer Rahmen: Exekutivföderalismus

Die Organe eines politischen Systems sind keine Solitäre. Sie werden vielmehr genauso durch ihre Kompetenzen und interne Organisation wie durch ihr gegenseitiges Zusammenspiel geprägt. Zu ihrem Verständnis muss zudem der weitere verfassungsrechtliche Rahmen berücksichtigt werden, in den die Organe eingebettet sind.

Betrachtet man den Rat, aber auch die weiteren Organe der EU, aus dieser leicht distanzierten Perspektive, so fällt als erstes die föderale Mehrebenenstruktur der EU ins Auge. Sie spielt eine wesentliche Rolle für das Verständnis der institutionellen Ordnung.² Dabei ist es die spezifische Gestalt dieser föderalen Ordnung, die hier wichtig ist. Die EU ist von einem föderalen Modell geprägt, das man als Exekutivföderalismus bezeichnen kann und das sich in vergleichbarer Form auch in anderen Föderalsyste-

2 Es sei betont, dass der Begriff „Föderalismus“ nicht mit Bundesstaatlichkeit gleichzusetzen ist. Das Prinzip des Föderalismus ist nicht auf staatliche Ordnungen beschränkt, sondern ein allgemeines Prinzip der vertikalen Strukturierung von Hoheitsordnungen; grundsätzlich dazu *Daniel Elazar*, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa: The University of Alabama Press 1987, 34; mit Blick auf die EU *Armin von Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, Baden-Baden: Nomos 1999, 62; ferner *Stefan Oeter*, *Föderalismus und Demokratie*, in: *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin: Springer 2009, 73–120.

men findet.³ Was charakterisiert dieses föderale Modell, dass es von derartiger Wichtigkeit für die Organe sein soll? Abstrakt formuliert, ist es das dynamische Zusammenspiel zwischen vertikaler Kompetenzverflechtung und horizontaler Kooperation der Organe.

Konkret lässt sich die exekutivföderale Struktur an drei Merkmalen festmachen. Erstens gründet sie sich auf eine Struktur vertikal *verflochtener* Kompetenzen. Dies bedeutet, dass Rechtsetzung in der EU auf der supranationalen Ebene, die Umsetzung der Rechtsakte aber weitgehend auf der mitgliedstaatlichen Ebene erfolgt.⁴ Einfacher gesagt: Unionsrecht wird grundsätzlich von den Mitgliedstaaten vollzogen.⁵ Rechtlich begründet auf Art. 4 Abs. 3 EUV bzw. seine Vorgänger verpflichtet diese Struktur die Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit.⁶ Dies bedeutet, dass die EU kaum originäre Vollzugskompetenzen hat, der Vollzug vielmehr grundsätzlich den Mitgliedstaaten obliegt.⁷ Zwar agieren diese selten allein: Die Union ist verpflichtet, die Umsetzung ihres Rechts zu kontrollieren und wird auf verschiedene Weise in kooperative Formen des Vollzugs mit den Mitgliedstaaten einbezogen (Verwaltungsverbund).⁸ Das Schwergewicht

3 Zum Begriff des Exekutivföderalismus Philipp Dann, *Parlamente im Exekutivföderalismus. Eine Studie zum Verhältnis von föderaler Ordnung und parlamentarischer Demokratie in der Europäischen Union*, Berlin: Springer 2004, 154.

4 Das Modell des Exekutivföderalismus bezieht sich somit auf den *Modus* der Kompetenzanwendung, es macht keine Aussagen zum *Inhalt* der vertikalen Kompetenzordnung. Zu dieser generell Martin Nettesheim, *Kompetenzen*, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin: Springer 2009, 389–439.

5 Dies ist sicherlich eine Vereinfachung, die die vielfältigen Interaktionsformen zwischen EU und Mitgliedstaaten im Vollzugsbereich nicht erfasst. Zu diesen Formen siehe die Beiträge in Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005; Gernot Sydow, *Verwaltungs Kooperation in der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004; exemplarisch auch Jürgen Bast, *Transnationale Verwaltung des europäischen Migrationsraums. Zur horizontalen Öffnung der EU-Mitgliedstaaten*, *Der Staat* 46 (2007), 1–32.

6 EuGH, Urteil v. 23.11.1995, Rs. C-476/93, ECLI:EU:C:1995:401, Rn. 14 – *Nutril/Kommission*; dazu Armin Hatje, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, Baden-Baden: Nomos 1998, 45.

7 Ausnahmen gibt es im Bereich der internen Organisation (Art. 317 AEUV), im Bereich des Wettbewerbsrechts (Art. 101 AEUV) sowie zunehmend dort, wo europäische Agenturen tätig werden. Zur Tätigkeit der Agenturen sowie zu den verschiedenen Typen des kooperativen gemeinschaftsrechtlichen Vollzugs Sydow (Fn. 5), 63, 216, passim; sowie Nettesheim (Fn. 4).

8 Siehe Hinweise in Fn. 5 sowie Art. 291 Abs. 1 AEUV; zu den Formen dieser Kontrolle Hatje (Fn. 6), 111, 154; Koen Lenaerts, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, *CML Rev.* 28 (1991), 11–35 (15); zur Ebenenverkopplung

der Durchführungsverantwortung liegt nichtsdestotrotz bei den Mitgliedstaaten. Es sei jedoch angemerkt, dass die europäischen Verträge dieses Kompetenzsystem keineswegs zwingend vorschreiben. Ein anderes, Rechtsetzung und Vollzug parallelisierendes Kompetenzsystem könnte mit ihnen genauso vereinbar sein, ist jedoch auch bei grundlegenden Vertragsreformen nicht ernsthaft erwogen und also politisch nie gewollt worden, wie der Verfassungs- und der Lissabonner Vertrag unterstreichen. Das System der Kompetenzverflechtung ist insofern heute ein fester Bestandteil der unionalen Verfassungsordnung.

Dieses erste Merkmal einer exekutivföderalen Struktur mag zunächst als ein eher marginaler Aspekt des konstitutionellen Gefüges erscheinen. Er hat jedoch weitreichende Konsequenzen für die institutionelle Ordnung. Insbesondere erzeugt die Kompetenzverflechtung einen ständigen Kooperationsbedarf: beim Aushandeln und Verabschieden neuer Rechtsakte, beim Umsetzen derselben und sogar bei der justiziellen Kontrolle des Rechts – die Kooperation zwischen unionaler und nationaler Ebene ist stets wesentlich.⁹ Außerdem, und ebenso wichtig, präjudiziert das System der Kompetenzverflechtung, *wer* zu kooperieren hat. Nicht nur die vertikale Zusammenarbeit zwischen Akteuren beider Ebenen, sondern auch die Beteiligung *exekutiver Akteure*, vor allem auf der Ebene der Mitgliedstaaten, ist seine notwendige Folge. Da Unionsrecht von nationalen Administrationen durchgeführt wird, ist es sinnvoll, diesen Administrationen auch ein Mitspracherecht in den Rechtsetzungsverfahren zu geben. Dabei ist wichtig zu beachten, dass im Rat die Gubernativen, also die Regierungsmitglieder und Regierungsbeamte agieren, die Umsetzung dann durch die breiteren gliedstaatlichen Administrationen erfolgt.

Dies führt zu den zwei weiteren Merkmalen des Exekutivföderalismus. Das zweite Merkmal ist die Existenz eines Organs, das die eben beschriebene Zusammenarbeit organisiert und koordiniert, im Falle der EU der Rat (im deutschen Exekutivföderalismus der Bundesrat). Er kann als das institutionelle Gegenstück zum System der Kompetenzen angesehen werden. Schließlich impliziert die exekutivföderale Struktur als drittes Merk-

insbesondere mit Blick auf ihre legitimatorischen Folgen *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 334, 344.

⁹ *Ingolf Pernice*, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, EuR 31 (1996), 27–43; *Peter M. Huber*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 194–241 (228).

mal einen spezifischen Entscheidungsmodus: nämlich die konsensuale Entscheidungsfindung im Rat und darüber hinaus.

Bevor die genauere Analyse des Rates und seiner Entscheidungsmethode in den Vordergrund tritt, sei das Konzept des Exekutivföderalismus kurz in einen allgemeineren Zusammenhang gestellt. Die Struktur des Exekutivföderalismus kann zunächst mit anderen Idealtypen föderaler Ordnung verglichen werden.¹⁰ Am deutlichsten fällt dabei der Gegensatz zu einem „dualen Föderalismus“ aus, in dem jede Ebene autonom die Ausarbeitung der Gesetze und deren Umsetzung auf Bundes- und Staatenebene organisiert (als wichtigstes Beispiel gelten die USA).¹¹ Dieser Vergleich unterstreicht, wie sehr die Institutionalisierung der Kooperation zwischen den Ebenen das exekutivföderale Modell kennzeichnet. Zugleich gilt es festzuhalten, dass die europäische Form einer exekutivföderalen Ordnung keineswegs singulär ist. Sie findet sich in vergleichbarer Form auch im deutschen Föderalsystem,¹² in gewisser Weise auch in dem der Schweiz sowie Österreichs.¹³ Die Mehrebenenstruktur der EU kann insofern als Ausprägung eines kontinental-, vielleicht sogar gemeineuropäischen Verständnisses von Föderalismus gelesen werden.

Und noch eine Anmerkung zum Modell des Exekutivföderalismus: Dieses wird hier als analytisches Instrument verwandt. Es ist ein idealtypisch zugespitztes Modell, das den Vergleich und dadurch das bessere Verständnis der europäischen Organisationsverfassung erleichtern soll. Es sollte

10 Ausführlich Dann, Parlamente (Fn. 3), 117.

11 Zum Vergleich mit den USA Koen Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, AJCL 38 (1990), 205–263 (231); Kalypso Nicolaidis/Robert Howse (Hrsg.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2001; zu den Grenzen der Autonomie im amerikanischen Föderalismus Daniel Elazar, *The American Partnership. Intergovernmental Cooperation in the Nineteenth-Century United States*, Chicago: Chicago University Press 1962.

12 Zum Vergleich zwischen föderalen Strukturen in der EG und Deutschland bereits Fritz W. Scharpf, *Die Politikverflechtungs-Falle. Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich*, Politische Vierteljahresschrift 26 (1985), 323–356; aber auch Fritz W. Scharpf, *The Joint-Decision Trap Revisited*, JCMS 44 (2006), 845–864; Oeter (Fn. 3), 103 ff.

13 Eingehend zu strukturell ähnlichen Systemen Jochen Abr. Frowein, *Integration and the Federal Experience in Germany and Switzerland*, in: Mauro Cappelletti/Monica Seccombe/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law*, Berlin: De Gruyter 1986, 573–592 (586); Lenaerts (Fn. 11), 230–233; zu historischen Wurzeln des Exekutivföderalismus Gerhard Lehmbruch, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, Stuttgart: VS Verlag für Sozialwissenschaften 1976, 59.

nicht als Gesamt- oder gar Finalitätskonzeption missverstanden werden. Es transportiert keine bundesstaatliche (oder irgendeine andere) Vision der EU, sondern versucht, einige wesentliche Elemente der rechtlichen und politischen Gegebenheiten der EU in ihren Konsequenzen für das institutionelle System zu bedenken. Die exekutivföderale Struktur der EU ist ein Element des unionalen Rechts, ganz gleich ob man die EU als Staatenverbund, Verfassungsverbund, Zweckverband oder politische Organisation der europäischen Gesellschaft deutet.

IV. Dogmatische Strukturen

1. Organisatorische Struktur: Die Form folgt der Funktion

Der Rat der Europäischen Union¹⁴ ist das institutionelle Gegenstück zum Kompetenzgeflecht, das den Exekutivföderalismus kennzeichnet. Seine Zusammensetzung, seine Organisation und seine Befugnisse bieten das, was die Kompetenzverflechtung erfordert: einen Treffpunkt für die Akteure der nationalen und der supranationalen Ebene, einen Treffpunkt für Politiker und Bürokraten, einen Ort, an dem verhandelt, koordiniert und Gesetze erlassen werden. Er ist das zentrale Scharnier dieses politischen Systems.¹⁵

-
- 14 Der ehemalige „Rat der Europäischen Gemeinschaften“ beschloss nach der Ratifizierung des Vertrags von Maastricht, sich als „Rat der Europäischen Union“ zu bezeichnen, eine Bezeichnung, die für alle seine Tätigkeiten gilt (Beschluss 93/591 des Rates vom 8. November 1993, ABl. 1993 L 281/18). Im Einklang mit der Sprache der Verträge wird der Begriff „Rat“ als Kurzform verwendet.
- 15 Gute Übersichten zum Rat finden sich bei *Christian Calliess*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 16 EUV; *Christina Ziegenhorn*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 82. EL Mai 2024, München: C.H. Beck, Art. 16 EUV; *Uwe Puetter*, *The Council of the European Union. Co-Legislator, Coordinator, and Executive Power*, in: Dermot Hodson/Uwe Puetter/Sabine Saurugger/John Peterson (Hrsg.), *The Institutions of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2022, 76–107; *Desmond Dinan*, *Ever Closer Union. An Introduction to European Integration*, Boulder: Lynne Rienner Publications 2010, 211–234; *Uwe Puetter*, *The European Council and the Council. New Intergovernmentalism and Institutional Change*, Oxford: Oxford University Press 2014; *Jeffrey Lewis*, *The Council of Ministers of the European Union*, Oxford: Oxford Research Encyclopedia of Politics 2017. Für eine interne Analyse des Rates und nicht seiner interinstitutionellen Rolle siehe Daniel Naurin/Helen Wallace (Hrsg.), *Unveiling the Council of the European Union. Games Governments Play in Brussels*, London: Palgrave Macmillan 2010; für Analysen aus der Zeit vor Lissabon siehe *Fiona Hayes-Renshaw/Helen*

Die Verflechtung der Zuständigkeiten hat verschiedene Konsequenzen. Zum einen bedeutet es, dass sich die beiden Regierungsebenen die Zuständigkeiten für die Gesetzgebung und die Durchführung teilen, indem sie die Aufgabe der Gesetzgebung der oberen Ebene und die Aufgabe der Durchführung der unteren Ebene der Mehrebenenstruktur zuweisen. Es bedeutet aber auch, dass Exekutive und Legislative weniger klar getrennt sind. Dies spiegelt sich in der Zusammensetzung, dem Mandat und der Organisationsstruktur des Rates wider.

a) Zusammensetzung: Beamte, nicht gewählte Politiker

Die Eignung des Rates für seine besondere Rolle ergibt sich zunächst aus seiner Zusammensetzung. Der Rat „besteht aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaats auf Ministerebene“.¹⁶ Seine Mitglieder werden also nicht direkt gewählt, sondern in ihrer Funktion als Minister der nationalen Regierungen entsandt. Als solche werden sie im Allgemeinen von ihrem Regierungschef ernannt oder vorgeschlagen. Dies steht in deutlichem Gegensatz zu anderen föderalen Kammern (z.B. dem US-Senat), deren Mitglieder direkt von der Bevölkerung oder von den Parlamenten der Bundesstaaten gewählt werden.¹⁷

Prägend für das Wesen des Rates sind auch das spezifische Mandat und das Rollenverständnis seiner Mitglieder. Während beispielsweise US-Senatoren gewählte Politiker sind, die jede beliebige Position einnehmen können, sind die Ratsmitglieder Vertreter ihrer Regierung; sie sind befugt, die Regierung des Mitgliedstaates zu verpflichten.¹⁸ Sie sind also mit besonderen Befugnissen ausgestattet und müssen sich daher an das in ihrem Kabinett vereinbarte Mandat halten und innerhalb dieses Rahmens

Wallace, *The Council of Ministers*, London: Palgrave Macmillan 2006; Martin Westlake/David Galloway (Hrsg.), *The Council of the European Union*, London: Harper 2005; Philippa Sherrington, *The Council of Ministers*, London: Pinter 2000.

16 Art. 16 Abs. 2 EUV.

17 Gerhard Löwenberg/Samuel C. Patterson, *Comparing Legislatures*, Toronto: Little, Brown, and Company 1979, 121; Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, New York City: NYU Press 1994, 185.

18 Art. 16 Abs. 2 EUV. Vgl. Frank Häge, *Bureaucrats as Law-Makers. Committee Decision-Making in the EU Council of Ministers*, London: Routledge 2013.

verhandeln.¹⁹ Sie sind keine freien Agenten, die nur nach ihren eigenen Überzeugungen oder ihrer individuellen politischen Einschätzung handeln, sondern werden von ihren Heimatkabinetten angewiesen. So betrachtet ist auch ihre politische Zugehörigkeit, beispielsweise zu einer eher konservativen oder sozialdemokratischen Partei, zweitrangig gegenüber ihrer Nationalität. Wie in Art. 10 Abs. 2 EUV normiert, sind es die *Mitgliedstaaten*, die im Rat vertreten sind.

Ein weiteres hervorstechendes Merkmal der Organisation und Zusammensetzung des Rates ist zu erwähnen: Obwohl es rechtlich nur einen Rat gibt, tagt er in der Praxis je nach behandeltem Thema „in verschiedenen Zusammensetzungen“ (Art. 16 Abs. 6 EUV), d.h. die Agrarminister treffen sich, um über Agrarfragen zu beraten und zu entscheiden, die Umweltministerinnen treffen sich, um über Umweltfragen zu beraten und zu entscheiden.²⁰ Dies hat drei wichtige Konsequenzen: Zum einen sind die im Rat versammelten Personen von den gleichen sektoralen Perspektiven und Interessen gegenüber anderen Politikbereichen geprägt, was sich auf den Stil und die Dynamik der Ratssitzungen auswirkt. Zum anderen gibt es kein Plenum des Rates – und damit keine Gelegenheit und keinen Ort für eine allgemeine, sektorübergreifende Debatte. Schließlich bedeutet es, dass der Rat ein sehr komplexes und schwer zu handhabendes System ist.

Vergleichend ist festzuhalten, dass diese Aspekte einen deutlichen Unterschied zu den zweiten Kammern von Parlamenten mit eher parlamentarischem Charakter (wie dem US-Senat oder der indischen Rajya Sabha) markieren, aber gleichzeitig keine Besonderheit der EU sind. Vielmehr ähnelt sie dem deutschen Beispiel des Bundesrats. Es ist lohnend, hier einen Moment innezuhalten und über Erklärungen für diese besondere Zusammensetzung des Rates nachzudenken.

19 *Armin von Bogdandy/Laura Hering*, § 25: Die Informationsbeziehungen im europäischen Verwaltungsverbund, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, München: C.H. Beck 2022, 1799–1885; *David Spence*, *Negotiations, Coalitions and the Resolution of Inter-state Conflicts*, in: Martin Westlake/David Galloway (Hrsg.), *The Council of the European Union*, London: Harper 2005, 256–276.

20 Die Entscheidung über die Zusammensetzungen des Rates wird vom Europäischen Rat getroffen (Art. 236 lit. a AEUV). Derzeit gibt es 10 Zusammensetzungen des Rates, siehe Anhang I der Geschäftsordnung des Rates (GO-Rat): Verordnung des Rates vom 1. Dezember 2009 zur Änderung seiner Geschäftsordnung, ABl. 2009 L 325/35, zuletzt geändert am 1.1.2024. In Anbetracht der Breite der Themen der einzelnen Zusammensetzungen können manchmal mehrere Minister eines Mitgliedstaats beteiligt sein.

Man könnte den eher exekutiven Charakter des Rates auf die Wurzeln der EU als internationale Organisation zurückführen. Es ist typisch für eine internationale Organisation, dass sie ein Plenarorgan hat, in dem Diplomaten der Mitgliedstaaten und nicht Politiker anwesend sind und verhandeln. Dies ist sicherlich eine Wurzel der Zusammensetzung des Rates. Es gibt aber noch eine zweite Möglichkeit, die Zusammensetzung des Rates zu erklären. Hier kommen das deutsche Beispiel und die verflochtene Struktur der Kompetenzen ins Spiel. Auch in der deutschen Verfassungsgeschichte wurde ein loser Staatenbund in einen föderaleren Staat umgewandelt, als 1871 das Deutsche Reich gegründet wurde. Zu diesem Zeitpunkt wurde der Bundesrat erfunden, der als Versammlung der Mitgliedstaaten dienen sollte. Als solcher wurde er zunächst von Diplomaten dominiert, die die deutschen Staaten vertraten. Doch wie die EU hatte auch das Deutsche Reich eine verflochtene Kompetenzstruktur, in der sich Reich und Länder (wie heute Union und Staaten) die Zuständigkeiten für Gesetzgebung und Vollzug teilten. Schon bald wandelte sich das Treffen der Diplomaten praktisch in ein Treffen von Administratoren, die dabei halfen, Gesetze für das Reich zu formulieren, die in den Teilstaaten reibungslos umgesetzt werden konnten. Eine ähnliche Entwicklung ist in der EU zu beobachten. Die Mitglieder des Rates sind zwar Staatsvertreter, aber immer weniger mit diplomatischem als mit administrativem Auftreten.

Zusammengefasst entspricht die besondere Zusammensetzung des Rates also zwei Hauptfunktionen: der Vertretung der Mitgliedstaaten sowie der Operationalisierung der verflochtenen Zuständigkeiten.

b) Konfigurationen: Die Pyramide aus Arbeitsgruppen, Ausschüssen und Ministern

In der Struktur des Rates sind zwei Dimensionen seiner Zusammensetzung (Konfiguration) zu unterscheiden. Neben den Zusammensetzungen nach *Sachgebieten* gibt es unterschiedliche Zusammensetzungen des Rates nach dem *Status der* tagenden *Personen*. Der Rat ist letztlich viel mehr als nur eine Runde von nationalen Ministern. Sie bilden nur die Spitze eines komplexen Systems, das sich am besten als eine Pyramide beschreiben lässt, in der die nationalen Exekutivorgane tagen. Die Pyramide besteht aus drei Ebenen: dem Rat als Sitzungsort der Minister, dem Ausschuss

der Ständigen Vertreter (AStV²¹) und anderen Fachausschüssen als ständige Sitzungsorte hoher nationaler Beamter in Brüssel und schließlich den Arbeitsgruppen als zeitweilige Sitzungsorte nationaler Experten (Art. 19 AEUV).

Die Funktionen dieser Konfigurationen lassen sich am besten am Ablauf der Verhandlungen über einen neuen Gesetzentwurf erklären, in dem der Gesetzentwurf die „Schichten“ des Rates von unten nach oben durchläuft. Auch hier ist das Zusammenspiel von Organisation und verflochtenen Zuständigkeiten wichtig, da es eine Verfahrenslogik der exekutiven Zusammenarbeit hervorbringt.²²

Zunächst einmal ist es das alleinige Recht der Kommission, Rechtssetzungsverfahren zu initiieren.²³ Ein zentraler Realitätstest für jeden Legislativvorschlag findet statt, wenn er in einer *Arbeitsgruppe* des Rates diskutiert wird.²⁴ Diese setzen sich aus Beamten der einzelnen Mitgliedstaaten zusammen, die in ihrem Heimatland für das jeweilige Thema zuständig sind und hier als Regierungsvertreter fungieren.²⁵ Außerdem ist immer ein Vertreter der Kommission und in bestimmten Fällen ein Vertreter der EZB²⁶ anwesend, es sei denn, der Rat beschließt, in ihrer Abwesenheit zu beraten, Art. 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Rates (GO-Rat). Etwa 15–20 dieser Gruppen treffen sich täglich im Ratsgebäude in Brüssel. Insgesamt gibt es

21 Oder auch *Coreper*, nach der französischen Bezeichnung *Comité des représentants permanents*. Die Abkürzung wird heute allgemein verwendet, auch in der GO-Rat (z.B. Art. 19).

22 Es sei darauf hingewiesen, dass die Verfahrenslogik nicht unbedingt an die Gesetzgebung gebunden ist, sondern auch für die koordinierenden oder einfach beratenden Funktionen des Rates gilt.

23 Art. 17 Abs. 2 EUV. Als keine echte Ausnahme, sondern lediglich als Initiative hat der Vertrag von Lissabon die Bürgerinitiative in Art. 11 Abs. 4 EUV eingeführt, die eine mögliche Aufforderung der Bürger an die Kommission zur Vorlage eines Gesetzgebungsvorschlags darstellt. Eine echte Ausnahme ist jedoch, dass der Rat auch auf Vorschlag des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik tätig werden kann, Art. 27 Abs. 3 EUV.

24 Die Vorschläge werden häufig bereits in enger Zusammenarbeit mit nationalen Experten und Bürokraten vorbereitet, siehe *William Wallace*, Introduction: Dynamics of Administrative Interaction, in: ders. (Hrsg.), *The Dynamics of European Integration*, London, New York: Pinter 1990, 1–24.

25 Es gibt aktuell ca. 130 Vorbereitungsgruppen, siehe Generalsekretariat des Rates, Verzeichnis der Vorbereitungsgremien des Rates, 5253/22, 12.1.2022.

26 Art. 289 Abs. 2 AEUV.

mehr als 150 Arbeitsgruppen und Ausschüsse, über die das Ratssekretariat eine Liste führt.²⁷

Die Arbeitsgruppen werden im Allgemeinen von den ständigen Ausschüssen eingesetzt und unterstützen diese, wobei der AStV der wichtigste Initiator und Förderer ist. Der AStV oder ein anderer der ständigen Ausschüsse leitet jedes neue Dossier an die Arbeitsgruppen weiter. Diese prüfen dann, wie der Vorschlag in das Verwaltungs- und Rechtssystem ihres jeweiligen Staates passt und versuchen grundsätzlich, so viele Probleme wie möglich zu lösen. Dies kann lange dauern, da die Arbeitsgruppen sich mit den oft sehr technischen Fragen befassen, die sich aus der Tatsache ergeben, dass EU-Rechtsvorschriften in 27 verschiedenen rechtlichen und politischen Systemen umgesetzt oder angewendet werden müssen. Normalerweise ist es die Kommission, die den Vorschlag in den Arbeitsgruppensitzungen vorstellt und verteidigt. In den Arbeitsgruppen gibt es keine Abstimmungen. Die Diskussionen enden erst dann, wenn entweder ein Konsens erzielt wird oder klar wird, dass bestimmte Punkte auf dieser Ebene nicht gelöst werden können.

Die Existenz und sogar die große Anzahl von Arbeitsgruppen ist keine Anomalie. Bereits die Geschäftsordnung des Rates von 1958 sah vor, dass der Rat „Arbeitsgruppen einsetzen und ihnen den Auftrag erteilen kann, die von ihm festgelegten vorbereitenden Arbeiten oder Untersuchungen durchzuführen“. Es war klar, dass die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten viel Raum für Verhandlungen benötigen würde.

Sobald die Arbeitsgruppe ihre Arbeit abgeschlossen hat, geht ein Vorschlag an den ständigen Ausschuss zurück, der die Arbeit in Auftrag gegeben hat. Der wichtigste dieser Ausschüsse ist der AStV, der sich aus den nationalen Botschaftern bei der EU zusammensetzt (also aus Berufsdiplomaten, die für lange Zeit in Brüssel bleiben). Während die Arbeitsgruppen flexibel und *ad hoc* zusammengesetzt werden, um einen bestimmten Vorschlag zu erörtern, ist der AStV ein ständiges Gremium.

Der AStV, der zuweilen als der mächtigste Teil der EU angesehen wird, dient als Clearingstelle: Er prüft jeden Vorschlag und verhandelt über die Fragen, die in den Arbeitsgruppen ungelöst bleiben.²⁸ Da er nicht für jeden

27 Siehe <http://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/preparatory-bodies/>; <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10356-2015-INIT/en/pdf>, abgerufen am 24.4.2023.

28 Art. 16 Abs. 7 EUV; zum AStV Jeffrey Lewis, National Interests: The Committee of Permanent Representatives, in: John Peterson/Michael Shackleton (Hrsg.), The

Vorschlag in spezialisierte Gruppen aufgeteilt ist,²⁹ hat er einen breiten Überblick und sammelt immenses Fachwissen. Aufgrund seiner breiten Aufstellung können seine Mitglieder mehr Vereinbarungen treffen und mehr politische Fragen regeln als die Arbeitsgruppen.³⁰ Nur hochpolitische und nicht verhandelbare Themen werden vom AstV weitergegeben und von den nationalen Ministern verhandelt.³¹

Neben dem AstV und teilweise in Konkurrenz zu seinem Anspruch, der letzte Filter vor der Ministertagung zu sein, gibt es fünf ständige Fachausschüsse³²: das Politische und Sicherheitspolitische Komitee (PSK, meist COPS genannt, entsprechend der Abkürzung seines französischen Namens Comité de politique et de sécurité), das für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik zuständig ist; der Artikel-36-Ausschuss, der sich mit Justiz und Innerem befasst (CATS, ebenfalls eine Abkürzung seines französischen Namens Comité de l'article trente-six); der Wirtschafts- und Finanzausschuss, der die Arbeit des Rates „Wirtschaft und Finanzen“ unterstützt; der Artikel-133-Ausschuss, der den Rat und die Kommission bei den Handelsverhandlungen unterstützt; und schließlich der Sonderausschuss für Landwirtschaft (SCA).³³ Diese Ausschüsse setzen sich aus hohen Beamten zusammen, von denen viele ihren ständigen Sitz in Brüssel haben (z.B. COPS). Sie tagen regelmäßiger; der SCA beispielsweise trifft sich wöchentlich, das COPS sogar zweimal wöchentlich; andere mindestens einmal im Monat, aber mit informelleren Zwischentreffen der Abgesandten. Wie der

Institutions of the European Union, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2012, 277; Michael Mentler, Der Ausschuß der Ständigen Vertreter bei den Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden: Nomos 1996.

- 29 Dies ist eine Vereinfachung: Der AstV tritt in zwei Formationen zusammen. Der AstV II setzt sich aus den Ständigen Vertretern selbst zusammen und ist für auswärtige, finanzielle und horizontale Angelegenheiten zuständig; der AstV I setzt sich aus Stellvertretern der Ständigen Vertretungen zusammen und befasst sich mit den eher technischen Rechtsvorschriften. Näher Lewis (Fn. 28), 282–286.
- 30 Die beste Darstellung der Verhandlungsmethoden im Rat findet sich bei Spence (Fn. 19), 256 ff.
- 31 Weder der AstV noch die Arbeitsgruppen haben die rechtliche Kompetenz, eine Angelegenheit zu entscheiden. Dennoch sind etwa 80 Prozent der Angelegenheiten bereits vor der Ministertagung materiell entschieden, Fiona Hayes-Renshaw, The Council of Ministers, in: Peterson/Shackleton (Fn. 28), 53; vgl. aber Lewis (Fn. 28), 287.
- 32 Hayes-Renshaw/Wallace (Fn. 15), 82 ff.; Lewis (Fn. 28), 286; Westlake/Galloway (Fn. 15), 208.
- 33 Alle diese Artikel beziehen sich auf frühere Fassungen der Verträge, wurden aber als etablierte Namen beibehalten.

ASTV werden sie bei ihrer Arbeit von den Arbeitsgruppen unterstützt, die sie einsetzen und an die sie die Angelegenheiten weiterleiten.

Sobald der ASTV oder ein anderer ständiger Ausschuss einen Vorschlag gebilligt hat, wird er auf Ministerebene des Rates, d.h. in einer der oben genannten sektoralen Zusammensetzungen vorgelegt. Wie wichtig die Arbeit der Arbeitsgruppen sowie der ständigen Ausschüsse für das Funktionieren des Rates ist, wird besonders deutlich, wenn man sich die Anzahl der sogenannten A-Punkte ansieht. Dabei handelt es sich um Themen, die von ihnen bereits konsentiert wurden und nicht erneut zur Diskussion gestellt werden (Art. 3 Abs. 6 GO-Rat). Es heißt, dass die Minister nur etwa 10 Prozent inhaltlich diskutieren und in der Sache entscheiden, während die A-Punkte etwa 80 Prozent der Themen ausmachen, die bereits auf der Ebene des ASTV entschieden wurden. Ein funktionaler Grund und zugleich ein Defizit ist dabei die geringere Transparenz in ASTV-Gremien als in Ratsgremien, Art. 16 Abs. 7 vs. Abs. 8 EUV. Inzwischen ist es auch nachvollziehbar, dass die Koordinierung der Standpunkte und das Engagement der Regierungen auf hoher technischer Ebene quantitativ umfangreicher sind als offen politisierte Punkte auf Regierungsebene.

Eine Ratskonstellation und die damit verbundene Entwicklung von erheblicher Bedeutung verdient an dieser Stelle besondere Erwähnung: der Rat „Wirtschaft und Finanzen“ (Ecofin) und die zunehmende Bedeutung informeller Ratstreffen. Er setzt sich aus den Wirtschafts- und Finanzministern der Mitgliedstaaten zusammen (Art. 2 Abs. 1 AEUV i.V.m. Nr. 3, Anlage 1) und hat eine zentrale legislative Funktion in Haushaltsfragen (unten III.3.d) sowie eine Koordinierungsfunktion für die Wirtschafts- und Finanzpolitik der Mitgliedstaaten (unten III.5.). Sie ist eine der ältesten Ratsformationen, tagt am häufigsten und ist eng mit der sog. Eurogruppe verbunden.³⁴ Die Eurogruppe selbst wurde durch die primärrechtliche Erwähnung legitimiert, ist jedoch weiterhin nicht Teil des formellen institutionellen Gefüges des Rates,³⁵ sondern ein informelles Forum, das sich aus den Finanzministern der Länder der Eurozone zusammensetzt. Sie tritt in

34 Uwe Puetter, Europe's Deliberative Intergovernmentalism. The Role of the Council and European Council in EU Economic Governance, *Journal of European Public Policy* 19 (2012), 161–178 (170).

35 Ulrich Häde, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 137 AEUV, Rn. 5; Uwe Puetter, Der Rat der Europäischen Union und die Eurogruppe. Zwischen Gemeinschaftsmethode und neuem Intergouvernementalismus, in: Peter Becker/Barbara Lippert (Hrsg.), *Handbuch Europäische Union*, Wiesbaden: Springer 2018, 1–35.

der Regel monatlich am Vorabend der Ecofin-Ratssitzungen zusammen, um Fragen zu erörtern, die speziell die Wirtschafts- und Finanzpolitik der Länder der Eurozone betreffen.³⁶ Ursprünglich nur durch einen Beschluss des Europäischen Rates³⁷ ins Leben gerufen, wurde seine Rolle immer weiter anerkannt und gefestigt. Er ist nun Teil der Verträge (Art. 137 AEUV in Verbindung mit Protokoll Nr. 14)³⁸ und verfügt über einen Präsidenten, der für eine Amtszeit von zweieinhalb Jahren gewählt wird (Art. 2 des Protokolls Nr. 14). Allerdings hat er auch mit seiner Aufnahme in den Vertrag seinen Status als informelles Forum außerhalb des institutionellen Gefüges des Rates nicht verloren (Art. 1 des Protokolls Nr. 14).³⁹

c) Kohärenz: Rat „Allgemeine Angelegenheiten“, rotierende Präsidenschaft und Generalsekretariat

Angesichts der Komplexität des Rates und der zentralen Rolle, die er im institutionellen System der EU spielt, hat die Frage, wie Führung und Kohärenz gewährleistet werden können, den Rat fast sein ganzes Leben lang begleitet. Sie hat letztlich vier Institutionen hervorgebracht, die sich damit befassen: den Rat „Allgemeine Angelegenheiten“, die Ratspräsidentschaft und das Generalsekretariat des Rates – und letztlich auch den Europäischen Rat, der aber hier nicht untersucht wird.⁴⁰

Obwohl alle Ratsformationen gleichberechtigt sind, ist eine von ihnen mit ihrer Koordinierung betraut: der Rat „Allgemeine Angelegenheiten“. Dieser Rat, der sich aus den Ministern für auswärtige oder europäische Angelegenheiten der Mitgliedstaaten zusammensetzt, soll „die Kohärenz der Arbeiten des Rates in seinen verschiedenen Zusammensetzungen“ ge-

36 Uwe Puetter, European Economic and Monetary Policy-Making Through Informal Governance, in: Thomas Christiansen/Christine Neuhold (Hrsg.), *International Handbook on Informal Governance*, Cheltenham: Edward Elgar 2012, 501–516 (509).

37 Entschließung des Europäischen Rates vom 13. Dezember 1997 zur wirtschaftspolitischen Koordinierung in der dritten Stufe der WWU und zu den Artikeln 109 und 109b des EG-Vertrags, ABl. 1998 C 35/1.

38 Protokoll (Nr. 14) über die Eurogruppe, ABl. 2012 C 326/283.

39 Zu Einzelheiten siehe Uwe Puetter, *Informal Circles of Ministers. A Way Out of the EU's Institutional Dilemmas?*, ELJ 9 (2003), 109–124 (114 ff.).

40 Siehe von Bogdandy/Rugge, in diesem Band.

währleisten (Art. 16 Abs. 6 UAbs. 2 EUV, Art. 2 Abs. 2 GO-Rat).⁴¹ Er soll also für die Koordinierung zwischen den verschiedenen Ratsformationen sorgen, sich mit übergreifenden oder institutionellen Fragen befassen und Streitigkeiten schlichten.⁴² Allerdings ist der Rat „Allgemeine Angelegenheiten“ nicht hierarchisch übergeordnet und hat keine Möglichkeit, andere Konfigurationen zu „zwingen“; er hat daher nur sehr begrenzte Möglichkeiten, „renitente“ Akteure zu überzeugen. Dies hat zur Folge, dass strittige Fragen oft im Europäischen Rat landen.

Die Ratspräsidentschaft ist zu einer zentralen Institution geworden, die die Führung übernimmt, aber auch einfach hilft, das komplexe System zu verwalten.⁴³ Das war nicht immer so. Bis in die 1970er Jahre wurde der Ratsvorsitz eher als bloße Frage betrachtet, wer die Tagungen leitet.⁴⁴ Mit der Rivalität zur Kommission und der Entstehung des heutigen Europäischen Rates entwickelte sich ein Bedürfnis nach mehr Institutionalisierung und auch Professionalisierung; seit den 1980er Jahren wuchsen auch die Aufgaben der EU und damit die Erwartungen immens. Seitdem wurde die Frage diskutiert, wie der Rat geleitet und geführt werden könnte.

Mit dem Vertrag von Lissabon ist ein reformiertes System entstanden. Die alte Idee der gleichberechtigten Rotation unter den Mitgliedstaaten wurde weniger überzeugend, als die Zahl der Mitgliedstaaten zunahm. Im neuen System der rotierenden Präsidentschaft wird die Gleichheit beibehalten und drei Staaten legen ihre halbjährliche Präsidentschaft zusammen,

41 Bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon war der Rat „Allgemeine Angelegenheiten“ mit dem Rat „Auswärtige Angelegenheiten“ vereint. Ihre Aufgaben wurden jedoch getrennt, um mehr Effizienz zu erreichen.

42 Während diese Funktion die interne Kohärenz betrifft, hat der Rat „Allgemeine Angelegenheiten“ auch eine externe Koordinierungsfunktion: Er ist die einzige Ratsformation, die die Interaktion mit dem Europäischen Rat organisiert; gemäß Artikel 16 Abs. 6 EUV hat er „die Tagung des Europäischen Rates vorzubereiten und nachzubereiten.“ In dieser Funktion arbeitet er mit der Präsidentschaft des Europäischen Rates und der Präsidentschaft der Europäischen Kommission zusammen.

43 Für einen kurzen Überblick über die Aufgaben des rotierenden Vorsitzes siehe *Hayes-Renshaw* (Fn. 31), 81; zur Effizienz und den Einfluss auf die EU Agenda siehe *Austé Vaznonytė*, *The Rotating Presidency of the Council of the EU. Still an Agenda-setter?*, *European Union Politics* 21 (2020), 497–518; *Frank M. Häge*, *The Scheduling Power of the EU Council Presidency*, *Journal of European Public Policy* 24 (2017), 695–713; *Mads Dagnis Jensen/Peter Nedergaard*, *Uno, Duo, Trio? Varieties of Trio Presidencies in the Council of Ministers*, *JCMS* 52 (2014), 1035–1052; *Agnes Batory/Uwe Puetter*, *Consistency and Diversity? The EU's Rotating Trio Council Presidency after the Lisbon Treaty*, *Journal of European Public Policy* 20 (2013), 95–112.

44 *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 134.

um dann als Trio eine 18 Monate dauernde Teampräsidentschaft zu bilden (Art. 16 Abs. 9 EUV).⁴⁵

Dieser Vorsitz hat im Wesentlichen vier Funktionen. Zum einen ist er einfach ein „Geschäftsleiter“; er beruft den Rat ein (Art. 237 AEUV), unterzeichnet Rechtsakte (Art. 15 AEUV), bereitet Tagesordnungen für Sitzungen vor usw. In dieser Funktion besteht eine enge Interaktion mit dem Sekretariat. Zweitens übernimmt die Präsidentschaft die politische Führung, indem sie die inhaltliche Agenda festlegt, Initiativen fördert und den politischen Kurs vorgibt. Diese Aufgabe ist aus dem institutionellen Wettbewerb mit der Kommission erwachsen und schrumpft (oder wird geteilt) mit der Rolle des Europäischen Rates. Drittens sind die Präsidentschaften entscheidend für die Moderation von Verhandlungen und die Vermittlung von (Paket-)Deals. Er wird als neutraler Akteur gebraucht, der das allgemeine Interesse und die breiteren Forderungen im Auge behält. Art. 20 GO-Rat, der eine ganze Reihe von Instrumenten für den „ordnungsgemäße[n] Ablauf der Beratungen“ vorsieht, unterstreicht die immense Bedeutung dieser Funktion. Viertens schließlich ist die Ratspräsidentschaft für die Vertretung nach außen notwendig. Auch diese Funktion entstand aus einem institutionellen Wettbewerb mit der Kommission sowie aus den wachsenden Aufgaben der EU (und der Forderung von Drittländern nach einem Gesprächspartner). Mit der Einführung der ständigen Präsidentschaft des Europäischen Rates und des Hohen Vertreters für auswärtige Angelegenheiten hat sie jedoch an Bedeutung verloren.⁴⁶

d) Das Generalsekretariat des Rates

Die letzte Institution, die für organisatorische Kapazität und Kohärenz in der Arbeit des Rates sorgt, ist sein Generalsekretariat (Art. 240 Abs. 2

45 Die Reihenfolge der Rotation wird vom Europäischen Rat festgelegt, Art. 236 lit. b AEUV, unter Berücksichtigung der Ausgewogenheit der geographischen Lage, des wirtschaftlichen Gewichts und der Tatsache, ob der Staat ein altes oder neues Mitglied der Union ist. Die Betonung der Gleichheit unter den Mitgliedstaaten ist eine Besonderheit der Union, sie ist aber auch eine Belastung für kleinere Staaten. Für eine kurze Bewertung der Tatsache, dass die Präsidentschaften kleinerer Staaten als erfolgreicher angesehen werden, weil sie stärker auf Konsens und weniger auf Dominanz ausgerichtet sind, siehe *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 135.

46 Siehe dazu den Beitrag von *Ley*, in diesem Band.

AEUV).⁴⁷ Als großer und ständiger Verwaltungsapparat verfügt es mehr als die politische Ministerrunde in der Ratsformation „Allgemeine Angelegenheiten“ oder die wechselnden Ratsvorsitze über das institutionelle Gedächtnis und die Kapazität, um für Kontinuität und Kohärenz zu sorgen.

Das Sekretariat unterstützt letztlich mehrere Institutionen gleichzeitig – vorrangig den Rat und den Europäischen Rat, aber auch andere Organe, vor allem die Kommission. Nur durch das Sekretariat verfügt der Rat über die institutionellen Kapazitäten, um ein echtes Gegengewicht zur Kommission zu bilden. In diesem Sinne ist die kontinuierliche Stärkung des Generalsekretariats, insbesondere seit 1990, ein wichtiger Faktor im interinstitutionellen Gefüge der EU.

Das Generalsekretariat wird von einem Generalsekretär und seinem Stellvertreter geleitet, die beide vom Rat ernannt werden (Art. 240 Abs. 2 AEUV, Art. 23 GO-Rat) und in der Regel lange im Amt sind, was ein weiteres Element der Kontinuität darstellt. Es hat ca. 3.000⁴⁸ Mitarbeitende und ist in acht Abteilungen gegliedert, von denen sich sechs mit inhaltlichen Politikbereichen befassen, zwei weitere haben horizontale Aufgaben: der Juristische Dienst und die Personalabteilung.

Auch hier können vier Hauptfunktionen unterschieden werden (vgl. Art. 23 Abs. 3 GO-Rat): In erster Linie *organisiert* das Sekretariat schlicht die Sitzungen des Rates, d.h. es reserviert Räume, stellt Dokumente zur Verfügung und übersetzt sie.⁴⁹ Man sagt, dass 90 Prozent des Personals des Sekretariats mit diesem Teil seiner Arbeit beschäftigt sind, was die unglaubliche organisatorische und sprachliche Komplexität verdeutlicht. Zweitens *koordiniert* das Sekretariat die Arbeit des Rates, wozu auch die Erstellung des Protokolls gehört. Dies ist eine große Verantwortung, da bei der Interaktion zwischen verschiedenen Zusammensetzungen und bei der Suche nach Lösungen die Kommunikation über die Sitzungen und ihre Ergebnisse von zentraler Bedeutung ist. Drittens hat das Sekretariat die Aufgabe, die *Kohärenz* der Arbeit zu gewährleisten. Ein zentrales Element dieser Aufgabe besteht darin, alle Akteure zu informieren, sowohl innerhalb

47 Siehe Art. 240 AEUV, Art. 23 GO-Rat. Für eine Einführung siehe *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 101–133; siehe auch *Westlake/Galloway* (Fn. 15), 347 ff.; *Alexander Egger*, Das Generalsekretariat des Rates der EU, Baden-Baden: Nomos 1994.

48 Genau 3.108 Mitarbeiter im Jahr 2023, davon 1.783 weibliche und 1.325 männliche, laut Angaben des Rates: <http://www.consilium.europa.eu/en/general-secretariat/staff-budget>, abgerufen am 25.4.2023.

49 *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 120–123.

der verschiedenen Ratsformationen als auch zwischen den nationalen Delegationen und anderen Akteuren sowie zwischen anderen Institutionen (wie dem Europäischen Rat, dem Parlament und der Kommission). Die vierte Aufgabe, die dem Sekretariat in Art. 23 Abs. 3 GO-Rat übertragen wurde, ist die Unterstützung „bei der Suche nach Lösungen“ unter der Leitung des Vorsitzes. Dabei kann es sich um eine eher taktische oder verfahrenstechnische Beratung handeln (wann sollen Themen in Ratssitzungen behandelt werden, wer soll wann einbezogen werden), aber auch um inhaltliche Beratung.

Zwei weitere Aufgaben des Sekretariats sollten erwähnt werden: Das Sekretariat verfügt über einen Juristischen Dienst, der den Rat vom Juristischen Dienst der Kommission unabhängig macht, was bei der üblichen institutionellen Rivalität eine wesentliche Rolle spielt. Der Juristische Dienst des Rates prüft die Rechtmäßigkeit jedes im Rat ausgearbeiteten Vorschlags. Er ist auch für die Vertretung des Rates vor den europäischen Gerichten, insbesondere dem EuGH, zuständig. Schließlich verfügt er über Übersetzer, die dafür sorgen, dass die Dokumente und Vorschläge des Rates in den verschiedenen Sprachen der EU authentisch und korrekt sind.

Zweitens: Es ist eine entscheidende Stütze, wenn Regierungskonferenzen (d.h. Vertragsänderungen) und Beitrittsabkommen verhandelt werden. In Zeiten fast permanenter Vertragsverhandlungen und Bei- wie Austritten war dies eine zusätzliche beträchtliche Verantwortung.

2. Zuständigkeiten und Partner: Der Rat als Teamplayer

a) Überblick und allgemeine Merkmale

Die wichtigste Funktion des Rates ist die Vertretung der Interessen der Mitgliedstaaten in der EU. Diese Funktion kann er durch die Befugnis der Minister und der ständigen Vertreter, ihre Regierungen im Rat zu verpflichten, sowie durch eine Vielzahl von Zuständigkeiten erfüllen. Art. 16 Abs. 1 EUV gibt einen Überblick über letztere, wenngleich es sich nicht um eine umfassende Aufzählung handelt und er selbst keine Rechtsgrundlage für ein Handeln darstellt.

Es lassen sich sechs Hauptaufgaben unterscheiden: Entscheidungsfindung in den Bereichen Gesetzgebung und Haushalt, Koordinierung, Politikgestaltung, Umsetzung und Ernennungen.

Der Rat ist das vorrangige Organ der *Gesetzgebung* in der Union. Er tut dies in verschiedenen Verfahren, überwiegend in Zusammenarbeit mit

dem Europäischen Parlament (Art. 289, 294 AEUV) und auf der Grundlage eines Vorschlags der Kommission (Art. 17 Abs. 2 EUV, Art. 294 Abs. 2 AEUV), aber auch teilweise allein oder mit bloßer Anhörung des Europäischen Parlaments in verschiedenen Fällen sensibler Maßnahmen, etwa zur Unionsbürgerschaft und zu Pässen (Art. 21 Abs. 3, 22 Abs. 2, 23 Abs. 2, 77 Abs. 3 AEUV), zur Steuerharmonisierung (Art. 113, 115 AEUV), zu Bereichen der Sozialpolitik (153 Abs. 2 AEUV) und zum mehrjährigen Finanzrahmen (Art. 312 Abs. 2 AEUV). Es gibt prinzipiell keine Rechtsetzung der EU ohne Beteiligung des Rates.

Zusammen mit dem Europäischen Parlament verfügt der Rat über die wichtigsten *Haushaltsbefugnisse* in der EU. Er erlässt (nach Anhörung des Europäischen Parlaments) die Bestimmungen über die Eigenmittel der Union (Art. 311 AEUV) sowie eine Verordnung zur Festlegung des Mehrjahresrahmens der EU (Art. 312 Abs. 2 AEUV). Gemeinsam mit dem Europäischen Parlament beschließt er den jährlichen Haushaltsplan der EU (Art. 314 AEUV).

Der Rat ist darüber hinaus befugt, die Politik der Mitgliedstaaten und der Union, insbesondere die Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik, zu *koordinieren* (Art. 5 Abs. 1 und 2 AEUV i.V.m. Art. 121, 136, 145 und 151 AEUV). Er darf auch Politiken in verschiedenen Bereichen unterstützen, koordinieren und ergänzen (Art. 6 i.V.m. z.B. Art. 165, 166, 167, 168 Abs. 1–3 und 5–7, 173, 195 AEUV).

Art. 16 Abs. 1 EUV erwähnt die Zuständigkeit des Rates für die *Politikgestaltung*. Dieser eher vage Begriff ist nicht mit konkreten Instrumenten verbunden, sondern kann so verstanden werden, dass er die Politikgestaltung durch Gesetzgebung oder z.B. durch strategische Entscheidungen in außenpolitischen Angelegenheiten meint (Art. 26 Abs. 2 EUV). Er bezieht sich auf eine grundlegendere Leitung und Verantwortung des Rates für die allgemeine Ausrichtung der Union, eine Aufgabe, die der Rat zunehmend mit dem Europäischen Rat teilt.

Die *Durchführung* des EU-Rechts gehört nicht zu den primären Zuständigkeiten des Rates, wenngleich er auch hier in ausgewählten Bereichen über erhebliche Befugnisse verfügt, so in der Landwirtschaft (Art. 43 Abs. 3 AEUV), im Zollwesen (Art. 31 AEUV) und insbesondere in der Außenpolitik (Art. 291 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 24, 26 EUV). Er darf in Ausnahmefällen auch selbst Durchführungsakte erlassen (Art. 291 Abs. 2 AEUV).

Nicht zuletzt hat der Rat wichtige Kompetenzen bei der *Ernennung* anderer Organe der EU. Er hat die Aufgabe, die Mitglieder des Rechnungshofs zu ernennen (Art. 286 Abs. 2 AEUV), Kandidaten für die Kommission

vorzuschlagen (Art. 17 Abs. 7 EUV), einen Sonderbeauftragten für auswärtige Angelegenheiten zu ernennen (Art. 33 EUV) und kann die Zahl der Generalanwälte erhöhen (Art. 252 AEUV).

Diese kurze Aufzählung verdeutlicht die immense Bandbreite der Kompetenzen des Rates, die von legislativen über haushaltspolitische bis hin zu exekutiven Aufgaben reicht. Dies muss die Anhänger des traditionellen Konzepts der Gewaltenteilung irritieren, birgt aber eine tiefere Lehre für das Verständnis des Rates und des institutionellen Systems der EU im Allgemeinen: Der Rat handelt in der Regel gemeinsam mit anderen Institutionen. Er ist ein Teamplayer – und als solcher zeigt er besonders gut, dass die EU auf der Idee eines nicht-hierarchischen „checks-and-balances“ oder institutionellem Gleichgewicht⁵⁰ und den verwobenen Kompetenzen im Exekutivföderalismus aufgebaut ist.

Ein zweiter Blick und eine Analyse der Aufgaben des Rates wird daher seine Befugnisse im Zusammenhang mit seinen jeweiligen Partnerinstitutionen beleuchten. Denn auch wenn der Rat manchmal allein handelt, arbeitet er in der Regel mit anderen Institutionen zusammen – und beweist damit seinen kooperativen Charakter und seine Rolle als unverzichtbare Institution. Hier werden unterschiedliche Formen des Regierens deutlich.

Die folgende Analyse der interinstitutionellen Zusammenarbeit zwischen dem Rat und den anderen Organen konzentriert sich zunächst auf die Arbeit mit der Europäischen Kommission (b), da diese Partnerschaft historisch am tiefsten verwurzelt ist; sie führt sodann zur Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament (c) und schließlich zum Europäischen Rat (d), der eindeutig der engste Partner bleibt.

b) Allgemeine EU-Verwaltung und Umsetzung – mit der Kommission

Das Verhältnis von Rat und Europäischer Kommission ist das älteste und wahrscheinlich komplexeste im institutionellen System. Es ist geprägt von unterschiedlichen Gezeiten und Formen der Zusammenarbeit und des Wettbewerbs. Mit dem Aufkommen des Europäischen Rates (seit den 1970er Jahren) und des Europäischen Parlaments (seit den 1980er Jahren) ist sie nun in einen komplexeren institutionellen Kontext eingebettet, steht

50 *Thomas Christiansen*, *The European Union after the Lisbon Treaty. An Elusive 'Institutional Balance'?*, in: *Andrea Biondi/Piet Eeckhout/Stefanie Ripley* (Hrsg.), *EU Law after Lisbon*, Oxford: Oxford University Press 2012, 216–231.

aber nach wie vor im Mittelpunkt der EU-Entscheidungsfindung, insbesondere im Hinblick auf die allgemeine Steuerung der EU und die Umsetzung.⁵¹

Die Beziehung zwischen Rat und Kommission ist zwangsläufig eng, da die Verträge sie (mit dem Parlament) als die zentralen Akteure bei der Rechtsetzung in der EU vorsehen – wobei die Kommission das Vorschlagsmonopol und der Rat das Recht hat, über die Vorschläge zu entscheiden (das er mit dem Parlament teilt). Da die Regelsetzung das Herzstück der Funktionsweise der EU ist, ist diese Interaktion für die gesamte EU von Bedeutung.

Die allerersten Jahre der Beziehungen waren durch ein hohes Maß an Zusammenarbeit und gegenseitigem Vertrauen bei der Festlegung des Kurses der EWG als Tandem aus der Kommission, die Vorschläge unterbreitet, und dem Rat, der die Regeln erlässt, gekennzeichnet.⁵² Es handelte sich um eine weitgehend synergetische Beziehung, in die sich andere Institutionen oder Machtzentren kaum einmischten. Dies änderte sich allerdings bereits in den 1960er Jahren, als die selbstbewusste Kommission unter ihrem Präsidenten Walter Hallstein auf einen ebenso selbstbewussten französischen Präsidenten De Gaulle traf. Eine breitere Institutionalisierung des Rates setzte ein (Schaffung des AStV, Erweiterung des Sekretariats), die dem Rat mehr Gewicht verlieh. Generell kam es zu einer Politisierung und einer stärkeren Differenzierung der Interessen – und damit zu einem stärker konkurrierenden und zum Teil antagonistischen Stil der Interaktion.

In diesen ersten Jahrzehnten hat sich kein festes Muster ihrer Interaktion herausgebildet. Vielmehr schwankt ihr Zusammenspiel immer wieder zwischen Kooperation und Konkurrenz. Aus der Anfangszeit bleibt ein Grundverständnis des Rates als eines Organs, das nicht nur den Interessen einzelner Mitgliedstaaten verpflichtet ist, sondern auch dem Charakter und der Ausrichtung der Gemeinschaft als Ganzes. Er erinnert an die Befugnis des Rates zur „Durchführung der Politik“ in Art. 16 Abs. 1 EUV und gibt damit die Richtung der EU-Politik vor. Diese Befugnis teilt der Rat bis zu

51 Zur Kommission im Allgemeinen innerhalb des institutionellen Systems der EU Philipp Dann, Die politischen Organe, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin: Springer 2009, 335–387; *Hayes-Renshaw* (Fn. 31), 89–90.

52 Über die Entwicklung dieser Beziehung berichten *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 186 f.; *Dietrich Rometsch/Wolfgang Wessels*, The Commission and the Council of Union, in: Geoffrey Edwards/David Spence (Hrsg.), The European Commission, London: Catermill 1997, 202–224.

einem gewissen Grad mit dem Europäischen Rat (und hat sie sogar weitgehend an ihn abgetreten). Aber es ist auch, im weiteren Sinne des Wortes, eine Verantwortung, die er mit der Kommission teilt. Die Kommission hat zwar das Initiativmonopol bei der Rechtsetzung, aber sie braucht immer Partner, die ihre Vorschläge umsetzt und letztlich verabschiedet.

Die Erwähnung der Durchführung der EU-Politik als Kooperationsaufgabe des Rates mag zunächst überraschen. Im Allgemeinen ist die Durchführung Aufgabe der Mitgliedstaaten (Art. 291 Abs. 1 AEUV) oder der Kommission (Art. 291 Abs. 2, Alt. 1 AEUV). Ausnahmsweise hat der Rat eine eigenständige Kompetenz zur Festlegung von Durchführungsstandards (Art. 291 Abs. 2 Alt. 2 AEUV). Dies gilt vor allem im Bereich der Außenpolitik (insb. Art. 26 Abs. 2 EUV), wo der Rat die vom Europäischen Rat festgelegten allgemeinen Politiken umsetzt. Relevant ist es z.B. auch im Agrarbereich, wo der Rat die Aufgabe hat, Durchführungsleitlinien für die „Festsetzung von Preisen, Abschöpfungen, Beihilfen und Beschränkungen“ zu erlassen (Art. 43 Abs. 3 AEUV).

Der Rat hat jedoch eine kooperative Rolle bei der Durchführung, insbesondere in den Komitologieverfahren, d.h. dem System der Ausschüsse, die sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzen und die Kommission bei der Durchführung von EU-Vorschriften unterstützen (Art. 291 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 AEUV).⁵³ Hier besteht eine enge Interaktion zwischen der Kommission und dem Rat, wobei der Rat in verschiedenen Verfahren als Gesprächspartner und Kontrolle der Durchführungsbefugnisse der Kommission dient.

c) Legislative und Haushaltsbefugnis – mit dem Europäische Parlament

Der Rat, der in den Anfangsjahren der EWG die alleinige Legislativ- und Haushaltsbehörde war, teilt sich diese Zuständigkeiten nun weitgehend mit dem Europäischen Parlament. Bevor diese Zuständigkeiten und das Verhältnis von Rat und Parlament genauer analysiert werden, sei kurz über

53 Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren.

die Rolle des Rates als Gesetzgeber und seine „gemeinsame“ Beziehung zum Europäischen Parlament nachgedacht.⁵⁴

aa) Regierungen als Gesetzgeber?

Zunächst einmal sollte uns die Rolle des Rates als Gesetzgeber zu denken geben. Auch wenn man sich an diese Beschreibung gewöhnt hat, so widerspricht sie doch einem hergebrachten Konzept der Gewaltenteilung. Die traditionelle Erklärung für diese Dissonanz geht natürlich auf den zwischenstaatlichen Charakter der EU zurück. Sie geht davon aus, dass Staaten, die über ihr Territorium hinaus agieren, durch die Exekutive vertreten werden, unabhängig von der Art ihrer Tätigkeit. Der Exekutivrat als Legislative wird daher als supranationale Ausnahme von der Gewaltenteilungsregel akzeptiert.⁵⁵

Eine überzeugendere Erklärung für die Rolle des Rates ist jedoch der Exekutivföderalismus der EU. Die EU ist ein vielschichtiges Regierungssystem (d.h. föderal in der kontinentalen Terminologie) und mehr noch, es ist eines mit einer Struktur verwobener Zuständigkeiten, in der die Union und die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeiten teilen. In diesem Zusammenhang macht die starke Rolle, die den Exekutiven zugewiesen wird, durchaus Sinn. Nicht irgendjemand aus den Mitgliedstaaten sollte an der Regelsetzung des Zentrums beteiligt sein, um seine besonderen Interessen zu artikulieren, sondern insbesondere seine Führungskräfte. Sie liefern das notwendige „lokale“ Wissen über die Verwaltungs- und Rechtssysteme der Mitgliedstaaten, damit die EU-Vorschriften besser mit den bestehenden nationalen Vorschriften zusammenspielen. Es könnte auch die Einhaltung des Unionsrechts verbessern, wenn die politischen Spitzen der nationalen Exekutiven, die für die Umsetzung des EU-Rechts zuständig sind, an dessen Erarbeitung beteiligt werden. Es sollte auch berücksichtigt werden, dass

54 Über das Europäische Parlament: *Dann*, Organe (Fn. 51), 354 ff; *ders.*, Parlamente (Fn. 3), 306 ff.

55 *Marzena Kloka/Susanne K. Schmidt*, Legislative and Judicial Politics in the Post-Maastricht Era. The Intergovernmentalist Paradox in the Council of Ministers, in: Christopher J. Bickerton/Dermot Hodson/Uwe Puetter (Hrsg.), *The New Intergovernmentalism. States and Supranational Actors in the Post-Maastricht Era*, Oxford: Oxford University Press 2015, 227–244; für frühe Diskussionen zu diesem Thema, zumindest in Deutschland: VVDStRL 23 (1964), 1. Thema: Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, mit Beiträgen von *Joseph Kaiser* und *Peter Badura*.

der Rat an verschiedenen Arten der Regelsetzung beteiligt ist. Einige davon könnten in der Tat mit der Rechtsetzung vergleichbar sein, so dass sich die Frage stellt, ob die Exekutive dies tun kann oder sollte. Aber es gibt auch die exekutive Rechtsetzung, die typischerweise eine Domäne der Exekutive ist, und auch die Verfassungsgebung (Beitritt, Vertragsreform), bei der der zwischenstaatliche Charakter der EU wichtig ist und der die Beteiligung der Regierung rechtfertigt.

bb) Verhältnis zwischen Rat und Europäischem Parlament

Ebenso wichtig ist es, über den zweiten Aspekt nachzudenken. Der Rat musste seine Gesetzgebungs- und Haushaltsbefugnisse zunehmend mit dem Europäischen Parlament teilen. Diese Parlamentarisierung war aus Sicht des Rates kein einfacher Prozess und führte zu verschiedenen Konflikten. Alles in allem ist das Verhältnis zwischen Rat und Europäischem Parlament nach wie vor schwierig und oft antagonistisch, hat sich aber letztlich zu einer überwiegend konstruktiven Arbeitsbeziehung entwickelt.

In den Anfangsjahren waren die Rollen des Rates und des Europäischen Parlaments klar verteilt und sehr unterschiedlich.⁵⁶ Der Rat war das Zentrum der Entscheidungsfindung, während das Europäische Parlament (damals noch „Gemeinsame Versammlung“ genannt), wenn überhaupt, nur beratende Befugnisse hatte. Dies begann sich in den 1970er Jahren mit den Reformen des *Haushaltssystems* zu ändern. Die damalige EWG erhielt die Befugnis, über eigene Mittel zu verfügen und diese zu verwalten, und das Europäische Parlament wurde mit einer Mitentscheidungsbefugnis über die Ausgaben ausgestattet.⁵⁷ Es nutzte seine neuen Befugnisse, einschließlich eines Vetorechts, mit Beharrlichkeit und Geschick. Die Ausweitung der *legislativen* Befugnisse des Parlaments setzte später ein und verlief

56 Zur Entstehungsgeschichte des Europäischen Parlaments *Berthold Rittberger*, Building Europe's Parliament, Oxford: Oxford University Press 2005, 73 ff.; *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 207 ff.

57 Zu Beginn umfasste diese Zuständigkeit keine „obligatorischen Ausgaben“. Das Parlament verfügte also nur über eine partielle Haushaltsbefugnis. In dieser sensiblen Angelegenheit haben die Mitgliedstaaten nach wie vor das letzte Wort, siehe *Christian Waldhoff*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 15), Art. 314 AEUV, Rn. 14, und Art. 311 AEUV, Rn. 5; *David Judge/David Earnshaw*, The European Parliament, London: Palgrave Macmillan 2008, 198 ff.; *Richard Corbett/Francis Jacobs/Michael Shackleton*, The European Parliament, London: Harper 2011, 272 ff.

langsamer. Zwar wurden 1979 Direktwahlen eingeführt, doch erst mit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 wurde die Rolle des Rates bei der Rechtsetzung durch die Einführung des Zustimmungs- und des Kooperationsverfahrens gestärkt, die aber einen sehr begrenzten materiellen Anwendungsbereich hatten. Erst die kumulative Wirkung der Einführung des Mitentscheidungsverfahrens im Vertrag von Maastricht 1993 und dessen Vereinfachung sowie die kontinuierliche inhaltliche Ausweitung in den Verträgen von Amsterdam, Nizza und Lissabon auf das heutige ordentliche Gesetzgebungsverfahren machten das Europäische Parlament zu dem gleichberechtigten Partner, der es heute ist.⁵⁸

Die Auswirkungen dieser Parlamentarisierung auf den Rat sind vielfältig und ihr Verhältnis komplex. Für den Rat bedeutete sie zunächst einmal mehr Arbeit. Wo er früher nur mit der Kommission kommunizierte, muss er nun einen mehrstufigen und komplexen Kommunikations- und Verhandlungsprozess auch mit dem Europäischen Parlament führen. Dies wiederum führte zu Veränderungen in der Arbeitsweise und den Strukturen des Sekretariats als auch in der Rolle der Ratspräsidentschaft. Beide investieren nun erhebliche Ressourcen in den reibungslosen Ablauf der Verfahren. Infolgedessen haben sich die Interaktion (und die gegenseitige Abhängigkeit) zwischen dem Rat und dem Europäischen Parlament erheblich intensiviert. Es gibt eine Vielzahl von Kontakten auf verschiedenen Ebenen, angefangen beim Sekretariat/Personal. Gemeinsam mit der Kommission führen beide Organe nun regelmäßig sogenannte Trilogie durch, in denen Gesetzgebungsvorhaben erörtert und der komplexe Prozess des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens durchlaufen wird. Die Veränderungen haben auch dazu geführt, dass der Rat seine eigenen Positionen und Argumente viel klarer und transparenter kommunizieren – und dass er eine große Sensibilität für die Positionen und Interessen des Europäischen Parlaments entwickeln muss.

Alles in allem bleibt das Verhältnis natürlich ein Verhältnis von Akteuren mit oft unterschiedlichen Positionen und Interessen, nicht nur in der Sache, sondern auch bei den jeweiligen Zuständigkeiten. Viele Streitigkeiten erscheinen daher als eher „legalistisches Gezänk“ um Vertragsklauseln.⁵⁹

58 Vgl. Jürgen Bast, Europäische Gesetzgebung. Fünf Stationen in der Verfassungsentwicklung der EU, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos 2010, 171–181 (173 ff.).

59 Hayes-Renshaw/Wallace (Fn. 15), 215.

Nach viel Skepsis im Rat über die Effizienz des Europäischen Parlaments haben sie jedoch eine gut funktionierende Beziehung aufgebaut.

cc) Der Rat und das Gesetzgebungsverfahren

Die Gesetzgebungsbefugnisse des Rates erstrecken sich auf alle wesentlichen Bereiche der EU- Zuständigkeiten, die in einer Vielzahl von Verfahren ausgeübt werden (und verschiedene Arten der Rechtsetzung betreffen).

Das *ordentliche Gesetzgebungsverfahren* (Art. 289 Abs. 1, 294 AEUV) ist eine Abwandlung des Mitentscheidungsverfahrens aus der Zeit vor Lissabon. Hier haben Rat und Parlament gleiche Verfahrensrechte und müssen sich einigen. Insgesamt verweisen rund 85 Rechtsgrundlagen auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren.⁶⁰

Neben dem ordentlichen unterscheidet Art. 289 Abs. 1 AEUV zwischen zwei Arten von „*besonderen Gesetzgebungsverfahren*“: „Annahme [...] durch das Europäische Parlament mit Beteiligung des Rates“ oder „Annahme [...] durch den Rat mit Beteiligung des Europäischen Parlaments“ (Art. 289 Abs. 2 AEUV). Rund 30 Rechtsgrundlagen⁶¹ verweisen auf solche besonderen Gesetzgebungsverfahren. Anders als in Art. 289 Abs. 1 AEUV umfassen die besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 Abs. 2 AEUV verschiedene Arten von Verfahren, die in der jeweiligen Rechtsgrundlage spezifiziert werden. Eine gewisse Unterscheidung ist nach Merkmalen wie Zustimmung oder Anhörung des Parlaments, Einstimmigkeit oder qualifizierte Mehrheit im Rat oder Parlamentsbeschluss mit Zustimmung des Rates möglich.

Im Allgemeinen hat der Rat bei besonderen Gesetzgebungsverfahren mehr Befugnisse als das Europäische Parlament.⁶² Es gibt 24 Rechtsgrundlagen, die dem Rat das Recht geben, zu entscheiden und nur die Anhörung des Parlaments erfordern, und sieben, die die Zustimmung des Parlaments erfordern. Demgegenüber gibt es nur drei Rechtsgrundlagen für die Ge-

60 Markus Krajewski/Ulrich Rösslein, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL Mai 2024, München: C.H. Beck, Art. 289 AEUV, Rn. 44.

61 Eine Einordnung ist nicht immer einfach. Verschiedene Beobachter zählen die Rechtsgrundlagen unterschiedlich, weshalb es zu kleinen Abweichungen kommt: Matthias Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 15), Art. 289 AEUV, Rn. 5–6; und im Vergleich dazu Krajewski/Rösslein (Fn. 60), Art. 289 AEUV, Rn. 53.

62 Ibid., Rn. 49.

setzung des Europäischen Parlaments, die der Zustimmung des Rates bedürfen.⁶³

Es überrascht nicht, dass der Rat⁶⁴ auch bei der Aushandlung und Annahme internationaler Abkommen durch die Europäische Union eine entscheidende Rolle spielt (Art. 218 AEUV).⁶⁵ Auch hier agiert er nicht isoliert, sondern als Teamplayer, insbesondere in Zusammenarbeit mit der Kommission. Doch auch in diesem traditionellen *domaine réservé* der Exekutive spielte das Parlament schließlich eine immer größere Rolle. Art. 218 AEUV begründet somit einen komplexen mehrstufigen Prozess, der eine besonders enge Zusammenarbeit zwischen Rat, Europäischem Parlament und Kommission erfordert. Wie bei anderen Rechtsetzungsverfahren behält letztere die Kompetenz, das Verfahren einzuleiten, auch wenn eine solche Initiative in der Praxis oft schon das Ergebnis intensiver Diskussionen zwischen verschiedenen Akteuren ist.⁶⁶ Die Kommission kann dann vom Rat ermächtigt werden, den Inhalt der geplanten Vereinbarung auszuhandeln (Art. 218 Abs. 2 und 3 AEUV).⁶⁷ Auch bei den anschließenden Verhandlungen bleiben die Institutionen eng miteinander verflochten. Während die Kommission an dieser Stelle des Prozesses die zentrale Rolle

63 Art. 314 AEUV sieht ein besonderes Gesetzgebungsverfahren vor, bei dem das Parlament und der Rat den jährlichen Haushaltsplan gemeinsam verabschieden. Nach Art. 82 Abs. 2 AEUV wird der entsprechende Gesetzgebungsakt „gemäß dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen“ erlassen. Beide Artikel werden hier nicht berücksichtigt.

64 Sobald sie in Kraft getreten sind, bilden die von der Europäischen Union geschlossenen internationalen Abkommen einen integralen Bestandteil (*partie intégrante*) des Unionsrechts: EuGH, Urteil v. 30.4.1974, Rs. 181/73, ECLI:EU:C:1974:41, Rn. 5 – *Haegeman*.

65 Das Verfahren des Art. 218 AEUV gilt generell für den Abschluss aller internationalen Abkommen durch die Europäische Union. Es wird ergänzt durch Art. 207 Abs. 3 und Art. 219 AEUV, die teilweise besondere Bestimmungen für den Abschluss von Handelsabkommen sowie von Abkommen über Währungs- oder Devisenfragen oder Wechselkurssysteme enthalten.

66 *Piet Eeckhout*, EU External Relations Law, Oxford: Oxford University Press 2011.

67 Mit Ausnahme von Abkommen, die ausschließlich oder hauptsächlich die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) betreffen, wo diese Zuständigkeiten vom Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik wahrgenommen werden. Im Falle geteilter Zuständigkeiten kann ein Verhandlungsteam gebildet werden, Art. 218 Abs. 3 AEUV. Da der Hohe Vertreter jedoch Vizepräsident und damit auch Mitglied der Kommission ist, spielt er stets eine entscheidende Rolle bei der Aushandlung und dem Abschluss internationaler Abkommen, vgl. *Kirsten Schmalenbach*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 218 AEUV, Rn. 12.

spielt und nach außen hin als alleinige Verhandlungsführerin auftritt, ist sie durch die vom Rat gezogenen internen Grenzen eingeschränkt und agiert bis zu einem gewissen Grad faktisch unter dessen Aufsicht durch besondere Ausschüsse (Art. 218 Abs. 4 AEUV). Sind die Verhandlungen abgeschlossen, kann der Rat die Kommission auf deren Vorschlag hin ermächtigen, das Abkommen zu unterzeichnen (Art. 218 Abs. 5 AEUV) und schließlich zu ratifizieren (Art. 218 Abs. 6 AEUV).

Das Europäische Parlament wird zwar während des gesamten Prozesses unterrichtet (Art. 218 Abs. 10 AEUV), tritt aber erst in diesem Stadium formell als dritter Entscheidungsträger auf den Plan. Je nach Bedeutung und Rechtsgrundlage des Abkommens muss es entweder dessen Abschluss zustimmen (Art. 218 Abs. 6 lit. a AEUV) oder doch nur konsultiert werden (Art. 218 Abs. 6 lit. b AEUV).⁶⁸ Da das Europäische Parlament mit dieser Rolle nicht zufrieden war, drängte es bald auf eine stärkere Beteiligung am gesamten Prozess. Dies führte zu einer beträchtlichen Aufwertung seiner Position durch eine interinstitutionelle Vereinbarung mit der Kommission⁶⁹ und damit zu einem eher dreieckigen Prozess der informellen Koordinierung, auch wenn der Rat und insbesondere die Kommission die dominierenden Akteure bleiben.

Obwohl es sich auf den ersten Blick um einen äußerst komplexen Prozess handelt, passt der Mechanismus von Art. 218 AEUV einmal mehr hervorragend zum institutionellen Gefüge der Union und zu den Erfordernissen des Exekutivföderalismus. Er ermöglicht es der Kommission, ihre Aufgabe der Außenvertretung nach Art. 17 Abs. 1 EUV zu erfüllen und gleichzeitig dem Rat und in begrenztem Umfang auch dem Europäischen Parlament Instrumente an die Hand zu geben, um auf den Inhalt internationaler Abkommen Einfluss zu nehmen.

Schließlich ist die Rolle des Rates im Prozess der *Vertragsänderungen* eher unterstützender Natur, insbesondere durch die Vorarbeiten des Generalsekretariats. Art. 48 EUV enthält drei Arten von Verfahren, die alle dem Europäischen Rat anstelle des Rates eine Schlüsselfunktion zuweisen.⁷⁰ Die entscheidende Stellung innerhalb dieser verschiedenen Verfah-

68 Wiederum mit Ausnahme von Abkommen, die ausschließlich oder hauptsächlich die GASP betreffen, Art. 218 Abs. 6 AEUV.

69 Siehe die Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission, ABl. 2010 L 304/47, Rn. 23 ff.

70 Ein ordentliches und zwei vereinfachte Verfahren, vgl. *Hans-Joachim Cremer*, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 48 EUV, Rn. 1 ff.

ren kommt jedoch keinem Organ der Europäischen Union, sondern den Mitgliedstaaten selbst zu. Die meisten Vertragsänderungen bedürfen daher der Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten gemäß ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften.⁷¹ Dies steht im Einklang mit dem völkerrechtlichen Status von Vertragsänderungen und ihren rechtlichen und politischen Implikationen.⁷² Im Hinblick auf den Beitritt neuer Mitgliedstaaten zur Europäischen Union ist die Rolle des Rates als Gesetzgeber etwas stärker akzentuiert. Hier sieht Art. 49 Abs. 1 EUV den Rat stärker in den Mittelpunkt des Verfahrens. Das letzte Wort haben jedoch wieder die Mitgliedstaaten, da die Beitrittsverträge letztlich auch der Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten bedürfen (Art. 49 Abs. 2 EUV).

Die Rolle des Rates in Haushaltsfragen hat sich in den letzten Jahrzehnten verändert, insbesondere aufgrund der sich wandelnden Beziehungen zum Europäischen Parlament.⁷³ Die zunehmenden Befugnisse des Parlaments in Haushaltsangelegenheiten führten zu einem entsprechenden Machtverlust des Rates.⁷⁴ Es ist daher nötig, die Rolle des Rates in seinem institutionellen Kontext zu betrachten.

Mit dem Beschluss von 1970 über die Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaften⁷⁵ erhielt das Europäische Parlament erstmals zumindest begrenzte Haushaltsbefugnisse: Rat und Parlament wurden zu einer gemeinsamen, aber asymmetrischen „Haushaltsbehörde“.⁷⁶ Die Asymmetrie ist in zweierlei Hinsicht am deutlichsten: Erstens hatte das Parlament keine Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die Einnahmenseite, die dem Rat und den Mitgliedstaaten vorbehalten war (und immer noch ist). Zweitens hatte der Rat das letzte Wort bei den *obligatorischen* Ausgaben, insbesondere bei den Ausgaben für die Gemeinsame Agrarpolitik, die den größten Teil der Gemeinschaftsausgaben ausmachen.⁷⁷

71 Mit Ausnahme des vereinfachten Verfahrens nach Art. 48 Abs. 7 EUV, das Vertragsänderungen durch den Europäischen Rat in einer begrenzten Anzahl von Verfahrensfragen zulässt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Europäische Rat einstimmig entscheidet.

72 Cremer (Fn. 70), Art. 48 EUV, Rn. 19.

73 Hayes-Renshaw/Wallace (Fn. 15), 208.

74 Ibid., 214.

75 Beschluss 70/243 des Rates vom 21.4.1970 über die Ersetzung der Finanzbeiträge der Mitgliedstaaten durch Eigenmittel der Gemeinschaften, ABl. 1970 L 94/19.

76 Der Begriff „Haushaltsbehörde“ wurde beispielsweise in der Haushaltsordnung der Gemeinschaften (Art. 9 Abs. 5 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002, ABl. 2002 L 248/1) ausdrücklich verwendet.

77 Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (Fn. 15), Art. 314 AEUV, Rn. 15 ff.

Nach der Einführung des Direktwahlrechts im Jahr 1979 verstärkte das Europäische Parlament seinen Kampf, und die 1970er und 1980er Jahre wurden als „Blütezeit der interinstitutionellen Haushaltsstreitigkeiten“ bezeichnet⁷⁸. Um seinen Forderungen Nachdruck zu verleihen, setzte das Parlament auch seine stärkste Waffe ein und lehnte den Haushalt insgesamt dreimal ab (1979, 1982 und 1984). Wichtige erste Schritte hin zu einem kommunikativeren und produktiveren Verhältnis wurden in regelmäßigen erneuerten Interinstitutionellen Vereinbarungen⁷⁹ zwischen der Kommission, dem Parlament und dem Rat formalisiert. Ein zentrales Ziel dieser „Pakete“ war die Verbesserung des Haushaltsverfahrens. Zwei Neuerungen sind erwähnenswert. Die erste betrifft die Festlegung einer mehrjährigen Finanziellen Vorausschau, die zwar nicht den Jahreshaushalt ersetzt, aber einen „Bezugsrahmen für die interinstitutionelle Haushaltsdisziplin“ darstellt,⁸⁰ innerhalb dessen der Jahreshaushalt vereinbart werden muss.⁸¹ Zweitens bemühten sich das Parlament und der Rat um eine Verbesserung der Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs, indem sie Vermittlungsmechanismen⁸² und sogenannte Trilogsitzungen – an denen auch die Kommission teilnimmt – in verschiedenen Phasen des Haushaltsverfahrens einrichteten.⁸³ Diese Regelungen trugen dazu bei, die Zusammenarbeit zwischen Rat und Parlament zu verbessern, und es kam tatsächlich viel seltener zu Streitigkeiten über den Haushalt.⁸⁴ Die neue Beziehung wurde als eine „gemeinsame“⁸⁵ beschrieben, und die Interaktion zwischen Rat

78 *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 215.

79 Interinstitutionelle Vereinbarung über das Haushaltsverfahren (29. Juni 1988), im Folgenden: IIV (1988); Interinstitutionelle Vereinbarung über das Haushaltsverfahren (29. Oktober 1993), im Folgenden: IIV (1993); Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission über die Haushaltsdisziplin und die Verbesserung des Haushaltsverfahrens (6. Mai 1999), im Folgenden: IIV (1999).

80 IIA (1988) Abs. 5.

81 *Giacomo Benedetto*, Budget Reform and the Lisbon Treaty, in: Giacomo Benedetto/Simona Milio (Hrsg.), *European Union Budget Reform. Institutions, Policy and Economic Crisis*, London: Palgrave Macmillan 2012, 40–58 (44).

82 Vertrag über die Änderung bestimmter Haushaltsvorschriften, ABl. 1971 L 2/1; IIV (1993), Anhang II; IIV (1999), Anhang III (B); Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission über die Haushaltsdisziplin und die wirtschaftliche Haushaltsführung (14. Juni 2006), Anhang II (C).

83 IIA (Mai 1999) Anhang III Abs. 4 und 5.

84 *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 209 und 215.

85 *Lewis* (Fn. 28), 127.

und Parlament wurde „berechenbarer, konsensorientierter und regelgebundener.“⁸⁶

Mit dem Vertrag von Lissabon wurden die Vereinbarungen in den Rang des Primärrechts erhoben: Die Verpflichtung zur Erstellung eines mehrjährigen Finanzrahmens ist nun in Art. 312 AEUV verankert, Bestimmungen über ein Vermittlungsverfahren finden sich in Art. 314 Abs. AEUV, und Konsultationen, die auf dem Konzept der oben genannten Trilogie aufbauen, sind in Art. 324 AEUV geregelt.⁸⁷ Mit dem Vertrag von Lissabon wurden jedoch nicht nur die bisherigen Regelungen kodifiziert, sondern auch die Haushaltsbefugnisse des Parlaments gestärkt, indem die Unterscheidung zwischen obligatorischen und nichtobligatorischen Ausgaben aufgehoben wurde. Dies ist ein weiterer Schritt, um die oben genannten Asymmetrien zu überwinden und Rat und Parlament zu zwei gleichberechtigten Teilen der EU in Haushaltsfragen zu machen.⁸⁸ Allerdings hat das Parlament bis heute nur einen sehr begrenzten Einfluss auf die Einnahmenseite (vgl. insbes. Art. 311 AEUV, wo das Parlament nur konsultiert wird). Dies ist wohl weniger ein Machtungleichgewicht zwischen Rat und Parlament *an sich*, sondern eher durch das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten bestimmt: Letztere behalten sich das Recht vor, letztlich über das System der Eigenmittel der Europäischen Union zu entscheiden.⁸⁹

d) Agenda-Setting und Außenpolitik – mit dem Europäischen Rat

Der dritte und letztlich engste und ähnlichste Partner des Rates ist der Europäische Rat. Letzterer war nicht Teil des ursprünglichen Plans der europäischen Verträge, sondern entstand Anfang der 1970er Jahre aus dem Bedürfnis nach mehr Führung in der EWG.⁹⁰ Er teilt viele wesentliche Merkmale mit dem Rat, Merkmale, die aus dem Spielbuch des Exekutivföderalismus stammen: Der Europäische Rat ist eine Vertretung der Mitgliedstaaten durch die Exekutive (er setzt sich hauptsächlich aus den Staats- und Regierungschefs zusammen) und arbeitet in einem kooperativen und kon-

86 Brigid Laffan, The Big Budgetary Bargains. From Negotiation to Authority, *Journal of European Public Policy* 7 (2000), 725–743 (733).

87 Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (Fn. 15), Art. 314 AEUV, Rn. 16 ff.

88 Ibid., Rn. 14.

89 Ibid., Rn. 13.

90 Zum Europäischen Rat von Bogdandy/Rugge, in diesem Band; zudem Dann, *Organe* (Fn. 51), 370 ff.; Philippe de Schoutheete, *The European Council and the Community Method*, *Notre Europe Policy Paper* 56 (2012), 1–33.

sensualen Stil. Die Aufgaben und Funktionen des Rates und des Europäischen Rates sind in Stil und Struktur ähnlich und überschneiden sich erheblich. Wenn der Rat mit dem Europäischen Rat zusammenarbeitet, sind sie keine antagonistischen Konkurrenten (wie oft Rat und Europäisches Parlament) oder eine nüchterne Zweckgemeinschaft (wie Rat und Kommission), sondern vielmehr zwei Teile desselben Teams. Bevor wir ihre Zusammenarbeit analysieren, ist es jedoch wichtig festzustellen, dass der Europäische Rat *nicht* einfach eine weitere, höherrangige Ebene des Rates ist. Es gibt wichtige Unterschiede: Der Europäische Rat unterscheidet sich zunächst in seiner Zusammensetzung, da er den Präsidenten der Kommission einschließt, einen eigenen Präsidenten hat und so eine breitere Perspektive entwickelt. Er hat auch einen anderen Arbeitsrhythmus, da er im Gegensatz zu den mehr als 80 Tagungen des Rates nur viermal im Jahr offiziell zusammentritt, wenngleich sich die Mitglieder in anderen Konstellationen ebenfalls häufig sehen. Schließlich hat er auch andere Aufgaben (Art. 15 Abs. 1 EUV). Im Gegensatz zum Rat ist der Europäische Rat kein Gesetzgeber (Art. 15 Abs. 1 Nr. 2 EUV) und befasst sich nicht mit der Durchführung von EU-Vorschriften. Dennoch gibt es erhebliche Überschneidungen bei den Zuständigkeiten, und eine Analyse ihrer gemeinsamen Aufgaben ergänzt daher unser Verständnis des Rates.

- (1) Die erste Aufgabe, die der Rat mit dem Europäischen Rat teilt, ist die Festlegung der politischen Tagesordnung und die Politikgestaltung: Nach Art. 16 Abs. 1 EUV nimmt der Rat die in den Verträgen vorgesehenen Aufgaben der „Festlegung der Politik“ wahr. Ihm wird also eine proaktive Rolle der Politikgestaltung zugewiesen. Für ein vollständiges Verständnis dieser Bestimmung muss jedoch die Funktion des Europäischen Rates berücksichtigt werden, da Rat und Europäischer Rat hier zusammenspielen. Der Europäische Rat hat die Aufgabe, „der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse [zu geben] und [...] die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten hierfür“ festzulegen“ (Art. 15 Abs. 1 EUV) – und ist seit den 1970er Jahren tatsächlich zum wichtigsten Motor der politischen und konstitutionellen Entwicklung in der EU geworden. Seine Fähigkeit, dies zu tun, beruht auf dem Rat, der die Initiativen vorbereitet und (was noch wichtiger ist) die vom Europäischen Rat festgelegte Tagesordnung ausführt. Es besteht also eine enge Wechselbeziehung zwischen den beiden Rollen.
- (2) Eine weitere eigenständige Kompetenz des Rates, die überwiegend in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Rat ausgeübt wird, liegt

in der Außenpolitik.⁹¹ Die Außenpolitik der EU entwickelte sich bekanntlich erst spät in den 1970er Jahren und zunächst außerhalb des Rahmens der Gemeinschaften und ihrer Verträge, sondern in der sogenannten Europäischen Politischen Zusammenarbeit.⁹² Erst mit dem Vertrag von Maastricht 1993 erhielt sie eine rechtliche Grundlage im Vertragsrecht, aber in der separaten dritten Säule der Union, nicht im Gemeinschaftsrecht; seit dem Vertrag von Lissabon ist sie integriert, wenngleich mit Aufgabenteilung: Die außenpolitischen Befugnisse liegen überwiegend beim Rat und beim Europäischen Rat.

Das Zusammenspiel von Rat und Europäischem Rat in den Außenbeziehungen lässt sich im Prinzip als dreistufiger Prozess beschreiben, bei dem der Rat eine Außenpolitik vorbereitet, die dann vom Europäischen Rat beschlossen und wiederum vom Rat umgesetzt wird. Diese Struktur der Vorbereitung und Durchführung durch den Rat, aber der politischen Hauptentscheidung durch den Europäischen Rat gilt generell für das auswärtige Handeln. Nach Art. 21 EUV legt der Europäische Rat die strategischen Interessen und Ziele der EU fest – auf der Grundlage von Empfehlungen, die der Rat zuvor ausgearbeitet hat (Art. 21 Abs. 1 S. 3 EUV). Eine ähnliche Arbeitsteilung und Abfolge gilt für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 26 Abs. 2 EUV). Der Rat ist auch dort federführend, wo „operatives Handeln“ erforderlich ist (Art. 28 EUV).⁹³ In gewisser Weise ist der Rat (zumindest in den Außenbeziehungen) eher ein dem Europäischen Rat untergeordnetes Organ, das die allgemeinen Ziele und Strategien festlegt.

Ein wichtiger Akteur, der zwischen beiden Institutionen vermittelt, ist die Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, die den Vorsitz in der Ratsformation „Auswärtige Angelegenheiten“ führt (Art. 27 EUV) und auch an den Arbeiten des Europäischen Rates teilnimmt (Art. 15 Abs. 2 EUV). Sie verbindet die Phasen der Vorbereitung, Entscheidung

91 Daniel Thym, Auswärtige Gewalt, in: Armin Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin: Springer 2009, 441–488; *EEckhout* (Fn. 66), 485 ff.

92 Thym (Fn. 91); *EEckhout* (Fn. 66), 467.

93 Der Begriff bezieht sich auf Maßnahmen, die konkrete operative Aktivitäten der Union oder der Mitgliedstaaten erfordern. Diese Aktivitäten können ein weites Spektrum von Maßnahmen umfassen, wie z.B. finanzielle Unterstützung, polizeiliche Ausbildungsmissionen oder den Betrieb eines europäischen Satellitennavigationssystems; vgl. *Cremer* (Fn. 70), Art. 28 EUV, Rn. 8.

und Durchführung und fungiert als Sprachrohr der EU-Außenpolitik. Zusätzliche außenpolitische Kompetenzen hat der Rat im Bereich der Verteidigungspolitik (Art. 42 Abs. 5, 43 Abs. 2, 44 Abs. 1 EUV), wo er Beschlüsse fassen und die Mitgliedstaaten zum Handeln auffordern kann.⁹⁴

- (3) Zwei weitere Bereiche, in denen der Rat in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Rat eine Zuständigkeit ausübt, sind die Ernennungsbefugnisse und die Verfassungsreform. Was die Ernennungen betrifft, so ist der Rat an der Ernennung der Kommission beteiligt, da er eine Liste von Kommissionskandidaten annimmt, die vom Europäischen Rat ernannt werden (nach Bestätigung durch das Europäische Parlament, Art. 17 Abs. 7 EUV). Was die Verfassungsreformen anbelangt, so spielt der Rat bei den Vertragsreformen (Art. 48 Abs. 2 EUV) und bei den Beitritten (Art. 49 Abs. 1 EUV) eher eine vorbereitende Rolle.
- (4) Schließlich spielt der Europäische Rat eine wichtige Rolle für die Arbeitsweise des Rates und die Ausübung seiner Befugnisse, nämlich als letzte Instanz und Koordinator zwischen den Ratsformationen. Im Laufe der Jahre hat sich der Europäische Rat praktisch zu einer weiteren und oberen Ebene des Rates entwickelt, auf die besonders schwierige Fragen, die auf einer sektoralen Tagung nicht gelöst werden können, weitergereicht werden.⁹⁵ Der Europäische Rat dient dann als Berufungsinanz und Entscheidungsgremium, das verschiedene Angelegenheiten miteinander verknüpfen und Paketlösungen ausarbeiten kann. Dies zeigt zum Teil die Schwäche des Rates, die eigenen Befugnissen und Verantwortlichkeiten vollständig wahrzunehmen. Andererseits hat der Europäische Rat diese Rolle auch bereitwillig angenommen in bestimmten Politikbereichen (Wirtschafts- und Währungsunion, Finanzkrise).

e) Der Rat als Koordinator

Der Rat ist ferner befugt, die Politik der Mitgliedstaaten und der Union zu koordinieren, wie dies in den Verträgen vorgesehen ist, Art. 16 Abs. 1 EUV. Diese Rolle als politischer Koordinator bezieht sich insbesondere

⁹⁴ Der Rat hat auch eine wichtige Zuständigkeit für die Erteilung von Aufträgen und den Abschluss internationaler Übereinkünfte, siehe oben III.2.d.

⁹⁵ *Dann*, Organe (Fn. 51), 370 ff.; *de Schoutheete* (Fn. 90), II ff.

auf Politikbereiche, in denen die Mitgliedstaaten zu zögerlich waren, eine verbindliche Politikgestaltung der EU durch Rechtsvorschriften zuzulassen, während sie andererseits die dringende Notwendigkeit anerkennen, kohärentere politische Lösungen zu finden. Sie ermöglicht es ihnen, ihre politische Autonomie der Leitung von Rahmennormen, Leitlinien und Empfehlungen des Rates zu bewahren.⁹⁶ Diese Politikkoordination gilt insbesondere für die Bereiche der Wirtschafts- und Steuerpolitik (Art. 5 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 120 ff. AEUV), die Beschäftigungspolitik (Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 145 ff. AEUV) und die Sozialpolitik (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 151 ff. AEUV).⁹⁷ Darunter ist die Koordinierung der Wirtschafts- und Steuerpolitik der älteste⁹⁸ und vielleicht wichtigste Bereich, in dem der Rat seine Rolle als Politikkoordinator wahrnimmt. In diesem Bereich ist die Koordinierung zwingend vorgeschrieben (Art. 5 Abs. 1 und Art. 120 AEUV) und ihr grundlegender Rahmen und ihre Methodik sind weitgehend in den Verträgen festgelegt (Art. 120 ff. AEUV).⁹⁹

Die Politikkoordination durch den Rat ist in erster Linie intergouvernementaler Natur; grundsätzlich sind die Maßnahmen des Rates in diesem Zusammenhang für die Mitgliedstaaten unverbindlich. Auch wenn er hier wiederum nicht isoliert agiert, spielt die Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament folglich kaum und die mit der Kommission weit weniger eine Rolle als etwa im Bereich der supranationalen Gesetzgebung. In dieser Funktion fungiert der Rat stattdessen vor allem als institutionelles Forum und Treffpunkt für den formellen und informellen Dialog und die Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten selbst. Dichte und Methoden dieser Koordinierung sind in den verschiedenen Politikbereichen sehr unterschiedlich.¹⁰⁰ Sie reichen von mehr oder weniger lockeren und informellen Diskussionsformaten bis hin zu rechtlich formalisierten Systemen der

96 Kenneth A. Armstrong, The Character of EU Law and Governance. From 'Community Method' to New Modes of Governance, *Current Legal Problems* 64 (2011), 179–214 (200); Deirdre Curtin, The European Union and Executive Power, in: Dennis Patterson/Anna Södersten (Hrsg.), *A Companion to European Union Law and International Law*, Malden, Oxford: Wiley 2016, 109–118.

97 Neben diesen wichtigen Bereichen der politischen Koordinierung durch den Rat ermöglicht Art. 6 AEUV auch die Unterstützung, Koordinierung und Ergänzung von Maßnahmen in einer Vielzahl anderer Bereiche.

98 Armstrong (Fn. 96), 197.

99 Ibid., 198.

100 Ziegenhorn, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 15), Art. 16 EUV, Rn. 28. Zur „Offenen Methode der Koordinierung“ siehe Kenneth A. Armstrong, The Open Method Of Coordination. Obstinate Or Obsolete?, in: Robert Schütze/Takis Tridimas (Hrsg.),

Politikbewertung und -überwachung. Diese Bandbreite lässt sich am besten anhand der Grundzüge der Koordinierungsmethode für die Wirtschaftspolitik gemäß Art. 121 AEUV erkennen.¹⁰¹ Wie bereits erwähnt ist der Rat im Allgemeinen auf Koordinierungsmaßnahmen in diesem Politikbereich beschränkt. Er tut dies in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Rat, der die Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union festlegt (Art. 121 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 AEUV). Diese Grundzüge werden dann in spezifischere, nicht verbindliche Empfehlungen umgesetzt (vgl. Art. 288 Abs. 5 AEUV) durch den Rat (Art. 121 Abs. 2 AEUV). Eine zweite Ebene der Koordinierung wird durch ein System der multilateralen Überwachung der Einhaltung dieser Leitlinien und Empfehlungen durch die Mitgliedstaaten sowie der wirtschaftlichen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten hinzugefügt (Art. 121 Abs. 3 und 4 AEUV). Hier handelt der Rat in enger Zusammenarbeit mit der Kommission, die die notwendigen Daten liefert und eine mitentscheidende Rolle im System der (nicht verbindlichen) Sanktionen nach Art. 121 Abs. 4 AEUV.¹⁰²

Da die Koordinierung im Bereich der Wirtschafts- und Fiskalpolitik eine zentrale Rolle spielt, ist auch der Ecofin-Rat ein Ort für Verhandlungen und Beratungen zwischen den Mitgliedstaaten. Die Koordinierung im Rat ist jedoch keineswegs auf die formellen Ratsformationen auf der höchsten Ebene der Ministertreffen beschränkt. Sie umfasst die gesamte Pyramide von Arbeitsgruppen, Ausschüssen und Ministern, die die einzigartige Struktur des Rates ausmachen, und erstreckt sich weiter auf eine Vielzahl von informellen Foren und Diskussionsformaten, sowohl bi- als auch multilateral. In Anbetracht der langen Geschichte informeller Koordinierungspraktiken in diesem Bereich sowie der Vorteile kleinerer, weniger formalisierter

Oxford Principles of European Union Law, Bd. 1: The European Union Legal Order, Oxford: Oxford University Press 2018, 777–808.

- 101 Diese Grundzüge berücksichtigen natürlich weder das Sekundärrecht noch die zahlreichen Reformen, die im Zuge der Finanzkrise durchgeführt wurden, insbesondere im Hinblick auf eine stärkere Kontrolle der Finanzpolitik der Mitgliedstaaten. Zu Reformen während der Finanzkrise *Dariusz Adamski*, National Power Games and Structural Failures in the European Macroeconomic Governance, CML Rev. 49 (2012), 1319–1364 (1337 ff.); zur zweiten Säule der Finanzhilfe *Alberto de Gregorio Merino*, Legal Developments in the Economic and Monetary Union during the Debt Crisis. The Mechanisms of Financial Assistance, CML Rev. 49 (2012), 1613–1645.
- 102 Für Einzelheiten zum Verfahren nach Art. 121 AEUV siehe *Häde*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 35), Art. 121 AEUV, Rn. 3 ff. Für die Haushaltspolitik gilt ein strengeres Sanktionsregime nach Art. 126 bzw. 136 AEUV, vgl. *Adamski* (Fn. 101).

und geheimer Diskussionsformate für das Aushandeln von Deals und das Erreichen eines nachhaltigen politischen Konsenses ist dies nicht überraschend.¹⁰³ Unter ihnen ist die Eurogruppe wahrscheinlich das bekannteste, einflussreichste und am besten etablierte informelle Forum für den politischen Dialog und die Koordinierung. Obwohl sie formell nicht Teil des institutionellen Gefüges des Rates ist,¹⁰⁴ hat dieses informelle Treffen der Minister der Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (Art. 137 AEUV i.V.m. Art. 1 Protokoll Nr. 14), eine Reihe von Aufgaben der politischen Koordinierung übernommen, die dem Ecofin-Rat zugewiesen sind.¹⁰⁵ Seine Sitzungen finden in der Regel am Vorabend der Ecofin-Tagungen statt, die auch als institutionelles Bindeglied zum Rat dienen, indem sie in der Regel die informellen Beschlüsse der Eurogruppe absegnen.¹⁰⁶ Auch der Ecofin-Rat selbst ist bestrebt, formale Diskussionsformate und Verfahrensvorschriften bis zu einem gewissen Grad zu umgehen. Informelle, nicht-öffentliche Diskussionen während des Mittagessens und des Frühstücks – unter Verwendung des reduzierten Minister-plus-Eins-Ansatzes – sind hier von großer Bedeutung. Auf dem Höhepunkt der Finanzkrise 2008/2009 überstieg der Zeitaufwand für das Ecofin-Frühstückstreffen manchmal sogar die für die Behandlung der offiziellen Tagesordnung reservierte Zeit.¹⁰⁷

Die politische Koordinierung durch den Europäischen Rat sowie den Rat im Allgemeinen und durch informelle Formate im Besonderen – sowohl innerhalb als auch außerhalb des institutionellen Rahmens der Europäischen Union – hat seit dem Beginn der Finanzkrise 2007/2008 stark zugenommen.¹⁰⁸ Die Mitgliedstaaten verlassen sich also in hohem Maße auf die zwischenstaatliche Koordinierung, um wichtige politische Lösungen für die zentralen Herausforderungen der Krise zu finden. Dieser Anstieg kann jedoch nicht nur als Reaktion auf eine Ausnahmesituation, sondern in gewissem Maße auch als Teil einer allgemeinen Entwicklung

103 Für eine detaillierte Analyse siehe *Puetter*, *Economic and Monetary Policy-Making* (Fn. 36).

104 *Häde*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 35), Art. 137 AEUV, Rn. 5.

105 *Puetter*, *Economic and Monetary Policy-Making* (Fn. 36), 509.

106 *Ibid.*, 510.

107 *Puetter*, *Deliberative Intergovernmentalism* (Fn. 34), 173 ff.; *ders.*, *Economic and Monetary Policy-Making* (Fn. 36), 512.

108 Vgl. *Puetter*, *Deliberative Intergovernmentalism* (Fn. 34), 162 und 171 ff.; dieser Anstieg wurde jedoch durch eine Stärkung der eher supranationalen Aufsichts- und Durchführungsrahmen ergänzt, vgl. *Mark Dawson*, *The Legal and Political Accountability Structure of 'Post-Crisis' EU Economic Governance*, *JCMS* 53 (2015), 976–993.

seit Maastricht gesehen werden. Dieser Zeitraum war im Allgemeinen durch eine stetige Ausweitung der Tätigkeit der Europäischen Union gekennzeichnet, die durch eine verstärkte politische Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten anstelle der „Gemeinschaftsmethode“ erreicht wurde.¹⁰⁹ Auch wenn diese Tendenz nicht unbedingt mit dem Rat zusammenhängt, scheint seine Funktion als Koordinierungsforum mittelfristig eher zuzunehmen als abzunehmen.

Diese herausragende Rolle des Rates als Koordinator kommt nicht unerwartet. Betrachtet man seine einzigartige Architektur und seinen Platz im institutionellen Gefüge des Exekutivföderalismus der Europäischen Union, so scheint der Rat in der Tat prädestiniert zu sein, das zentrale Forum für die politische Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten zu sein. Die politische Koordinierung erfordert zwingend das, was der Rat bietet: einen institutionellen Treffpunkt für Politiker und Bürokraten verschiedener Ebenen, um die allgemeinen politischen Leitlinien sowie detaillierte und technische Fragen auszuhandeln und zu koordinieren. Dies gilt umso mehr, als der Erfolg der politischen Koordinierung in hohem Maße von der freiwilligen Einhaltung und Umsetzung durch die Mitgliedstaaten abhängig ist. Ein nachhaltiger politischer Konsens und die Harmonisierung mit den nationalen Gesetzen der Mitgliedstaaten sind hier unabdingbar. Dies erhöht jedoch die politische Nachfrage nach eher geheimen und offenen Diskussionen, insbesondere in Krisenzeiten, die schnelle politische Lösungen erfordern. Dies führt zu einer zunehmenden Ausrichtung auf informelle Foren und Formate außerhalb der formellen Ratsformationen¹¹⁰ – mit erheblichen Auswirkungen auf die Transparenz und Legitimität des Rates.

109 Christopher J. Bickerton/Dermot Hodson/Uwe Puetter, The New Intergovernmentalism. European Integration in the Post-Maastricht Era, JCMS 53 (2015), 703–722, mit Kritik von Frank Schimmelfennig, What's the News in 'New Intergovernmentalism'? A Critique of Bickerton, Hodson and Puetter, JCMS 53 (2015), 723–730, und einer Erwiderung von Christopher Bickerton/Dermot Hodson/Uwe Puetter, Something New. A Rejoinder to Frank Schimmelfennig on the New Intergovernmentalism, JCMS 53 (2015), 731–736. Puetter entwickelte den Begriff „New Deliberative Intergovernmentalism“, um diese Phase der europäischen Integration zu beschreiben, siehe Puetter, Deliberative Intergovernmentalism (Rn. 34).

110 Puetter, Deliberative Intergovernmentalism (Fn. 34), 173 ff.; so auch Jean-Paul Jacqué, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 16 EUV, Rn. 52.

3. Entscheidungsfindung: Konsens im Schatten der Mehrheitsabstimmung

Es wurde oben als Besonderheit des supranationalen Charakters der EU hervorgehoben, dass der Rat verbindliche Beschlüsse nicht einstimmig, sondern mit Mehrheit fassen kann, was die EU von den meisten vergleichbaren Organen internationaler Organisationen unterscheidet.¹¹¹ Dies ist jedoch nicht die ganze Wahrheit. Eine andere Linie des traditionellen Narrativs besagt, dass der Rat trotz der oft geltenden Mehrheitsregel¹¹² zumeist danach strebt, im Konsens zu handeln.¹¹³ In diesem Konsensmodus werden Lösungen durch ständige Verhandlungen, Kompromissbereitschaft und die Einbeziehung möglichst vieler Parteien gesucht.¹¹⁴ Diese Methode basiert auf gegenseitigem Vertrauen und der Erwartung, mehr zu gewinnen, wenn man in einer Verhandlungsrunde bis zu einem gewissen Grad nachgibt, in der Erwartung, in einer späteren Runde wieder belohnt zu werden. Diese Methode beruht nicht zuletzt auf der Vertraulichkeit dieser Verhandlungen.¹¹⁵ In gewissem Sinne, so schließt die Erzählung, hält sich der Rat an zwei Regeln: Hinter der formellen Mehrheitsregel steht eine informelle Konsensmethode, oder wie *Joseph Weiler* es berühmt formulierte, es ist eine Entscheidungsfindung „im Schatten der Abstimmung“.¹¹⁶

111 Vgl. *Hans Peter Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen: Mohr 1972, 193 ff., 495 ff.

112 Zu den verschiedenen Formen von Mehrheitsentscheidungen im Rat siehe *Sixten Korkman*, *The Ecofin Council and the Eurogroup*, in: Martin Westlake/David Galloway (Hrsg.), *The Council of the European Union*, London: Harper 2005, 83–101 (88).

113 *Hayes-Renshaw/Wallace* (Fn. 15), 304; *Jeffrey Lewis*, *EU Council Networks and the „Tradition“ of Consensus*, in: Mark Bevir/Ryan Philipps (Hrsg.), *Decentring European Governance*, London: Routledge 2019, 142–170; zu den angewandten Methoden siehe *Spence* (Fn. 19), 364; zum Abstimmungsverhalten siehe *Mikko Mattila/Jan-Erik Lane*, *Why Unanimity in the Council?*, *European Union Politics* 2 (2001), 31–52.

114 Zu den wichtigen Unterschieden zwischen Konsens und Mehrheit *Stéphanie Novak*, *The Silence of Ministers. Consensus and Blame Avoidance in the Council of the European Union*, *JCMS* 51 (2013), 1091–1107 (1097).

115 Art. 5 und 6 GO-Rat; siehe *Martin Bauer*, *Transparency in the Council*, in: Martin Westlake/David Galloway (Hrsg.), *The Council of the European Union*, London: Harper 2005, 367–388 (372).

116 *Joseph H.H. Weiler*, *The Constitution of Europe. „Do the New Clothes Have an Emperor?“ and Other Essays on European Integration*, Cambridge: Cambridge University Press 1999, 72 (er weist darauf hin, dass beide Modi miteinander verwoben sind, da die Entscheidungsfindung im Konsens durch die Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung erleichtert wird); siehe auch *Jonathan P. Aus*, *The Mechanisms*

Dies war zwar eine überzeugende Analyse, die sich auch gut in die Struktur des Exekutivföderalismus einfügt (und die Bedeutung von Zusammenarbeit und Konsens unterstreicht), aber man könnte sich fragen, ob sie noch gültig ist. Haben die Erweiterung der Union, die hitzigen Debatten und Reformen der Mehrheitsentscheidungen bei den jüngsten Vertragsrevisionen und das Streben nach mehr Transparenz bei der Entscheidungsfindung im Rat diesen Modus unberührt gelassen?

a) Herausforderungen für die Konsenskultur

Die Erweiterung der EU auf 27 Mitgliedstaaten hat die Größe und Heterogenität des Rates erheblich gesteigert. Sie war (und ist) sicherlich eine ernsthafte Herausforderung für den Konsensmodus, und es überrascht daher nicht, dass Studien über die Entscheidungsfindung im Rat seit 2004 darauf hindeuten, dass die Erweiterung Auswirkungen hatte.¹¹⁷ Die Daten zeigen, dass die Zahl der verabschiedeten Rechtsvorschriften zurückgegangen ist und dass die verabschiedeten Gesetzesentwürfe häufig eher Randthemen betreffen und länger geworden sind. Gleichzeitig scheint die Konsenskultur jedoch intakt geblieben zu sein. Insbesondere hat der Grad der Anfechtung nicht wesentlich zugenommen. Eine Technik, um der zunehmenden Heterogenität der Interessen Rechnung zu tragen, scheinen formelle Erklärungen zu Meinungsverschiedenheiten zu sein, die in das Ratsprotokoll aufgenommen werden. Sie kennzeichnen Differenzen, werden aber nicht als Nein-Stimmen erfasst.¹¹⁸ Obwohl die Entscheidungsfindung zweifellos

of Consensus. Coming to Agreement on Community Asylum Policy, in: Daniel Naurin/Helen Wallace (Hrsg.), *Unveiling the Council of the European Union*, London: Palgrave Macmillan 2008, 99–118 (er hebt den Ursprung des Konsensmodells in der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und die Entwicklung und Institutionalisierung in Form des Luxemburger Kompromisses in den 1960er Jahren hervor und weist auf die Bedeutung informeller Normen und Verhaltensregeln hin).

117 *Pierpaolo Settembri*, *The Surgery Succeeded. Has the Patient Died?*, Jean Monnet Working Paper 4 (2007), 1–11; *Sara Hagemann/Julia De Clerck-Sachse*, *Decision-Making in the Enlarged Council of Ministers. Evaluating the Facts*, CEPS Policy Brief 119 (2007), 1–8.

118 *Hagemann/De Clerck-Sachse* (Fn. 117), 3; *Sara Hagemann*, *Voting, Statements and Coalition-Building in the Council from 1999 to 2006*, in: Daniel Naurin/Helen Wallace (Hrsg.), *Unveiling the Council of the European Union*, London: Palgrave Macmillan 2008, 36–63.

schwieriger geworden ist, scheint das System des Konsenses im Schatten der Abstimmung also überlebt zu haben.¹¹⁹

Doch die Erweiterung war nicht die einzige Entwicklung, die diesen besonderen Entscheidungsmodus in Frage stellte. Sie löste auch eine weitreichende Reform der Abstimmungsregeln im Rat aus. Tatsächlich hat der Vertrag von Lissabon zu einer erheblichen Ausweitung der Möglichkeiten für Mehrheitsentscheidungen geführt. Aber wird dies die Konsensbildung obsolet machen? Bislang nicht, und dies scheint auch für die Zukunft unwahrscheinlich. Mit dem Vertrag von Lissabon wurden die gewogenen Abstimmungen abgeschafft und ein transparenteres System der doppelten Mehrheit eingeführt, die aus 55 % und mindestens 15 der Mitgliedstaaten besteht, die 65 % der Bevölkerung der Union repräsentieren.¹²⁰ Dieser neue Mechanismus ist die reguläre Abstimmungsregel¹²¹ und die häufigste Form der Entscheidungsfindung im Rat.¹²²

Die Reform der Abstimmungsregeln war heftig umstritten, da die Abschaffung der Stimmengewichtung als Verlust des Einflusses in den Mitgliedstaaten mit einer mittelgroßen Bevölkerung angesehen wurde. Die schärfste Kritik kam aus Polen, das behauptete, die neuen Regeln würden kleine Staaten (aufgrund der Politik „ein Staat – eine Stimme“) und große Staaten (aufgrund ihres Einflusses durch die Bevölkerungszahl) bevorzugen.¹²³ Die kleineren Mitgliedstaaten waren besonders daran interessiert, die Regelung über die Anforderungen an eine Sperrminorität zu reformieren, und seit dem 1. April 2017 wird die auf dem Kompromiss von Ioannina von 1994 basierende Sperrminorität auf die oben genannte Schwelle von Ratsmitgliedern gesenkt, die aber mehr als drei Mitgliedstaaten vertreten müssen.¹²⁴

119 Siehe aber auch *Novak* (Fn. 114), 1091–1107.

120 Art. 16 Abs. 4 EUV.

121 Art. 16 Abs. 3 EUV.

122 Die neuen Abstimmungsregeln sind am 1. November 2014 in Kraft getreten. Bis zum 31. März 2017 galt eine Übergangsregelung, die es bis dahin jedem Staat erlaubt, eine Abstimmung nach den Regeln von Nizza und auch die Anwendung der Regeln von Ioannina zu verlangen. Siehe Protokoll (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen.

123 *Calliess* (Fn. 15), Art. 16 EUV, Rn. 27 ff.; *Frank Häge*, *The Lisbon Treaty's Change to Council Voting Rules Will Have Important Implications for the Democratic Legitimacy of the EU*, verfügbar unter <https://www.frankhaege.eu/publication/hage-2014-lisbon/hage-2014-lisbon.pdf>, abgerufen am 25.4.2023.

124 Art. 16 Abs. 4 UAbs. 2 EUV; siehe Erklärung (Nr. 7) zu Art. 16 Abs. 4 EUV und Art. 238 Abs. 2 AEUV.

Verschiedene Überlegungen relativieren jedoch diese neuen Regeln und legen nahe, dass die hitzigen Diskussionen auf den Regierungskonferenzen kaum der Realität der Entscheidungsfindung entsprechen. Zum einen erfordern selbst die Mehrheitsregeln von Lissabon große, in der Tat sehr ausgeklügelte Super-Mehrheiten, die man auch als eine Form des Konsenses bezeichnen könnte. Zum anderen scheint die relative Macht im Rat nicht nur vom Stimmgewicht abzuhängen. Vielmehr deuten qualitative Analysen darauf hin, dass das Bevölkerungsgewicht zwar wichtig ist, aber nur in einem begrenzten Umfang. Verhandlungsgeschick, Substanz und situative Umstände spielen ebenfalls eine Rolle.¹²⁵

Wenn eine einvernehmliche Entscheidungsfindung also nach wie vor notwendig erscheint, stellt sich die Frage, ob sie überhaupt noch möglich ist. Die Vertraulichkeit der Ratsverhandlungen gilt als ein wesentlicher Grund für das Funktionieren des konsensualen Ratssystems. Dennoch wurden diese Regeln stark kritisiert, da es als normativ unhaltbar angesehen wird, dass das zentrale mit-gesetzgebende Organ den Bürgern weitgehend verschlossen bleibt.¹²⁶ Als Reaktion darauf haben Änderungen der Geschäftsordnung seit dem Jahr 2006 die Ratsdebatten in einem noch nie dagewesenen Ausmaß geöffnet, was den Zugang zu Dokumenten anbelangt.¹²⁷ Außerdem wird der Rat gemäß dem Vertrag von Lissabon „öffentlich tagen, wenn er über einen Entwurf eines Gesetzgebungsakts berät und abstimmt.“¹²⁸ Es bleiben jedoch ernsthafte Zweifel, ob diese Änderungen die Dynamik im Rat tatsächlich verändern. Ein solcher Effekt scheint unwahrscheinlich, insbesondere wenn man bedenkt, dass diese Änderungen nur die oberste Ebene des Ratssystems und nur eine begrenzte Anzahl von Tagesordnungspunkten betreffen. Bevor eine Gesetzgebung

125 Robert Thomson/Madeleine Hosli, Who Has Power in the EU? The Commission, Council and Parliament in Legislative Decision-making, *JCMS* 44 (2006), 391–417; Robert Thomson, Double versus Triple Majorities. Will the New Voting Rules in the Council of the European Union Make a Difference?, *West European Politics* 36 (2013), 1221–1238 (1235).

126 Zu dieser Debatte siehe Magdalena Elisabeth de Leeuw, Openness in the Legislative Process in the European Union, *E.L.Rev.* 32 (2007), 295–318; Pierpaolo Settembri, Transparency and the EU Legislator. ‚Let He Who is Without Sin Cast the First Stone‘, *JCMS* 43 (2005), 637–654.

127 Siehe Art. 8 GO-Rat.

128 Art. 16 Abs. 8 EUV; zum Begriff des Gesetzgebungsakts im Vertrag von Lissabon siehe Jürgen Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin: Springer 2009, 489–557.

die Ministerratsformationen erreicht, hat sie einen langen Weg durch die Vorbereitungsphasen, verschiedene Arbeitsgruppen und insbesondere den AstV hinter sich. Wie bereits erwähnt, wird die überwiegende Mehrheit der Beschlüsse an anderer Stelle und unter Ausschluss der Öffentlichkeit als A-Punkte gefasst, und so wird es wohl auch bleiben.¹²⁹

b) Gründe für die Langlebigkeit und Notwendigkeit des Konsenses

Auf der Grundlage dieser Überlegungen bleibt die Entscheidungsfindung im Rat *de facto* eine weitgehend konsensuale Angelegenheit, die durch die Möglichkeit der Mehrheitsabstimmung gefördert wird. Betrachtet man den Rat durch die Brille des Exekutivföderalismus, so scheint sein konsensuales und überwiegend nicht-mehrheitliches System durchaus sinnvoll zu sein.¹³⁰ Drei Hauptgründe sprechen dafür, dass das Zusammenspiel von Exekutivföderalismus und konsensualer Entscheidungsfindung im Rat eine unabänderliche Tatsache der EU ist:

- (1) Da ist erstens die föderale Heterogenität der EU, die eine integrative, auf Konsens basierende Entscheidungsfindungsmethode geradezu zu erfordern scheint. Die Theorie der Konsensdemokratie zeigt, dass einige kulturell, religiös, sprachlich oder anderweitig diverse Gesellschaften einen originären Modus der Entscheidungsfindung entwickelt haben, der es ihnen ermöglicht, einen friedlichen Weg der Konfliktbewältigung zu finden.¹³¹ Diese Methode beruht auf der ständigen Einbeziehung aller relevanten gesellschaftlichen Kräfte, d.h. auf dem politischen Kompromiss bei der Entscheidungsfindung und auf der proportionalen Unterbringung aller relevanten Parteien in verantwortlichen Regierungsämtern. Sie steht damit im Gegensatz zu Wettbewerb

129 Siehe oben III.1.b; *Mikko Mattila*, Contested Decisions. Empirical Analysis of Voting in the European Union Council of Ministers, *European Journal of Political Research* 43 (2004), 29–50.

130 *Renaud Dehousse*, Constitutional Reform in the European Community. Are There Alternatives to the Majoritarian Avenue?, *West European Politics* 18 (1995), 118–136 (125).

131 Siehe *Gerhard Lehmbruch*, *Proporzdemokratie*, Tübingen: Mohr 1967; *Arend Lijphart*, *The Politics of Accomodation*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press 1968.

und temporärer Ausgrenzung, die mehrheitlich organisierte Systeme prägen.¹³²

- (2) Wenn die Konsensmethode im Rat durch die Vielfalt der Interessen erforderlich ist, wird sie durch die soziokulturelle Ähnlichkeit der Ratsmitglieder erleichtert. Wie oben beschrieben, handelt es sich bei den Verhandlungen im Rat zumeist um Beratungen nationaler und supranationaler Beamter. Trotz sprachlicher, politischer oder sonstiger Unterschiede haben diese Beamten sehr oft eine gemeinsame Ausbildung (Jura, Politikwissenschaft), einen gemeinsamen beruflichen Hintergrund (nationale Verwaltungen) und wachsen durch ihre ständigen Kontakte zusammen. Diese gemeinsame Gewohnheit schafft einen gewissen „Clubgeist“ (oder „*esprit de corps*“), der Kompromisse und Konsens erleichtert.¹³³
- (3) Schließlich trägt die Frage der Umsetzung dazu bei zu erklären, warum die Konsensmethode in der Struktur des Exekutivföderalismus verankert ist. Man kann davon ausgehen, dass eine Lösung akzeptabler ist, wenn die verschiedenen Parteien ihr zustimmen. In der EU liegt die Umsetzung von Normen bei den Mitgliedstaaten, ihren Gesetzgebern und ihren Bürokratien. Daher haben Verordnungen und Richtlinien der Union eine größere Chance, von den nationalen Gesetzgebern und Bürokratien ordnungsgemäß umgesetzt zu werden, wenn sie zuvor im Konsens mit der eigenen Regierung beschlossen wurden.¹³⁴

In Anbetracht dieser Feststellungen kann die Konsensmethode als ein ergänzendes Element des Exekutivföderalismus betrachtet werden. Solange

132 Man könnte hinzufügen, dass diese Methode auch nach dem Verschwinden dieser Spaltungen weiterbestehen kann. Das beste Beispiel ist der Fall Deutschland, siehe *Heidrum Abromeit*, *Der verkappte Einheitsstaat*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften 1992; *Elazar* (Fn. 2), 66.

133 Der Meister der Bürokratieforschung, *Max Weber*, hat dieses Phänomen *Kompromisskollegialität* genannt: *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der verstehenden Soziologie, Tübingen: Mohr 1972, 164; vgl. auch *Puetter*, *European Council* (Fn. 15), 163 ff.

134 *Jürgen Schwarze/Ulrich Becker/Christiana Pollak*, *Die Implementation des Gemeinschaftsrechts*, Baden-Baden: Nomos 1993, 3; *Samuel Krislov/Claus-Dieter Ehlermann/Joseph H.H. Weiler*, *The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community*, in: Mauro Cappelletti/Monica Seccombe/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), *Bd. 2: Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process*, Berlin: De Gruyter 1986, 3–110 (63); *Neill Nugent*, *The Government and Politics of the European Community*, London: Macmillan 1994, 145.

die Gesamtstruktur bestehen bleibt, scheint auch der Konsenscharakter der Entscheidungsfindung im Rat erhalten zu bleiben. Dieser Punkt kann sogar noch weiter ausgeführt werden. Die Konsensmethode ist nicht nur in der Entscheidungsfindung des Rates vorherrschend, sondern die EU im Allgemeinen kann als eine *Konsensdemokratie* charakterisiert werden.¹³⁵ Die Methode im Rat hat einen Spillover-Effekt auf die Entscheidungsverfahren in anderen Organen sowie zwischen den Organen. Das vielleicht auffälligste Beispiel für diesen Spill-over-Effekt ist im Europäischen Parlament zu beobachten.

V. Gesamteinschätzung: Die schwierige Legitimation des Rates

Es ist wichtig, Struktur, Funktionen und Arbeitsweise des Rates nicht nur zu beschreiben, sondern auch zu bewerten. Angesichts des Umfangs seiner Befugnisse und seiner zentralen Bedeutung für die Ausübung der öffentlichen Gewalt in der EU ist die demokratische Legitimation des Rates ein wesentlicher Maßstab. Dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 EUV („möglichst offen und bürgernah“), Art. 2 und Art. 10 Abs. 1, 2 EUV (repräsentative Demokratie). Dies korrespondiert auch mit einer der drei Festlegungen des Kernverfassungsrechts, wie *Armin von Bogdandy* und *Jürgen Bast* sie in diesem Band skizzieren.¹³⁶ Allerdings ist damit der Maßstab noch nicht wirklich geklärt. Schon demokratische Legitimation kann auf verschiedenen Wegen und durch unterschiedliche institutionelle Arrangements entstehen, wie es konkurrenz- und konkordanzdemokratische Konzeptionen allein im Bereich der repräsentativen Demokratie verdeutlichen. Zudem tritt neben demokratische Legitimation normativ insbesondere auch die Erwartung von Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV) sowie Effektivität hoheitlichen Handelns (z.B. „Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele“, Art. 1 EUV).

Mit Blick auf den Rat hat dieses Kapitel herausgearbeitet, dass seine Rolle in der EU-Governance vielschichtig ist und seine Legitimation unterschiedliche Formen annehmen kann, abhängig von seiner Handlungsweise,

135 *Arend Lijphart*, *Patterns of Democracy*, New Haven: Yale University Press 1999, 42–47; *Anne Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 728 und 758; *Beate Kohler-Koch*, *The Evolution and Transformation of European Governance*, London: Routledge 1998, 12; *Oeter* (Fn. 2), 55.

136 In der Einleitung und im Beitrag zu Art. 1 EUV, in diesem Band; siehe zudem *Möllers*, in diesem Band.

seiner Interaktion mit anderen und den Bereichen seines Engagements. Grundlegend wird der Rat durch die nationalen Verfassungen und politischen Systeme legitimiert (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV). Darüber hinaus agiert der Rat zuweilen in einer eher konkurrenz- oder mehrheitsdemokratischen Logik, zumeist dagegen in einer eher konkordanzdemokratischen Logik. Konkordanzdemokratisch entsteht die Legitimation durch die oben beschriebene Konsensorientierung des Rates. Dies ist insbesondere der Fall, wo der Rat als Koordinator (etwa im Bereich der Wirtschaft und der Außenbeziehungen, aber auch in anderen Bereichen), zur Umsetzung des EU-Rechts durch Regelsetzung tätig wird oder operativ handelt.¹³⁷ Die erfolgt meist in einer konsensualen Entscheidungsfindung und Beratung, die zudem durch seine Kontrolle durch die nationalen Parlamente ergänzt wird.¹³⁸ In einem grundsätzlich mehrheitsdemokratischen Kontext handelt der Rat dagegen in der Gesetzgebung zusammen mit dem Europäischen Parlament. Gesetzgebungsakte entstehen trilateral, wo die Kommission das Initiativmonopol hat und der Rat zusammen mit dem Europäischen Parlament, entscheidet.

Während der Rat also grundsätzlich und auf verschiedenen Wegen demokratisch legitimiert ist und Legitimation erzeugt, können dennoch verschiedene Bedenken formuliert werden. Ich möchte sechs benennen:

Da ist zunächst die weitgehende Geheimhaltung der Beratungen.¹³⁹ Da es sich ursprünglich um ein eher nach diplomatischen Mustern handelndes Gremium handelte, war die Nichtöffentlichkeit in den Anfangsjahren unumstritten. Doch je mehr die EU an Befugnissen gewann, desto mehr wurde diese Regelung als unzureichend empfunden. Das demokratische Ideal besagt, dass die Öffentlichkeit nachvollziehen kann, wie ein Gesetzgeber zu seinen Entscheidungen kommt und wer bei seinen Beratungen und Entscheidungen welchen Standpunkt vertritt. Heute schreibt Art. 16 Abs. 8 EUV vor, dass der Rat öffentlich tagt, wenn er über Gesetzgebungsakte berät und beschließt. Aber er verspricht mehr, als er hält. Die tatsächlichen

137 Siehe oben III.2.e.

138 Puetter, *Deliberative Intergovernmentalism* (Fn. 34).

139 *Deirdre Curtin*, *Executive Power of the European Union. Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford: Oxford University Press 2009, 293; *Stéphanie Novak/Maarten Hillebrandt*, *Analysing the Trade-off between Transparency and Efficiency in the Council of the European Union*, *Journal of European Public Policy* 27 (2020), 141–159; *Daniel Finke*, *Underneath the Culture of Consensus. Transparency, Credible Commitments and Voting in the Council of Ministers*, *European Union Politics* 18 (2017), 339–361.

Beratungen finden nach wie vor oft hinter verschlossenen Türen (oder außerhalb förmlicher Sitzungen) statt; öffentliche Ratssitzungen werden erst ganz zum Schluss anberaumt, wenn die Entscheidungen tatsächlich getroffen werden.¹⁴⁰

Zweitens stellt die institutionelle Komplexität des Rates ein Problem dar. Demokratie beruht auf Transparenz und darauf, dass die Bürgerinnen und Bürger verstehen können, was vor sich geht. Der Rat als Institution und Akteur ist jedoch so komplex, dass sich Transparenz und Verständnis kaum entwickeln können. Der Rat hat kein Plenum, sondern viele sektorale Zusammensetzungen. Er tagt in verschiedenen hierarchischen Ebenen von Ministern, ständigen Vertretern oder Exekutivfachverständigen und damit einer ganzen Reihe von Akteuren. Außerdem mischt er verschiedene Rollen und Modi. In der Praxis ist der Rat eher ein *Entscheidungssystem* als ein einzelnes Organ. Das macht ihn sehr unübersichtlich und schwer zu verstehen und zu kontrollieren.

Drittens kann zwar der konsensuale Charakter der Entscheidungsfindung im Rat eine Quelle der Legitimation im Sinne einer Konkordanzdemokratie sein. Gleichzeitig verschleiert er aber auch Positionen und Kontroversen. Sie suggeriert eine Politikgestaltung ohne Politik, mehr exekutive Zusammenarbeit und technische Problemlösung als politische Auseinandersetzung und klare Kontrastierung von politischen Positionen. Daraus folgt eher eine Verschleierung der intensiven politischen Verhandlungen im Rat, sei es als Teil der Legislative oder als Koordinator.¹⁴¹

Viertens mangelt es dem Rat an der demokratischen Rechenschaftspflicht als europäisches Organ und also gegenüber europäischen Wählenden. Die Mitglieder des Rates gehen aus nationalen Wahlen hervor, bei denen (zumindest bisher) europäische Themen kaum eine Rolle spielen. Es fehlt ihnen also ein europäisches Mandat. Diese Situation wurde als Politik ohne Politik bezeichnet, da die nationalen Wahlen von der Politik geprägt sind, nicht aber von der europäischen Politik, auf die sie sich später auswirken.¹⁴² Dies untergräbt die demokratische Legitimität des Rates als Gesetzgeber. Aber es betrifft auch den Rat als Koordinator. Diese Situation

140 Claudio Franzius/Ulrich Preuß, Die Zukunft der europäischen Demokratie, Baden-Baden: Nomos 2012, 153.

141 Paul Craig, Integration, Democracy, and Legitimacy, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, Oxford: Oxford University Press 2011, 13–40 (35–37).

142 Vivien Schmidt, Democracy in Europe. The EU and National Politics, Oxford: Oxford University Press 2006, 163; Curtin (Fn. 139), 293 ff.

wird durch die Tatsache verschärft, dass die Wirksamkeit der Kontrolle durch die *nationalen* Parlamente uneinheitlich ist. Während die Parlamente in einigen Mitgliedstaaten sehr stark in europäische Angelegenheiten eingebunden sind, ist dies in anderen weit weniger der Fall. Daher die Forderung nach einer Europäisierung der nationalen Parlamente.¹⁴³

Das fünfte Bedenken folgt aus der Kollision von Legitimations- und Entscheidungsmodi: Selbst wenn man das Konzept eines eher mehrheitsdemokratischen Modells für das Europäische Parlament akzeptiert, kollidiert der mehrheitliche Modus im Parlament mit dem konsensualen Modus im Rat. Letztlich untergräbt der konsensuale Modus den mehrheitlichen Modus, so dass die legitimatorische Wirkung der Mehrheitsbildung ins Leere läuft.

Sechstens wird die funktionale Eignung von Exekutiven als allgemeine Legislative in Frage gestellt, auch wenn es die politischen Spitzen, also die Gubernativen der Staaten sind.¹⁴⁴ Wesentliche Argumente, die regelmäßig für die Eignung von Parlamenten als Legislative angeführt werden (thematisch offene Debatten und Mandate der Parlamentarier, generalistische Perspektive und Querschnittlichkeit der Überlegungen, Zugänglichkeit für und Ansprechbarkeit auf die Bürger usw.) treffen auf den Rat in seiner organisatorischen Struktur und auf seine Mitglieder nur sehr bedingt zu.

Das Ergebnis der Überlegungen zur Bewertung des Rates ist ein Dilemma. Der Rat ist eine wesentliche Schaltstelle der EU, auch wenn sich seine relative Bedeutung innerhalb des institutionellen Systems der EU seit den 1990er Jahren erheblich verändert und wohl auch verschlechtert hat. Der Aufstieg des Europäischen Parlaments hat seine Position als wichtigstes Organ der Normsetzung und Haushaltsaufstellung beseitigt; der Aufstieg der wirtschaftspolitischen Steuerung durch Koordinierung seit den 1990er Jahren bedeutete, dass der Rat dem Europäischen Rat zunehmend untergeordnet ist. Aber selbst wenn andere Institutionen an relativer Bedeutung gewinnen, bleibt der Rat ein wesentlicher Akteur der Zusammenarbeit. Eine Erklärung dafür liegt in der spezifischen Mehrebenenstruktur der EU,

143 Curtin (Fn. 139), 296; Leonard Besselink, National Parliaments in the EU's Composite Constitution. A Plea for a Shift on Paradigm, in: Philipp Kiiver (Hrsg.), National and Regional Parliaments in the European Constitutional Order, Groningen: European Law Publishing 2014, 115–131; Jürgen Neyer, Justified Multi-level Parliamentarism. Situating National Parliaments in the European Polity, The Journal of Legislative Studies 20 (2014), 125–138.

144 Christoph Möllers, Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers, Oxford: Oxford University Press 2015, 40 ff.; Häge (Fn. 18).

die hier als Exekutivföderalismus bezeichnet wird und die eine Logik der Zusammenarbeit und Konsenssuche in Gang setzt.

Gleichzeitig ist die demokratische Legitimation des Rates aus den gerade genannten Punkten problematisch. Der institutionelle und verfassungsrechtliche Kontext des Exekutivföderalismus erklärt, rechtfertigt aber nicht notwendiger Weise verschiedene Probleme, die mit der Logik der Zusammenarbeit zusammenhängen. Konsens und der Drang zu Kompromissen können einerseits wichtige Quellen demokratischer Legitimität sein (Exekutivorgane könnten in einem System verflochtener Zuständigkeiten funktionell besonders geeignet sein), andererseits dienen weitere im Exekutivföderalismus angelegte Merkmale wie Komplexität und Kompromissssuche eher der Effektivität als dem demokratischen Charakter.

Reformen, die die Legitimation erhöhen, sind denkbar. Ein Weg wäre (noch) mehr parlamentarische Kompetenzen – durch eine gleichberechtigte Beteiligung des Europäischen Parlaments an allen Gesetzgebungs- und Ernennungsverfahren und eine angemessene Rolle bei der Koordination.¹⁴⁵ Ein weiterer Weg führt über einen verbesserten Zugang zu Informationen und damit über verbesserte Transparenz. Die richterliche Aufsicht bei der Ausübung der öffentlichen Gewalt ist von entscheidender Bedeutung, da informelle Rahmenbedingungen und Instrumente auf lange Sicht Akzeptanz erschweren. Schließlich würde die Europäisierung der Wahlen und die Politisierung des europäischen Regierens die Anfechtung und den demokratischen Charakter des gesamten EU-Systems verbessern. Dies liegt allerdings kaum in der Hand einer Rechtsreform.

Letztlich stellt die demokratische Legitimation des Rates jedoch ein echtes Dilemma dar, da sie Kompromisse zwischen der Logik der exekutiven Zusammenarbeit auf mehreren Ebenen einerseits und der transparenten Rechenschaftspflicht andererseits erfordert.

145 Für Beispiele siehe *Franzius/Preuß* (Fn. 140), 144–146; *Oeter* (Fn. 2), 75; in Bezug auf externe Abkommen (Art. 218 AEUV) gibt es einen guten funktionalen Grund für die begrenzte Rolle des Europäischen Parlaments.

Die Kommission – vorprägende Konkretisierung des Unionsinteresses

Hannes Krämer und Mattias Wendel*

I. Einführung	1037
II. Normative Grundlagen und systematische Zusammenhänge	1040
1. Grundlegung: Auftrag zur Förderung des Unionsinteresses	1040
2. Rückbezüge des Art. 17 EUV auf die Gemeinsamen Bestimmungen	1043
3. Systematik des Art. 17 EUV und Querbezüge zum AEUV	1044
III. Institutionentheoretische Einordnung und Verhältnisbestimmung	1048
1. Kombination, Modifikation und Omission verfassungsrechtlicher Traditionsbestände des Regierens und Verwaltens	1048
2. Relationen	1051
3. Förderung des Unionsinteresses als Ausdruck einer „Separation of Interests“	1053
IV. Dogmatik des EU-Kommissionsverfassungsrechts	1054
1. Die Kommission als verfassungsrechtliche Entität	1054
2. Die Kommission als verfassungsrechtlicher Akteur	1075
V. Ausblick	1108

I. Einführung

Gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV fördert die Europäische Kommission (Kommission) „die allgemeinen Interessen der Union und ergreift geeignete Initiativen zu diesem Zweck“. Mit diesem Handlungsauftrag macht der Vertrag die „allgemeinen Interessen der Union“ (*the general interest of the Union*, *l'intérêt général de l'Union*) zu einem Schlüsselbegriff des Unionsverfassungsrechts. Das vorliegende Kapitel entfaltet den verfassungsrechtlichen Rahmen der Kommission ausgehend von diesem Begriff, der hier schlicht als Unionsinteresse bezeichnet werden soll. Anhand der Verpflichtung auf das Unionsinteresse lassen sich, so wird zu zeigen sein, die vielfältigen, teilweise gegenläufigen Aufgaben und Befugnisse der Kommission erschließen. In genealogischer Hinsicht bemerkenswert ist, dass der Begriff des Unionsinteresses erst mit dem Lissaboner Vertrag prominent in das Primär-

* Die folgenden Ausführungen geben allein die persönlichen Ansichten der Verfasser wieder und somit, was den Verfasser Krämer angeht, keinesfalls die Ansichten der Europäischen Kommission. Die Verfasser danken Lea Dirksen, Anna-Katharina Hübers und Anton Quarz für Recherchen und Unterstützung bei der Finalisierung des Textes.

recht Einzug gehalten hat, also in einem Moment, in dem das verfassungsrechtliche Paradigma im Europarecht erstmals expliziert positiviert wurde oder, anders gewendet, das Unionsverfassungsrecht zum Bewusstsein seiner selbst gelangt ist.¹ Gleichwohl spannt sich in der Sache ein Bogen von der für die vergemeinschaftete Montanindustrie zuständigen Hohen Behörde bis zur mit multiplen Sachpolitiken in der globalisierten und krisenbehafteten Gegenwart befassten Kommission. Damals wie heute war und ist für die Kommission das Interesse der gemeinsamen europäischen Politie normativ handlungsleitend.

Das Unionsinteresse ist ein vielschichtiger und ambivalenter Begriff. Er ist navigationsleitender Fixstern ebenso wie offene Suchformel. Zugleich verdeckt der in den allermeisten Sprachfassungen (ohne grammatikalischen Zwang) im Singular² gehaltene Begriff die stets notwendige Entscheidung darüber, was unter verschiedenen Alternativen überhaupt als „das“ Unionsinteresse gelten soll. So sehr der rhetorische Rückbezug auf die Beförderung oder Verteidigung des Unionsinteresses institutionelle Selbstvergewisserung zu erzeugen vermag, so sehr zwingt die Notwendigkeit der Begriffsaktualisierung im konkreten Fall zu politischen Entscheidungen. Die Konkretisierung des Unionsinteresses ist daher gerade in Ansehung und aufgrund ihres genuin politischen Charakters in vielfältiger Weise verfahrensrechtlich geregelt und materiell durch die Grundprinzipien der Union gerahmt.

Damit sind Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik auf den Plan gerufen. Auf den ersten Blick scheint die Kommission einem klassisch verfassungsrechtlichen Ansatz weniger zugänglich zu sein als andere Organe der EU, scheinen ihre vielfältigen Besonderheiten ungleich stärker nach einem Erklärungsansatz *sui generis* zu verlangen. Die Kommission ist seit den Anfängen der Montanunion ein in besonderem Maße mit der *supranationalen* Methode verbundenes Organ. Zugleich wurzeln Aufgaben und Befugnisse der Kommission tief in den Traditionen des freiheitlich-demokratischen Konstitutionalismus, geht es doch um nichts weniger als das

-
- 1 In Art. 211 EGV und seinen Vorläufernormen taucht der Begriff nicht auf. Lediglich die Unabhängigkeit der Amtsführung der Mitglieder der Kommission wurde nach altem Recht (Art. 213 Abs. 2 EGV) explizit mit dem „allgemeinen Wohl der Gemeinschaften“ (EN *general interest of the Community*; FR *l'intérêt général de la Communauté*) verknüpft.
 - 2 So neben EN und FR u.a. auch IT („l'interesse generale dell'Unione“), ES („el interés general de la Unión“), NL („het algemeen belang van de Unie“), PL („ogólny interes Unii“). Wie im Deutschen im Plural indes HU („az Unió általános érdeke“).

Initiieren, Leiten, Vermitteln, Verwalten, Hüten und Repräsentieren von öffentlicher Gewalt. Eine verfassungsrechtliche Rekonstruktion der Kommission als Exekutivorgan der EU liegt dementsprechend nahe³ und findet sich textlich auch in jüngeren Vorschlägen zur Änderung des Primärrechts.⁴ Die besondere Schwierigkeit (und Herausforderung) besteht freilich darin, dass die Kommission in ihrer Verpflichtung auf das Unionsinteresse und in ihrem Institutionendesign recht unterschiedliche, mitunter konfligierende Funktionen auf sich vereint. Sie ist zugleich politischer Initiator, unabhängige Aufsichtsbehörde, Vermittler, behördlicher Zentralknoten im Netzwerk einer Mehrebenenverwaltung, exekutiver Rechtsetzer, außenpolitischer Repräsentant und vieles mehr. Zudem sind die an sie herangetragenen Erwartungen vielfältig bis gegenläufig. Die Kommission soll ein Hort der Expertise sein, aber nicht zu bürokratisch, soll politisch führen, aber konsensorientiert handeln, soll unabhängig sein, aber politisch verantwortlich usf. Von den im Verfassungsvergleich herausdestillierbaren Modelltypen staatlicher Regierungen hebt sich die Kommission jedenfalls deutlich ab, sei es im Abgleich zur Regierung eines parlamentarischen Regierungssystems, sei es im Abgleich zur Regierung eines (als Vergleichsobjekt für die EU tauglicheren)⁵ gemischten bzw. semi-präsidentiellen Regierungssystems. Diese funktionellen Unterschiede lassen sich aber gerade anhand der spezifischen Verpflichtung der Kommission auf das Unionsinteresse erklären oder jedenfalls einordnen. Das Verständnis für die institutionellen, kompetenziellen und föderativen Besonderheiten legt dann zugleich den Blick auf die darunter liegenden, tragenden Säulen des von der Kommission institutionell tradierten konstitutionellen Erbes frei.

3 Vgl. EuG, Urteil v. 12.5.2015, Rs. T-562/12, ECLI:EU:T:2015:270, Rn. 134 – *Dalli/Kommission*: „hauptsächliches ‚Exekutivorgan“.

4 Vgl. namentlich den Vorschlag des EP-Ausschusses für konstitutionelle Fragen (AFCO) vom 22.8.2023, die Kommission im Zuge einer Vertragsänderung in „Europäische Exekutive“ umzubenennen, vgl. <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A_FCO-PR-746741_EN.pdf>.

5 Überzeugend Franz C. Mayer, Die europäische Union als Präsidialregime, in: Jakub Urbanik/Adam Bodnar (Hrsg.), *Περιμένοντας τους Βαρβάρους*. Law in a Time of Constitutional Crisis: Studies Offered to Mirosław Wyrzykowski, München: C.H. Beck 2021, 485 ff., sowie von Bogdandy/Rugge, in diesem Band. Speziell in Bezug auf das Parteiensystem Mattias Wendel, Die politischen Parteien als Mittler der Demokratie auf europäischer Ebene, in: Johannes Masing/Matthias Jestaedt (Hrsg.), *Parteien als Mittler der Demokratie*, 2024, i.E., sowie in Bezug auf das Spitzenkandidatenmodell Leonard Besselink/Jean-Herman Reestman, Editorial: Spitzenkandidaten and the European Union's System of Government, *EuConst* 15 (2019), 609–618.

Im ersten Abschnitt dieses Beitrags wird die unionsverfassungsrechtliche Zentralnorm über die Europäische Kommission, Art. 17 EUV, unter besonderer Berücksichtigung des darin enthaltenen Auftrags der Kommission zur Förderung des Unionsinteresses, systematisch vorgestellt und in den primärrechtlichen Regelungskontext einschließlich systematischer bzw. interpretationsleitender Querverbindungen eingeordnet (dazu II.). Sodann verortet der Beitrag die Kommission in gebotener Kürze institutionentheoretisch und setzt sie in Beziehung zu überlieferten Verfassungstraditionen demokratisch-rechtsstaatlichen Regierens und Verwaltens (III.). Vor dieser Folie werden im dritten und zugleich umfangreichsten Abschnitt die rechtsdogmatischen Konturen des unionalen Kommissionsverfassungsrechts in Bezug auf Komposition, Funktion und Relationen gezeichnet. Erst die genaue dogmatische Rekonstruktion erlaubt eine differenzierte Einordnung der Kommission als supranationale exekutive Vertreterin des Unionsinteresses (IV.). Diese Überlegungen münden schließlich in einen Ausblick auf künftige Entwicklungsschritte (V.).

II. Normative Grundlagen und systematische Zusammenhänge

1. Grundlegung: Auftrag zur Förderung des Unionsinteresses

Der Vertrag über die Europäische Union enthält seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon mit seinem Titel III (Art. 13–19 EUV) ein eigenes, prominent im Grundlagenteil der Verträge platziertes Normenensemble über die Organe der Union. Der in Art. 223–287 AEUV weiter ausbuchstabierte institutionelle Rahmen der Union erfüllt ausweislich Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 EUV den Zweck, den Werten der Union Geltung zu verschaffen, ihre Ziele zu verfolgen, ihren Interessen, denen ihrer Bürgerinnen und Bürger⁶ und denen der Mitgliedstaaten zu dienen sowie die Kohärenz, Effizienz und Kontinuität der Politik und Maßnahmen der Union sicherzustellen.

Die Union ist ein Hoheitsverband, dessen Organe auf die Förderung bestimmter verfassungsrechtlich normierter Gemeinwohlziele, d.h. öffentliche Güter bzw. Interessen, verpflichtet sind. In einer frühen Phase der Verfassungsentwicklung der Union, damals Gemeinschaft, waren dies neben der stets das europäische Projekt tragenden Funktion der Friedenssicherung

6 Die im Folgenden vorgenommene Verwendung des generischen bzw. geschlechtsunspezifischen Maskulinums schließt alle Geschlechter bzw. Gender (w/m/d) ein.

die streng „funktionalen“ Ziele eines im Wesentlichen ökonomisch ausgerichteten rechtlichen Integrationsprogramms mit dem Fokus auf Zollunion, Binnenmarkt und Agrarmarkt. Trotz der erheblichen Erweiterung der relevanten Gemeinwohlziele in Art. 3 EUV hat sich diese finale normative Ausrichtung des Handelns der Unionsorgane im Grundsatz nicht geändert. Insofern besteht ein struktureller Unterschied zu staatlichen Hoheitsverbänden, für die die relevanten Gemeinwohlziele im Prinzip⁷ verfassungsrechtlich kontingent sind und daher von den „staatsleitenden Organen“ politisch definiert werden.⁸

Innerhalb des Normenensembles über die Organe der Union legt Art. 17 EUV das unionsverfassungsrechtliche Fundament der Kommission. Den Auftrag zur Förderung des Unionsinteresses hat der Vertragsgeber dabei in Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV bewusst und folgerichtig an den Anfang gestellt. Prima facie entspricht das Unionsinteresse abstrakt der Gesamtheit der Ziele der Union. Es ist zunächst auch Sache *aller* politischen Unionsorgane⁹, im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dieses abstrakte Unionsinteresse durch einzelne Unionsakte (oder Handlungsbeiträge hierzu) zu konkretisieren. Diese Konkretisierung erfordert Wertungen, d.h. Gewichtungen und Abwägungen im politischen Entscheidungsprozess, unter optimierender Ausrichtung an den Werten der Union aus Art. 2 EUV.

Angesichts der anfangs erst zu bewirkenden und noch stets lediglich partiellen politischen und gesellschaftlichen Integration¹⁰ hat der Vertragsgeber angenommen, dass die normativ fixierten Ziele der Union am besten dadurch gefördert werden, dass der unionale Entscheidungsprozess und damit die Konkretisierung des Unionsinteresses in besonderem Maße durch ein supranational integriertes¹¹ und politisches, jedoch zugleich un-

7 Abgesehen von „Staatszielbestimmungen“, wie etwa die Verpflichtung Deutschlands auf die Mitwirkung in der europäischen Integration gem. Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG.

8 Matthias Ruffert, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 3 EUV, Rn. 1–3.

9 EP, ERat, Rat und Kommission.

10 Zum – sozialwissenschaftlichen – Begriff der Integration als einem Prozess, „in dessen Verlauf die zunächst getrennten Teilnehmer zunehmend als Angehörige einer gemeinsamen Gruppe angesehen werden“, Jürgen Basedow, Der Beitrag des EuGH zur Europäischen Integration, EuZW 2022, 1146–1154 (1146).

11 D.h. ein Organ, das nicht ganz oder teilweise aus Organwaltern mitgliedstaatlicher Organe besteht; bis zur Direktwahl der Mitglieder des EPs (seit 1979) war die Kommission das einzige supranational integrierte *politische* Organ (daneben waren und sind lediglich die *Kontrollorgane* Gerichtshof und Rechnungshof supranational integriert).

abhängiges Organ in einer möglichst vorurteilsfreien Weise (vor)geprägt wird.¹² Hierin liegt die zentrale Ratio hinter dem institutionellen Design der Kommission. Dieses Design schützt zugleich die „kleineren“ Mitgliedstaaten, da die Unterschiede im relativen politischen Gewicht der einzelnen Mitgliedstaaten durch die Rolle der Kommission, das Unionsinteresse im unionalen Entscheidungsprozess vorprägend zu konkretisieren, jedenfalls partiell neutralisiert werden.

Die Konstruktion einer im Kern funktionalistisch gesetzten Finalität steht freilich in einem Spannungsverhältnis zur grundlegenden Verpflichtung der Union und ihres Institutionendesigns auf das Demokratieprinzip gem. Art. 10 EUV. Gleichwohl unterscheidet sich die EU deutlich von einer rein funktionalistisch legitimierten internationalen Organisation.¹³ Das gilt namentlich angesichts ihres demokratisch-föderativen Rechtsetzungsverfahrens, der supranationalen Rechtswirkungen, der Dichte und Permanenz des Verbundes der verschiedenen Ebenen und Akteure sowie, wenn es um die Finalität geht, der überaus weit gefassten Gemeinwohlziele, die in ihrer Summe weite Bereiche der von staatlichen Hoheitsverbänden verfolgten Gemeinwohlinteressen abdecken. Gerade angesichts dieser Weite bedarf es der weiteren – im demokratischen Rechtsetzungsprozess erfolgenden – politischen Konkretisierung des Unionsinteresses, das aber seine vorprägende Konkretisierung einschließlich des Schutzes kleinerer Mitgliedstaaten gerade durch die Kommission als genuin supranationales Organ findet.

Dieser spezifische, in der rechtlichen wie politischen Struktur der Union selbst wurzelnde Auftrag der Kommission zur Förderung des Unionsinteresses bildet die Folie, auf der die Dogmatik des Kommissionsverfassungsrechts zu entfalten ist. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Kompetenzen der Kommission in Abgrenzung von denjenigen der – an mitgliedstaatlichen Interessen ausgerichteten – nicht supranational integrierten (föderalen) politischen Organe (Europäischer Rat [ERat] und Rat) sowie denjeni-

12 Hierzu *Jean-Paul Jacqué*, *The European Parliament's Institutional Proposals Following the Conference on the Future of Europe: Much Ado About Nothing?*, CML Rev. 59 SI (2020), 129–143 (131); strukturell ähnliche Unabhängigkeitserfordernisse sollen im Falle von Rechtsprechungsorganen und Zentralbanken die vorurteilsfreie Anwendung konditionaler Entscheidungsprogramme bzw. monetärer *state-of-the-art*-Regeln zur Erreichung von Geldwertstabilität sicherstellen.

13 Zum Unterschied zwischen funktionalistisch legitimerter IO und demokratisch legitimerter EU vgl. *Isabelle Ley*, *Die fehlende Opposition: Konzeptionelle Schwierigkeiten nichtstaatlicher Demokratievorstellungen*, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Grenzen der europäischen Integration*, Baden-Baden: Nomos 2014, 197–210.

gen des – parteipolitisch-programmatisch ausgerichteten – Europäischen Parlaments (EP).

2. Rückbezüge des Art. 17 EUV auf die Gemeinsamen Bestimmungen

Die vorstehenden Überlegungen haben den engen systematischen Bezug des Art. 17 EUV zu den Gemeinsamen Bestimmungen des EUV bereits indiziert. So ist die Förderung des Unionsinteresses zugleich Werteförderung. Die Konkretisierung des Unionsinteresses durch die Kommission erfolgt unter optimierender Ausrichtung an den Grundwerten des Art. 2 EUV, ist also stets auch Wertekonkreterisierung. Gegenwärtig aktualisiert sich dies besonders sichtbar, aber keineswegs ausschließlich, bei der Durchsetzung des Wertes der Rechtsstaatlichkeit gegenüber einzelnen Mitgliedstaaten.¹⁴ Über die konkrete Form der Konkretisierung ist damit freilich nichts gesagt, ebenso wenig wie über die Auflösung etwaiger Prinzipienkonflikte, wie etwa zwischen Freiheit und Gleichheit.

Ein wichtiger normativer Rückbezug besteht überdies zu Art. 1 Abs. 2 EUV.¹⁵ Die Norm verleiht dem der Kommission auferlegten Auftrag zur Förderung des Unionsinteresses ein dynamisch-progressives Element, indem er den Prozess einer „immer engeren Union der Völker Europas“ axiomatisch vorgibt. Für die inhaltliche Stoßrichtung des Agenda-Settings durch die Kommission sind wiederum die Ziele in Art. 3 EUV – in ihrer sachbereichsspezifischen Konkretisierung insbesondere durch die vertraglichen Rechtsgrundlagen für Sekundärrechtsakte – relevant. Art. 1 Abs. 2 EUV gibt zudem vor, dass Entscheidungen „möglichst offen und bürgernah getroffen“ werden müssen. Darin liegt eine unmittelbare verfahrensrechtliche Leitlinie, an der die einzelnen Komponenten des in Art. 17 EUV niedergelegten Aufgabenspektrums stets mitauszurichten sind.

Von grundlegender Bedeutung ist schließlich auch der normative Rückbezug auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV. Er ist das Leitprinzip für die zahlreichen, in Art. 17 EUV bereits aufscheinenden Relationen der Kommission zu anderen

¹⁴ Vgl. *pars pro toto* EuGH, Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts)*; Urteil v. 5.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen (Disziplinarordnung für Richter)*; Urteil v. 5.6.2023, Rs. C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442 – *Kommission/Polen (Maulkorbgesetz)*.

¹⁵ Bzw. Art. 1 UAbs. 2 EUV.

Organen und Einrichtungen auf Unionsebene (ebenenimmanent) und nationaler Ebene (ebenenübergreifend).

3. Systematik des Art. 17 EUV und Querbezüge zum AEUV

a) Allgemeines

In systematischer Hinsicht ist Art. 17 EUV als Bündelungsnorm konzipiert, in der die wesentlichen Aufgaben und institutionellen Designfragen der Kommission zusammenlaufen. Die Norm erhebt Anspruch auf Vollständigkeit,¹⁶ jedenfalls im Abstrakten. Dementsprechend facettenreich und detailliert ist sie ausgestaltet. Im Anschluss an den grundlegenden Auftrag zur Förderung der allgemeinen Interessen der Union in Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV stellt Art. 17 Abs. 1 S. 2 und 3 EUV die Hüter- und Aufsichtsfunktion der Kommission heraus, gefolgt von den administrativen Funktionen in Art. 17 Abs. 1 S. 4 und 5 EUV. Sodann thematisiert Art. 17 Abs. 1 S. 6 EUV die Außenvertretung, während Art. 17 Abs. 1 S. 7 EUV die Programmplanung in den Blick nimmt. Art. 17 Abs. 2 EUV adressiert das Initiativrecht, Art. 17 Abs. 3–7 EUV regeln wiederum das institutionelle Design der Kommission in Gestalt von Amtszeit, Unabhängigkeit, Zusammensetzung und Investitur. Art. 17 Abs. 8 EUV normiert schließlich, darauf aufbauend, die parlamentarische Verantwortlichkeit der Kommission. Diese Regelungsteile des Art. 17 EUV weisen vielfache systematische Bezüge und Querverbindungen zu verschiedenen Teilen des AEUV auf, die im Folgenden überblicksartig skizziert und im Zuge der dogmatischen Erschließung des Kommissionsverfassungsrechts im Einzelnen entfaltet werden.

b) Aufgaben: Initiieren, Leiten, Vermitteln, Verwalten, Hüten und Repräsentieren

Art. 17 Abs. 1 S. 2, 3 EUV statuiert die *Hüter- und Aufsichtsfunktion* der Europäischen Kommission.¹⁷ Diese Funktion ist in der Europäischen Union nicht nur von herausragender Bedeutung, weil sie für das notwendige Maß an rechtlicher Integrität, sondern auch an föderativer Einheit sorgt.

¹⁶ Vgl. *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 8), Art. 17 EUV, Rn. 3.

¹⁷ Eingehend dazu *Stine Andersen*, *The Enforcement of EU Law: The Role of the European Commission*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Spontan emergierende Einheitlichkeit ist in der Union angesichts des teils ausgeprägten Souveränitätsverständnisses der Mitgliedstaaten und ihrer jeweils tradierten administrativen und sozio-ökonomischen Strukturen nicht der Regelfall. Die integritäts- und einheitssichernde Aufsicht durch die Kommission erfolgt im Rahmen je spezifischer Verfahren, die sich nach den Standards und Formen von Aufsichtsmaßnahmen und nach der Verfahrensinstitution voneinander unterscheiden und im AEUV im Einzelnen ausgestaltet sind.¹⁸ Von besonderer Bedeutung sind das Vertragsverletzungsverfahren, im Rahmen dessen die Kommission eigenverantwortlich, aber im Zusammenwirken mit dem EuGH agiert (Art. 258, 260 AEUV), die allgemeine Vollzugsüberwachung im Rahmen des europäischen Verwaltungsverbundes, ggf. gesteuert mittels Durchführungsrechtsakten (Art. 291 AEUV), sowie die Befugnis zur Einholung von Auskünften und zur Vornahme erforderlicher Nachprüfungen (Art. 337 AEUV). Zudem kommt der Kommission eine zentrale Hüterrolle im Beihilfenrecht zu (Art. 101 ff., 107 ff. AEUV).

Art. 17 Abs. 1 S. 4 und 5 EUV adressiert die *administrativen Funktionen* der Kommission in gleich mehrfacher Weise. Gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 4 EUV führt die Kommission den Haushaltsplan aus und verwaltet die Programme. Damit sind die Vorschriften über die Ausführung des Haushaltsplans (Art. 317 ff. AEUV) aufgerufen, einschließlich des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung, Art. 317 Abs. 1 S. 1 AEUV. Nach Art. 17 Abs. 1 S. 5 EUV übt die Kommission vor allem aber auch „Koordinierungs-, Exekutiv- und Verwaltungsfunktionen“ nach Maßgabe der Verträge aus. Aus unionsverfassungsrechtlicher Perspektive¹⁹ ist dabei zwischen verschiedenen Sachbereichen zu differenzieren und sowohl der Aspekt der Verbands- als auch derjenige der Organkompetenz in den Blick zu nehmen.²⁰ So wird insbesondere im Wettbewerbsrecht die administrative Verbandskompetenz im Kern der Union und, soweit diese reicht, die

18 Vgl. im Einzelnen IV.2.c.

19 Nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sind die mannigfachen Fragen der Dogmatik des europäischen Verwaltungsverbundes, der gekennzeichnet ist durch das notwendige Ineinandergreifen von Rechtsnormen und Organen unterschiedlicher Ebenenzugehörigkeit und als dessen (auch informationeller) Netzwerkknoten die Kommission in vielen Zusammenhängen fungiert, hierzu Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2022, § 5, Abschnitt B.

20 Im Einzelnen IV.2.b.

Organkompetenz ausschließlich der Kommission zugewiesen. Komplexer wird es dort, wo die administrative Verbandskompetenz zwischen Mitgliedstaaten und Union geteilt ist. Soweit die Union hier aufgrund eines Einheitlichkeitsbedürfnisses nach Art. 291 Abs. 2 AEUV über eine (latente) administrative Verbandskompetenz verfügt, ist die Organkompetenz regelmäßig der Kommission, u.U. aber auch dem Rat oder spezialisierten Agenturen zugewiesen. Schließlich fällt auch die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen der Union und namentlich ihre Vertretung vor nationalen Gerichten von Mitglied- oder Drittstaaten bei materieller Betrachtung unter die administrativen Funktionen. Vorgaben für den Bereich der Eigenverwaltung trifft Art. 298 AEUV, wonach die europäische Verwaltung offen, effizient und unabhängig arbeiten muss.

Art. 17 Abs. 1 S. 6 EUV weist der Kommission grundsätzlich die Aufgabe der *Außenvertretung* der Union zu. Soweit nicht spezielle Vorgaben der Verträge greifen oder der Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik betroffen ist, in dem der Hohe Vertreter die Außenvertretung innehat (Art. 27 Abs. 2 EUV),²¹ ist die Kommission der zentrale Akteur des auswärtigen Handelns der Union. Das zeigt sich namentlich in ihren Befugnissen zur Aushandlung internationaler Übereinkünfte (Art. 218 Abs. 3, Art. 207 Abs. 3 AEUV), einschließlich Austrittsabkommen (Art. 50 Abs. 2 S. 3 EUV i.V.m. Art. 218 Abs. 3 AEUV). Die (diplomatische) Vertretung der Union in Drittstaaten und internationalen Organisationen erfolgt indes durch Delegationen des Europäischen Auswärtigen Dienstes (Art. 221 AEUV), der dem Hohen Vertreter unterstellt ist (Art. 27 Abs. 3 EUV).

Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 EUV konstituiert die Kommission als zentrales *Initiativorgan* im europäischen Gesetzgebungsprozess. Gemäß Art. 17 Abs. 2 S. 1 EUV darf ein Gesetzgebungsakt i.S.d. Art. 289 Abs. 3 AEUV nur auf Vorschlag der Kommission erlassen werden, soweit nicht in den Verträgen etwas anderes festgelegt ist. Damit gilt im Grundsatz ein Initiativmonopol der Kommission im Bereich legislativer Rechtsetzung. Hierin wurzelt die klassische Einordnung der Kommission als „Motor der Integration“,²² die sich in den heutigen Kontext besser als Auftrag zu

21 Der freilich seinerseits Vizepräsident der Kommission ist, Art. 18 Abs. 4 EUV.

22 Zur Genealogie vgl. eingehend *Martin Thiele*, Motor der Integration: Europarechtsgeschichtliche Grundlegung der Europäischen Kommission, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 193 f. und 291 ff. Die Zuschreibung als „Motor der Integration“ wird auch für den EuGH verwendet, vgl. *Ulrich Everling*, Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts, EuR 22 (1987), 214–235.

einer prozedural vielfältig rückgebundenen Konkretisierung des Unionsinteresses übersetzen lässt.²³ Wichtigster Anwendungsfall ist das ordentliche Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1 i.V.m. Art. 294 Abs. 2 AEUV. Durch das weitreichende Initiativmonopol wird die Kommission zu einem zentralen gubernativen Akteur sowohl im Bereich des Haushalts (vgl. Art. 311 Abs. 3 AEUV, Art. 314 AEUV, Art. 322 Abs. 2 AEUV) als auch in sozial relevanten und rechtspolitisch umstrittenen Politikfeldern wie z.B. dem Asylrecht (Art. 78 Abs. 2 AEUV), der Gleichstellungspolitik (Art. 157 Abs. 3 AEUV) oder der Umweltpolitik (Art. 192 Abs. 1 AEUV). Dort wo die Kommission das Initiativrecht innehat, kann sie von anderen Akteuren zwar zur Unterbreitung von Vorschlägen aufgefordert werden, namentlich von EP (Art. 225 AEUV), Rat (Art. 241 AEUV) oder Bürgerinitiativen (Art. 11 Abs. 4 EUV). Sie behält aber das Heft des initiativen Handelns weitgehend in der Hand.²⁴ Zudem wird die Kommission aufgrund ihrer weitreichenden und flexibel handhabbaren Befugnisse zur Änderung ihrer Gesetzgebungsvorschläge im laufenden Gesetzgebungsverfahren (Art. 293 Abs. 2 AEUV) zum *Vermittler* bzw. „Power Broker“ im politischen Prozess.²⁵ Auch für Vertragsrevisionen verfügt die Kommission mittlerweile über ein Initiativrecht, allerdings kein exklusives (Art. 48 Abs. 2 EUV). Abgeschwächt ist das Initiativrecht dagegen dort, wo die Kommission lediglich Empfehlungen unterbreiten darf, wie z.B. in Art. 121 Abs. 4 UAbs. 2 S. 2 oder Art. 143 AEUV. Die in den Verträgen angelegte Initiativrolle geht weit über ein bloßes Agenda-Setting hinaus und kommt in ihrer weitreichenden Vor- und Mitprägung der Rechtsetzung letztlich einer *politischen Leitungsfunktion* gleich, die es freilich mit dem ERat zu koordinieren bzw. diesem gegenüber zu verteidigen gilt.²⁶ Von politisch-gubernativer Bedeutung ist schließlich die Programmplanung, ggf. in Verbindung mit interinstitutionellen Vereinbarungen (Art. 295 AEUV).

23 Näher IV.2.a.aa.

24 Vgl. im Einzelnen IV.2.a.aa.iv.

25 Dazu näher unter IV.2.a.aa.ii. Für die Vermittlerrolle im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vgl. explizit Art. 294 Abs. 11 AEUV („auf eine Annäherung [...] hinzuwirken“) sowie speziell für das besondere Gesetzgebungsverfahren der Festlegung des Jahreshaushaltsplans Art. 314 Abs. 5 UAbs. 2 AEUV („Annäherung [...] bewirken“).

26 Dazu näher II.1.a. und IV.3.

c) Institutionelles Design und parlamentarische Verantwortlichkeit

Art. 17 Abs. 3–8 EUV regeln das institutionelle Design der Kommission in puncto Amtszeit, Investitur, Zusammensetzung und Unabhängigkeit sowie die parlamentarische Verantwortlichkeit der Kommission. Konkretisierende Regelungen hierzu finden sich insbesondere in den institutionellen Vorschriften des AEUV über die Kommission, d.h. insbesondere Art. 244 AEUV (Rotationssystem), Art. 245 AEUV (Unabhängigkeit), Art. 246 AEUV (Amtsende und Neubesetzung), Art. 247 AEUV (Amtsenthebung), Art. 248 AEUV (Ressortverteilung), Art. 249 AEUV (Geschäftsordnung) und Art. 250 AEUV (Beschlussfassung) sowie über die parlamentarische Verantwortung, insbesondere in Gestalt des parlamentarischen Interpellationsrechts (Art. 230 UAbs. 2 AEUV), des jährlichen Gesamtberichts (Art. 233 AEUV) und des Misstrauensantrags (Art. 234 AEUV) sowie der haushalterischen Entlastung (Art. 319 Abs. 1 AEUV). In diesen Vorschriften spiegeln sich die unterschiedlichen, mitunter konfligierenden Funktionsbereiche bzw. normativen Leitbilder wider. Es herrscht eine für die Kommission geradezu typusprägende Gleichzeitigkeit von Unabhängigkeit und politischer Verantwortlichkeit, von Binnenhierarchisierung und Kollegialitätsprinzip sowie von parlamentarischer Einsetzung (Wahl des Kommissionspräsidenten bzw. parlamentarisch-konstitutiver Zustimmung zum Kollegium) und exekutiv-föderalem Einfluss auf die Investitur durch ERat und Rat. Bei alledem muss die Kommission zudem möglichst genau das demografische und geografische Spektrum der Gesamtheit der Mitgliedstaaten zum Ausdruck bringen (Art. 17 Abs. 5 UAbs. 2 EUV).

III. Institutionentheoretische Einordnung und Verhältnisbestimmung

1. Kombination, Modifikation und Omission verfassungsrechtlicher Traditionsbestände des Regierens und Verwaltens

Der Vielzahl an Aufgaben entspricht eine Vielzahl an theoretischen Deutungsangeboten und Einordnungsversuchen, die im Folgenden allenfalls angedeutet werden können.²⁷ Die Stellung der Kommission als zentraler Knoten im institutionellen Netzwerk der Union ist einzigartig. Dabei re-

27 Weiterführend, jeweils m.w.N., *Susanne K. Schmidt/Arndt Wonka*, European Commission, in: Erik Jones/Anand Menon/Stephen Weatherill (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2012, 336–349;

pliziert die Kommission die institutionellen Traditionsbestände des freiheitlich-demokratischen Konstitutionalismus nicht einfach, sondern kombiniert und modifiziert unterschiedliche Elemente dessen, was klassischerweise, d.h. tradiert typisierbar, als Regieren und Verwalten bezeichnet wird.

a) Geteiltes Regieren

Geht man von einem klassischen System der Gewaltenteilung bzw., differenzierter, einem Modell der Gewaltengliederung im Mehrebenensystem aus,²⁸ ist die Kommission deutlich dem Bereich der Exekutive, d.h. der vollziehenden Gewalt, zuzuordnen.²⁹ Als Spitze der europäischen Exekutive, Zentrum des europäischen Verwaltungsverbunds³⁰ und ausgestattet mit einem weitreichenden Initiativmonopol ist die Kommission zudem ein politisch-gubernatives Organ.³¹

Eine wichtige Besonderheit besteht allerdings darin, dass die Kommission die politische Lenkung und damit einen bedeutenden Teil der Regierungsfunktion mit dem ERat teilt.³² Denn es ist der ERat, der ausweislich Art. 15 EUV die für die Entwicklung der Union erforderlichen Impulse gibt und die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten hierfür festlegt – freilich außerhalb des Gesetzgebungsprozesses. Zwischen Kommission und ERat entsteht so ein Verhältnis, das von „koordiniertem

Peter Oliver/Bernd Martenczuk, The Commission, in: Robert Schütze/Takis Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of European Union Law*, Bd. I, Oxford: Oxford University Press 2018, 549–580; *Paul Craig*, Institutions, Power and Institutional Balance, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, 46–89.

28 Grundlegend *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 81 ff.

29 Eingehend *Deirdre Curtin*, *Executive Power of the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford: Oxford University Press 2009 m.w.N.

30 *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* (Fn. 19).

31 *Neill Nugent/Mark Rhinard*, The ‚Political‘ Roles of the European Commission, *Journal of European Integration* 41 (2019), 203–220.

32 Näher von *Bogdandy/Rugge*, in diesem Band, IV.2.b.

Agendasetting“³³ bis hin zu „kompetitiver Kooperation“³⁴ reicht. Zweifellos besteht die Gefahr, dass der ERat durch detaillierte Schlussfolgerungen die Kommission in ihrer gubernativen Rolle als Initiator im Gesetzgebungsprozess zunehmend beengt, worauf im Kontext der Eurokrise³⁵ oder der Entstehung des sog. Konditionalitätsmechanismus zur Bekämpfung der Rechtsstaatskrise³⁶ hingewiesen wurde. Gleichwohl ergibt das Gesamtbild der Kommission doch das eines politisch-gubernativ eigenständig neben dem ERat agierenden Organs.³⁷

b) Politische Verantwortlichkeit und Politisierung

Umgekehrt lässt die Kommission aber auch typische Eigenschaften einer innerstaatlichen Regierung vermissen. Das gilt insbesondere für die (fehlende) Abbildung der politischen Mehrheitsverhältnisse im (Europäischen) Parlament. Dies ist allerdings wiederum nicht mit dem Fehlen parlamentarischer Kontrolle gleichzusetzen. Vielmehr wurden gerade die Elemente parlamentarischer Kontrolle sukzessive gestärkt,³⁸ sodass heute eine Annäherung der Kontrolle der Kommission durch das EP an die parlamentari-

33 So exemplarisch für den Bereich der Energiepolitik *Philipp Thaler*, The European Commission and the European Council: Coordinated Agenda Setting in European Energy Policy, *Journal of European Integration* 38 (2016), 571–585, der zudem die Politisierung der Kommission durch die Einflussnahme des Rates befördert sieht (ebd., 582 f.).

34 *Pierre Bocquillon/Mathias Dobbels*, An Elephant on the 13th floor of the Berlaymont? European Council and Commission Relations in Legislative Agenda Setting, *Journal of European Public Policy* 21 (2013), 20–38.

35 *Mark Dawson/Floris de Witte*, Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis, *MLR* 67 (2013), 817–844.

36 *Alberto Alemanno/Merijn Chamon*, To Save the Rule of Law You Must Apparently Break It, *VerfBlog* (11.12.2020), sowie mit Blick auf die Gefährdung der Unabhängigkeit der Kommission *Herausgeber der Common Market Law Review*, Editorial Comments: Compromising (on) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law, *CML Rev.* 58 (2021), 267–284 (280 ff.). Für die weniger kritische Gegenansicht vgl. dagegen *Peter Lindseth/Cristina Fasone*, Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization, *VerfBlog* (11.12.2020).

37 Vgl. In der Gesamtschau *Craig* (Fn. 27), 88, sowie eingehend aus Perspektive des ERates von *Bogdandy/Rugge*, in diesem Band, IV.2.b. Zu rechtsdogmatischen Details vgl. unten IV.2.

38 Vgl. bereits *Anchrit Wille*, Political-Bureaucratic Accountability in the EU Commission: Modernising the Executive, *West European Politics* 22 (2010), 1093–1116; *dies.*, The European Commission’s Accountability Paradox, in: Mark Bovens/Deirdre

sche Kontrolle nationaler Exekutiven verzeichnet wird.³⁹ Hinzu kommt die zunehmende Politisierung der Kommission, die sich keineswegs ausschließlich in der Frage des Spitzenkandidatenmodells⁴⁰ äußert.⁴¹ In der Gesamtschau lässt sich so zunehmend eine „Normalisierung“ der Kommission im Abgleich zu nationalen Exekutiv(spitzen)en⁴² feststellen.

2. Relationen

a) Zentraler Knoten im institutionellen Netzwerk

Als zentraler Knotenpunkt im institutionellen Netzwerk der Union ist die Kommission in nahezu allen relevanten Vorgängen zur Interaktion mit den anderen politischen Organen berufen.⁴³ Legitimiert und damit zugleich politisch ermöglicht wird diese Rolle der Kommission zum einen durch ihr institutionelles Design als unabhängiges und nur dem Unionsinteresse verpflichtetes Organ und zum anderen dadurch, dass ihre Organwalterbestellung auf einem Konsens zwischen den föderalen Organen und dem direkt gewählten EP beruht. Die spezifischen verfassungsrechtlichen Relationen zwischen der Kommission und den föderalen politischen Organen einerseits und dem EP andererseits sind teils symmetrisch, teils asymmetrisch.

b) Verhältnis zum Gesetzgeber (insbes. EP und Rat)

In symmetrischer Weise wirkt die Kommission auf das EP und den Rat als wesentlicher Impulsgeber für deren Arbeiten ein, da diese Organe jeden-

Curtin/Paul't Hart (Hrsg.), *The Real World of EU Accountability: What Deficit?*, Oxford: Oxford University Press 2010, 63–86.

39 *Mark Bovens/Deirdre Curtin*, An unholy trinity of EU presidents? Political Accountability of EU Executive Power, in: Damian Chalmers/Markus Jachtenfuchs/Christian Joerges (Hrsg.), *The End of the Eurocrats' Dream: Adjusting to European Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, 190–217 (214).

40 Dazu aus der Literatur *Sara B. Hobolt*, A Vote for the President? The Role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament Elections, *Journal of European Public Policy* 21 (2014), 1528–1540, sowie kritisch *Etienne Patout*, Éditorial: Spitzenkandidaten, *Revue trimestrielle de droit européen* 3 (2019), 585–588.

41 Näher sodann unter IV.1.c.bb.

42 Eingehend *Anchrit Wille*, *The Normalization of the European Commission*, Oxford: Oxford University Press 2013. Vgl. auch *Curtin* (Fn. 29), 91 ff.

43 Nicht Gegenstand dieses Beitrags ist die Interaktion der Kommission mit dem EuGH als Kontrollorgan und dem Rechnungshof als kontrollierendem Hilfsorgan.

falls Akte mit Rechtswirkungen – von marginalen Ausnahmen abgesehen – nur auf Initiative der Kommission erlassen können.

Über die Rolle des Impulsgebers hinaus kommt der Kommission – im bei weitem dominierenden – ordentlichen Gesetzgebungsverfahren diejenige des Vermittlers oder „power broker“ zu, und zwar nicht nur im formellen Vermittlungsverfahren⁴⁴, sondern auch im in der Praxis überaus relevanten „informellen Trilog“, bei dem die Positionen des Rates und des EPs in erster Lesung informell abgestimmt werden, so dass der Rechtsakt ohne weitere Lesungen angenommen wird.⁴⁵

Ebenfalls *cum grano salis* symmetrisch wirken die föderalen politischen Organe und das EP auf die Kommission im Rahmen der Bestellung von deren Organwaltern ein. Dagegen sind weitere Relationen zwischen der Kommission und den beiden anderen (Gruppen von) politischen Organen asymmetrisch ausgestaltet. Nur das EP ist Adressat der im Recht zur Organwalterabberufung kulminierenden politischen Verantwortlichkeit der Kommission.

c) Verhältnis zum ERat

Dagegen wirkt der ERat auf die Ausübung der politisch-gubernativen Funktionen der Kommission und insbesondere des Initiativrechts in weitaus direkterer und intensiverer Weise ein als das Europäische Parlament. Denn der ERat hat die Aufgabe, der Union „die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse“ zu geben und „die allgemeinen Zielvorstellungen und Prioritäten hierfür“ festzulegen.⁴⁶ Ihm obliegt somit die nach Umfang und Intensität weitgehend von diesem selbst zu definierende Aufgabe der Unionsleitung durch – im Grundsatz⁴⁷ – nicht rechtsverbindliche Akte.⁴⁸ Damit besteht ein potentielles Spannungsverhältnis zur Aufgabe der Kommission, den unionalen Entscheidungsprozess aufgrund einer eigenverantwortlichen Konkretisierung des Unionsinteresses vorzuprägen. Diese konfligierende Rolle mit Blick auf die Unionsleitung, hinter welcher der Unterschied zwischen intergouvernementaler („Unions-“) und supranationaler („Gemein-

44 Nach Art. 294 Abs. 10–12 AEUV.

45 Nach Art. 294 Abs. 3 und 4 AEUV.

46 Art. 15 Abs. 1 EUV.

47 Außerhalb der GASP.

48 In der Organpraxis sind dies in der Regel sogenannte „Schlussfolgerungen“.

schafts-“) Methode aufscheint,⁴⁹ wird in der Praxis durch die Mitgliedschaft und gleichberechtigte Mitwirkung des Kommissionspräsidenten im ERat wesentlich entschärft. Denn hierdurch wird das in der Kommission „verkörperte Unionsinteresse in [dessen] Beratungen integriert und eine effektive Umsetzung der vom ERat getroffenen Grundsatzentscheidungen gewährleistet“.⁵⁰ In diesem Zusammenhang sind auch die Aufforderungen des ERates an die Kommission zur Vorlage eines Vorschlags für einen Rechtsakt zu sehen.⁵¹ Die Wechselseitigkeit der Beziehungen zwischen ERat und Kommission in der Unionsleitung manifestiert sich auch darin, dass der ERat häufig Berichtsaufträge an die Kommission erteilt, die hierdurch jedenfalls teilweise zum Impulsgeber für die Arbeiten des ERates wird.

Auf geringerer Intensitätsstufe findet sich eine solche Wechselseitigkeit auch in Bezug auf den Rat, nach dessen Geschäftsordnung die Kommission „zur Teilnahme an [dessen] Tagungen [...] eingeladen“ ist.⁵² Die Kommission kann somit auch in den – wenigen – Bereichen, in denen ihr entweder kein Initiativrecht zusteht oder ein konkurrierendes Initiativrecht *in concreto* von einem anderen Akteur ausgeübt worden ist, am Willensbildungsprozess des Rates mitwirken und in diesem Rahmen das Unionsinteresse artikulieren.

3. Förderung des Unionsinteresses als Ausdruck einer „Separation of Interests“

Der zentrale Auftrag der Kommission zur Förderung des Unionsinteresses im Konzert der europäischen Organe wird insbesondere von Erklärungsmodellen herausgestrichen, welche für die Frage nach Macht und Gegenmacht weniger bei der Teilung oder Gliederung der Gewalten als vielmehr bei einer Separierung der unterschiedlichen Interessenvertretungen ansetzen. Das institutionelle Gleichgewicht der Union erscheint durch diese Deutungsfolie letztlich als Rahmen für Artikulation und Ausgleich unterschiedlicher Interessen, wobei der Rolle der Kommission spezifisch die

49 Christian Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 8), Art. 15 EUV, Rn. 8 f.

50 Ebd., Rn. 21.

51 Dazu näher von Bogdandy/Rugge, in diesem Band, IV.2.b; aufgrund der häufig genutzten Möglichkeit solcher Aufforderungen kommt Aufforderungen durch den Rat nach Art. 241 AEUV in der Organpraxis nur eine marginale Rolle zu.

52 Art. 5 Abs. 2 der GO des Rates (ABl. 2009 L 325/35); der Rat kann jedoch beschließen, in Abwesenheit der Kommission zu beraten.

Vertretung des Unionsinteresses zukommt.⁵³ Insoweit kann auch von einem „institutionellen Gleichgewicht der Interessenrepräsentation“ (*institutional balance of interest representation*) gesprochen werden.⁵⁴ Vom Grundgedanken ähnlich, obgleich nicht identisch, weil weniger stark auf das institutionelle Gleichgewicht als Zentralbegriff der unionalen Gewaltenbalance bezogen, ist das Modell der „Separation of interests“, welches das institutionelle Arrangement im Sinne einer Teilung unterschiedlicher Interessen rekonstruiert und so ebenfalls den Blick auf die Kommission als Vertreterin des Unionsinteresses lenkt.⁵⁵ Integrationstheoretisch lässt sich diese spezifische Verpflichtung der Kommission auf das Unionsinteresse im Konzert der europäischen Institutionen freilich auch in neo-funktionalistischen⁵⁶ Ansätzen verorten.⁵⁷

IV. Dogmatik des EU-Kommissionsverfassungsrechts

1. Die Kommission als verfassungsrechtliche Entität

a) Zusammensetzung und Prinzip föderativer Spiegelung

Die Kommission besteht aus 27 Mitgliedern i.w.S., nämlich dem Präsidenten, dem Hohen Vertreter für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und Vizepräsidenten (nachfolgend HV/VP) sowie gegenwärtig sieben weiteren Vizepräsidenten und 18 sonstigen Mitgliedern („Kommissaren“). Einige dieser Mitglieder haben eine primärrechtlich begründete Sonderstel-

53 Koen Lenaerts/Amaryllis Verhoeven, Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance, in: Christian Joerges/Renaud Dehousse (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford: Oxford University Press 2002, 34–88 (42 f.).

54 So Stijn Smismans, Institutional Balance as Interest Representation: Some Reflections on Lenaerts and Verhoeven, in: Joerges/Dehousse (Fn. 53), 89–108 (90 ff.).

55 Eoin Carolan, The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State, Oxford: Oxford University Press 2009; Eoin Carolan/Deirdre Curtin, In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers, in: Joana Mendes/Ingo Venzke (Hrsg.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Oxford: Hart 2018, 53–76 (74).

56 Vgl. zum Neofunktionalismus Wayne Sandholtz/Alec Stone Sweet, Neo-Functionalism and Supranational Governance, in: *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2012, 18–33 m.w.N., insbesondere aus dem politik- und sozialwissenschaftlichen Schrifttum (vgl. ebd., Fn. 19, 20).

57 Vgl. Schmidt/Wonka (Fn. 27), 344 f.

lung inne. Dazu gehört zum einen der Kommissionspräsident, der nicht nur ein verselbständigtes Teilorgan innerhalb des Kollegialorgans „Kommission“, sondern auch Teil des Kollegialorgans „ERat“ ist (notwendige partielle Organwalteridentität).⁵⁸ Zum anderen hat der HV/VP eine primärrechtlich begründete Sonderstellung. Aufgrund seiner in Titel V EUV verankerten eigenen Initiativ- und Durchführungsbefugnisse in der GASP und der GSVP ist er normanalytisch betrachtet ein eigenständiges, wenn auch nicht in der Liste der Unionsorgane⁵⁹ aufgeführtes, monokratisches Quasi-Organ,⁶⁰ das zu dem Kollegialorgan Kommission ebenfalls in der Relation notwendiger partieller Organwalteridentität steht. Zu den Mitgliedern ohne primärrechtlich begründete Sonderstellung (im Folgenden „einfache Mitglieder i.w.S.“) gehören die weiteren Vizepräsidenten und die Kommissare. Die Differenzierung zwischen diesen beiden Gruppen beruht lediglich auf autonomen Organisationsakten des Kommissionspräsidenten.⁶¹

Für alle Mitglieder gelten die relativ unspezifischen Ernennungsvoraussetzungen der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats,⁶² der allgemeinen Befähigung, des „Einsatz[es] für Europa“ und der vollen Gewähr für Unabhängigkeit.⁶³ Die beiden letzten dieser Voraussetzungen verweisen wiederum auf die überwölbende Aufgabe der Kommission, das Unionsinteresse zu fördern.

Die Zusammensetzung der Kommission folgt dem *Prinzip föderativer Spiegelung*, d.h. ein Mitglied pro Mitgliedstaat.⁶⁴ Im Vertrag von Lissabon war eine Reduktion der Zahl der Kommissionsmitglieder auf zwei Drittel

58 Vgl. Art. 15 Abs. 2 EUV.

59 Art. 13 Abs. 1 EUV.

60 Vgl. hierzu den juristischen Organbegriff nach *Hans-Julius Wolff/Otto Bachof*, Verwaltungsrecht II: Organisations- und Dienstrecht, C.H. Beck: München 1976, 48. Danach ist ein Organ „ein durch organisierende Rechtssätze gebildetes institutionelles Subjekt von transitorischen Zuständigkeiten zur funktionsteiligen Wahrnehmung von Aufgaben einer (teil-)rechtsfähigen Organisation“.

61 Nämlich der Ernennung der (weiteren) Vizepräsidenten nach Art. 17 Abs. 6 lit. c) EUV sowie den aufgrund der GO der Kommission, K(2000) 3614, 8.12.2000, ABl. 2000 308/26, erlassenen „Arbeitsmethoden der Kommission“ (Mitteilung der Präsidentin an die Kommission. Arbeitsmethoden der Europäischen Kommission, 1.12.2019, P(2019) 2), und dem „Organisationserlass“ des Präsidenten nach Art. 248 S. 1 AEUV.

62 Indirekt, aufgrund von Art. 17 Abs. 4 *in fine* EUV.

63 Art. 17 Abs. 3 UAbs. 2 EUV.

64 Vgl. *Simone Staeglich*, Der Kommissionspräsident als Oberhaupt der Europäischen Union, Berlin: Duncker & Humblot 2007, 259 (dort als „Landsmannprinzip“ apostrophiert).

der Zahl der Mitgliedstaaten angelegt.⁶⁵ Bezeichnenderweise war es ein „kleiner“ Mitgliedstaat (Irland), der die Beibehaltung des Status quo politisch erzwungen hat.⁶⁶ Nicht selten wird dieses Ergebnis bedauert, weil es in einem Spannungsverhältnis zur Rolle der Kommission als dem Unionsinteresse verpflichteten, supranational integrierten Organs stehe.⁶⁷ Die dem gegenwärtigen Rechtszustand vorausgegangen langjährigen Diskussionen und gescheiterten Anläufe zu verschiedenartigen Neuregelungen zeigen im Ergebnis jedoch, dass das Prinzip föderativer Spiegelung dem gegenwärtigen Stand der politischen und gesellschaftlichen Integration entspricht.⁶⁸ Die personelle Zusammensetzung der Kommission spiegelt das bündische Prinzip wider, das die „Union der Bürger *und* der Staaten“⁶⁹ eben auch charakterisiert. Es handelt sich gleichsam um eine normative Absicherung des unionalen Institutionen- und damit des Integrationsvertrauens,⁷⁰ die aber v.a. politisch-symbolisch relevant wird. Keineswegs darf das Prinzip föderativer Spiegelung im Sinne einer Funktion der einzelnen Kommissionsmitglieder als „Vertreter“ ihres Herkunftsmitgliedstaats verstanden werden. Ein solches Verständnis würde der Verpflichtung der Kommission als eines

65 Art. 17 Abs. 5 EUV.

66 Vorbereitet durch die dem irischen Referendum zeitlich vorgehenden Schlussfolgerungen des Vorsitzes des ERates vom 18. und 19. Juni 2009 (vgl. Rat der Europäischen Union, Übermittlungsvermerk, 10.7.2009, 11225/2/09 REV 2, 2) hat der ERat am 13.5.2013 gem. Art. 17 Abs. 5 EUV UAbs. 1 letzter Halbs. beschlossen, dass die Kommission „einschließlich ihres Präsidenten und des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik aus einer Anzahl von Mitgliedern [besteht], die der Zahl der Mitgliedstaaten entspricht“ (Art. 1 Beschluss 2013/272/EU des ERates v. 22.5.2013 über die Anzahl der Mitglieder der Europäischen Kommission, ABl. 2013 L 165/98).

67 Vgl. etwa *Bernd Martenczuk*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, 82. EL Mai 2024, München: C.H. Beck, Art. 17 EUV, Rn. 83.

68 Es gilt im Übrigen auch für die Unionsgerichte.

69 *Clemens Ladenburger*, Anmerkungen zur Frage der „Eigenlegitimation der Ministerialbürokratie“ im institutionellen System der Europäischen Union, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert, 2015, 303–322 (308); *Joachim Schild*, Barroso’s ‚Blind Date‘ in Brüssel: Auf dem Weg zu einer Parlamentarisierung der Kommissionsinvestitur?, *integration* 2005, 33–46.

70 Ähnlich *Florian Schmidt/Helmut Schmitt von Sydow*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 17 EUV, Rn. 109: „Glaubwürdigkeit“. Nicht dagegen geht es hier um eine Frage der (personellen) Legitimation. Denn bereits die Regeln über die Organwalterbestellung stellen eine legitimatorische Rückkopplung der Kommissionsmitglieder an die Unionsbürger sicher (vgl. unten IV.1.c).

auf das Unionsinteresse verpflichteten Kollegiums und ihrer Unabhängigkeit diametral zuwiderlaufen. Unter den Gesichtspunkten des Unionsinteresses und der Unabhängigkeit der Kommissionsmitglieder ist im Übrigen das Vorschlagsrecht jedes Mitgliedstaats für „sein“ Mitglied⁷¹ weitaus problematischer als das Prinzip föderativer Spiegelung als solches. *Solange* ein solches Vorschlagsrecht besteht, würde ohne das Prinzip föderativer Spiegelung die – auch bei strikt gleichberechtigter Rotation bestehende – temporäre Ungleichbehandlung der Mitgliedstaaten in einer das unionale Institutionenvertrauen⁷² erheblich belastenden Weise verstärkt.

b) Personelle und funktionale Unabhängigkeit

Wie bereits angedeutet, ist die Unabhängigkeit der Kommission von zentraler Bedeutung für deren Stellung im Verfassungsgefüge der Union. Das Postulat der Unabhängigkeit ist dabei nicht nur – wie stets – auf Partikularinteressen externer „Stakeholder“⁷³ zu beziehen, sondern darüber hinaus spezifisch auf einerseits die Mitgliedstaaten und andererseits (partei-)politisch-programmatische Vorfestlegungen.

In *personeller* Hinsicht manifestiert sich die Unabhängigkeit der Kommissionsmitglieder in der Ernennungsvoraussetzung voller Gewähr für deren Unabhängigkeit⁷⁴, in der Pflicht, sich mit Amt oder Aufgabenerfüllung unvereinbarer Handlungen zu enthalten⁷⁵, sowie in der Ausgestaltung des Status mit einer im Prinzip⁷⁶ festen Amtsdauer und einer hinreichenden materiellen Absicherung⁷⁷.

71 S. dazu IV.1.c.

72 Zu diesem Aspekt *Ulrich Haltern*, Europarecht, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Rn. 473.

73 Interessengruppen, einzelne Personen und Unternehmen, Drittstaaten.

74 Art. 17 Abs. 3 UAbs. 2 EUV.

75 Art. 17 Abs. 3 UAbs. 3 S. 3 EUV.

76 Unter Vorbehalt der Möglichkeit eines Misstrauensvotums, hierzu unten IV.1.c.cc; dagegen hat die Möglichkeit eines an ein einfaches Kommissionsmitglied gerichteten Rücktrittsverlangens des Kommissionspräsidenten außer Betracht zu bleiben, da es sich hierbei um einen kommissionsinternen Vorgang handelt.

77 VO Nr. 422/67/EWG, Nr. 5/67/EURATOM vom 25.7.1967 über die Regelung der Amtsbezüge für den Präsidenten und die Mitglieder der Kommission sowie für den Präsidenten, die Richter, die Generalanwälte und den Kanzler des Gerichtshofes und für den Präsidenten, die Mitglieder und den Kanzler des Gerichts erster Instanz.

Die plakative Festschreibung der *funktionalen* Unabhängigkeit der Kommission⁷⁸ wird doppelt flankiert durch das Verbot für die Kommissionsmitglieder, Weisungen „von einer Regierung“ oder jedem anderen (auch unionalen) Akteur einzuholen oder entgegenzunehmen⁷⁹ und dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Verbot von Versuchen, die Kommissionsmitglieder zu beeinflussen⁸⁰.

Nicht unterschätzt werden sollte der organisationssoziologische Befund, dass die „Bürokratie“ oder genauer das bei aller politischen Steuerung erhebliche Gewicht der Dienststellen⁸¹ – deren Personal aus den Leitgedanken der Stabilität, Professionalität und Objektivität des loyalen Dienstes verpflichteten Berufsbeamten besteht⁸² – in der Vorbereitung und Durchführung der Entscheidungen der Kommission deren Unabhängigkeit in allen drei Richtungen stabilisiert.

c) Ernennungsverfahren und parlamentarische Verantwortlichkeit

aa) Ernennungsverfahren

Bei dem Ernennungsverfahren, d.h. dem auch „Investitur“ genannten Verfahren zur Organwalterbestellung, wirken die beiden föderalen Organe, ERat und Rat, mit dem EP in einem komplexen mehrstufigen Verfahren im Prinzip gleichberechtigt zusammen. Die legitimatorische Rückkopplung der Kommissionsmitglieder an die Unionsbürger wird damit sowohl über das Europäische Parlament als auch über die ihrerseits auf mitgliedstaatlicher Ebene demokratisch legitimierten Organwalter der beiden föderalen Organe vermittelt. Das Ernennungsverfahren spiegelt damit den in Art. 10 Abs. 2 EUV zum Ausdruck kommenden Grundansatz einer Union der Bürger *und* der Mitgliedstaaten wider.

In der *ersten Phase* des Verfahrens wird – nur – der Kommissionspräsident bestimmt, und zwar durch die mit Mitglieder Mehrheit erfolgende

78 Art. 17 Abs. 3 UAbs. 3 S. 1 EUV: „Die Kommission übt ihre Tätigkeit in voller Unabhängigkeit aus.“

79 Art. 17 Abs. 3 UAbs. 3 S. 2 EUV.

80 Nach Art. 245 UAbs. 1 S. 2 AEUV (der letztlich nur das Gebot der vertikalen loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV konkretisiert) „achten“ die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit der Mitglieder der Kommission „und versuchen nicht, sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beeinflussen“.

81 Hierzu unten IV.1.e.

82 Hierzu eingehend *Ladenburger* (Fn. 69), 306–308.

Wahl durch das Europäische Parlament, auf der Grundlage eines mit qualifizierter Mehrheit beschlossenen Vorschlags des Rates. Der „gewählte Präsident“ besitzt als solcher eine eigene, allerdings ephemere und auf den Investiturprozess beschränkte Organstellung.

Die zweite Phase hat – wiederum nur – die Benennung der einfachen Mitglieder zum Gegenstand. Diese erfolgt *uno actu* für sämtliche dieser Mitglieder listenförmig durch den Rat⁸³, im Einvernehmen mit dem „gewählten Präsidenten“. Hier steht jedem Mitgliedstaat ein Vorschlagsrecht für das diesem angehörende einfache Mitglied zu.⁸⁴ Obgleich dieses Vorschlagsrecht zur Idee eines supranational integrierten Organs in einem erheblichen Spannungsverhältnis steht,⁸⁵ halten die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge daran fest – vielleicht auch gerade deshalb.⁸⁶ Infolge dieses Vorschlagsrechts spiegelt die parteipolitische Zusammensetzung der Kommission letztlich die Summe der parteipolitischen (Mehrheits-) Ausrichtungen der Mitgliedstaaten wider, nicht jedoch notwendigerweise diejenige des EPs. Allerdings ist in der *von der Leyen I*-Kommission eine gewisse „Parteipolitisierung“ insofern zu verzeichnen, als die drei „exekutiven Vizepräsidenten“⁸⁷ die Fraktionen der die Kommission tragenden Mehrheit im EP repräsentieren.⁸⁸ Hiervon abgesehen sind die einfachen Mitglieder der Kommission jedoch parteipolitisch vom EP weitgehend entkoppelt: Sie sind nicht notwendig einer derjenigen Parteien verbunden, deren Fraktionen den Kommissionspräsidenten und die gesamte Kommission kraft Wahl bzw. Zustimmungsvotum tragen,⁸⁹ und selbst wo dies der Fall ist, sind sie in der Regel eher in der nationalen Politik ihres Herkunftsmitgliedstaats beheimatet als in einer Fraktion des EPs. Strukturell – wenn auch nicht

83 Der nach der Auffangregel in Art. 16 Abs. 3 EUV mit qualifizierter Mehrheit entscheidet.

84 Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 S. 2 EUV; der „Kabinettsbildung“ durch den „gewählten Präsidenten“ gehen in der Organpraxis Interviews mit den benannten Kandidaten voraus.

85 Vgl. bereits IV.1.a.

86 Auch der im Verfassungsvertrag unternommene Versuch, das Vorschlagsrecht zumindest zu einem bloßen Dreiervorschlag zu verwässern, ist beim Übergang zum Vertrag von Lissabon aufgegeben worden, vgl. *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 108.

87 Hierzu näher IV.1.d.bb.

88 Stand 2023: EVP (*Valdis Dombrovskis*), Liberale/Renew (*Margrethe Vestager*), Sozialisten (*Frans Timmermans*).

89 Dies ist in der *von der Leyen I*-Kommission etwa bei den von Polen und Ungarn benannten Mitgliedern der Fall.

notwendig temporal⁹⁰ – gehört zur zweiten Phase auch die separat erfolgende Ernennung des HV/VP durch den mit qualifizierter Mehrheit und mit Zustimmung des Kommissionspräsidenten⁹¹ handelnden ERat.

In der *dritten Phase* werden beide Stränge zusammengeführt durch das Zustimmungsvotum des EPs – diesmal mit einfacher Mehrheit der Abstimmenden – und die anschließende Ernennung durch den – wiederum mit qualifizierter Mehrheit handelnden – ERat. Beide Schritte beziehen sich *uno acto* auf sämtliche Mitglieder der Kommission.⁹² In der Organpraxis seit 1995 (Kommission *Santer*) wird das Zustimmungsvotum vorbereitet durch Einzelanhörungen der als „einfache“ Mitglieder *in spe* benannten Kandidaten⁹³ durch die Ausschüsse des EPs, die für diejenigen Sachgebiete zuständig sind, die den Kandidaten durch den gewählten Kommissionspräsidenten⁹⁴ jeweils zugewiesen worden sind. Seit 2004 (Kommission *Barroso I*) haben die Ausschüsse durchgängig negative Voten in Bezug auf einen oder mehrere Kandidaten abgegeben,⁹⁵ was zu partiellen Wiederholungen der zweiten Phase des Investiturverfahrens in Form von Nachbenennungen

90 Die Ernennung des HV/VP und die Bildung der Kommission fallen nicht notwendigerweise zusammen, auch wenn in der Organpraxis die Amtszeiten synchronisiert sind. Vgl. Beschluss 2019/1330/EU des ERates v. 5.8.2019 zur Ernennung des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, ABl. 2019 L 207/36, durch den *Josep Borrell* „ab dem Ende der Amtszeit der derzeitigen Kommission bis zum 31.8.2024 zum Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik ernannt“ wurde; der Rat hat dagegen erst am 25.11.2019 den Beschluss 2019/1393/EU im Einvernehmen mit der gewählten Präsidentin der Kommission vom 10.9.2019 zur Annahme der Liste der anderen Persönlichkeiten, die der Rat als Mitglieder der Kommission vorschlägt, ABl. 2019 L 233/1, angenommen.

91 Richtigerweise ist anzunehmen, dass dann, wenn die Ernennung des HV/VP im Zuge der Neubildung der Kommission erfolgt (was wegen der rechtlich nicht koordinierten Amtszeiten nicht zwingend der Fall ist), die Zustimmung des „gewählten Präsidenten“ und nicht diejenige des noch amtierenden ausscheidenden Präsidenten erforderlich ist.

92 Vgl. Art. 17 Abs. 7 UAbs. 3 S. 1 EUV: „als Kollegium“; in Bezug auf den HV/VP bezieht sich dies jedoch nur auf seine Organwalterstellung als Mitglied des Kollegialorgans „Kommission“, nicht auf diejenige in Bezug auf das monokratische Quasi-Organ „Hoher Vertreter“.

93 Hierzu eingehend *Staeglich* (Fn. 64), 182–187.

94 In antizipativer und vorläufiger Ausübung seiner Organisationsgewalt, vgl. *Staeglich* (Fn. 64), 187.

95 Bei der Bildung der *von der Leyen I*-Kommission 2019 gab es negative Ausschussvoten in Bezug auf drei Kandidaten: *Rovana Plumb* (Rumänien; PSD/SPE; Verkehr), *László Trócsányi* (Ungarn; Fidesz/EVP; Erweiterung und Europäische Nachbarschaftspolitik) und *Sylvie Goulard* (Frankreich; MoDem/EDP; Binnenmarkt).

führte. Entgegen vereinzelter Auffassung⁹⁶ ist diese Praxis⁹⁷ nicht rechtswidrig,⁹⁸ da das Kollegialorgan Kommission letztlich mit der Summe seiner Mitglieder identisch ist und es dem Parlament daher möglich sein muss, sein Zustimmungsvotum zur Kommission „als Kollegium“ von vorbereitenden Schritten abhängig zu machen, die ihm eine politische Bewertung jedes der Mitglieder ermöglicht.⁹⁹ In unionsverfassungsrechtlicher Perspektive wirkt die *Praxis der parlamentarischen Einzelanhörungen als partielles supranationales Korrektiv* zum mitgliedstaatlichen Vorschlagsrecht für die einfachen Mitglieder. In der Organpraxis bereitet das Generalsekretariat der Kommission die einfachen Mitglieder *in spe* intensiv auf die Anhörungen vor.¹⁰⁰ Die parlamentarische Sternstunde der Anhörung bezieht ihr Licht vom fahlen Mond der Bürokratie.

bb) Zunehmende Politisierung der Kommission und „Spitzenkandidatenmodell“

Entwicklungsgeschichtlich¹⁰¹ ist das Ernennungsverfahren gekennzeichnet zum einen durch eine zunehmende Beteiligung des Europäischen Parlaments (seit dem Vertrag von Maastricht) und einen Übergang zur Mehrheitsentscheidung im Rat (mit dem Vertrag von Nizza), zum anderen durch eine zunehmende Ausdifferenzierung der Verfahrensregeln für die Ernennung des Kommissionspräsidenten einerseits und der übrigen Mitglieder andererseits. Beide Entwicklungslinien lassen sich als Ausdruck einer *zunehmenden Politisierung* der Kommission deuten, welche durch

96 Ruffert (Fn. 16), Art. 17 EUV, Rn. 51.

97 Verankert in Art. 125 Abs. 2–4 der GO des EPs (9. Wahlperiode), 22.11.2019, ABL 2019 L 302/1, abrufbar unter <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2023-05-08_DE.pdf>.

98 Ohnehin ließe sich die Rechtmäßigkeit der Anhörungspraxis des EPs normanalytisch nicht in Bezug auf Art. 17 Abs. 7 UAbs. 3 S. 2 EUV als einer reinen Kompetenznorm thematisieren (so aber Ruffert (Fn. 16), Art. 17 EUV, Rn. 51), sondern allenfalls in Bezug auf die Pflicht des EPs zur loyalen Zusammenarbeit mit den übrigen am Investiturverfahren beteiligten Organen (Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV); in dieser Perspektive ist die Annahme einer Rechtswidrigkeit dieser Praxis noch weniger plausibel.

99 Ebenso Staeglich (Fn. 64), 185–187; Martenczuk (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 110.

100 Im Zusammenwirken mit den für deren präsumtive Ressorts zuständigen Dienststellen.

101 Hierzu eingehend Schmidt/Schmitt von Sydow (Fn. 70), Art. 17 EUV, Rn. 150–156.

die jeweiligen Änderungen zugleich weiter verstärkt wurde.¹⁰² Die erste dieser Entwicklungslinien läuft im Wesentlichen parallel zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Mitentscheidungs- bzw. ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens, die zweite zur zunehmenden Binnenhierarchisierung der Kommission. Der gegenwärtige Stand der unionalen Verfassungsentwicklung erhellt aus zwei weiteren Beobachtungen.

Erstens gilt in verfassungsvergleichender Perspektive auch für die EU, dass ein politisch-gubernatives Exekutivorgan, dessen Organwalter nicht durch Direktwahl bestimmt wird bzw. werden, typischerweise durch die zur Rechtsetzung und Haushaltsaufstellung zuständige(n) Entität(en) bestimmt wird. Dieser Befund ist auch für die Diskussion über ein informelles „Spitzenkandidatenverfahren“ bedeutsam.¹⁰³ Anders als in parlamentarischen Regierungssystemen stehen die legislativen und budgetären Befugnisse in der EU dem – supranational integrierten – EP und dem – föderalen – Rat im Prinzip gleichberechtigt „zur gesamten Hand“ zu. Außerdem unterscheidet sich die Kommission durch ihre weitgehenden administrativen und aufsichtlichen Befugnisse von politisch-gubernativen Exekutivorganen auf staatlicher Ebene, so dass jede Analogie zu letzteren ohnehin an Grenzen stößt. Zutreffend wird daher ganz überwiegend eine Rechtspflicht des ERates *verneint*, dem EP einen Kandidaten zur Wahl für das Amt des Kommissionspräsidenten vorzuschlagen, der im Vorfeld der Parlamentswahl von der die stärkste Fraktion tragenden Partei als „Spitzenkandidat“¹⁰⁴ designiert worden war.¹⁰⁵

Allerdings enthält Art. 17 Abs. 3 EUV keine „abschließende Konfliktauflösungsregel“ im Falle einer Blockade zwischen Europäischem Rat und EP infolge der wiederholten Verfehlung der erforderlichen parlamentarischen Mehrheit durch mehrere vom ERat sukzessive vorgeschlagene Kandidaten.¹⁰⁶ Daher kann postuliert werden, dass das Gebot der Inter-Organ-

102 Vgl. EuG, *Dalli/Kommission* (Fn. 3), Rn. 133: das Amt (auch) der einfachen Mitglieder beruhe auf „einem im Wesentlichen politischen Mandat“.

103 Dazu *Hobolt* (Fn. 40); *Pataut* (Fn. 40); *Daniel Göler/Mathias Jopp*, Die Europawahl 2014 und das Konzept der Spitzenkandidaten, *integration* 2014, 152–160 (152 ff., 157).

104 Die Designation eines Spitzenkandidaten ist seit 2014 Praxis der politischen Parteien im Vorfeld der Wahlen zum EP; wie *Ruffert* (Fn. 16), Art. 17 EUV, Rn. 47, richtig bemerkt, ist diese „nicht unionsrechtswidrig, aber auch nicht unionsrechtlich geboten“.

105 *Ruffert* (Fn. 16), Art. 17 EUV, Rn. 47.

106 *Roman Lehner*, Die Berücksichtigung der Europawahlen bei der Nominierung des Kommissionspräsidenten nach Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 S. 1 Halbs. 2 EUV, NVwZ 2015, 20–25 (24).

treue¹⁰⁷ gebietet, dass der ERat im Falle einer persistenten und – etwa in einer Resolution – manifestierten Festlegung der parlamentarischen Mehrheit auf einen bestimmten Kandidaten diesem bei seinen weiteren Vorschlägen ein besonderes Gewicht im Rahmen der von Art. 17 Abs. 7 S. 1 HS. 2 EUV gebotenen Berücksichtigung des Ergebnisses der Wahlen zum EP beimisst.¹⁰⁸ Ein solcher Kandidat ist allerdings nicht notwendigerweise der (vormalige) Spitzenkandidat der stärksten Fraktion und kann sogar von einer parlamentarischen Mehrheitskoalition getragen werden, an der die stärkste Fraktion nicht beteiligt ist.¹⁰⁹

Die bisherige Organpraxis zeigt jedenfalls, dass der ERat den Spitzenkandidaten der stärksten Fraktion vorgeschlagen hat, als dieser über ein hohes politisches Gewicht gerade im ERat als dessen vormaliges Mitglied verfügte,¹¹⁰ während anderenfalls eine andere Kandidatin aus dem politischen Lager der stärksten Fraktion vorgeschlagen wurde.¹¹¹ Indirekten Eingang gefunden hat das Konzept des Spitzenkandidaten in die „Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem EP und der Europäischen Kommission“¹¹²; erneut aufgegriffen wurde es in dem Verordnungsvorschlag des EPs zum Wahlrecht¹¹³. Sollte sich in Zukunft eine Organpraxis etablieren, wonach der ERat dem EP systematisch den Spitzenkandidaten der

107 Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV.

108 Ähnlich aber tendenziell weitergehend im Sinne einer Berücksichtigungspflicht des ERates *Lehner* (Fn. 106), 25.

109 *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 105.

110 So *Jean-Claude Juncker* im Jahr 2014, hierzu *Haltern* (Fn. 72), Rn. 442–444.

111 So *Ursula von der Leyen* im Jahr 2019.

112 20.11.2010, ABl. 2010 L 304/47. Nach der Vereinbarung zwischen dem EP und der Europäischen Kommission über die Änderung von Nummer 4 der Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem EP und der Europäischen Kommission v. 17.2.2018, ABl. 2018 L 45/46, können Mitglieder der Kommission „von den europäischen Parteien zum Spitzenkandidaten für das Amt des Präsidenten der Kommission bestimmt werden“.

113 Legislative Entschließung des EPs vom 3.5.2022 zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die allgemeine unmittelbare Wahl der Mitglieder des EPs sowie zur Aufhebung des Beschlusses (76/787/EGKS, EWG, Euratom) des Rates und des diesem Beschluss beigefügten Akts zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des EPs (2020/2220(INL) – 2022/0902(APP)), 3.5.2022, P9_TA(2022)0129; nach Eg. 9 soll „ein unionsweiter Wahlkreis zusätzlich zu den nationalen Wahlkreisen geschaffen werden, in dem an der Spitze der Listen der Kandidat jeder politischen Gruppierung für das Amt des Kommissionspräsidenten steht“. Hierzu – kritisch – *Jacqué* (Fn. 12), 138 ff.

stärksten Fraktion zur Wahl vorschlägt¹¹⁴, würde das Funktionieren des inter-institutionellen Zusammenspiels sowie die ordnungsgemäße Wahrnehmung der administrativen und aufsichtlichen Befugnisse der Kommission besondere Anforderungen an die politische Reife sowie die „Organtreue“ der politischen Akteure in allen politischen Organen der Union stellen.¹¹⁵ Anderenfalls drohte die durch eine solche Organpraxis forcierte Parteipolitisierung der Kommission tendenziell mit deren Unabhängigkeit zu konfliktieren.

Zweitens nutzt das EP mittlerweile seine Rolle im Investiturverfahren, um die Kommission zu bestimmten Selbstverpflichtungen gegenüber dem EP zu veranlassen. Derartige „Wahlkapitulationen“ sind letztlich Ausdruck des noch immer nicht vollständig saturierten Charakters der Unionsverfassung, der gewisse Anklänge an die Verfassungskonflikte des Konstitutionalismus erkennen lässt. Zwei Beispiele sollen hier genannt werden: Zum einen ist die *von der Leyen I*-Kommission die politische Selbstverpflichtung eingegangen, jeder vom EP auf der Grundlage von Art. 225 AEUV angenommenen Aufforderung zur Vorlage eines Vorschlags für einen Gesetzgebungsakt „unter uneingeschränkter Wahrung der Grundsätze der Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und besseren Rechtsetzung“ nachzukommen.¹¹⁶ Zum anderen sieht die interinstitutionelle¹¹⁷ „Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem EP und der Europäischen Kommission“ von 2010 vor, dass, wenn das Parlament den Kommissionspräsidenten auffordert, einem Mitglied der Kommission das Vertrauen zu entziehen, dieser sorgfältig zu prüfen habe, „ob er dieses Mitglied gemäß Artikel 17 Absatz 6 EUV auffordern sollte, sein Amt niederzulegen“.¹¹⁸ Erfolgt eine solche Aufforderung nicht, so hat der Kommissionspräsident dem Parlament die Gründe hierfür darzulegen. Hiermit wird ein in den Verträgen nicht

114 Was politisch einen hohen Grad an Reife und „Mehrheitsdisziplin“ der europäischen politischen Parteien sowie an Transparenz des Prozesses der Auswahl der jeweiligen „Spitzenkandidaten“ voraussetzt, hierzu *Jacqué* (Fn. 12), 140.

115 *Ladenburger* (Fn. 69), II.

116 Die politische Selbstverpflichtung gegenüber dem Parlament findet sich in Punkt 6 der Politischen Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019–2024, Europäische Union, 2020, abrufbar unter <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/62e534f4-62c1-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-de/format-PDF>>; operationalisiert werden sie in den Arbeitsmethoden der Kommission (Fn. 61), Punkt I.2.

117 Vgl. Art. 295 AEUV, tendenziell kritisch zu interinstitutionellen Vereinbarungen *Haltern* (Fn. 72), Rn. 463–465.

118 Ebd., v. 20.11.2010, ABl. 2010 L 304/47, Punkt II.5.

vorgesehenes Element einer individuellen parlamentarischen Quasi-Verantwortlichkeit einzelner einfacher Kommissionsmitglieder etabliert.¹¹⁹

cc) Parlamentarische Verantwortlichkeit

Mit dem letzten Beispiel ist die Brücke geschlagen zum Thema der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Kommission. Diese operationalisiert sich in den klassischen parlamentarischen Kontrollinstrumenten des demokratischen Konstitutionalismus, nämlich dem parlamentarischen Fragerecht¹²⁰ und der Befugnis zur Einsetzung von Untersuchungsausschüssen.¹²¹ Allerdings wirken diese Instrumente aufgrund des stark abgeschwächten politischen Antagonismus zwischen „Regierungsmehrheit“ und parlamentarischer „Opposition“ anders als in staatlichen parlamentarischen Regierungssystemen: Sie sind keine „Schwerter“ der Opposition, sondern werden auch von Mitgliedern der die Kommission tragenden Fraktionen tendenziell stärker genutzt als von Mitgliedern einer „Regierungsfraktion“.¹²² Weitere Informations-, Unterrichts-, Offenlegungs- und Auskunftspflichten der Kommission gegenüber dem EP ergeben sich aus der genannten interinstitutionellen Rahmenvereinbarung zwischen beiden Organen. Damit wird der Status der Kommission tendenziell als analog zu demjenigen eines staatlichen politischen Exekutivorgans ausgestaltet.¹²³ Dieser Aspekt kennzeichnet auch den Kulminationspunkt der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Kommission, nämlich die Befugnis des EPs, deren Mitglieder *in ihrer Gesamtheit* durch ein – destruktives – Misstrauensvotum abzurufen.¹²⁴ Diese Befugnis steht in einem Spannungsverhältnis zur personellen Unabhängigkeit der Kommission und stellt zudem eine Machtasymmetrie gegenüber der Investitur dar, die dem EP und den beiden föderalen Unionsorganen quasi zur gesamten Hand zusteht. Sie erklärt sich letztlich aus der Ausstrahlungswirkung des Prinzips des demokratischen

119 Hierzu *Haltern* (Fn. 72), Rn. 460–462.

120 Art. 230 UAbs. 2 AEUV.

121 Art. 226 AEUV.

122 Ein Beispiel ist die relativ geringe Anzahl an Untersuchungsausschüssen in der Wahlperiode 2014–2019.

123 EuG, *Dalli/Kommission* (Fn. 3), Rn. 134: Die Kommission könne „als hauptsächliches ‚Exekutivorgan‘ der neuen völkerrechtlichen Rechtsordnung angesehen werden [...], die die Union [...] darstellt“; tendenziell kritisch *Haltern* (Fn. 72), Rn. 464–466.

124 Art. 17 Abs. 8 EUV und Art. 234 AEUV.

Konstitutionalismus, wonach ein politisches Exekutivorgan, dessen Organwähler¹²⁵ nicht durch Direktwahl bestimmt wird bzw. werden, – nur – einem unmittelbar demokratisch legitimierten parlamentarischen Organ verantwortlich zu sein hat. Relativiert werden die potentielle Beeinträchtigung der Unabhängigkeit sowie die genannte Machtasymmetrie durch eine weitere Asymmetrie: Ein erfolgreiches Misstrauensvotum erfordert ein höheres Abstimmungsquorum als das parlamentarische Zustimmungsvotum, nämlich kumulativ zwei Drittel der Abstimmenden sowie die Mehrheit der Mitglieder.

d) Zunehmende Binnenhierarchisierung

Historisch gesehen galt für die Kommission ursprünglich ausschließlich das Kollegialprinzip, verknüpft mit dem Mehrheitsprinzip und einer schwachen Stellung des Präsidenten als bloßem *primus inter pares*. Kollegial- und Mehrheitsprinzip gelten auch heute noch.¹²⁶ Sie sind aber strukturiert relativiert worden durch eine Binnenhierarchisierung, die sich sukzessiv herausgebildet hat und mittlerweile drei Stufen aufweist: die Ebene des Kommissionspräsidenten, die der Vizepräsidenten und die der einfachen Kommissare.

aa) Der Kommissionspräsident als Leitungs(unter)organ

Beginnend mit dem Vertrag von Maastricht ist die rechtliche Stellung des Kommissionspräsidenten sukzessive gestärkt worden, so dass die Kommission heute zu Recht als „Kollegialorgan mit starker präsidentieller Führung“¹²⁷ charakterisiert wird. Rechtlich manifestiert sich die Führungsposition des Kommissionspräsidenten vor allem in vier Elementen:

Erstens bestimmt der Kommissionspräsident die Leitlinien, nach denen die Kommission ihre Aufgaben ausübt,¹²⁸ also die politischen und strategischen Ziele und Prioritäten ihrer Aufgabenwahrnehmung.¹²⁹ Diese Befug-

125 Anders als etwa der französische oder der US-amerikanische Präsident.

126 Art. 17 Abs. 6 lit. b) EUV und Art. 250 AEUV.

127 *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 91.

128 Art. 17 Abs. 6 UAbs. 1 lit. a) EUV i.V.m. Art. 248 S. 3 EUV.

129 *Schmidt/Schmitt von Sydow* (Fn. 70), Art. 17 EUV, Rn. 120.

nis bezieht sich auf alle drei Aufgabenbereiche der Kommission¹³⁰ und schließt situative und auf einzelne Vorhaben oder auch administrative Einzelakte bezogene Weisungen ein¹³¹. In der Praxis manifestiert sich die Leitlinienkompetenz insbesondere zu Beginn der Amtszeit in Mandatsschreiben („mission letters“) an die übrigen Mitglieder sowie während der Amtszeit in der jährlich im September gehaltene Rede zur Lage der Union („*State of the Union*“) vor dem EP, in der regelmäßig Vorschläge für neue Rechtsakte angekündigt werden.¹³² Die Intensität des mit dieser Leitlinienkompetenz einhergehenden Steuerungspotentials¹³³ wird im Vergleich zur Richtlinienkompetenz des deutschen Bundeskanzlers noch dadurch erhöht, dass innerhalb der Kommission nur ein funktional eingeschränktes Ressortprinzip Anwendung findet.¹³⁴

Zweitens steht dem Kommissionspräsidenten die Organisationsgewalt zu. Deren horizontaler Aspekt besteht in der Zuweisung bestimmter Aufgaben an die einzelnen Mitglieder der Kommission, was die völlige oder partielle Neuordnung von Geschäftsbereichen während der laufenden Amtszeit einschließt.¹³⁵ Die horizontale Organisationsgewalt bezieht sich allerdings nur auf die Zuordnung von Aufgaben an die Mitglieder der Kommission, nicht auf die Organisation der Dienststellen.¹³⁶ In vertikaler Hinsicht beinhaltet die Organisationsgewalt die Befugnis, einfache Mitglieder zu (weiteren) Vizepräsidenten zu bestellen und Art und Umfang der von diesen wahrzunehmenden Koordinationsaufgaben festzulegen. In beiden Dimensionen steht die präsidiale Organisationsgewalt unter dem Vorbehalt der primärrechtlich garantierten Stellung und Aufgaben des HV/VP.¹³⁷

Drittens hat der Kommissionspräsident das Recht, den Rücktritt („Amtsniederlegung“) eines Mitglieds zu verlangen.¹³⁸ In der Praxis kann auch ein

130 Hierzu unten IV.2.

131 Im Grundsatz ebenso *Schmidt/Schmitt von Sydow* (Fn. 70), Art. 17 EUV, Rn. 120.

132 Vgl. etwa die „*State of the Union*“ Rede vom 15.9.2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_21_4701>, in der Vorschläge zur Cyber-Widerstandsfähigkeit und zur Medienfreiheit angekündigt wurden.

133 Unter Vorbehalt der primärrechtlich garantierten Stellung des HV/VP, Art. 18 Abs. 4 EUV.

134 Vgl. IV.1.d.cc.

135 Art. 17 Abs. 6 Uabs. 1 lit. b) EUV i.V.m. Art. 248 S. 1, 2 EUV.

136 Vgl. *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 95; näher unten IV.1.e.

137 Art. 18 Abs. 4 EUV.

138 Art. 17 Abs. 6 Uabs. 2 EUV. Eine Unterlassung der Amtsniederlegung trotz eines entsprechenden Verlangens dürfte als „schwere Verfehlung“ i.S.v. Art. 247 AEUV

freiwilliger Rücktritt im Schatten eines anderenfalls drohenden derartigen Verlangens erfolgen.¹³⁹

Viertens ist die politisch überaus bedeutsame Wahrnehmung der Aufgabe eines Mitglieds des ERates¹⁴⁰ dem Kommissionspräsidenten als selbständigem Teilorgan der Kommission übertragen und somit der kollegialen Beschlussfassung entzogen. Da der ERat im Rahmen seiner Aufgabe als Impulsgeber der Union und der damit einhergehenden Festlegung der allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten¹⁴¹ im Konsens entscheidet,¹⁴² nimmt der Kommissionspräsident gleichberechtigt teil an der politischen Leitungsfunktion des ERates. Darüber hinaus ist er in besonderer Weise in die Vorbereitung und Wahrung der Kontinuität von dessen Arbeiten eingebunden.¹⁴³ Soweit also die politische Leitungsfunktion des ERates eine externe Determinante für die Aufgabenwahrnehmung der Kommission darstellt,¹⁴⁴ ist die Teilhabe des Kommissionspräsidenten an dieser Leitungsfunktion ein funktionales Äquivalent zu seiner – kommissionsinternen – Leitlinienkompetenz.

bb) Vizepräsidenten als Intermediäre

Die mittlere Ebene der Binnenhierarchisierung wird seit der *Juncker*-Kommission (2014 -2019) durch die Vizepräsidenten gebildet, die der Präsident nach freiem Ermessen und in prinzipiell beliebiger Anzahl ernennt.¹⁴⁵ Hiermit wird das Ziel verfolgt, zum einen die Zahl der „Quasi-Ressorts“ zu verringern und zum anderen die Kohärenz der Arbeit der Kommission

eine Amtsenthebung durch den EuGH rechtfertigen. Zur Aufforderung zu einem solchen Verlangen durch das EP vgl. oben IV.1.c.cc.

139 *Schmidt/Schmitt von Sydow* (Fn. 70), Art. 17 EUV, Rn. 145; vgl. EuG, *Dalli/Kommission* (Fn. 3), bestätigt durch EuGH, Beschluss v. 23.1.2017, Rs. C-394/15 P, ECLI:EU:C:2017:68, Rn. 74–84 – *Banco Popular Español*.

140 Art. 15 Abs. 2 EUV.

141 Art. 15 Abs. 1 EUV.

142 Art. 15 Abs. 4 EUV; anders ist dies bei den – punktuellen – Befugnissen des ERates zur Annahme rechtsverbindlicher Beschlüsse, bei der es aufgrund des hier begriffsnotwendigen Quorums zu „Abstimmungen“ kommt, an denen der Kommissionspräsident – wie auch der Präsident des ERates – nach Art. 235 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV nicht teilnimmt.

143 Art. 15 Abs. 6 lit. b) EUV.

144 Hierzu näher unten IV.2.a.aa.iv.

145 Art. 17 Abs. 6, UAbs. 1 lit. c) EUV.

zu steigern. Aufgabe der Vizepräsidenten ist die politische Lenkung und Koordinierung der Arbeiten in mehreren benachbarten oder überlappenden Politikbereichen und der für diese „Cluster“ eingerichteten Gruppen von Kommissaren.¹⁴⁶ Für den Bereich der Außenbeziehungen besteht eine solche Koordinierungsaufgabe des HV/VP bereits kraft Primärrechts;¹⁴⁷ für andere Bereiche beruht die Koordinierungsaufgabe der Vizepräsidenten auf der präsidentialen Organisationsgewalt in ihrer vertikalen Dimension.

Der jeweils zuständige Vizepräsident muss Vorlagen von neuen Initiativen zustimmen. Entgegen zuweilen erhobener Bedenken¹⁴⁸ ist dieses Arrangement vereinbar sowohl mit dem Recht aller Kommissionsmitglieder auf gleiche Teilhabe an der kollegialen Beschlussfassung als auch mit der in Art. 248 S. 3 AEUV vorausgesetzten Zuweisung bestimmter Aufgaben an jedes der einfachen Mitglieder. Rechtlich lässt sich dies so konstruieren, dass der Geschäftsbereich der Kommissare in Bezug auf die Vorlage von Entwürfen an das Kollegium beschränkt ist durch ein Einvernehmenserfordernis mit dem für das jeweilige „Cluster“ zuständigen Vizepräsidenten. Dieser wiederum hat einen Geschäftsbereich, der in der Koordination der Tätigkeit mehrerer Kommissare sowie in der Vorlage von Entwürfen in Einvernehmen mit dem jeweiligen Kommissar besteht. Letztlich sind die Geschäftsbereiche somit, was die Vorlage von Entwürfen angeht, *zwei Mitgliedern zur gesamten Hand* übertragen.

Eine zusätzliche, mit der *von der Leyen I*-Kommission aufgekommene Differenzierung ist diejenige zwischen „exekutiven“ und sonstigen Vizepräsidenten: Erstere – derzeit drei – haben im Gegensatz zu Letzteren neben ihrer Koordinierungsaufgabe auch einen eigenen thematischen Geschäftsbereich, den sie „ressortmäßig“ wahrnehmen.¹⁴⁹

146 Gebildet nach Art. 3 Abs. 4 der GO der Kommission (Fn. 61). Gegenwärtig (Juni 2023) gibt es sechs solcher Gruppen von Kommissaren (European Green Deal, Europe Fit for the Digital Age, An Economy that Works for People, A Stronger Europe in the World, A New Push for European Democracy, Promoting our European Way of Life) unter dem Vorsitz des HV/VP (A Stronger Europe in the World) bzw. eines der weiteren (Exekutiv-)Vizepräsidenten.

147 Art. 18 Abs. 4 S. 3 EUV.

148 Vgl. Jens Brauneck, EU-Kommission: Ist die neue Macht der Vizepräsidenten unionsrechtswidrig?, DÖV 2015, 904–917.

149 Frans Timmermans, Margrethe Vestager, Valdis Dombrovskis (die auch die drei politischen Lager der die Kommission tragenden Mehrheit des EPs repräsentieren).

cc) Einfache Mitglieder, Kollegialprinzip und eingeschränktes Ressortprinzip

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob und ggf. inwieweit das Ressortprinzip für die Arbeit der Kommission gilt. Hier ist zu differenzieren, allerdings nicht direktional entlang der Unterscheidung zwischen Außen- und Innenverhältnis,¹⁵⁰ sondern funktional. Primärrechtliche *sedes materiae* ist Art. 248 S. 3 AEUV, wonach die (*scil.* einfachen) Kommissionsmitglieder „die ihnen vom Kommissionspräsidenten übertragenen Aufgaben unter dessen Leitung“ ausüben. Damit wird ihnen jedoch nicht etwa ein Teil der Aufgaben der Kommission zur selbständigen und eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen, wie dies etwa das Grundgesetz für die deutschen Bundesminister bestimmt.¹⁵¹ Vielmehr sind die einfachen Mitglieder nach der GO der Kommission in den ihnen zugewiesenen Aufgabenbereichen „für die vorbereitenden Arbeiten der Kommission und die Durchführung ihrer Beschlüsse in besonderem Maße verantwortlich“.¹⁵² Es liegt nahe, hierin eine kraft Selbstorganisationsrechts erfolgte Konkretisierung des primärrechtlichen Begriffs der „übertragenen Aufgaben“ zu sehen. Dieser Begriff ist in zweifacher Hinsicht zu präzisieren: Erstens kann die Vorbereitung der Arbeiten des Kollegiums auch in der Koordinierung verschiedener thematischer Bereiche bestehen.¹⁵³ Zweitens ist der Aspekt der Durchführung angesichts der Leitlinienkompetenz des Kommissionspräsidenten auch auf diese Leitlinien zu beziehen, soweit diese aufgrund ihres Inhalts unmittelbarer Durchführung zugänglich sind.

Alles in allem ist das *Ressortprinzip funktional beschränkt*. Aufgrund der funktionalen Beschränkung ihrer Aufgaben auf vorbereitende und durchführende Maßnahmen in Bezug auf kollegiale Akte sind die einfachen Mitglieder – wiederum anders als etwa deutsche Bundesminister – keine partiell verselbständigten monokratischen Teilorgane des Kollegialorgans „Kommission“. Hieraus folgt insbesondere, dass auch das Sekundärrecht ihnen keine eigenen Befugnisse zu außenwirksamem Handeln einräumen

150 Anders *Staeglich* (Fn. 64), 192.

151 Vgl. Art. 65 S. 2 GG.

152 Vgl. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 der GO der Kommission (Fn. 61), wonach der Präsident „den Mitgliedern der Kommission spezielle Aufgabenbereiche zuweisen [kann], in denen sie für die vorbereitenden Arbeiten der Kommission und die Durchführung ihrer Beschlüsse in besonderem Maße verantwortlich sind.“

153 Vgl. IV.1.d.bb zu den Vizepräsidenten.

kann;¹⁵⁴ daher werden grundsätzlich¹⁵⁵ etwa auch sämtliche administrativen Einzelakte, wie etwa wettbewerbsrechtliche Entscheidungen, vom Kollegium erlassen. Die Durchführung von Beschlüssen des Kollegiums durch ein einfaches Mitglied kann auch das „Außenverhältnis“ betreffen, also den Erlass von Rechtsakten¹⁵⁶ oder die Vornahme sonstiger kommunikativer Akte. Hier ist zu unterscheiden zwischen der bloßen Verlautbarung eines vom Kollegium beschlossenen Akts, wie z.B. einer Äußerung gegenüber dem EP in Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage¹⁵⁷ und der eigenständigen Vornahme eines Akts, etwa dem Erlass einer administrativen Einzelakts. Auch im zweiten Fall handelt das Mitglied stets als Bevollmächtigter der Kommission in deren Namen, nicht aber als Delegatar im eigenen Namen.¹⁵⁸ Durchgeführt wird der Bevollmächtigungsbeschluss des Kollegiums.¹⁵⁹ Die GO der Kommission spricht hier terminologisch nicht ganz korrekt¹⁶⁰ von der „Ermächtigung“ („*habilitation*“)¹⁶¹ einzelner Mitglieder. Ihr möglicher Umfang ist allerdings beschränkt auf „Maßnahmen der Geschäftsführung und der Verwaltung“ sowie durch den Vorbehalt, „dass der Grundsatz der kollegialen Verantwortlichkeit voll gewahrt bleibt“. Ausgeschlossen sind damit Akte, deren Erlass die Ausübung eines politischen oder auch nur weitgehenden administrativen Ermessens erfordert.¹⁶² Weiterhin legt der Bevollmächtigungsbeschluss regelmäßig weitere Bedingungen für das Gebrauchmachen von der Bevollmächtigung fest, wie etwa die

154 Vgl. kontrastierend Art. 80 Abs. 1 GG, wonach ein Bundesminister durch Gesetz zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden kann.

155 Siehe aber zur Bevollmächtigung sogleich.

156 Vgl. Art. 288 AEUV.

157 Hierunter fällt auch die sog. *habilitation de finalisation*, bei der die Kommission ein Mitglied beauftragt, im Einvernehmen mit dem Präsidenten den Wortlaut eines Rechtsakts oder Vorschlags, dessen „wesentlichen Inhalt“ sie bereits angenommen hat, endgültig anzunehmen (Art. 13 Abs. 2 der Geschäftsordnung).

158 EuGH, Urteil v. 23.9.1986, Rs. 5/85, ECLI:EU:C:1986:328, Rn. 36 – AKZO.

159 Nicht geteilt werden kann die Auffassung von *Staeglich* (Fn. 64), 193, wonach es aufgrund des Ressortprinzips keiner Ermächtigung mehr bedürfe für die „interne Beschlussfassung des einzelnen Kommissars in Angelegenheiten der laufenden Verwaltung und Geschäftsführung“, da diese Aufgabe nicht dem Kollegium, sondern unmittelbar dem einzelnen Kommissar zukomme.

160 Weil das Phänomen der Delegation evozierend; noch missverständlicher sind die für die Unterbevollmächtigung bzw. die unmittelbare Bevollmächtigung von Dienststellenleitern verwendeten Termini der (Sub-)Delegation in Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 der GO (Fn. 61).

161 Vgl. Art. 13 Abs. 1 der GO der Kommission (Fn. 61); *Staeglich* (Fn. 64), 191–194.

162 EuGH, AKZO (Fn. 158), Rn. 37: Ausschluss von „Grundsatzentscheidungen“.

Zustimmung bestimmter Dienststellen.¹⁶³ In der Organpraxis werden diese – justiziablen¹⁶⁴ – Grenzen strikt gehandhabt. Obwohl auch *ad hoc* Bevollmächtigungen möglich sind, dominieren in der Organpraxis generalisierte Bevollmächtigungen für bestimmte Typen administrativer Einzelakte oder „technische“ und in der Regel ephemere Durchführungsrechtsakte mit allgemeiner Geltung.

Vor diesem Hintergrund eines funktional beschränkten Ressortprinzips ist die Tätigkeit der Kommission letztlich geprägt von einem *Miteinander von präsidentialer Leitlinienkompetenz und Kollegialprinzip*, die „in einem komplexen Spannungsverhältnis stehen, das politisch ständig neu auszu-tarieren ist“¹⁶⁵. Dabei ist in den letzten Jahren zu beobachten, dass in der Organpraxis das Kollegialprinzip gleichsam „im Schatten“ der Leitlinienkompetenz operiert. Ursächlich hierfür ist zum einen die durch das hoch legitimatorische Verfahren der Investitur¹⁶⁶ bedingte politische Präponderanz des Präsidenten sowie dessen (krisenbedingt noch erhöhte) Omnipräsenz auf der politischen Bühne, insbesondere derjenigen des ERates. Zum anderen sind die einfachen Mitglieder den präsidentialen Kompetenzen der Organisationsgewalt und (potentiell) des Rücktrittsverlangens unterworfen. Bezeichnenderweise unterliegt der Kommissionspräsident bei der Ausübung dieser Befugnisse im Vergleich zum Regierungschef in einem parlamentarischen Regierungssystem erheblich geringeren partei- bzw. koalitionspolitischen Zwängen. Denn aufgrund der Regeln über die Organwalterbestellung ist die Kommission inhaltlich wie personell weit weniger parlamentarisch determiniert als die Regierung in einem parlamentarischen Regierungssystem. Paradoxerweise verstärkt die auf dem Vorschlagsrecht der Mitgliedstaaten beruhende parteipolitische Entkoppelung der einfachen Kommissionsmitglieder vom EP die interne Machtposition des Kommissionspräsidenten: Entscheidungen, wie eine qualitative oder quantitative Verminderung des Portefeuilles oder gar ein Rücktrittsverlangen, mögen zwar eine negative politische Reaktion des Herkunftsmitgliedstaats hervorrufen; dieser verfügt aber – anders als das EP in Gestalt des Misstrauensvotums – gegenüber dem Kommissionspräsidenten nicht über ein potentiell zur Abberufung führendes Instrument.

163 Durchgängig erforderlich ist die Zustimmung des Juristischen Dienstes.

164 EuGH, AKZO (Fn. 158), Rn. 39; Urteil v. 15.6.1994, Rs. C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247, Rn. 71 – BASF AG u.a.

165 Martenczuk (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 94.

166 Vorschlag durch den ERat mit qualifizierter Mehrheit, Wahl durch das EP mit absoluter Mitglieder Mehrheit.

Die faktische Begrenzung des Kollegialprinzips manifestiert sich operativ etwa darin, dass bestimmte heikle und oder dringliche Vorhaben vom Kabinett des Präsidenten gemeinsam mit den Kabinetten der sachlich zuständigen Vizepräsidenten und einfachen Mitglieder sowie deren „Dienststellen“¹⁶⁷ vorbereitet und dann im schriftlichen Verfahren mit teilweise extrem kurzen Verschweigezeiten der kollegialen Beschlussfassung unterbreitet werden. Ausdruck und Mittel der „Präsidialisierung“ der Kommission ist die in den letzten zehn Jahren stark angewachsene Rolle des Generalsekretariats, einer dem Präsidenten unterstellten Dienststelle, deren Steuerungs- und Koordinierungsfunktion derjenigen des deutschen Bundeskanzleramtes oder des britischen *cabinet office* mittlerweile recht nahekommt. Zu erwähnen ist schließlich, dass bei aller Vielfalt der Funktionen der Kommission¹⁶⁸ die Vorbereitung und Annahme ihrer Akte und Vorschläge „nach demselben Organisationsmuster und denselben internen Beschlussfassungsregeln“¹⁶⁹ erfolgt, wenngleich bei der Wahrnehmung administrativer Funktionen ein stärkerer¹⁷⁰ Rückgriff auf die Verfahren der Bevollmächtigung einzelner Mitglieder oder auch von Dienststellenleitern zu verzeichnen ist.

e) Politik vs. Bürokratie? Kollegialorgan und Dienststellen

Der Terminus „Kommission“ umfasst sowohl das Kollegialorgan als solches als auch die Gesamtheit der diesem unterstellten Dienststellen, also die gegenwärtig¹⁷¹ 46 Generaldirektionen und gleichgestellten Dienste, von denen die meisten – im Vergleich zur deutschen Ministerialverwaltung – nach Personalstärke und Weite des Aufgabenbereichs einem Bundesministerium oder jedenfalls dem Geschäftsbereich eines von mehreren beamteten Staatssekretären entsprechen. Die Entgegensetzung von Kollegium und Dienststellen evoziert den von *Max Weber* diagnostizierten Antagonismus von Politik und Bürokratie. Das traditionelle Bild der Kommission ist deutlich das einer stark von bürokratischen Strukturen und Methoden geprägten Institution.

167 Hierzu sogleich IV.1.e.

168 Hierzu unten IV.2.

169 *Ladenburger* (Fn. 69), 312 f.

170 Aber keineswegs durchgängiger (so etwa nicht in sensiblen Bereichen wie der Kartellaufsicht oder der Zulassung bestimmter Stoffe).

171 Stand: Juni 2023.

Gleichwohl hat im Laufe der letzten 10 bis 15 Jahre der Grad der *politischen Steuerung* der Dienststellen erheblich zu- und damit deren Autonomie sowie insbesondere der Einfluss von deren Leitern („Generaldirektoren“) abgenommen. Ausschlaggebend für diese Entwicklung ist das durch das stärker politisierte Ernennungsverfahren gewandelte Selbstverständnis der Kommission als eines nunmehr deutlicher politischen und nicht mehr lediglich der „objektiven“ Sachlogik des Integrationsprozesses verpflichteten Organs. Operationalisiert wird dieser Wandel im Verhältnis von Kollegium und Dienststellen durch eine Reihe interner Regelungen. Besonders sinnfällig ist etwa diejenige, wonach bei der Vorbereitung von Rechtssetzungsvorschlägen und anderen politisch sensiblen oder wichtigen Vorhaben bereits die Einleitung einer „Ressortabstimmung“ zwischen den Dienststellen („inter-service consultation“) der vorherigen Zustimmung („Validierung“) des federführenden Kommissars, des zuständigen Vizepräsidenten und des Kommissionspräsidenten bedarf. Gleichwohl bleibt das bürokratische Element von relativ großer Bedeutung, was sich insbesondere in drei Aspekten manifestiert.

Erstens ist es Folge des funktional eingeschränkten Ressortprinzips, dass die „Dienststellen“ stärker nach außen in Erscheinung treten, als dies bei vergleichbaren Entitäten in den Mitgliedstaaten üblicherweise der Fall ist. So erfolgen die ubiquitären schriftlichen Äußerungen der Kommission gegenüber „Stakeholdern“¹⁷² in aller Regel durch deren „Dienststellen“ im eigenen Namen, während derartige Äußerungen etwa in der deutschen Ministerialverwaltung stets durch „im Auftrag“ des Ministers handelnde Beamte erfolgen. Von erheblicher Bedeutung sind auch von den Dienststellen im eigenen Namen erstellte und interinstitutionell bzw. sogar öffentlich verbreitete „Arbeitsdokumente“ („staff working documents“), die aufgrund interner Weisungen allerdings weder neue politische Initiativen noch neue oder geänderte Vorschläge für Rechtsakte enthalten dürfen.¹⁷³

Zweitens gilt auch für die Kommission, dass politische Führung und Steuerung in hohem Maße angewiesen sind auf die sachverständige Vorbereitung und Implementierung von Entscheidungen. In diesem Zusammenhang ist die besonders hohe Stabilität des EU-Berufsbeamtentums von gro-

172 Wie Unternehmen, Einzelpersonen, Verbänden oder Drittstaaten.

173 Allerdings ist hervorzuheben, dass in der Organpraxis die Dienststellen – spontan oder aufgrund allgemeiner Weisungen des zuständigen Mitglieds – politisch sensitive oder sonst bedeutsame Äußerungen diesem Mitglied vorab zur Billigung vorlegen.

ßer Bedeutung,¹⁷⁴ zumal auch die „freihändig“ besetzten persönlichen Beraterstäbe der Kommissionsmitglieder („Kabinette“) nach einer Anweisung des Kommissionspräsidenten zu mindestens der Hälfte aus vorübergehend abgeordneten Beamten der Kommission bestehen müssen.¹⁷⁵

Drittens unterliegen Organisation und Ressourceneinsatz in hohem Maße bürokratischer Eigensteuerung. Aufgrund der fehlenden Verselbständigung der einfachen Kommissionsmitglieder stellen die Dienststellen – anders als nationale Ministerien – keine unselbständigen Emanationen des fachlich zuständigen Mitglieds, sondern solche des Kollegialorgans „Kommission“ dar. Zwar sind die einfachen Mitglieder gegenüber den für ihren Aufgabenbereich zuständigen Dienststellen fachlich weisungsbefugt.¹⁷⁶ Ihnen steht jedoch weder die Personal- noch die Organisationshoheit gegenüber diesen Dienststellen zu. Vielmehr ressortieren die Ernennung, Versetzung und Beförderung von Beamten, die Wahrnehmung der Aufgaben des Dienstvorgesetzten sowie die Regelung der Aufbau- und Ablauforganisation der Dienststellen beim Kollegium. Die Wahrnehmung der beamtenrechtlichen Befugnisse hat die Kommission weitgehend¹⁷⁷ und in mannigfacher Weise delegiert, allerdings bezeichnenderweise nicht auf ihre Mitglieder,¹⁷⁸ sondern auf die Leiter bzw. bestimmte Führungskräfte der Dienststellen sowie auf die zentrale Generaldirektion „Personalressourcen und Sicherheit“. Somit sind auch intern die Gestaltungsmöglichkeiten der einfachen Kommissionsmitglieder gegenüber denen eines nationalen Regierungsmitglieds erheblich reduziert.

2. Die Kommission als verfassungsrechtlicher Akteur

In verfassungsvergleichender Perspektive wird die Kommission nicht selten als Exekutivorgan apostrophiert.¹⁷⁹ Typologisierend lassen sich drei Funktionen der Kommission unterscheiden, die allesamt auch textlich in Art. 17 EUV angelegt sind: Die politisch-gubernative, die administrative

174 Vgl. *Ladenburger* (Fn. 69), 306–308.

175 Vgl. Arbeitsmethoden der Kommission (Fn. 61), Punkt III.1.

176 Vgl. Art. 19 Abs. 2 GO der Kommission (Fn. 61).

177 Außer in Bezug auf hohe (politische) Beamte, d.h. Generaldirektoren und Direktoren sowie gleichgestellte Bedienstete.

178 Mit Ausnahme der entsprechenden Befugnisse in Bezug auf die Angehörigen des eigenen „Kabinetts“.

179 *Schmidt/Schmitt von Sydow* (Fn. 70), Art. 17 EUV, Rn. 1, siehe auch EuG, *Dalli/Kommission* (Fn. 3), Rn. 134 (zit. oben in Fn. 123).

und die aufsichtliche Funktion. Dabei soll unter administrativen Funktionen die Anwendung unionaler Rechtsnormen auf Einzelfälle und unter aufsichtlichen Funktionen die Durchsetzung unionaler Rechtsnormen oder sonstiger Standards gegenüber den Mitgliedstaaten verstanden werden. Politisch-gubernativer Natur sind subtraktiv alle übrigen, substantiell die „unionsleitenden“ Funktionen der Kommission. Der Begriff der „Unionsleitung“ soll hier als unionsverfassungsrechtlicher Begriff analog – *mutatis mutandis* – zu demjenigen der „Staatsleitung“ gebraucht werden.¹⁸⁰

a) Politisch-gubernative Funktionen

Während die Kommission im Wesentlichen¹⁸¹ keine Kompetenz zum Erlass unionsleitender Rechtsakte hat, verfügt sie über nahezu allumfassende Kompetenzen zu deren Vorbereitung, Initiierung und Fortentwicklung.

aa) Initiieren unionsleitender Rechtsakte: „Motor der Integration“

In Bezug auf den Erlass unionsleitender Rechtsakte¹⁸² hat die Kommission ein weitestgehend ausschließliches Initiativrecht. Dieses bildet den Kern ihrer Rolle, die in der formativen Phase der Union oft mit der Metapher eines „Motors der Integration“ beschrieben wurde und die sich heute, in einer – wenn auch stets noch unvollständig – saturierten Phase der unionalen Verfassungsentwicklung, besser als die einer prozedural vielfältig rückgebundenen *vorprägenden Konkretisierung des Unionsinteresses* kennzeichnen lässt. Punktuell stehen der Kommission auch Initiativrechte in Bezug auf andere als unionsleitende, insbesondere aufsichtliche Rechtsakte zu.¹⁸³ Strukturell erweist sich das Initiativrecht als „starkes inhaltliches Vor-

180 Klaus Grigoleit, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 17: „Die Funktion [...], die auf der Grundlage des verfassungsrechtlich institutionalisierten demokratischen Willensbildungsprozesses und durch diesen legitimiert die Ziele hoheitlicher Tätigkeit setzt und abstimmt, ihre Umsetzung koordiniert und durchsetzt und damit verantwortlich zukunftsgestaltend die Einheit und Identität des politischen Gemeinwesens prägt“.

181 Marginale Ausnahmen bestehen in Gestalt sekundärer Rechtsetzungsbefugnisse, siehe unten IV.2.a.bb.

182 Außerhalb der GASP.

183 Dazu näher IV.2.c.

prägungsrecht¹⁸⁴, das über ein bloßes Agenda-Setting weit hinausreicht.¹⁸⁵ In den letzten Jahren hat der EuGH das Initiativrecht der Kommission unter Hinweis auf deren Aufgabe, das Unionsinteresse zu fördern, in einer Reihe von Entscheidungen¹⁸⁶ systematisch gestärkt bzw. vor Erosionen bewahrt. Das Primärrecht sieht in seinen jeweiligen Rechtsgrundlagen zwei verschiedene Initiativinstrumente vor, den *Vorschlag* und die *Empfehlung*, wobei Ersterer den betreffenden Rechtsakt sowie das zu seiner Annahme führende Verfahren stärker vorprägt als Letztere.

i) Typologie von Initiativen und Initiativrechten

Unter den unionsleitenden Rechtsakten der Union stehen *Rechtssetzungsakte*¹⁸⁷ nach Umfang und Bedeutung an erster Stelle. Die Kommission hat hier ein weitreichendes und stets durch *Vorschläge* auszuübendes Initiativrecht. Diesbezüglich ist nach dem jeweiligen Typus von Rechtssetzungsakt zu differenzieren. Für *Gesetzgebungsakte*, also Akte, deren anwendbare Rechtsgrundlage das ordentliche oder ein besonderes Gesetzgebungsverfahren vorsieht,¹⁸⁸ besteht grundsätzlich ein ausschließliches Initiativrecht („Initiativmonopol“) der Kommission.¹⁸⁹ Ausnahmen hierzu sind eng begrenzt. *Konkurrierende* Initiativrechte stehen einem Viertel der Mitgliedstaaten in Bezug auf Gesetzgebungsakte im Bereich der Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (JZS) und der polizeilichen Zusammenarbeit (PZ) zu¹⁹⁰, dem EuGH hinsichtlich des unionalen Gerichtsverfassungs- und Prozess-

184 Robert Böttner, Ein scharfes Schwert der Kommission? Überlegungen zu Artikel 293 AEUV, EuR 51 (2016), 105–123 (109).

185 Näher unten IV.2.a.aa.

186 EuGH, Urteil v. 14.4.2015, Rs. C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217 – *Rat/Kommission (Rücknahme von Vorschlägen)*; Urteil v. 6.9.2017, Rs. C-643/15, ECLI:EU:C:2017:631 – *Slowakei/Rat (Verhältnis zu Schlussfolgerungen des ERates)*; Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-418/18 P, ECLI:EU:C:2019:1113 – *Puppinck (Verhältnis zur Europäischen Bürgerinitiative)*; hierzu im einzelnen unten IV.2.a.aa.ii und IV.2.a.aa.iv.

187 Also Rechtsakte, die Rechtsnormen als Parameter der Legalität hoheitlichen (auf Unions- oder Mitgliedstaatsebene) oder privaten Handelns enthalten.

188 Art. 289 Abs. 3 AEUV.

189 Art. 17 Abs. 2 EUV.

190 Als Reminiszenz der früheren intergouvernementalen Stellung („dritte Säule“) dieses Politikbereichs, vgl. Art. 76 AEUV; die dort ebenfalls genannten Maßnahmen nach Art. 74 AEUV zur Gewährleistung der Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich von Titel V AEUV (Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts) sind dagegen keine Gesetzgebungsakte.

rechts¹⁹¹ sowie der Europäischen Zentralbank und der Europäische Investitionsbank in Bezug auf Änderungen des jeweiligen Organisations- und Aufgabenstatuts.¹⁹² *Alternative*, also die Kommission verdrängende Initiativrechte stehen dem EP in Bezug auf das Wahlrecht¹⁹³ sowie auf bestimmte Aspekte des Parlamentsrechts¹⁹⁴ zu. Für die allermeisten *nicht-legislativen Rechtssetzungsakte* ergibt sich ein Initiativmonopol der Kommission aus der jeweils anwendbaren Rechtsgrundlage. Beispielhaft seien genannt das Wettbewerbsrecht,¹⁹⁵ das Beihilferecht¹⁹⁶ sowie die Maßnahmen der wirtschaftlichen Krisenabwehr oder -vorsorge.¹⁹⁷ Auch wo dem Rat ausnahmsweise die Befugnis zum Erlass von (tertiären) *Durchführungsrechtsakten* eingeräumt worden ist,¹⁹⁸ steht der Kommission im Regelfall ein Initiativmonopol zu, allerdings lediglich kraft Anordnung in der Ermächtigungsnorm, nicht kraft Primärrechts. Sehr vereinzelt sehen Rechtsgrundlagen für den Erlass nicht-legislativer Rechtssetzungsakte überhaupt kein Initiativrecht irgendeines anderen Akteurs als des für ihren Erlass zuständigen Rates vor, was bedeutet dass die Initiative aus dessen Mitte zu erfolgen hat; dies gilt etwa für die Geschäftsordnungen der politischen Organe, die Regelungen über die Arbeitsweise des bei der Richterernennung mitwirkenden Ausschusses¹⁹⁹ und das Sprachenregime²⁰⁰ der Organe.²⁰¹ Zusammenfassend betreffen die Ausnahmen vom Initiativmonopol der Kommission – abgesehen von den Gesetzgebungsakten im Bereich der JZS und der PZ – solche

191 Art. 257 Abs. 1 und Art. 281 AEUV. Hierher gehört auch die Genehmigung der Verfahrensordnungen der Unionsgerichte nach Art. 253 (letzter Absatz) und Art. 254 Abs. 5 AEUV, wobei hier die Besonderheit besteht, dass Letztere formal Autor des betreffenden Rechtsakts sind.

192 Art. 129 Abs. 3 bzw. Art. 308 Abs. 3 AEUV.

193 Art. 223 Abs. 1 AEUV.

194 Art. 223 Abs. 2 AEUV (Rechtsstellung der Mitglieder), Art. 226 UAbs. 3 AEUV (Untersuchungsrecht des EPs), Art. 228 Abs. 4 AEUV (Rechtsstellung des Bürgerbeauftragten).

195 Art. 103 Abs. 1 AEUV.

196 Art. 109 AEUV.

197 Art. 122 Abs. 1 AEUV.

198 Art. 291 Abs. 2 2. Alt. AEUV.

199 Art. 255 UAbs. 2 AEUV.

200 Art. 342 AEUV.

201 Auch in Bezug auf Rechtsakte, die selbst keinen unionsleitenden Charakter haben, sondern akzessorisch zu unionsleitenden Rechtsakten sind, besteht kein externes Initiativrecht; dies gilt etwa für die Genehmigung der Verfahrensordnungen der Unionsgerichte (Art. 253 und 254 AEUV) und den Einspruch gegen einen delegierten Rechtsakt (Art. 290 Abs. 2 lit. b) AEUV).

Rechtsakte, die materiell betrachtet „ergänzendes Verfassungsrecht“ darstellen²⁰² und damit legitimerweise entweder dem Selbstorganisationsrecht der Organe und bzw. oder dem „ungebundenen“²⁰³ Zugriff der durch den Rat handelnden Mitgliedstaaten als Herren der Verträge unterliegen.

Auch für die meisten unionsleitenden Rechtsakte der Union *ohne Rechtssetzungscharakter* kommt der Kommission ein Initiativmonopol zu. Hierzu gehören insbesondere unionsleitende Rechtsakte mit externem Bezug, betreffend die Aushandlung, die Zeichnung, den Abschluss und die Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge der Union.²⁰⁴ Weitere Beispiele sind im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) die Erstellung des Entwurfs für die Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedsstaaten und der Union²⁰⁵ und die Aufnahme weiterer Mitgliedstaaten in die Eurozone²⁰⁶ sowie die Festlegung der Leitlinien der Beschäftigungspolitik.²⁰⁷ Auch für nicht-rechtssetzende unionsleitende Rechtsakte dominiert das Initiativinstrument des Vorschlags; gleichwohl ergehen einige wichtige derartige Rechtsakte²⁰⁸ lediglich auf Empfehlung der Kommission.

Ein konkurrierendes, mit den Regierungen der Mitgliedstaaten und dem EP geteiltes Initiativecht steht der Kommission schließlich in Bezug auf Änderungen des Primärrechts zu.²⁰⁹

202 Johannes Christian Wichard, in: Calliess/Ruffert (Fn. 8), Art. 342 AEUV, Rn.1, spricht in Bezug auf Art. 342 AEUV vom „quasi-intergouvernementalen Charakter der Sprachenfrage“.

203 Allerdings unter Rückbindung an einen Vorschlag der betreffenden Organe bzw. Einrichtungen (EuGH, EZB, EIB).

204 „Übereinkünfte zwischen der Union und Drittländern oder internationalen Organisationen“ in der Terminologie des AEUV, vgl. Art. 218 Abs. 2, 3, 5, 6, 9 AEUV; für völkerrechtliche Verträge im Bereich der GASP steht das Initiativrecht allerdings nicht der Kommission, sondern dem HR/VP zu.

205 Art. 121 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV (in Bezug auf die Union als Ganzes) und Art. 136 Abs. 1 AEUV (in Bezug auf die Eurozone).

206 Art. 140 Abs. 2 und 3 AEUV.

207 Art. 148 Abs. 2 AEUV.

208 Siehe Art. 121 Abs. 2 und Art. 218 Abs. 3 AEUV.

209 Art. 48 EUV, wobei es sich nur im Fall des vereinfachten Änderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 6–7 EUV um einen Vorschlag für einen unionalen Rechtsakt handelt.

ii) Inhalt, Änderung, Rücknahme von Vorschlägen

Normanalytisch betrachtet stellt das *Initiativrecht* eine prozedurale Rechtmäßigkeitsbedingung dar:²¹⁰ Der Rechtsakt muss den gleichen Gegenstand regeln und den gleichen Zweck verfolgen²¹¹ wie ein auf ihn bezogenes Initiativinstrument (Vorschlag oder Empfehlung). Anders gesagt: Ein dem Initiativrecht unterfallender Rechtsakt kann nicht *sponte sua* durch das zuständige Organ (oder die zuständigen Organe) erlassen werden.

Was speziell das – dominierende – *Vorschlagsrecht* angeht, so weist dieses zwei weitergehende Inhalte auf, in denen sich die im Vergleich zur Empfehlung erhöhte Vorprägungswirkung als Initiativinstrument manifestiert. *Erstens* stellt das Vorschlagsrecht eine weitere prozedurale Rechtmäßigkeitsbedingung dar: So muss der Rechtsakt entweder mit einem Vorschlag – ggf. nach dessen Änderung durch die Kommission²¹² – textidentisch sein oder innerhalb des Gegenstands und Zwecks des Vorschlags vom Rat einstimmig angenommen werden, mit Ausnahme der Annahme im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren in dritter Lesung, d.h. nach erfolgtem Vermittlungsverfahren.²¹³ Dagegen bestehen keine erhöhten Quora-Anforderungen für die Annahme eines nicht textidentischen Rechtsakts durch das Europäische Parlament, was sich daraus erklären lässt, dass letzteres ebenfalls ein supranational integriertes – und daher stärker als der Rat dem Unionsinteresse genuin verpflichtetes – Organ darstellt.²¹⁴ *Zweitens* ist das für die Annahme des betreffenden Rechtsakts mit qualifizierter Mehrheit durch den Rat erforderliche Quorum von Mitgliedstaaten niedriger.²¹⁵

210 Die eine gewisse Rechtsähnlichkeit mit der prozessrechtlichen Dispositionsmaxime aufweist.

211 EuGH, Urteil v. 5.8.1988, Rs. 355/87, ECLI:EU:C:1989:220, Rn. 44 – *Kommission/Rat*; bestätigt in Urteil v. 22.11.2020, Rs. C-24/20, ECLI:EU:C:2022:911, Rn. 94 ff. – *Kommission/Rat (Adhésion à l'acte de Genève)*, sowie Urteil v. 11.11.1997, Rs. C-408/95, ECLI:EU:C:1997:532, Rn. 39 – *Eurotunnel u.a./SeaFrance*.

212 Hierzu sogleich.

213 Art. 293 Abs. 1 i.V.m. Art. 294 Abs. 13 AEUV; der eigenständige Verweis auf Art. 294 Abs. 10 AEUV ist redundant, da es dort nicht um eine Annahme des Rechtsakts durch den Rat geht, sondern lediglich um die Positionierung der vom Rat in den Vermittlungsausschuss entsandten Mitglieder. Weitere Ausnahmen vom Einstimmigkeitserfordernis bestehen für die Annahme des mehrjährigen Finanzrahmens, des jährlichen Haushaltsplans sowie des Nothaushalts (Art. 312, 314 und 315 AEUV).

214 Vgl. Böttner (Fn. 184), 108.

215 55 % anstatt 72 % der Mitgliedstaaten, vgl. Art. 16 Abs. 4 EUV i.V.m. Art. 238 Abs. 2 AEUV.

Einen bestehenden Vorschlag kann die Kommission ändern oder zurücknehmen. Diese beiden Befugnisse wirken in der Organpraxis in gegenläufigen Richtungen: Das *Änderungsrecht*²¹⁶ ermöglicht die Anpassung des Vorschlags an den Diskussionsstand in den gesetzgebenden Organen, mit dem Ziel, die Annahme des Rechtsakts zu befördern. Die dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag zugrundeliegende *vorprägende Konkretisierung* des Unionsinteresses wird somit im Gesetzgebungsverfahren im Dialog mit den gesetzgebenden Unionsorganen „perspektivenplural“ modifiziert. Die Änderungsbefugnis und ihre agile Handhabung – Änderungen des Vorschlags können mündlich verlautbart werden,²¹⁷ etwa durch den Kommissionsvertreter in Sitzungen von Rat, EP oder Vermittlungsausschuss – ist die wesentliche Grundlage der Rolle der Kommission als eines „power brokers“ im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren.²¹⁸ Bei Änderungen ist die Kommission an Gegenstand und Zweck des ursprünglichen Vorschlags nicht gebunden.

Das Recht zur *Rücknahme* eines Vorschlags leitet der EuGH²¹⁹ aus einer Gesamtanalogie zu den Regeln zum Initiativrecht²²⁰ (*e contrario*) und der Änderungsbefugnis²²¹ ab. Es unterliegt allerdings Grenzen in dreifacher Hinsicht. Die *inhaltlichen* Grenzen sind nicht völlig eindeutig. Festzustehen scheint, dass eine Rücknahme nur dann in Frage kommt, wenn das für den Erlass des Rechtsakts zuständige Organ²²² beabsichtigt, den Rechtsakt mit einem von demjenigen des – ursprünglichen oder zwischenzeitlich geänderten – Vorschlags abweichenden Inhalt zu erlassen. Fraglich ist jedoch, wie diese Abweichung beschaffen sein muss, um ein Rücknahmerecht zu begründen. Der auch in der jüngeren Rechtsprechung verwendete Begriff

216 Art. 293 Abs. 2 AEUV.

217 Die kollegiale Beschlussfassung über Änderungen wird innerhalb der Kommission in einem speziellen Verfahren vorbereitet, und zwar im Rahmen der aus einem hierfür zuständigen Mitglied des Präsidentenkabinetts sowie den stellvertretenden Kabinettschefs der übrigen Kommissionsmitglieder bestehenden, wöchentlich tagenden Arbeitsgruppe („GRI“ – „groupe des relations interinstitutionnelles“).

218 Für die – in der Praxis allerdings selten gewordene – Phase des Vermittlungsverfahrens verdichtet Art. 294 Abs. 11 AEUV diese gleichsam natürliche institutionelle Rolle der Kommission zu deren Pflicht, auf eine Annäherung der Standpunkte der beiden Gesetzgebungsorgane hinzuwirken.

219 EuGH, *Rat/Kommission (Rücknahme von Vorschlägen)* (Fn. 186), Rn. 74.

220 Art. 17 Abs. 2 EUV, Art. 289 Abs. 1 AEUV.

221 Art. 293 Abs. 2 AEUV.

222 Bzw. im Fall des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens die beiden Gesetzgebungsorgane.

der „Verfälschung“ bzw. „Denaturierung“ des Vorschlags²²³ ist jedenfalls nicht hinreichend trennscharf. Richtigerweise ist im Lichte von Art. 17 Abs. 1 EUV anzunehmen, dass eine Rücknahme nicht nur dann möglich sein darf, wenn der Rechtsakt im Falle seines Erlasses nicht mehr den gleichen Gegenstand regeln und den gleichen Zweck verfolgen würde wie der Kommissionsvorschlag. Hier bedarf es der Rücknahme nämlich gar nicht, da ein solcher Rechtsakt aufgrund eines wesentlichen Verfahrensfehlers ohnehin rechtswidrig wäre.²²⁴ Möglich sein muss die Rücknahme vielmehr auch dann, wenn der Rechtsakt mit dem vom Rat intendierten Inhalt die mit dem Vorschlag intendierte Förderung des Unionsinteresses nicht bewirken²²⁵ bzw. sogar dem Unionsinteresse abträgliche Wirkungen zeitigen würde.²²⁶ Auch die *zeitlichen* Grenzen sind in der Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt.²²⁷ Aus dem Gebot der Inter-Organentreue²²⁸ ergibt sich jedenfalls, dass die Rücknahme zeitnah erfolgen oder zumindest angekündigt werden muss, sobald sich eine im oben genannten Sinne relevante Abweichung abzeichnet.²²⁹ Darüber hinaus ließe sich postulieren, dass eine Rücknahme ab demjenigen Zeitpunkt ausgeschlossen ist, in dem das für den Erlass des Rechtsakts zuständige Organ²³⁰ bereits eine abschließende politische Einigung über den (wesentlichen) Inhalt des Rechtsakts erzielt hat, da eine Rücknahme hier einen abgeschlossenen politischen Entscheidungsprozess frustrieren würde. Schließlich unterliegt das Rücknahmerecht in *prozeduraler* Hinsicht einer Begründungspflicht.²³¹

223 EuGH, *Rat/Kommission (Rücknahme von Vorschlägen)* (Fn. 186), Rn. 83 und Rn. 94.

224 Was die Kommission mit einer Nichtigkeitsklage geltend machen kann, siehe z.B. EuGH, *Kommission/Rat (Adhésion à l'acte de Genève)* (Fn. 211).

225 So in dem dem Urteil EuGH, *Rat/Kommission (Rücknahme von Vorschlägen)* (Fn. 186), zugrundeliegenden Sachverhalt.

226 Ähnlich *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 65a.

227 Trivialerweise muss die Rücknahme vor dem Erlass des Rechtsakts erfolgen, da der Vorschlag in diesem Zeitpunkt seine Rechtswirkungen erschöpft hat. Entgegen *Böttner* (Fn. 184), 120 ist es aber zu restriktiv, die Rücknahme nur so lange zuzulassen, wie der Rat noch keinen (ersten) Beschluss gefasst hat, d.h. im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nur bis zur Festlegung des Standpunktes in erster Lesung nach Art. 294 Abs. 4 bzw. Abs. 5 AEUV.

228 Art. 13 Abs. 2 EUV.

229 EuGH, *Rat/Kommission (Rücknahme von Vorschlägen)* (Fn. 186), Rn. 98–105.

230 Bzw. im Fall des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens die beiden Gesetzgebungsorgane.

231 EuGH, *Rat/Kommission (Rücknahme von Vorschlägen)* (Fn. 186), Rn. 78.

iii) Rationalisierung der Ausübung des Initiativrechts durch Folgenabschätzung

Die Kommission ist die Selbstverpflichtung eingegangen, die politischen Abwägungen, die der in einem Vorschlag verkörperten Konkretisierung des Unionsinteresses zugrunde liegen, in einer *Folgenabschätzung* („impact assessment“) darzulegen.²³² Dies betrifft Vorschläge für solche Rechtsakte, bei denen mit erheblichen wirtschaftlichen, ökologischen oder sozialen Auswirkungen zu rechnen ist. Die Folgenabschätzungen enthalten detaillierte Darlegungen der erwartbaren Wirkungszusammenhänge zwischen dem betreffenden unionalen öffentlichen Gut einerseits und drei alternativen hypothetischen Situationen andererseits, nämlich erstens einem mit dem Vorschlag textidentischen Rechtsakt, zweitens einem Rechtsakt, der dem Vorschlag nach Gegenstand und Zweck entspricht, von diesem aber inhaltlich verschieden ist, und drittens dem Nichterlass eines Rechtsakts mit Gegenstand und Zweck des Vorschlags. Die Endergebnisse der Folgenabschätzungen werden dem EP, dem Rat und den nationalen Parlamenten zur Verfügung gestellt und bei Annahme des Kommissionsvorschlags veröffentlicht.²³³ Kommissionsintern wird der Mechanismus der Folgenabschätzung institutionell durch einen hochrangig besetzten und mit einer gewissen Unabhängigkeit ausgestatteten „Ausschuss für Regulierungskontrolle“ („regulatory scrutiny board“) abgesichert, der die initial von der federführenden Kommissionsdienststelle verfassten Folgenabschätzungen einer objektiven Qualitätskontrolle unterzieht.²³⁴ Auch die Stellungnahme dieses Ausschusses wird mit dem Kommissionsvorschlag veröffentlicht.

Die Folgenabschätzung gewährleistet, „dass die Initiativen der Kommission und die Rechtsvorschriften der Union auf der Grundlage transparenter, vollständiger und ausgewogener Informationen ausgearbeitet wer-

232 Vgl. Punkte 12–18 der interinstitutionellen Vereinbarung zwischen dem EP, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission über bessere Rechtsetzung v. 13.4.2016, ABl. 2016 L 123; der EuGH hat den Charakter einer im Grundsatz bestehenden, aber – in einer nicht näher spezifizierten „besonderen Lage [...]“, die es erforderlich macht, davon abzusehen“ – Ausnahmen zugänglichen Verpflichtung betont: Urteil v. 3.12.2019, Rs. C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, Rn. 85 – *Tschechische Republik/Parlament und Rat*.

233 Punkt 13 (*in fine*) der soeben genannten interinstitutionellen Vereinbarung.

234 Siehe Entscheidung der Kommissionspräsidentin vom 23.1.2020 P (2020) 2 „Decision on an Independent Regulatory Scrutiny Board“ (abrufbar unter <https://commission.europa.eu/system/files/2020-01/rsb_decision_23_01_2020_en.pdf>).

den“.²³⁵ Das Verfahren der Folgenabschätzung ist somit ein rationalitätssicherndes „Innenverfahren“.²³⁶ Es dient zum einen der Selbstkontrolle der Kommission bei ihrer Aufgabe, das Unionsinteresse in Vorschlägen für Rechtssetzungsakte zu konkretisieren, und verleiht zum anderen dem Ergebnis dieses Konkretisierungsprozesses eine erhöhte Output-Legitimität. Die ordnungsgemäße Durchführung der Folgenabschätzung ist allerdings nur von begrenzter Bedeutung für die Rechtmäßigkeit des betreffenden Rechtsakts.²³⁷

iv) Einwirkungen auf die Ausübung des Initiativrechts durch andere Akteure

Die Verträge geben bestimmten Akteuren ein *Initiativanregungsrecht*,²³⁸ also das Recht, die Kommission um eine Ausübung des Initiativrechts in einem bestimmten Sinne zu ersuchen. Die Kommission ist lediglich verpflichtet, ein solches Ersuchen zu prüfen und sich hierzu öffentlich zu positionieren. Das *Initiativanregungsrecht* ist somit ein Recht auf *Agenda Setting*, ohne die Möglichkeit einer inhaltlichen Vorprägung von Rechts-

235 EuGH, Urteil v. 4.9.2018, Rs. C-57/16 P, ECLI:EU:C:2018:660, Rn. 90 – *ClientEarth/Kommission*. Dementsprechend sind Folgenabschätzungsberichte informationsfreiheitsrechtlich „legislative Dokumente“ i.S.v. Art.12 Abs.2 der VO (EG) Nr.1049/2001 des EPs und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des EPs, des Rates und der Kommission, die grundsätzlich direkt zugänglich zu machen sind. Hierzu *Daniel Wyatt*, Is the Commission a „Lawmaker“? On the Right of Initiative, Institutional Transparency and Public Participation in Decision-making: *ClientEarth*, CML Rev. 56 (2019), 825–841.

236 Zu rechtsähnlichen Verfahren im (nationalen) Verwaltungs- und Haushaltsrecht: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Ann-Katrin Kaufhold*, Der Verfahrensgedanke in deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2022, § 27, Rn. 61.

237 Das für den Erlass des Rechtsakts zuständige Organ ist zwar im Rahmen der ordnungsgemäßen Ermessenausübung verpflichtet, im Verlauf des Rechtssetzungsverfahrens die verfügbaren wissenschaftlichen Daten und Informationen zu berücksichtigen, muss sich dabei aber nicht zwingend auf den Inhalt der Folgenabschätzung stützen, was zur Folge hat, dass allfällige Mängel der Letzteren unerheblich sind, vgl. EuGH, Urteil v. 13.3.2019, Rs. C-128/17, ECLI:EU:C:2019:194, Rn. 30–45 – *Polen/Parlament und Rat*, sowie *Tschechische Republik/Parlament und Rat* (Fn. 232), Rn. 76–93, jeweils m.w.N.

238 Vgl. *Winfried Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 8), Art. 225 AEUV, Rn. 2: „Recht zur Anregung von Rechtssetzungsinitiativen“.

akten.²³⁹ Die rechtlich-operationelle Konkretisierung des Unionsinteresses bleibt vielmehr bei der Kommission monopolisiert, deren funktionale Unabhängigkeit damit zugleich unangetastet bleibt.

Institutionelle Initiativanregungsrechte stehen dem *EP* und dem *Rat* als den im Gesetzgebungsverfahren entscheidungsbefugten Organen zu. Diese können nach Art. 225 bzw. 241 AEUV die Kommission zur Vorlage eines Vorschlags für einen Rechtsakt auffordern. In nicht ganz kohärenter Weise erstreckt sich das Initiativanregungsrecht des EPs auf Vorschläge für Rechtsakte²⁴⁰ jeglicher Art, also auch solche, bei deren Erlass das Parlament nicht mitwirkt, während dasjenige des Rates lediglich Vorschläge für solche Rechtsakte umfasst, die vom Rat (mit-)erlassen werden.²⁴¹ Kommt die Kommission einer solchen Aufforderung nicht nach, hat sie dem betreffenden Organ die Gründe hierfür mitzuteilen („*comply or explain*“). Die politische Selbstverpflichtung der *von der Leyen I*-Kommission zur Vorlage eines Vorschlags im Fall einer Aufforderung durch das EP ist bereits erwähnt worden.²⁴² In etwas eingeschränkter und eher prozeduraler Form ist die Kommission eine derartige Selbstverpflichtung auch in Bezug auf Aufforderungen des Rates eingegangen.²⁴³

Von ungleich größerer praktischer und politischer Bedeutung ist das Initiativanregungsrecht eines Quorums (von einer Million) von Unionsbürgern in Gestalt der durch den Vertrag von Lissabon eingeführten *Europäischen Bürgerinitiative* nach Art. 11 Abs. 4 EUV. Diese ist sekundärrechtlich²⁴⁴ in zweifacher Weise ausgestaltet worden: Erstens muss sie sich auf die Vorlage eines Vorschlags für einen Rechtsakt beziehen, wobei die Rechtsprechung den Begriff „Vorschlag“ hier gleichbedeutend mit dem Begriff „Initiativinstrument“ ansieht, sodass auch Empfehlungen umfasst

239 Arne Pilniok, Die Europäische Bürgerinitiative zwischen Legitimationserwartungen und institutioneller Praxis, EuGRZ 2018, 126–135 (130).

240 Sofern man den in Art. 225 AEUV verwendeten – etwas untechnischen – Terminus „Unionsakt“ als „Rechtsakt“ im Sinne von Art. 288 AEUV versteht.

241 Denn Art. 241 AEUV bezieht sich auf an den Rat gerichtete Vorschläge („ihm entsprechende Vorschläge zu unterbreiten“).

242 Vgl. IV.1.c.bb.

243 Vgl. Arbeitsmethoden der Kommission (Fn. 61), Punkt I.2: „Das Kollegium wird zudem alle Ersuchen des Rates nach Artikel 241 AEUV unter uneingeschränkter Wahrung der Grundsätze der Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und besseren Rechtsetzung prüfen und ihnen nachkommen.“

244 VO 2019/788/EU v. 17.4.2019 über die Europäische Bürgerinitiative, ABl. 2019 L 130.

sind,²⁴⁵ was insbesondere im Bereich der Außenbeziehungen relevant ist.²⁴⁶ Zweitens hat die Kommission, sofern die Bürgerinitiative von mindestens einer Million wahlberechtigter Unionsbürger aus mindestens einem Viertel der Mitgliedstaaten unterstützt wird, gemäß dem „*comply or explain*“-Modell innerhalb von sechs Monaten in einer Mitteilung ihre rechtlichen und politischen Schlussfolgerungen zu der Initiative sowie ihr weiteres Vorgehen und die jeweiligen Gründe hierfür darzulegen. Der EuGH hat unmissverständlich klargestellt, dass es sich bei diesem in Art. 11 Abs. 4 EUV verankerten Recht lediglich um ein Initiativanregungsrecht und nicht um ein indirektes Initiativrecht handelt: Die Kommission ist also nicht verpflichtet, das von einer erfolgreichen Bürgerinitiative angestrebte Initiativinstrument vorzulegen,²⁴⁷ was der EuGH unter anderem mit dem Prinzip der repräsentativen Demokratie begründet.²⁴⁸ Verfassungspolitisch nicht unproblematisch ist allerdings, dass nicht nur Vorschläge der Kommission für rechtsetzende oder jedenfalls unionsleitende Rechtsakte das Ziel einer Europäischen Bürgerinitiative bilden können, sondern dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 4 EUV nach²⁴⁹ auch Vorschläge für aufsichtliche Rechtsakte, wie etwa ein Beschluss des Rates im Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 EUV.²⁵⁰ Hier besteht u.U. die Gefahr, dass die für eine unabhängige Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion der Kommission unabdingbare besondere Serenität bereits durch die Notwendigkeit, sich in einer öffentlichen Debatte zu positionieren, beeinträchtigt wird. Die Einführung der Europäischen Bür-

245 EuG, Urteil v. 10.5.2017, Rs. T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323, Rn. 23–48 – *Efler/Kommission*.

246 Insbesondere für einen Ratsbeschluss über die Aufnahme von internationalen Verhandlungen nach Art. 218 Abs. 3 AEUV oder für die Aufhebung eines solchen Ratsbeschlusses. Näher zum Ganzen *Mattias Wendel*, Bürgerbeteiligung und Transparenz in der Gemeinsamen Handelspolitik, in: Christoph Herrmann (Hrsg.), *Die gemeinsame Handelspolitik im Europäischen Verfassungsverbund*, EuR Beiheft 2/2020, 169–189.

247 EuGH, *Puppinck* (Fn. 186), Rn. 53–72.

248 Ebd., Rn. 64 f.

249 Art. 11 Abs. 4 EUV spricht von „Rechtsakt[en] der Union“, nicht von Gesetzgebungsakten oder auch nur von Rechtsakten mit allgemeiner Geltung.

250 Vgl. EuG, Beschluss v. 21.10.2016, Rs. T-50/16, ECLI:EU:T:2016:655 – *Ungarn/Kommission*: Nichtigkeitsklage Ungarns gegen den Beschluss der Kommission über die Registrierung der europäischen Bürgerinitiative „Wake up Europe! Agir pour préserver le projet démocratique européen“, die auf einen Kommissionsvorschlag nach Art. 7 Abs. 1 EUV in Bezug auf Ungarn abzielte; das Verfahren ist nach der Zurückziehung der Bürgerinitiative ohne Entscheidung durch Klagerücknahme in der Sache beendet worden.

gerinitiative markiert einen v.a. symbolisch wichtigen Schritt in der unionalen Verfassungsentwicklung, da zivilgesellschaftliche Akteure damit in die Lage versetzt werden, in ein unmittelbares Verhältnis zum sachbezogenen Entscheidungsprozess auf unionaler Ebene zu treten. Die Ausgestaltung als bloßes Initiativanregungsrecht ist dem institutionellen Design der Union angemessen, weil eine von lediglich einer Million wahlberechtigten Unionsbürger unterstützte Bürgerinitiative unter dem Gesichtspunkt der Konkretisierung des Unionsinteresses zu aleatorisch wäre, als dass sie ein valides Surrogat für ein Initiativinstrument der Kommission sein könnte.

Ein Randphänomen bildet das thematisch begrenzte Initiativanregungsrecht der *Sozialpartner* in Bezug auf Vorschläge für Ratsbeschlüsse zur Allgemeinverbindlicherklärung („Durchführung“) der von ihnen auf Unionsebene geschlossenen Vereinbarungen.²⁵¹

Gelegentlich fordert auch der ERat in seinen „Schlussfolgerungen“ die Kommission zur Vorlage eines Vorschlags für einen Rechtsakt auf. Ein formelles Initiativanregungsrecht steht dem ERat jedoch nicht zu. Im Rahmen ihrer Pflicht zur loyalen inter-institutionellen Zusammenarbeit²⁵² ist die Kommission verpflichtet, solche Aufforderungen sorgfältig zu prüfen, nicht aber, einen entsprechenden Vorschlag vorzulegen. Dies gilt auch für Aufforderungen im Rahmen der in Art. 68 AEUV ausdrücklich geregelten Befugnis des ERates zur Festlegung „strategischer Leitlinien“ im Bereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.²⁵³ Zu Konflikten in der Organpraxis führt dies nicht, da der Kommissionspräsident an der konsensualen Willensbildung des ERates gleichberechtigt mitwirkt, so dass

251 Der EuGH hat im Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-928/19 P, Rn. 44–52 – *EPSU/KOM*, bestätigt, dass es sich um ein bloßes Initiativanregungsrecht handelt und dass daher keine Verpflichtung der Kommission besteht, einen Vorschlag nach Art. 155 Abs. 2 AEUV vorzulegen. Dabei hat er ausdrücklich zum einen auf die der Kommission durch Art. 17 Abs. 1 EUV zugewiesene Rolle hingewiesen, die im Kontext von Art. 155 Abs. 2 AEUV darin bestehe, „unter Berücksichtigung der allgemeinen Interessen der Union zu beurteilen, ob es zweckmäßig ist, dem Rat auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen Sozialpartnern einen Vorschlag zu ihrer Durchführung auf Unionsebene zu unterbreiten“ (Rn. 47), sowie auf die Unabhängigkeit der Kommission, die eine Bindung an den Antrag der Sozialpartner ausschließe (Rn. 50). Eine Besonderheit dieses Initiativanregungsrechts ist, dass der Antrag der Unterzeichnerparteien nicht nur ein Initiativanregungsinstrument darstellt, sondern zugleich eine prozedurale Rechtmäßigkeitsbedingung für den Rechtsakt selbst, also eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung für die Befassung des Rats.

252 Art. 13 Abs. 2 EUV.

253 EuGH, *Slowakei/Rat* (Fn. 186), Rn. 146–149.

dessen Aufforderungen zur Vorlage eines Vorschlags vom Kommissionspräsidenten *per definitionem* mitgetragen und von der Kommission durchgängig erfüllt werden.²⁵⁴

bb) Fortentwicklung unionsleitender (Rechtssetzungs-)Akte durch sekundäre und tertiäre Rechtsetzung

Nur äußerst punktuell stehen der Kommission *sekundäre* Rechtsetzungsbefugnisse aufgrund primärrechtlicher Rechtsgrundlagen zu:²⁵⁵ Dies betrifft im Wesentlichen kartell- und beihilferechtliche Gruppenfreistellungsverordnungen²⁵⁶ sowie die Konkretisierung der primärrechtlichen Regelungen über öffentliche Unternehmen.²⁵⁷ Das Gestaltungspotential der Kommission ist hier allerdings eng begrenzt, insbesondere was den ersten Bereich angeht, in dem die Kommission lediglich befugt ist, Rechtssetzungsakte zu erlassen, die zu solchen des Rates materiell akzessorisch sind.

Qualitativ und quantitativ ungleich bedeutender ist die *tertiäre*, also auf einer sekundärrechtlichen Rechtsgrundlage beruhende Rechtsetzung durch die Kommission in Gestalt von delegierten Rechtsakten (Art. 290 AEUV) und Durchführungsrechtsakten (Art. 291 AEUV). Hierbei handelt es sich um im Verhältnis zu einem Gesetzgebungsakt²⁵⁸ (Basis-Gesetzgebungsakt)

254 Ebd., Rn. 148, ging es denn auch nicht um die Pflicht zur Vorlage eines Vorschlags als solche, sondern um die (vom EuGH verneinte) Frage, ob der betreffende Rechtsakt gemäß der in den Schlussfolgerungen des ERats gemachten Vorgabe durch einstimmigen Ratsbeschluss anzunehmen war, obwohl die anwendbare Rechtsgrundlage (Art. 78 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 16 Abs. 3 EUV) eine Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit vorsieht.

255 *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 31.

256 Art. 105 Abs. 3 und Art. 108 Abs. 4 AEUV.

257 Art. 106 Abs. 3 AEUV, vgl. EuGH, Urteil v. 17.11.1992, verb. Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90, ECLI:EU:C:1992:440, Rn. 12 – *Spanien u.a./Kommission*.

258 In Bezug auf Durchführungsrechtsakte stellt Art. 291 AEUV allerdings nicht auf einen Gesetzgebungsakt ab, sondern lediglich auf einen „Rechtsakt“, was nach der Systematik als „Rechtssetzungsakt“ zu verstehen ist. Somit kann ein entsprechendes Ableitungsverhältnis theoretisch auch zu einem Rechtssetzungsakt des Rates ohne Gesetzgebungscharakter (wie insbesondere den auf Art. 103 oder Art. 109 AEUV gestützten Rechtssetzungsakten im Wettbewerbs- und Beihilferecht) bestehen oder zu einem – sekundären oder delegierten – Rechtssetzungsakt der Kommission. In der Praxis kommt jedenfalls Letzteres nicht vor; in jedem Fall bestünde bei einem Ableitungsverhältnis zu einem delegierten Rechtssetzungsakt immerhin ein indirektes Ableitungsverhältnis zu einem Gesetzgebungsakt.

abgeleitete und damit an die in den beiden Gesetzgebungsorganen verkörpert Legitimationsstränge rückgekoppelte Rechtsetzung.²⁵⁹

Die derivative Natur der tertiären Rechtsetzung erweist sich in doppelter Weise: Zum einen steht der Erlass eines tertiären Rechtsetzungsakts unter dem Vorbehalt des Vorliegens einer entsprechenden, im Basis-Gesetzgebungsakt enthaltenen Rechtsgrundlage. Zum anderen unterliegt eine solche Rechtsgrundlage selbst spezifischen inhaltsbezogenen Rechtmäßigkeitsbedingungen: Sie muss Zweck und Gegenstand des tertiären Rechtsetzungsakts normieren,²⁶⁰ wobei der Gegenstand in jeweils spezifischer Weise akzessorisch zum Inhalt des Basis-Gesetzgebungsakts zu sein hat. So muss ein delegierter Rechtsakt entweder einen nicht wesentlichen Bestandteil des Basis-Gesetzgebungsakts abändern (ändernder delegierter Rechtsakt) oder einen solchen Bestandteil dem Basis-Gesetzgebungsakt hinzufügen (ergänzender delegierter Rechtsakt).²⁶¹ Ein Durchführungsrechtsakt muss einheitliche Bedingungen für die Durchführung des Basis-Gesetzgebungsakts festlegen und damit dessen Vollzug steuern bzw. vorstrukturieren.²⁶² Ein Unterschied zwischen den beiden Typen tertiärer Rechtsetzungsakte besteht insoweit, als die Kommission nicht über ein Monopol zum Erlass von Durchführungsrechtsakten verfügt, die Befugnis hierzu vielmehr auch dem Rat übertragen werden kann, allerdings nur „in entsprechend begründeten Sonderfällen“.²⁶³ Die Abgrenzung zwischen ergänzenden delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten ist freilich schwierig und streitanfällig.²⁶⁴

259 Man kann insoweit auch von einer Fortentwicklung unionsleitender (Rechtsetzungs-)Akte durch autonome Rechtsetzung sprechen.

260 Für delegierte Rechtsakte ist dies in Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV ausdrücklich normiert, vgl. EuGH, Urteil v. 26.7.2017, Rs. C-696/15 P, ECLI:EU:C:2017:595, Rn. 51 – *Tschechische Republik/Kommission*. Für Durchführungsrechtsakte gilt in der Sache nicht anderes.

261 Zur Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen diesen beiden Klassen von delegierten Rechtsakten EuGH, Urteil v. 17.3.2016, Rs. C-286/14, ECLI:EU:C:2016:183 – *Parlament/Kommission*.

262 Hält sich der tertiäre Rechtsakt nicht innerhalb dieser Grenzen, so ist er wegen Unzuständigkeit des handelnden Organs formell rechtswidrig.

263 Art. 291 Abs. 2 AEUV. Die Rechtmäßigkeitsanforderungen an Durchführungsrechtsakte sind in beiden Fällen identisch, EuGH, Urteil v. 28.2.2023, Rs. C-695/20, ECLI:EU:C:2023:127, Rn. 45–50 – *Fenix International*.

264 Vgl. die eingehende Erörterung in EuGH, *Fenix International* (Fn. 263), Rn. 61–89. Eine konzeptionell klare Abgrenzung könnte theoretisch dahingehend vorgenommen werden, dass Durchführungsrechtsakte Gegenstände regeln, die bereits – wenn auch mit einem geringeren Grad an Konkretheit – in dem Basis-Gesetzgebungsakt

cc) Außenvertretung

Für das Verständnis der Funktion der Kommission im Rahmen der Außenvertretung der Union²⁶⁵ ist ein zweifacher verfassungsrechtlicher Befund grundlegend. *Erstens* ist die Union zwar seit dem Vertrag von Lissabon ein einheitliches Rechtssubjekt mit einer allumfassenden – mindestens geteilten – Verbandskompetenz für sämtliche Aspekte der Beziehungen zu externen Entitäten. Gleichwohl bleibt die Aufgabe der Außenvertretung thematisch gespalten. Die Trennlinie ist diejenige, die seit dem Vertrag von Maastricht zwischen dem Aufgabenbereich des Vorläuferrechtssubjekts „Europäische Gemeinschaft“ und dem intergouvernementalen Bereich der „dritten Säule“ der Prä-Lissabon-Union bestand: In Bezug auf die externen Aspekte der im AEUV geregelten „internen Politiken“²⁶⁶ und auf die „externen Politiken“ wie Handels- und Entwicklungspolitik²⁶⁷ obliegt die Außenvertretung der Union allein der Kommission.²⁶⁸ Anders liegt es hinsichtlich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP),²⁶⁹ also der außerhalb der unionalen Sachpolitiken stehenden, genuin „außenpolitischen“ Bewertung von und Reaktion auf Ereignisse und Handlungen außerhalb der Union sowie hinsichtlich der externen Aspekte der Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die nach der Systematik des EUV ebenfalls²⁷⁰ zur

geregelt sind, während ergänzende delegierte Rechtsakte bestimmte, zu den im Basis-Gesetzgebungsakt geregelten Gegenständen komplementäre bzw. akzessorische (nicht wesentliche) Gegenstände erstmals regeln. Dies klingt in der Formulierung der Rechtsprechung an, ein Durchführungsrechtsakt müsse „den Inhalt des betreffenden Gesetzgebungsakts [...] präzisieren“, vgl. Urteil v. 18.3.2014, Rs. C-427/12, ECLI:EU:C:2014:170, Rn. 39 – *Kommission/Parlament und Rat*; Urteil v. 15.10.2014, Rs. C-65/13, ECLI:EU:C:2014:2289, Rn. 43 – *Parlament/Kommission; Fenix International* (Fn. 263), Rn. 44. Die Organpraxis arbeitet indes zum Teil auch mit weniger trennscharfen Kriterien.

- 265 Außenvertretung der Union meint die Gestaltung ihrer rechtlichen und politischen Beziehungen zu völkerrechtlich anerkannten oder konstituierten externen Entitäten, also im wesentlichen Drittstaaten und internationalen Organisationen. Hinzu kommen die Beziehungen zu nichtstaatlichen Völkerrechtssubjekten sowie zu den Mitgliedstaaten in Bezug auf Hoheitsgebiete außerhalb des in Art. 355 AEUV normierten territorialen Anwendungsbereichs des Unionsrechts oder auf Sachpolitiken, an denen der betreffende Mitgliedstaat nicht teilnimmt.

266 Dritter Teil des AEUV.

267 Titel I und II des fünften Teils des AEUV.

268 Art. 17 Abs. 1 S. 5 EUV.

269 Art. 23–41 EUV.

270 Und zwar insgesamt, also auch hinsichtlich ihrer internen Aspekte.

GASP gehört.²⁷¹ Hier ist die Außenvertretung grundsätzlich²⁷² Aufgabe des Hohen Vertreters²⁷³ sowie des Präsidenten des ERates auf der Ebene der Staats- und Regierungschefs.²⁷⁴ Zweitens steht die unionsleitende Funktion der Festlegung von politischen Positionen gegenüber externen Akteuren im Bereich sowohl der im AEUV geregelten unionalen Sachpolitiken als auch der GASP den föderalen Organen zu, und zwar im ersten Bereich ausschließlich, im zweiten ganz überwiegend dem Rat.²⁷⁵ In Bezug auf die im AEUV geregelten unionalen Sachpolitiken übt der Rat diese unionsleitende Funktion in den meisten Konstellationen durch den Erlass von Rechtsakten mit externem Bezug aus, in Bezug auf die der Kommission ein umfassendes Initiativmonopol zusteht. Ergänzend handelt der Rat auch durch informelle Formen der Willensartikulation im Rahmen seiner Aufgabe der „Festlegung der Politik“ und Koordinierung nach Art. 16 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 16 Abs. 6 UAbs. 3 EUV.²⁷⁶ Als Randkorrektur ist anzumerken, dass die Aufgabe der Kommission nur die Außenvertretung *der Union* betrifft, nicht diejenige der Mitgliedstaaten, und zwar auch dann nicht, wenn diese im Rahmen einer ausschließlichen Unionskompetenz gemeinsam im Interesse der Union handeln.²⁷⁷

271 Art. 42–46 EUV.

272 Zu einer Ausnahme in Bezug auf die *rechtliche* Außenvertretung der Union siehe unten IV.2.a.cc.

273 Art. 18 Abs. 2 S. 2 EUV (Durchführung der GASP durch den HV).

274 Art. 15 Abs. 6 UAbs. 3 EUV (Außenvertretung der Union in Angelegenheiten der GASP durch den Präsidenten des ERates „auf seiner Ebene“).

275 In den Bereichen der GASP ist z.T. auch der ERat zuständig, vgl. Art. 26 EUV (Bestimmung der „strategischen Interessen der Union“ und Festlegung der „Ziele und allgemeinen Leitlinien“).

276 Insbesondere in Bezug auf nicht rechtsverbindliche Akte der Außenvertretung wie etwa den Abschluss von Memoranda of Understanding, hierzu EuGH, Urteil v. 28.7.2016, Rs. C-660/13, ECLI:EU:C:2016:616, Rn. 33 ff. – *Rat/Kommission*, dort Rn. 39: Die „Bewertung der Interessen der Union im Rahmen der Beziehungen mit dem betreffenden Drittstaat unter Beachtung der strategischen Vorgaben des ERates sowie der in Art. 21 Abs. 1 und 2 EUV aufgeführten Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union“ sowie der „Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen im Rahmen dieser Beziehungen“ sei Sache des Rates.

277 Das betrifft eine Konstellation, in der die Union aus völkerrechtlichen Gründen an der Vornahme einer externen Handlung gehindert ist, namentlich weil sie nicht selbst Mitglied einer internationalen Organisation oder Partei eines multilateralen völkerrechtlichen Vertrags ist, vgl. EuGH, Urteil v. 5.4.2022, Rs. C-161/20, ECLI:EU:C:2022:260, Rn. 48–77 – *Kommission/Rat (Organisation maritime internationale)*.

Vor diesem Hintergrund sind die Funktionen der Kommission in Bezug auf vier verschiedene Aspekte der Außenvertretung der Union zu entfalten. Einen *ersten* Aspekt bildet die Außenvertretung in Bezug auf den *Abschluss und die Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge*. Deren Verhandeln, verstanden als ein kollaborativer Prozess der Erarbeitung von Texten durch autorisierte Vertreter völkerrechtlicher Akteure, mit dem Ziel der Verkörperung dieser Texte in völkerrechtlich bindenden Rechtsakten, bildet eine eigene Aufgabe der Kommission.²⁷⁸ Ihre Ausübung steht lediglich unter einem Ermächtigungsvorbehalt zugunsten des Rates.²⁷⁹ Verfassungsrechtlich ist das plausibel, weil bereits die Aufnahme völkerrechtlicher Vertragsverhandlungen eine Festlegung²⁸⁰ einer Unionsposition gegenüber den beteiligten externen Akteuren dahingehend darstellt, dass die Union den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags zu dem betreffenden Gegenstand anstrebt. Anders als dies in der häufig verwendeten Bezeichnung „Mandat“ für den Ermächtigungsbeschluss des Rates anklingt, handelt es sich also nicht etwa um eine eigene Aufgabe des Rates, die dieser lediglich an die Kommission delegierte. Der Rat hat jedoch das Recht,²⁸¹ in dem Ermächtigungsbeschluss der Kommission als Verhandlungsführerin „Richtlinien“ zu erteilen, einen „Sonderausschuss“²⁸² zu bestellen, im Benehmen mit dem die Verhandlungen zu führen sind, sowie Verfahrensmodalitäten für den Informations-, Kommunikations- und Konsultationsprozesses zwischen dem Sonderausschuss und der Kommission vorzusehen.²⁸³ Derartige Richtlinien entfalten allerdings keine rechtliche, sondern lediglich eine politische Bindungswirkung für die Kommission.²⁸⁴ In der Organpraxis sind die Richtlinien ebenso wie die ständige Rückkopplung zwischen der Kommission als Verhandlungsführerin und dem „Sonderausschuss“ bzw. dem Rat sowie die kontinuierliche Unterrichtung des EPs²⁸⁵ von erheblicher Bedeutung. So können außenpolitische Verwicklungen vermieden werden, die entstünden, würde ein von der Kommission u.U. über Jahre ausgehan-

278 Art. 218 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 S. 6 EUV.

279 Art. 218 Abs. 2 AEUV, näher konkretisiert durch den EuGH, Urteil v. 16.7.2015, Rs. C-425/13, ECLI:EU:C:2015:483, Rn. 67 f. und Rn. 78 – *Kommission/Rat*.

280 Qua *bona-fide*-Verpflichtungen auch rechtlich relevant.

281 Von dem er in der Regel auch Gebrauch macht.

282 Dies ist in der Regel in *Personalunion* die fachlich zuständige Arbeitsgruppe des Rates.

283 Art. 218 Abs. 4 AEUV.

284 EuGH, *Kommission/Rat* (Fn. 279), Rn. 86–92.

285 Art. 218 Abs. 10 AEUV.

delter völkerrechtlicher Vertrag vom Rat als dem für den Vertragsabschluss zuständigen Unionsorgan verworfen werden.²⁸⁶ Die externen Akte der Zeichnung sowie des Abschlusses,²⁸⁷ mit denen eine völkerrechtlich erhebliche Unionsposition zu einem ausgehandelten völkerrechtlichen Vertrag artikuliert wird, bedürfen wiederum jeweils eines Ermächtigungsbeschlusses des Rates.²⁸⁸ Diese Akte obliegen als zur Außenvertretung gehörend der Kommission. Die aus früheren Phasen der Verfassungsentwicklung stammende und unter dem Lissaboner Vertrag zunächst lange fortgeführte Organpraxis, nach der der Rat seinen Präsidenten ermächtigt, die zur Unterzeichnung im Namen der Union befugte Person zu bestellen,²⁸⁹ bzw. den Abschlussakt – etwa eine Notifikation in Form eines Briefwechsels – vorzunehmen,²⁹⁰ stand mit dieser primärrechtlichen Aufgabenzuweisung der Außenvertretung an die Kommission nicht in Einklang und ist inzwischen vom EuGH als primärrechtswidrig qualifiziert worden²⁹¹. Auch die Unionsposition im Rahmen der Teilnahme der Union an der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, also der Mitwirkung an Akten von Organen eines völkerrechtlichen Vertrags oder einer hierdurch errichteten internationalen Organisation, wird durch den Rat festgelegt.²⁹²

Zweitens ist das (i.w.S.) kommunikative, nicht auf die Erzeugung oder Modifikation völkerrechtlicher Rechte und Pflichten abzielende Handeln

286 Insofern besteht eine Funktionsähnlichkeit zum Gutachtenverfahren nach Art. 218 Abs. 11 AEUV, vgl. EuGH, Gutachten 1/09 v. 6.3.2011, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 47 f. – *Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems*.

287 Also die Zustimmung der Union, durch den Vertrag gebunden zu sein (i.S.v. Art. 11 f. WVRK) in Form der Notifikation einer Erklärung oder der Hinterlegung einer Urkunde.

288 Art. 218 Abs. 5 und 6 AEUV.

289 Vgl. etwa Art. 2 Beschluss 2022/1974/EU des Rates v. 13.10.2022 über die Unterzeichnung – im Namen der Union – des Freiwilligen Partnerschaftsabkommens zwischen der Europäischen Union und der Kooperativen Republik Guyana über Rechtsdurchsetzung, Politikgestaltung und Handel im Forstsektor sowie über die Einfuhr von Holzprodukten in die Europäische Union, ABl. 2022 L 271/1.

290 Vgl. etwa Art. 2 Beschluss 2022/1846/EU des Rates v. 29.9.2022 über den Abschluss, im Namen der Union, des Abkommens in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Union und der Republik Mauritius über die Verlängerung des Protokolls zur Festlegung der Fangmöglichkeiten und der finanziellen Gegenleistung nach dem partnerschaftlichen Fischereiabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Mauritius, ABl. 2022 L 256/3.

291 EuGH, Urteil v. 9.4.2024, Rs. C-551/21, ECLI:EU:C:2024:281 – *Kommission/Rat*.

292 Art. 218 Abs. 9 AEUV, vgl. hierzu *Joni Heliskoski*, *The Procedural Law of International Agreements: A Thematic Journey through Article 218 TFEU*, CML Rev. 57 (2020), 79–118.

gegenüber externen Entitäten zu nennen. Dieses umfasst erstens die einseitige Verlautbarung von Positionen der Union, sei es mündlich oder schriftlich,²⁹³ sei es durch Abstimmung in internationalen Organisationen oder Foren,²⁹⁴ zweitens gemeinsame Stellungnahmen mit externen Akteuren und drittens den Abschluss nicht bindender Vereinbarungen („memoranda of understanding“) mit externen Entitäten. Die Kommission kann diesen Aspekt der Außenvertretung nur auf der Grundlage und in Verlautbarung einer bereits festgelegten Unionsposition rechtmäßig wahrnehmen. Eine solche Unionsposition kann sich aus vorbestehenden Rechtsakten oder politischen Positionierungen („Schlussfolgerungen“) des ERates oder des Rates ergeben oder, wo diese fehlen, vom Rat im Rahmen von dessen Kompetenz zur „Festlegung der Politik“ und Koordinierung ad hoc festgelegt werden. In Bezug auf den Abschluss nicht bindender Vereinbarungen ist eine solche ad-hoc-Festlegung stets erforderlich.²⁹⁵

Ein *dritter* Aspekt der Außenvertretung ist das Gebrauchmachen von situationsbezogenen Ausnahmeregelungen in völkerrechtlichen Verträgen – also die Vornahme von Handlungen oder Unterlassungen, die völkervertraglich grundsätzlich untersagt sind²⁹⁶ – sowie die Berufung auf solche Ausnahmeregelungen gegenüber dem Vertragspartner. Der zum Abschluss des Vertrags ermächtigende und damit auch auf dessen Ausnahmeregelungen verweisende Ratsbeschluss legt die Unionsposition gegenüber dem Vertragspartner bereits *eventualiter* fest. Das Gebrauchmachen von solchen Ausnahmeregelungen²⁹⁷ stellt eine „Durchführung“ des völkerrechtlichen Vertrags dar, zu der die Kommission durch einen Gesetzgebungsakt er-

293 Innerhalb oder außerhalb der Formen diplomatischer Kommunikation, insbesondere durch Verbalnoten.

294 Außerhalb des von Art. 218 Abs. 9 AEUV abgedeckten Bereichs.

295 EuGH, *Rat/Kommission* (Fn. 276), Rn. 30–46.

296 Beispiele sind Schutzmaßnahmen nach Art. 773 des Abkommens über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits, ABl. 2021 L 149/10, oder die Aussetzung von Verpflichtungen im Falle der Nichtumsetzung einer der Union günstigen Entscheidung eines Schiedsgerichts nach Art. 749 des genannten Abkommens. Auch bei Letzterer handelt es sich – anders als der Terminus suggeriert – *nicht* um eine Veränderung der völkerrechtlichen Pflichtenlage.

297 Die Rolle der Kommission besteht hier darin, zu prüfen, ob die Voraussetzungen der betreffenden Ausnahmeregelung erfüllt sind, sowie ggf. unter mehreren möglichen Maßnahmen diejenige auszuwählen, die dem Unionsinteresse am besten entspricht.

mächtigt werden kann. In der Organpraxis ist dies in Bezug auf sämtliche Handelsverträge sowie die rezenten Abkommen mit dem Vereinigten Königreich erfolgt.²⁹⁸

Viertens ist die forensische Außenvertretung der Union zu nennen, also die Geltendmachung von völkerrechtlich begründeten Rechten²⁹⁹ vor völkerrechtlich begründeten Rechtsprechungs- und Streitschlichtungsorganen. Diese obliegt ohne thematische Begrenzung, d.h. einschließlich der GASP, der Kommission.³⁰⁰ Da die rechtliche Außenvertretung grundsätzlich keine politische Positionierung der Union gegenüber externen Entitäten bedeutet,³⁰¹ ist die unionsleitende Funktion des Rates hier nicht aufgerufen.³⁰² Allerdings folgert die Rechtsprechung aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit eine Verpflichtung der Kommission zur vorherigen Konsultation des Rates.³⁰³

In der Praxis ließe sich die thematische Spaltung der Kompetenz zur Außenvertretung nur um den Preis erheblicher Disruption in den internationalen Beziehungen der Union durchhalten. Wo ein bestimmtes externes Handeln der Union aufgrund von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten oder internationalen Usancen Aspekte sowohl der GASP als auch anderer Unionspolitiken umfasst, haben die Kommission und die im Bereich der GASP außenvertretungsbefugten Organe – also der HV/VP sowie ggf. der Präsident des ERates – gemeinsam zu handeln. In Bezug auf völkerrechtliche Vertragsverhandlungen sieht das Primärrecht ausdrücklich die Bildung von Verhandlungsteams aus Vertretern der Kommission und des HV/VP vor, sofern die Gegenstände des intendierten Vertrags den beiden Bereichen entstammen, ohne dass die Gegenstände des einen zu denjenigen des anderen Bereichs in einem Anzillaritätsverhältnis stünden.³⁰⁴ Die Zeich-

298 Vgl. VO 654/2014/EU v. 15.5.2014 sowie VO 657/2023/EU v. 15.3.2023. Dabei wird „technisch“ der Gesetzgebungsakt durchgeführt, der seinerseits auf die betreffenden Ausnahmeregelungen in dem völkerrechtlichen Vertrag verweist.

299 Materielle Rechte sowie die Wahrnehmung von prozessualen Äußerungsrechten.

300 EuGH, Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-73/14, ECLI:EU:C:2015:663, Rn. 58 f. – *Rat/Kommission (Internationaler Seegerichtshof – ITLOS)*: die fehlende thematische Eingrenzung folgt aus der Breite von Art. 335 AEUV.

301 Sondern lediglich den Vortrag von Tatsachen und/oder Vorschlägen zur Interpretation geltender völkerrechtlicher Normen.

302 EuGH, *Rat/Kommission (Internationaler Seegerichtshof – ITLOS)* (Fn. 300), Rn. 62 ff.

303 Ebd., Rn. 86.

304 Vgl. Art. 218 Abs. 3 AEUV, der darauf abstellt, ob sich „die geplante Übereinkunft ausschließlich oder hauptsächlich auf die GASP bezieht“.

nung und der Abschluss solcher völkerrechtlicher Verträge³⁰⁵ ist ebenfalls gemeinsam durch die Kommission sowie den HV/VP vorzunehmen, was allerdings in der Vergangenheit durch die geschilderte Organpraxis einer Ermächtigung des Ratspräsidenten unterlaufen wurde. Was das – überwiegend informelle – kommunikative Handeln gegenüber und gemeinsam mit externen Entitäten angeht, so sind die Kommission und die im Bereich der GASP außenvertretungsbefugten Organe ebenfalls zu gemeinsamem Handeln berufen; dies gilt auf der Ebene der Staats- und Regierungschefs auch für den Kommissionpräsidenten und den Präsidenten des ERates, die somit die völkerrechtliche Aufgabe eines (funktionalen Äquivalents zu einem) Staatsoberhaupt³⁰⁶ bzw. des Mitglieds einer Gruppe von „Staats- und Regierungschefs“³⁰⁷ zur gesamten Hand wahrnehmen.³⁰⁸

Von besonderer Bedeutung und daher primärrechtlich verankert³⁰⁹ ist die bereichsübergreifende Einheitlichkeit in der laufenden Pflege der Beziehungen der Union zu Drittändern und internationalen Organisationen durch Auslandsvertretungen der Union („Delegationen“). Diese werden vom HV/VP errichtet und unterstehen dessen Dienstaufsicht; je nach betroffenem Bereich unterliegen sie dessen fachlichen Weisungen oder denjenigen der Kommission.³¹⁰ Als wichtiges „Hilfsorgan“ der Außenvertretung der Union³¹¹ steht der – teilrechtsfähige – „Europäische Auswärtige Dienst“ neben der Kommission und ihren Dienststellen. Seine Aufgaben³¹²

305 In Bezug auf die also der zur Zeichnung bzw. zum Abschluss ermächtigende Ratsbeschluss kumulativ auf eine Rechtsgrundlage der GASP und eine Rechtsgrundlage außerhalb der GASP gestützt ist.

306 Ein Beispiel ist der Empfang der Leiter der diplomatischen Missionen von Drittstaaten bei der Union zur Entgegennahme des Beglaubigungsschreibens.

307 G7/G20.

308 Das sog. Sofagate ist insoweit als unglücklicher Zwischenfall anzusehen, der dieser Kompetenzlage nicht Rechnung trägt. Anlässlich eines Staatsempfangs am 6.4.2021 bot Staatspräsident *Erdoğan* Kommissionspräsidentin *von der Leyen* im Gegensatz zum Präsidenten des ERates *Michel* keinen Stuhl an, weshalb sie auf dem Sofa Platz nehmen musste. Zu dieser Episode auch *von Bogdandy/Rugge*, in diesem Band, IV.2.b.

309 Art. 221 AEUV.

310 Art. 5 Abs. 2–6 des auf Art. 27 EUV gestützten Beschlusses 2010/427/EU des Rates v. 26.7.2010 über die Organisation und die Arbeitsweise des Europäischen Auswärtigen Dienstes, ABl. 2010 L 201/30.

311 Art. 1 Abs. 2 des Beschlusses 2010/427/EU des Rates (Fn. 310) definiert den Europäischen Auswärtigen Dienst als „funktional eigenständige Einrichtung der Europäischen Union“.

312 Vgl. Art. 2 des Beschlusses 2010/427/EU des Rates (Fn. 310).

bestehen in der Unterstützung des HV/VP sowohl in seiner Funktion als monokratischem Quasi-Organ – einschließlich der Errichtung der Delegationen und der Dienstaufsicht über diese – als auch in seiner Funktion als mit der Koordinierung der Außenbeziehungen betrauter Vizepräsident der Kommission.³¹³

b) Administrative Funktionen

Wie bereits erwähnt umfassen die administrativen Funktionen der Kommission unterschiedliche Bereiche, wobei insbesondere nach Verbands- und Organkompetenz zu trennen ist.³¹⁴ Einen *ersten Bereich* bildet die Durchführung des Wettbewerbsrechts sowie des Rechts der Zuwendungen aus dem Unionshaushalt.³¹⁵ Hier ordnet das Primärrecht die administrative Verbandskompetenz im Kern der Union zu.³¹⁶ Soweit die sich aus dem Zusammenspiel von Primär- und Sekundärrecht ergebende Verbandskompetenz der Union reicht, weisen primärrechtliche Aufgabennormen die entsprechenden administrativen Funktionen ausschließlich der Kommission zu.³¹⁷ In beiden Sachbereichen erklärt sich dieses institutionelle Design aus der Erwägung, dass den diesen administrativen Funktionen zugrundeliegenden Aspekten des Unionsinteresses am besten mittels einer in allen relevanten Bezügen unabhängigen – und damit die Integrität und Homogenität der Rechtsanwendung gewährleistenden – Kommission gedient ist.

Ein *zweiter Bereich* umfasst die Durchführung des Unionsrechts in allen übrigen Materien. Hier ist die Verbandskompetenz zwischen den

313 Art. 18 Abs. 4 S. 3 EUV.

314 Vgl. bereits II.3.b.

315 Also die „Verwaltung der Programme“ in der Terminologie von Art. 17 Abs. 1 S. 4 EUV.

316 Indirekt, nämlich vermittelt durch organbezogene Aufgabennormen (für das Wettbewerbsrecht: Art. 105 Abs. 1 S. 1 AEUV; für das Zuwendungsrecht: Art. 17 Abs. 1 S. 4 EUV).

317 Für das Wettbewerbsrecht: Art. 105 Abs. 1 S. 1 AEUV; für das Zuwendungsrecht: Art. 17 Abs. 1 S. 4 EUV. Demgegenüber ergeben sich die konkreten *Befugnisse* der Kommission im Wettbewerbsrecht aus Sekundärrechtsakten auf der Grundlage von Art. 103 lit. b) und d) AEUV (VO 1/2003/EG v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln) bzw. – vor Erlass der VO Nr. 17 als deren Vorgängerrechtsakt – unmittelbar aus Art. 105 Abs. 1 S. 2 und S. 3 und Art. 105 Abs. 3 AEUV. Im Zuwendungsrecht ergeben sich diese Befugnisse aus der Haushaltsordnung bzw. den thematisch einschlägigen Sekundärrechtsakten.

Mitgliedstaaten und der Union geteilt: Zwar steht diese im Grundsatz ersteren zu, jedoch kann das Sekundärrecht bei Vorliegen eines entsprechenden Einheitlichkeitsbedürfnisses³¹⁸ der Union administrative Befugnisse zuweisen.³¹⁹ Im Rahmen dieser „latenten Verbandskompetenz“ weist die Aufgabennorm des Art. 17 Abs. 1 S. 4 EUV die entsprechenden administrativen Funktionen im Grundsatz der Kommission zu, allerdings unter dem Vorbehalt einer sekundärrechtlichen Zuweisung an den Rat³²⁰ oder – in den Grenzen der *Meroni*-Rechtsprechung³²¹ – an eine sekundärrechtlich geschaffene Stelle (Agentur).³²² Im Falle der in der Organpraxis bei weitem dominierenden Zuweisung an die Kommission ordnet der betreffende Rechtssetzungsakt regelmäßig eine Beteiligung von durch mitgliedstaatliche Organwalter beschickten „Komitologie-Ausschüssen an.“³²³

Drittens ist die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen der Union, also deren Vertretung vor nationalen Gerichten von Mitglied- oder Drittstaaten,³²⁴ materiell betrachtet eine administrative Funktion. Die Verbandskompetenz der Union ergibt sich hier aus der Natur der Sache, die Organkompetenz der Kommission aus einer erweiternden Auslegung von Art 335 AEUV.³²⁵ Die vom EuGH unter dem Gesichtspunkt der loyalen interinstitutionellen Zusammenarbeit aufgestellte Pflicht zur Konsultation des

318 Siehe oben IV.2.a.bb.

319 Insoweit dies geschieht, sind mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Durchführung des Unionsrechts nicht „erforderlich“ i.S.v. Art. 291 Abs. 1 AEUV.

320 Dies ist nach Art. 291 Abs. 2 AEUV allerdings nur „in entsprechend begründeten Sonderfällen“ möglich. In der Organpraxis kommt die Übertragung von Durchführungsbefugnissen auf den Rat daher – abgesehen von den oben behandelten Durchführungsrechtsakten – nur in Bezug auf hochstufige Rechtsakte wie die Reduzierung oder Umwidmung von Finanzmitteln zum Schutz des Unionshaushalts bei Verstößen gegen rechtsstaatliche Grundsätze in einem Mitgliedstaat nach der „Konditionalitätsverordnung“ (VO 2020/2092/EU v. 16.12.2020) vor.

321 Grundlegend EuGH, Urteil v. 13.6.1958, Rs. 9/56, ECLI:EU:C:1958:8 – *Meroni/Hohe Behörde*, sowie, daran anknüpfend, Urteil v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 33 ff. – *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA, Leerverkäufe)*.

322 EuGH, Urteil v. 2.5.2006, Rs. C-217/04, ECLI:EU:C:2006:279, Rn. 44 – *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, und Urteil v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 97–117 – *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*.

323 Ebenso wie in Bezug auf den Erlass von Durchführungsrechtsakten.

324 Zur Vertretung vor internationalen (d.h. völkervertraglich konstituierten) Gerichten und Schiedsgerichten siehe oben IV.2.a.cc.

325 Art. 335 AEUV erwähnt lediglich die Vertretung vor mitgliedstaatlichen Gerichten, die Rechtsprechung sieht die Vorschrift aber als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes, dass die Union Rechts- und Geschäftsfähigkeit besitzt und zu diesem Zweck

Rates sollte gemäß dem ausdrücklichen Hinweis in der Rechtsprechung beschränkt bleiben auf die Vertretung vor internationalen Gerichten,³²⁶ in Bezug auf die sich dies aufgrund der strukturellen Nähe zur völkerrechtlichen Außenvertretung rechtfertigen lässt.

Von nicht unerheblicher praktischer und rechtlicher Bedeutung sind administrative Funktionen der Kommission, die in der Durchführung nicht von Unionsrecht bestehen, sondern von durch die Mitgliedstaaten *inter se* abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen. Die Mitgliedstaaten sind befugt, die Kommission „außerhalb des Rahmens der Union“ mit derartigen Aufgaben zu betrauen.³²⁷ Realtypisch betrifft dies insbesondere das *Pooling* von Finanzmitteln, in den Bereichen der Entwicklungszusammenarbeit³²⁸ und der Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets und seiner Mitgliedstaaten.³²⁹ Eine solche völkerrechtliche „Durchgriffsorganleihe“ durch die Gesamtheit der Mitgliedstaaten ist mit einem unionsverfassungsrechtlichen Verständnis einer geschlossenen Kompetenzordnung sowie der Rolle der Kommission als Hüterin des Unionsinteresses nur schwer vereinbar.³³⁰ Allerdings hat die Rechtsprechung dies ohnehin vielfältig ein-

von der Kommission vertreten wird (EuGH, Urteil v. 12.9.2006, Rs. C-131/03 P, EU:C:2006:541, Rn. 94 – *Reynolds Tobacco u.a./Kommission*).

326 EuGH, *Rat/Kommission (Internationaler Seegerichtshof – ITLOS)* (Fn. 300), Rn. 86. Danach unterliege die Kommission einer „Verpflichtung zur vorherigen Konsultation des Rates, wenn sie vor einem internationalen Gericht einen Standpunkt im Namen der Union vertreten will“.

327 EuGH, Urteil v. 30.6.1993, verb. Rs. C-181/91 und C-248/91, ECLI:EU:C:1993:271, Rn. 16 – *Parlament/Rat und Parlament/Kommission*.

328 EuGH, *Parlament/Rat und Parlament/Kommission* (Fn. 327).

329 Vertrag zur Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus zwischen dem Königreich Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, der Republik Estland, Irland, der Hellenischen Republik, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, der Italienischen Republik, der Republik Zypern, dem Großherzogtum Luxemburg, Malta, dem Königreich der Niederlande, der Republik Österreich, der Portugiesischen Republik, der Republik Slowenien, der Slowakischen Republik, der Republik Finnland vom 2. Februar 2012.

330 Hier ist nicht der Ort, diesen Punkt zu vertiefen, es sei lediglich darauf hingewiesen, dass der bestehende Rechtszustand sich *auch* daraus erklärt, dass das Unionsprimärrecht die Figur eines vertikalen intra-föderativen Abkommens (nach Muster eines Bund-Länder Staatsvertrags) nicht entwickelt hat. In einem solchen Rahmen könnte die Union etwa auf der Grundlage von Art. 352 AEUV handeln, was einen Kommissionsvorschlag erfordern würde, in dessen Rahmen die Kommission zu beurteilen hätte, ob die Übernahme einer bestimmten administrativen Funktion durch sie – auch etwa im Hinblick auf den erforderlichen Ressourceneinsatz – im Unionsinteresse liegt.

gehegt. Insbesondere dürfen entsprechende *inter se* Vereinbarungen nicht zu einer Durchbrechung des Primärrechts führen und daher weder den Bereich ausschließlicher Unionskompetenzen betreffen³³¹ noch die primärrechtlichen Handlungsschranken der Kommission bei der Ausübung der dieser völkerrechtlich übertragenen Befugnisse beseitigen.³³² Schließlich dürfen diese Befugnisse die unionsrechtlichen Befugnisse der Kommission nicht denaturieren.³³³ Diese kann also nur in „Realunion“ zum Vertragsorgan einer neben dem Primärrecht stehenden völkerrechtlichen Vereinbarung zwischen Mitgliedstaaten berufen werden. Tendenziell limitiert das Sekundärrecht den Bedarf für solche völkerrechtlichen Vereinbarungen, indem es *Pooling*-Aufgaben der Kommission auf der Grundlage administrativer Vereinbarungen zwischen dieser und den Mitgliedstaaten vorsieht, so etwa im Bereich der Beschaffung vitaler Güter wie COVID-Impfstoffen im Namen der Mitgliedstaaten.³³⁴

c) Hüter- und Aufsichtsfunktionen

Aufsichtsmaßnahmen im verfassungsrechtlichen Sinne sind rechtsförmige Einwirkungen von Organen eines Hoheitsverbands auf einen Hoheitsverband einer „niedrigeren“ Ebene, die auf die Einhaltung bestimmter Standards abzielen. Existieren mehrere gleichgeordnete Hoheitsverbände auf der „niedrigeren“ Ebene, wie namentlich die EU-Mitgliedstaaten, so dienen Aufsichtsmaßnahmen zugleich dazu, ein hinreichendes Maß an Homogenität zwischen diesen Hoheitsverbänden in Bezug auf die betreffenden Standards zu erreichen. Aufsicht ist somit ein Epiphänomen hoheitlicher Mehrebenenstrukturen.³³⁵ In der Union ist spontan emergierende Homogenität nicht selbstverständlich, angesichts des teils ausgeprägten Souverä-

331 EuGH, Urteil v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 158–164 – *Pringle*.

332 EuGH, Urteil v. 20.9.2016, Rs. C-8/15 P, ECLI:EU:C:2016:701, Rn. 67 – *Ledra Advertising/Kommission und EZB*.

333 EuGH, *Pringle* (Fn. 331), Rn. 158–164.

334 Art. 4 Abs. 5 lit. b) der auf Art. 122 Abs. 1 AEUV gestützten VO 2016/369/EU v. 15.3.2016 über die Bereitstellung von Soforthilfe innerhalb der Union, ABl. 2016 L 70/1.

335 Nicht zur Aufsicht in diesem Sinne zählt hingegen die Überwachung der Einhaltung des Unionsrechts durch private Akteure, wie etwa im Wettbewerbsrecht; dies ist vielmehr ein Thema der administrativen Funktionen der Kommission, vgl. oben IV.2.b).

nitätsbewusstseins der Mitgliedstaaten und ihrer je spezifisch tradierten administrativen und sozio-ökonomischen Strukturen. Das Aufsichtsthema ist daher in der Union seit jeher ungleich bedeutender als in föderalen Staaten.³³⁶ Da unionale Standards in je spezifischer Weise auf das Unionsinteresse bezogen sind, ist die – in Art. 17 Abs. 1 S. 3 EUV für den Bereich unionsrechtlicher Standards programmatisch verankerte – Betrauung der auf das Unionsinteresse verpflichteten und unabhängigen Kommission mit den Aufsichtsfunktionen konsequent. Auch fördert dieses institutionelle Design die Gleichheit der Mitgliedstaaten und nicht zuletzt den Schutz der Kleineren unter ihnen. Aufsicht erfolgt im Rahmen je spezifischer Verfahren, die sich nach den Standards und Formen von Aufsichtsmaßnahmen und nach der Verfahrensinitiierung voneinander unterscheiden.

Rechtliche Standards sind das Resultat des – von der Kommission vorgeprägten – politischen Prozesses der Konkretisierung des Unionsinteresses. Aufsichtsmaßnahmen in Bezug auf diese Standards zielen also „positiv“ auf die Bewirkung von Homogenität ab. Relevante Verfahren sind die gerichtlichen Verfahren des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 und 260 AEUV und des Vorabentscheidungsverfahrens in Form der Auslegungsvorlage nach Art. 267 AEUV³³⁷ sowie das administrative Inter-Verbandverfahren der Beihilfenaufsicht. Bei Letzterem sind die Standards allerdings nur zum Teil³³⁸ rechtsnormativ kristallisiert. Hinsichtlich der übrigen Vereinbarkeitstatbestände³³⁹ verfügt die Kommission dagegen „über ein weites Ermessen, dessen Ausübung wirtschaftliche und soziale Wertungen voraus-

336 So haben etwa im deutschen Verfassungsrecht die aufsichtsbezogenen Bestimmungen über den Bundeszwang, die Bundesaufsicht und die verfassungsgerichtlichen Bund-Länder-Streitigkeiten (Art. 37, Art. 84 Abs. 3–5 und Art. 93 Abs. 3 GG) keine große praktische Bedeutung erlangt; in Einheitsstaaten ist das Thema ohnehin nur verwaltungsrechtlich, in Bezug auf territoriale oder funktionale Selbstverwaltungskörperschaften, relevant.

337 Das Verfahren der Auslegungsvorlage hat nicht selten die Auslegung einer Norm des Unionsrechts *im Hinblick* auf die Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Rechtsnorm oder Praxis zum Gegenstand. Solche kompatibilitätsbezogenen Vorabentscheidungsverfahren sind funktionell Aufsichtsverfahren und die in diesem Rahmen erfolgenden Stellungnahmen der Kommission als Verfahrensbeteiligte nach Art. 23 der EuGH-Satzung Aufsichtsmaßnahmen, hierzu auch *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 24.

338 Nämlich in Bezug auf den Beihilfegriff (Art. 107 Abs. 1 AEUV) sowie die zwingenden Tatbestände der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt (Art. 107 Abs. 2 AEUV).

339 Art. 107 Abs. 3 AEUV.

setzt, die auf die Union als Ganzes zu beziehen sind“.³⁴⁰ Relevanter Standard der Aufsicht ist damit in diesem Bereich letztlich unmittelbar das Unionsinteresse in seiner gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Konkretisierung durch die Kommission.³⁴¹ Es geht darum, ob die durch eine staatliche Beihilfe notwendig bewirkte Beeinträchtigung des Binnenmarktziels³⁴² durch die Beförderung anderer Aspekte des Unionsinteresses³⁴³ oder von der Union anerkannter öffentlicher Interessen des beihilfegewährenden Mitgliedstaats³⁴⁴ kompensiert wird. Die Kommission hat das Unionsinteresse für zahlreiche thematisch oder situativ definierte Fallgruppen staatlicher Beihilfen typisierend in Gestalt von Leitlinien konkretisiert,³⁴⁵ an die sie für die hiervon erfassten Einzelfälle aufgrund der Rechtsgrundsätze der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes gebunden ist.³⁴⁶

Grundlagen bzw. Rahmenstandards sollen das kontinuierliche Vorliegen der Voraussetzungen für die rechtliche Integration bzw. bestimmter Aspekte hiervon gewährleisten. Sie sind Gelingensbedingung der Rechtsgemeinschaft bzw. einzelner Politikfelder schlechthin. Entsprechende Aufsichtsmaßnahmen zielen „negativ“ auf die Vermeidung übermäßiger Inhomogenität ab. Grundlegend für die rechtliche Integration als solche ist die in Art. 2 EUV verankerte Wertetrias (Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Menschenrechte),³⁴⁷ die in dem in Art. 7 EUV geregelten Verfahren der

340 EuGH, Urteil v. 2.12.2010, Rs. C-464/09 P, ECLI:EU:C:2010:733, Rn. 46 – *Holland Malt/Kommission*.

341 Siehe aber sogleich zum Evokationsvorbehalt zugunsten des Rates.

342 Das nach Protokoll Nr. 27 zum Vertrag von Lissabon „ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“.

343 Vgl. Art. 107 Abs. 3 lit. a), lit. b) 1. Alt. und lit. d) AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 und 4 EUV (Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts und Wahrung der kulturellen Vielfalt und Schutz und Entwicklung des kulturellen Erbes).

344 Vgl. Art. 107 Abs. 3 lit. b) 2. Alt. und lit. c) AEUV; nur auf diesen Aspekt abstellend *Johannes Laitenberger/Thomas Liefländer*, Beihilfenaufsicht: Die Versöhnung von unabhängiger Rechtsdurchsetzung mit direkter Wirkung und demokratiegesteuerter Ermessensausübung, EuZW 2017, 281–283 (283): „Einzelfallentscheidung, ob das vom Beihilfegewährenden Staat verfolgte (nationale) öffentliche Interesse die resultierende Beeinträchtigung des Binnenmarktes rechtfertigt und daher mit diesem vereinbar ist“.

345 Siehe etwa die Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19, 20.3.2020, C/2020/1863, ABl. C 91/1.

346 EuGH, *Holland Malt/Kommission* (Fn. 340), Rn. 46 f.

347 Siehe die emphatisch-synthetischen Ausführungen in EuGH, Urteil v. 16.2.2022, Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 143 – *Polen/Parlament und Rat*, wonach der

„Verfassungsaufsicht“ maßgeblich ist. Es handelt sich hier um grundlegende rechts- und institutionenbezogene Prinzipien. Auf die Voraussetzungen spezifisch der Wirtschafts- und Währungsunion bezogen sind nicht-rechtliche Standards die „Grundzüge der Wirtschaftspolitik“³⁴⁸ sowie die Kriterien für ein übermäßiges Defizit.³⁴⁹

Die *Formen* – und damit die Rechtswirkungen – von Aufsichtsmaßnahmen der Kommission variieren erheblich. Die intensivste Form bilden autonome, wenn auch unionsgerichtlicher Kontrolle unterliegende, Entscheidungen. Dies ist das Modell im Bereich der Beihilfenaufsicht, wobei freilich die Aufsichtsbefugnis der Kommission unter einem Evokationsvorbehalt des Rates steht.³⁵⁰ Dieser ist asymmetrisch in dem Sinne, dass der Rat lediglich eine positive Vereinbarkeitsentscheidung treffen kann; der erforderliche einstimmige Ratsbeschluss fungiert als Surrogat für die Konkretisierung des Unionsinteresses durch die Kommission.³⁵¹ Auf der nächsten Stufe stehen Prozesshandlungen vor den Unionsgerichten, in Form des verfahrenseinleitenden Antrags beim Vertragsverletzungsverfahren³⁵² bzw. der Stellungnahme als Beteiligte im Verfahren der Auslegungsvorlage. In Bezug auf die Durchsetzung der Grundlagen bzw. Rahmenstandards bestehen Aufsichtsmaßnahmen in einer Initiative gegenüber einem der föderalen Organe. Dieses Design beruht verfassungspolitisch darauf, dass die Mitgliedstaaten wegen des besonderen politischen Gewichts der Feststellung

Beitritt zur Union ein Beitritt zu einer „rechtlichen Konstruktion [...] [ist], die auf der grundlegenden Prämisse beruht, dass jeder Mitgliedstaat die in Art. 2 EUV genannten gemeinsamen Werte, auf die sich die Union gründet, mit allen anderen Mitgliedstaaten teilt und anerkennt, dass sie sie mit ihm teilen. Diese Prämisse gehört zu den besonderen und wesentlichen Merkmalen des Unionsrechts, die mit dessen Eigenart zusammenhängen und sich aus der Autonomie ergeben, die das Unionsrecht gegenüber den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und dem Völkerrecht genießt. Sie impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten in die Anerkennung dieser Werte und damit in die Beachtung des Unionsrechts, mit dem sie umgesetzt werden“.

348 Art. 121 Abs. 4 AEUV.

349 Art. 126 Abs. 2 AEUV i.V.m. Protokoll Nr. 12 zum Vertrag von Lissabon.

350 Auf Ausnahmefälle beschränkt und in der Praxis selten genutzt, Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 und 4 AEUV.

351 Dies ist strukturell vergleichbar mit der einstimmigen Änderung eines Kommissionsvorschlags durch den Rat im Gesetzgebungsverfahren, vgl. oben IV.2.a.aa.ii.

352 Nach einem zweistufigen Vorverfahren gemäß dem ersten Absatz von Art. 258 AEUV (Aufforderungsschreiben, mit Gründen versehene Stellungnahme), das der Prozessökonomie und der vorgezogenen Wahrung des rechtlichen Gehörs des betroffenen Mitgliedstaats dient.

einer Verletzung dieser Standards sowie der hieraus potentiell folgenden Konsequenzen – letztlich aus Gründen der Souveränitätsschonung – diese Feststellung lediglich nach dem Modell einer politischen *peer review* ausgestaltet haben.³⁵³ Im Rahmen der „Verfassungsaufsicht“ stellt entweder der Rat die Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung eines oder mehrerer der Werte des Art. 2 EUV³⁵⁴ oder der ERat deren schwerwiegende und anhaltende Verletzung³⁵⁵ fest; allerdings löst bereits ein bloßer Vorschlag nach Art. 7 Abs. 1 EUV bestimmte materielle Rechtsfolgen aus,³⁵⁶ weshalb er mit einer Nichtigkeitsklage vor den Unionsgerichten angegriffen werden kann.³⁵⁷ Weiterhin fungieren Prozesshandlungen der Kommission im Vertragsverletzungs- oder Vorlageverfahren in Bezug auf das in Art. 19 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 47 Charta verankerte Erfordernis der richterlichen Unabhängigkeit als indirekte Aufsichtsmaßnahmen zur Durchsetzung der Rechtsstaatlichkeit als Grundlage bzw. Rahmenstandard.³⁵⁸ Im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion richtet der Rat Empfehlungen an einen Mitgliedstaat, dessen Wirtschaftspolitik nicht mit den festgelegten Grundzügen der Wirtschaftspolitik vereinbar ist oder das ordnungsgemäße Funk-

353 Vgl. Art. 126 Abs. 9 AEUV: „nach Prüfung der Gesamtlage“; bezeichnenderweise ist bei der Verfassungsaufsicht im Falle der Feststellung einer Standardverletzung der Rechtsschutz des betroffenen Mitgliedstaats in Bezug auf die Frage einer solchen Verletzung eingeschränkt (vgl. Art. 269 AEUV).

354 Art. 7 Abs. 1 EUV.

355 Art. 7 Abs. 2 EUV.

356 Zum einen greift die Vermutung, dass der betreffende Mitgliedstaat ein „sicheres Herkunftsland“ im asylrechtlichen Sinne ist, nicht mehr (Protokoll Nr. 24, einziger Artikel, lit. c). Zum anderen besteht im Rahmen des Europäischen Haftbefehls ein Indiz für die Annahme, dass im Ausstellungsmitgliedstaat eine echte Gefahr besteht, dass das Grundrecht auf ein faires Verfahren in seinem Wesensgehalt verletzt wird, weil die Justiz dieses Mitgliedstaats systemische oder allgemeine Mängel aufweist; als Folge muss die vollstreckende Justizbehörde konkret prüfen, ob es ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die gesuchte Person nach ihrer Übergabe an den Ausstellungsmitgliedstaat der Gefahr ausgesetzt sein wird, dass ihr Grundrecht auf ein faires Verfahren in seinem Wesensgehalt verletzt wird (EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 69, 79 – *Minister for Justice and Equality gegen LM*).

357 EuGH, Urteil v. 3.6.2021, Rs. C-650/18 P, ECLI:EU:C:2021:426, Rn. 37–49 – *Ungarn/Parlament*.

358 Da Art. 19 Abs. 1 EUV den Wert der Rechtsstaatlichkeit konkretisiert, vgl. grdl. EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

tionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu gefährden droht³⁵⁹ bzw. stellt das Bestehen eines übermäßigen Defizits fest.³⁶⁰

Bis auf die Beihilfeaufsicht³⁶¹ ist die Aufsichtsfunktion in den meisten Konstellationen nicht bei der Kommission monopolisiert. So ist jeder Mitgliedstaat zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens³⁶² und zur Stellungnahme im Verfahren der Auslegungsvorlage³⁶³ berechtigt. Ein ausschließliches Initiativrecht steht der Kommission lediglich im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion zu,³⁶⁴ in demjenigen der „Verfassungsaufsicht“ teilt sie das Initiativrecht dagegen mit einem Drittel der Mitgliedstaaten sowie – allerdings nur in Bezug auf Feststellung der Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung³⁶⁵ – dem EP.³⁶⁶

Schließlich ist zwischen obligatorischer und diskretionärer – also im Ermessen der Kommission stehender – *Initiierung* von Aufsichtsverfahren zu unterscheiden.³⁶⁷ Obligatorisch sind das durch die – ihrerseits obligatorische – mitgliedstaatliche Notifizierung³⁶⁸ initiierte Verfahren der Beihilfeaufsicht sowie die auf einer ständigen Überwachung des mitgliedstaatlichen Verhaltens durch die Kommission beruhenden Verfahren im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion.³⁶⁹ Diskretionär ist dagegen – neben dem Verfahren der Verfassungsaufsicht – insbesondere das Vertragsverletzungsverfahren.³⁷⁰ Das Unionsinteresse ist hier verfahrensrechtlich gewendet:

359 Art. 121 Abs. 4 AEUV.

360 Art. 126 Abs. 6 AEUV.

361 Mit der angesprochenen Ausnahme in Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 und 4 AEUV.

362 Art. 259 AEUV; hier ist der Kommission allerdings vor Klageerhebung die Möglichkeit zu einer begründeten Stellungnahme einzuräumen.

363 Art. 23 der EuGH-Satzung.

364 Art. 121 Abs. 4 AEUV (Empfehlung); Art. 126 Abs. 6 AEUV (Vorschlag).

365 Nach Art. 7 Abs. 1 EUV.

366 Gegenwärtig (Juni 2023) sind zwei Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 anhängig, von denen eines (in Bezug auf Polen) von der Kommission und das andere (in Bezug auf Ungarn) vom EP initiiert worden ist.

367 Das kompatibilitätsbezogene Vorabentscheidungsverfahren wird nicht von der Kommission, sondern von einem mitgliedstaatlichen Gericht initiiert.

368 Art. 108 Abs. 3 AEUV; dem korrespondiert eine Bescheidungspflicht der Kommission, vgl. Art. 4 Abs. 5 der VO 2015/1589/EU v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 AEUV, L 2015 248/9.

369 Art. 121 Abs. 3 und 4 AEUV; Art. 126 Abs. 2–5 AEUV.

370 EuGH, Urteil v. 3.3.2016, Rs. C-12/14, ECLI:EU:C:2016:135, Rn. 24 – *Kommission/Malta*; dies betrifft nicht nur den Zeitpunkt, sondern auch das „ob“ der Verfahrensinitiierung. Aufgrund des Fehlens der Klagebefugnis bzw. des Rechtsschutzinteresses sind Klagen Privater (hierzu *pars pro toto* EuG, Beschluss v. 6.7.2011, Rs. T-190/11, ECLI:EU:T:2011:336, Rn. 6–12 – *Altner/Kommission*) bzw. anderer

Die aufgrund knapper Entscheidungsressourcen unvermeidlich graduierte Effektivierung unionaler Rechtsnormen bedeutet eine graduell unterschiedliche Verwirklichung der diesen jeweils zugrundeliegenden substantiellen Aspekte des Unionsinteresses. Auch hier kommt der Kommission also eine autonom-vorprägende Rolle bei dessen Konkretisierung zu. In Ausübung ihres Verfahrensermessens hat die Kommission Leitlinien aufgestellt, in denen sie der Verfolgung von schwerwiegenden und systemischen Verstößen gegen das Unionsrecht Priorität einräumt.³⁷¹ Von großer praktischer Bedeutung sind schließlich informelle Aufsichtsmaßnahmen der Kommission, also solche, die außerhalb eines rechtlich geregelten Verfahrens ergehen und keine Rechtswirkungen entfalten. In Bezug auf konkrete Fälle, bestehen solche informellen Maßnahmen in einer dialogischen Interaktion mit dem betroffenen Mitgliedstaat im Vorfeld potentieller formeller Maßnahmen, etwa im Rahmen des Problemlösungsnetzwerks „Solvit“ zur Abwendung bzw. Abstellung eines Verstoßes gegen das Unionsrecht.³⁷² Im Bereich der Werte der Union hat die Kommission 2014 in einer Mitteilung einen neuen „EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“³⁷³ geschaffen, der im Falle systemischer Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit ein zweistufiges informelles und fakultatives³⁷⁴ Vorverfahren³⁷⁵ zu einem möglichen „begründeten Vorschlag“ nach Art. 7 Abs. 1 oder 2 EUV vorsieht. Ohne Bezug auf konkrete Fälle – also letztlich rein präventiv – gibt die Kommission häufig in Mitteilungen abstrakt-generelle Hinweise zur korrekten Anwendung des Unionsrechts.³⁷⁶ Seit 2020 legt die Kommission zudem jährliche Berichte zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Union vor, die nunmehr auch konkrete Empfehlungen an die Mitgliedstaaten enthalten.³⁷⁷ Dem liegt ein Verständnis der Rechtsstaatlichkeit als Optimierungsgebot zugrunde, wonach die Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten auch diesseits der

Mitgliedstaaten (*argumentum ex Art. 259 AEUV*) gegen die Verweigerung der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens unzulässig.

371 Vgl. Mitteilung der Kommission, EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung, 19.1.2017, 2017/C 18/02, ABl. C 18, insbesondere Abschnitt 3.

372 *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 25 und Rn. 27.

373 Mitteilung der Europäischen Kommission an das EP und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, 11.3.2014, COM(2014) 158 final.

374 Also keine verfahrensrechtliche Selbstbindung der Kommission erzeugendes.

375 Mit einer „Stellungnahme“ und einer „Empfehlung“ zur Rechtsstaatlichkeit.

376 Hierzu *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 25.

377 Siehe die Mitteilung der Kommission an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2022, 13.7.2022, COM(2022) 500 final.

Schwelle eines nicht mehr hinnehmbaren – und daher mit dem Verfahren der Verfassungsaufsicht zu adressierenden – Homogenitätsbruchs zu fördern ist, nicht zuletzt durch die empfehlende Darstellung von *best practices* einzelner Mitgliedstaaten.

d) Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Funktionen

In bestimmten Konstellationen, insbesondere bei der Reaktion auf Krisen, können alle drei Funktionen (die politisch-gubernative, die administrative und die aufsichtliche Funktion) komplementär und fokussiert zum Einsatz kommen und sich somit in ihrer Wirksamkeit gegenseitig verstärken. Dies gilt für interne Krisen, namentlich in Bezug auf die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten: Hier kommen die Aufsichtsfunktion in Gestalt der Initiierung von Vertragsverletzungsverfahren³⁷⁸ und Verfahren der Verfassungsaufsicht³⁷⁹ und die Verwaltungsfunktion in Bezug auf die Ausführung des Haushalts³⁸⁰ gleichsinnig zum Einsatz. Auch die politisch-gubernative Funktion in Gestalt des Initiativrechts kann hier relevant werden.³⁸¹ Ähnliches lässt sich für externe Krisen beobachten. Hier können sich beispielsweise die Aufsichtsfunktion und die Verwaltungsfunktion gegenseitig verstärken, so wenn die Kommission in Reaktion auf die COVID-Pandemie die Leitlinien für die Vereinbarerklärung staatlicher Beihilfen anpasst (lockert)³⁸² und gleichzeitig den mitgliedstaatlichen Einkauf von Impfstoffen poolt.

Umgekehrt besteht aber auch das Risiko, dass sich die verschiedenen Funktionen der Kommission in ihrer Wirksamkeit gegenseitig abschwächen, etwa wenn die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens mit Rücksicht auf die Positionierung des betreffenden Mitgliedstaats zu einem

378 Vgl. die in Fn. 14 genannte Rechtsprechung.

379 Art. 7 EUV, vgl. die Einleitung der Verfassungsaufsicht durch die Kommission durch den Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, 20.12.2017, COM/2017/0835 final.

380 In Gestalt der Reduzierung oder Umwidmung von Finanzmitteln zum Schutz des Unionshaushalts bei Verstößen gegen rechtsstaatliche Grundsätze in einem Mitgliedstaat nach der „Konditionalitätsverordnung“ (Fn. 320).

381 So hat die Kommission den Vorschlag für die „Konditionalitätsverordnung“ (Fn. 320) 2018 im Angesicht der Rechtsstaatskrisen in Polen und Ungarn vorgelegt.

382 Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19 (Fn. 345).

wichtigen im Rat anhängigen Rechtsetzungsvorhaben oder dessen Funktion als Ratspräsidentschaft verschoben würde. Durch Sicherungen in ihrem internen Organisationsrecht strebt die Kommission an, aus der Aufgabekumulation resultierende Gefährdungen für die unverfälschte Ausübung einzelner ihrer Funktionen zu minimieren.³⁸³

V. Ausblick

Die einzigartige und zentrale Stellung der Kommission resultiert aus der Tatsache, dass sie als unabhängiges supranationales Organ mit Rat und EP politisch zwar nicht notwendig homogen, zumindest aber „en phase“ und mit einem Bündel von Aufgaben und Befugnissen betraut ist, die – mit Ausnahme der Außenvertretung – über diejenigen der meisten nationalen Regierungen hinausgehen. Rechtlich ist die Stellung der Kommission im Institutionengefüge sukzessive ständig gestärkt worden. Dies manifestiert sich etwa in der Ausweitung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und – damit einhergehend – der *power-broker*-Funktion der Kommission, aber auch in den Verfahren der Verfassungsaufsicht – einschließlich der in deren Umfeld entstandenen rechtsstaatssichernden Verfahren – und der Wirtschafts- und Währungsaufsicht. Allerdings ist die supranationale Methode insgesamt – und damit die Rolle der Kommission – in hochpolitischen Feldern an Grenzen gestoßen: Die Rolle des ERates beim agenda setting – insbesondere, aber nicht ausschließlich bei akuten Krisenlagen, namentlich solchen mit internationaler Dimension – stellt sich als zwar supranational rückgebundene und begrenzte, jedoch im Kern intergouvernementale Unionsleitung dar. Hierzu wiederum gegenläufig hat die auch in Bezug auf staatliche Politiken zu verzeichnende „Präponderanz der Exekutive“ die Stellung der Kommission auf Unionsebene tendenziell verstärkt, insbesondere angesichts der stetig wachsenden Bedeutung von Expertise und schneller Krisenreaktionsfähigkeit.

De constitutione ferenda könnte die Unabhängigkeit der Kommission als *verfassungsrechtlicher Entität* durch die Abschaffung des mitgliedstaat-

383 So muss nach Art. 12 Abs. 5 der GO der Kommission (Fn. 61) ein Kommissionsmitglied, das einen Beschlussvorschlag im Bereich der Koordinierung und der Überwachung der Wirtschafts- und Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten in Frage stellen möchte, dies besonders und in substantiiert Weise begründen; hierzu *Ladenburger* (Fn. 69), 314 f.

lichen Vorschlagsrechts für die einfachen Kommissionsmitglieder noch gestärkt werden. In Bezug auf die Kommission als *verfassungsrechtlichen Akteur* ist deren vorprägende Schlüsselrolle bei der Konkretisierung des Unionsinteresses – und der damit einhergehende weitreichende Einfluss auf die Tätigkeiten und das Zusammenwirken von EP und Rat – in verfassungsvergleichender und demokratietheoretischer Perspektive stets neu begründungsbedürftig. Die „Konferenz zur Zukunft Europas“ hat in ihrem Abschlussbericht³⁸⁴ ein Initiativrecht des EPs für Gesetzgebungsakte vorgeschlagen,³⁸⁵ was von Letzterem in einer Resolution aufgegriffen wurde.³⁸⁶ Die vorprägende Konkretisierung des Unionsinteresses durch die Kommission erscheint aber beim gegenwärtigen, nach wie vor durch Zentrifugalkräfte geprägten Stand der politischen und gesellschaftlichen Integration weiterhin gerechtfertigt.³⁸⁷ Auch ein veritables Initiativrecht einer qualifizierten Minderheit der Unionsbürger ist erst auf einer möglichen künftigen Entwicklungsstufe der politischen und gesellschaftlichen Integration und auf der Grundlage eines wesentlich höheren Unterstützungsquorums vorstellbar.

384 Europäische Union, Konferenz zur Zukunft Europas. Bericht über das endgültige Ergebnis, Mai 2022.

385 Ebd., Vorschlag 38, Abschnitt 4 (2. bullet point); in der auf diese Vorschläge reagierenden Mitteilung der Kommission, Konferenz zur Zukunft Europas, 17.6.2022, COM(2022) 404 final, Abschnitt 2 *in fine* geht die Kommission hierauf nicht inhaltlich ein, sondern kündigt lediglich an, ihre Rolle in einem Verfahren zur Vertragsänderung nach Art. 48 EUV uneingeschränkt wahrzunehmen.

386 Entschließung des EPs v. 9.6.2022 zur Forderung nach einem Konvent zur Überarbeitung der Verträge (2022/2705(RSP)), 2022/C 493/13, Punkt 5.

387 Kritisch zur Ausweitung des Initiativrechts auf andere Akteure auch *Jacqué* (Fn. 12), 131–133; *Martenczuk* (Fn. 67), Art. 17 EUV, Rn. 87–91.

Der Hohe Vertreter und die Verfassung des europäischen Außenhandelns

Isabelle Ley

I. Einleitung	1111
II. Materielle und institutionelle Bestimmungen der Außenverfassung	1116
III. Der theoretische Diskurs um eine Außenverfassung der Union	1119
1. Die Außenwendung des europäischen Verfassungsdiskurses	1120
2. Transgouvernementalität anstelle von Intergouvernementalität	1125
3. Noch einmal: Zum Konnex von Handel und Sicherheit	1131
4. Zwischenergebnis: Ein außenrechtlicher Verfassungsbegriff	1134
IV. „Bridging the gap“: Die Konstitutionalisierung der GASP in der Rechtspraxis	1136
1. Der Hohe Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik	1137
2. Parlamentarische Legitimation des europäischen Außenhandelns	1150
3. Die Funktion von Werten und Zielen in der Außen-Rechtsprechung des Gerichtshofs	1159
V. Résumé und Ausblick: Weitere Demokratisierung der EU-Außenbeziehungen?	1164

I. Einleitung

Der Vertrag von Lissabon versucht mit der Einführung der Institution des Hohen Vertreters für Außen- und Sicherheitspolitik und gemeinsamer Werte und Zielvorgaben für das gesamte EU-Außenhandeln die Quadratur eines Kreises: die Schaffung größerer Kohärenz innerhalb der Außenbeziehungen unter Beibehaltung der Dichotomie zwischen den im AEUV geregelten supranationalen Außenbeziehungen und der im Grundsatz intergouvernemental verfassten Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP). In den Abhandlungen zu den Außenbeziehungen, die in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags verfasst wurden, lautete ein gängiges Fazit, dass trotz wichtiger Neuerungen wie der einheitlichen Rechtspersönlichkeit der EU (Art. 47 EUV), den übergreifend geltenden Werten und Zielvorgaben (Art. 2, Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 Abs. 1 EUV) und übergreifend zuständigen Institutionen wie dem Europäischen Rat, dem Hohen Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik und dem Europäischen Auswärtigen Dienst (EAD) die Dichotomie zwischen supranationalen und intergouvernementalen Außenbeziehungen fortbestehe: Der Vertrag sei in

dieser Hinsicht ein *trompe-l'œil*.¹ Hinter der Fassade der Einheitlichkeit lebe die Trennung unterschiedlicher Institutionen, Handlungsformen und Abstimmungsmechanismen, kurz: zwischen supranationalen Außenbeziehungen in den Bereichen Handel, Entwicklung, Umwelt u.a. auf der einen sowie den intergouvernementalen Strukturen der GASP bzw. Gemeinsamer Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP) auf der anderen Seite fort.²

In der Tat: Der politische Konflikt zwischen denjenigen, die beim Verfassungskonvent 2002/2003 die mit Maastricht eingeführte Fragmentierung der Verträge³ und insbesondere des Außenhandelns der Union seit Einführung der Europäischen Politischen Zusammenarbeit 1970 überwinden wollten,⁴ und denjenigen Mitgliedstaaten, die ihre außenpolitische Eigenständigkeit bewahren wollten und eine stärkere Orientierung zur NATO hin favorisieren,⁵ konnte weder im Entwurf des Verfassungsvertrags noch im Zuge der Verhandlungen zum Lissabon-Vertrag beigelegt werden.⁶ Nach wie vor unterscheidet sich die im EUV geregelte⁷ GASP in mehrfacher Hinsicht von den im AEUV geregelten „supranationalen“ Außenbeziehungen:

-
- 1 Geert De Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford: Oxford University Press 2008, 210.
 - 2 Daniel Thym, Außenverfassungsrecht nach dem Lissaboner Vertrag, in: Ingolf Pernice (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, Baden-Baden: Nomos 2008, 173; Roya Sangi, *Die auswärtige Gewalt des Europäischen Parlaments*, Berlin: Springer 2018, 39; Peter Van Elsuwege, *Judicial Review and the Common Foreign and Security Policy*, CML Rev. 58 (2021), 1731–1760 (1735 ff.); Alan Dashwood, *The Continuing Bipolarity of EU External Action*, in: Inge Govaere u.a. (Hrsg.), *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2014, 3–16 (16); Inge Govaere, *Multi-faceted Single Legal Personality and a Hidden Horizontal Pillar*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 13 (2011), 87–111 (100–104).
 - 3 Deirdre Curtin, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, CML Rev. 30 (1993), 17–69 (22–26); zu den Ursprüngen in der EPZ und der Einheitlichen Europäischen Akte; Bruno de Witte, *Too Much Constitutional Law in the European Union's Foreign Relations?*, in: Marise Cremona/Bruno de Witte (Hrsg.), *EU Foreign Relations Law*, Oxford/: Hart 2008, 3–15 (7); zum Versuch der Überwindung durch den Genscher/Colombo-Plan von 1981 s. Pauline Neville-Jones, *The Genscher/Colombo Proposals on European Union*, CML Rev. 20 (1983), 657–699.
 - 4 Im Verfassungsvertrag war das gesamte EU-Außenhandeln in einem einzigen Titel unter gemeinsamen Grundsätzen und Zielen zusammengeführt: Jean-Claude Piris, *The Lisbon Treaty*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, 242.
 - 5 Zum Aushandlungsprozess der Bestimmungen zum Außenhandeln im Lissabon-Vertrag: Piris (Fn. 4), 241–243; Hartmut Marhold, *Der Konvent zwischen Konsens und Kontroversen*, integration 25 (2002), 251–268 (259–263).
 - 6 Dazu De Baere (Fn. 1), 210.
 - 7 Bruno de Witte weist darauf hin, dass die separate Regelung im EUV keineswegs einer sachlichen Notwendigkeit folgt, vielmehr wäre (wie im EWG-Vertrag) eine integrierte

In der GASP entscheiden im wesentlichen Europäischer Rat und Rat in intergouvernementalen Verfahren⁸ in besonderen Handlungsformen. Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren kommt nicht zur Anwendung.⁹ Die „Gemeinschaftsinstitutionen“ Kommission, Europäisches Parlament (EP) und Gerichtshof spielen hier nur untergeordnete Rollen.¹⁰ GASP-Kompetenzen unterfallen nicht den üblichen Zuständigkeitsarten der Art. 2–6 AEUV: Gemäß Art. 2 Abs. 4 AEUV, Art. 24 EUV ist die EU parallel zu den Mitgliedstaaten für Außen- und Sicherheitspolitik zuständig, das EU-Außenhandeln im Bereich der GASP entfaltet keine präemptive Wirkung gegenüber der mitgliedstaatlichen Politik.¹¹ Dagegen sind die im 5. Teil des AEUV geregelten Außenbeziehungen (Gemeinsame Handelspolitik, Entwicklungszusammenarbeit, humanitäre Hilfe, internationale Verträge und restriktive Maßnahmen) sowie die Binnen-Politiken des AEUV mit auswärtiger Dimension (etwa das Gesundheitswesen,¹² transeuropäische Netze,¹³ Umweltpolitik¹⁴) in die sonstige Institutionenordnung eingefügt: Der Kommission kommt eine zentrale Rolle in der Politiksetzung und Initiative zu,¹⁵ Rat und ein seit dem Lissabon-Vertrag aufgewertetes Europäisches Parlament (EP) setzen Recht (nach innen, etwa im Bereich der Autonomen Handelspolitik, Art. 207 Abs. 2 AEUV, wie auch beim Abschluss von internationalen Abkommen nach außen, Art. 218 Abs. 2 und 6 AEUV), und der EuGH besitzt uneingeschränktes Kontrollrecht.¹⁶

Regelung im AEUV trotz der besonderen Verfahrensweisen denkbar gewesen: *de Witte* (Fn. 3), 8.

8 Einstimmigkeit mit der Möglichkeit konstruktiver Enthaltung, Art. 31 Abs. 1 EUV.

9 Vgl. Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 3 EUV.

10 Vgl. Art. 24 f., 31 EUV.

11 *Piet Eeckhout*, *EU External Relations Law*, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2011, 171 f.; *Christina Eckes*, *The CFSP and Other EU Policies*, *European Foreign Affairs Review* 20 (2015), 535–552 (550); *Marise Cremona*, *The Position of CFSP/CS-DP in the EU's Constitutional Architecture*, in: Steven Blockmans/Panos Koutrakos (Hrsg.), *Research Handbook on the EU's Common Foreign and Security Policy*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, 5–21 (5–6).

12 Art. 168 Abs. 3 AEUV.

13 Art. 171 Abs. 3 AEUV.

14 Art. 191 Abs. 4 AEUV.

15 Art. 17 Abs. 2 S. 1 EUV, Art. 207 Abs. 2, 3, 293 Abs. 1 AEUV.

16 Art. 19 Abs. 1 EUV, Art. 218 Abs. 11, 251 ff. AEUV; für Darstellungen s. *Alexander Lorz/Stefan Martini*, *Außenkompetenzen der EU*, in: Andreas von Arnould/Marc Bungenberg (Hrsg.), *Europäische Außenbeziehungen*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, § 2, 125–184; *Markus Krajewski/Ruth Weber*, § 4: Binnenorganisation der EU-Außenpolitik, ebd., 255–314.

In der Folge wurde versucht, mit der fortbestehenden Spaltung zwischen den Außenpolitiken im AEUV auf der einen Seite und der GASP auf der anderen Seite auch in einem konzeptionellen Sinn affirmativ umzugehen: Im Anschluss an die Tradition einer überwiegend exekutivisch geprägten Außenpolitik, die durch schnelles Handeln und eine nur geringe Verrechtlichung geprägt sei,¹⁷ hielten verschiedene Kommentatoren den weitgehenden Ausschluss der „supranationalen Institutionen“ Kommission, Parlament und Gerichtshof aus dem Bereich der GASP für plausibel.¹⁸

Im Gegensatz dazu geht der vorliegende Beitrag davon aus, dass die Dichotomie, die der Grundunterscheidung zwischen Handel und Sicherheit, AEUV und EUV-Außenpolitiken, zugrunde liegt, aus systematischen, aus institutionellen wie aus politischen Gründen nicht mehr trägt: Spätestens seit dem russischen Angriff auf die Ukraine – der sog. Zeitenwende vom 24. Februar 2022¹⁹ – lassen sich handels- und sicherheitspolitische Erwägungen nicht mehr trennscharf voneinander abgrenzen, was analytisch im Begriff der Geo-Ökonomie²⁰ sowie im Ruf nach strategischer Autonomie der Union²¹ zum Ausdruck gebracht wird. Der Ansatz, Frieden durch Han-

17 Häufig zitiert in diesem Kontext: *Locke*, Two Treatises of Government, Book II, in: Peter Laslett (Hrsg.), A Critical Edition with an Introduction and Apparatus Criticus, Cambridge: Cambridge University Press 1960 [1690], Chapter XII Rn. 147 f.: „this federative power is much less capable to be directed by [...] positive laws, than the executive; and so must be necessarily left to the prudence and wisdom of those, whose hands it is in.“

18 *Daniel Thym*, Auswärtige Gewalt, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 441–488 (441, 445); *ders.*, GASP und äußere Sicherheit, in: von Arnault/Bungenberg (Fn. 16), § 18 Rn. 51; *Peter Van Elsuwege*, EU External Action after the Collapse of the Pillar Structure, CML Rev. 47 (2010), 987–1019 (999); *ders.*, Judicial Review (Fn. 2), 1739; *Graham Butler*, Constitutional Law of the EU's Common Foreign and Security Policy, London: Hart 2019, 206–213; für weitere Nachweise *Matthias Kottmann*, Introvertierte Rechtsgemeinschaft, Berlin: Springer 2014, 19 f., 160 f.

19 Begriffsprägung durch Bundeskanzler Scholz in der Regierungserklärung anlässlich der Sondersitzung zum Krieg gegen die Ukraine vor dem Deutschen Bundestag am 27. Februar 2022.

20 *Robert Blackwill/Jennifer Harris*, War by Other Means: Geoeconomics and Statecraft, Cambridge (Mass.): The Belknap Press of Harvard University Press 2016; *Nicholas Mulder*, The Economic Weapon: The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War, New Haven: Yale University Press 2022; zum erweiterten Sicherheitsbegriff: *Avril McDonald/Hanna Brollowski*, Security, MPEPIL, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2011.

21 *Frank Hoffmeister*, Strategic Autonomy in the European Union's External Relations Law, CML Rev. 60 (2023), 667–700.

delsbeziehungen und die weitgehende Externalisierung von Sicherheitsfragen zu schaffen, hat lange gut funktioniert. Nunmehr sind Deutschland und die EU bemüht, strategische Risiken und Abhängigkeiten in den Handelsbeziehungen zu minimieren. Die Annahme, dass enge handelsrechtliche Verflechtungen vor sicherheitspolitischen Bedrohungen schützen, wurde entkräftet, was eine starke sicherheits- und verteidigungspolitische Dynamik zur Folge hat. Gleichzeitig ist in den letzten Jahren eine dynamische Entwicklung derjenigen EU-Institutionen zu beobachten, die „säulenübergreifend“ agieren und die damit geeignet sind, Kohärenz zwischen den Institutionen und Politiken herzustellen: des Hohen Vertreters für Außen- und Sicherheitspolitik,²² des Europäischen Parlaments und des EuGH.

Dieser Beitrag zielt darauf ab, das Potential des Grundlagenteils des EU-Vertrags auszuloten, diese Entwicklungen anzuleiten. Eignet den Institutionen ein Integrationspotential, obwohl die Verträge an anderer Stelle nach wie vor an der Trennung von AEUV- und EUV-Außenbeziehungen festhalten? Oder wäre das eine vertragswidrige Kompetenzüberschreitung, die Legitimationsdefizite schaffen würde? Zur Beantwortung dieser Fragen sollen zunächst die dem Beitrag zugrunde liegenden Normen des Primärrechts in den Blick genommen und in ihrem systematischen Kontext dargestellt werden (II.). Anschließend wird nachgezeichnet, welche Rolle der Verfassungsbegriff im Kontext europäischen Außenrechts bisher innehatte: Während insbesondere im durch den EuGH geprägten Diskurs der Begriff der (jurisdiktionellen) Autonomie des Unionsrechts im Verhältnis zum Völkerrecht im Zentrum des Diskurses standen, wird der Begriff der europäischen Außenverfassung hier stärker von der Frage nach demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Kontrolle her gedacht. Diese müssen im Kontext des Europäischen Außenhandelns einen spezifischen Gehalt erlangen, der sich auch von den Vorgaben der Art. 2, Art. 3 Abs. 5, Art. 18 und Art. 21 EUV her bemisst (III.). Im dogmatisch-rechtspraktischen Teil wird untersucht, inwieweit die Rechtspraxis unter dem Lissabon-Vertrag dazu beigetragen hat, das in diesen Verfassungsnormen angelegte Kohärenzpotential auszuschöpfen. Dabei werden die Institutionen der GASP im Vordergrund stehen, insofern Ausgangspunkt dieses Beitrags der Hohe Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik ist (IV.). Im Teil zum transformativen Potential der Normen wird es schließlich um die Frage gehen, wie die dynamischen Entwicklungen des europäischen Außenhandelns aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu bewerten sind: Welche Möglichkeiten

22 Vgl. Kohärenzverpflichtungen in Art. 13, 16 Abs. 6, 18 Abs. 4, 26 Abs. 2 EUV.

gibt es, um die dynamische Entwicklung der europäischen Außenpolitik auf der Basis des geltenden Vertragsrechts und darüber hinaus weiterzuentwickeln: Über welche Möglichkeiten der Kontrolle verfügen Parlament und Gerichtshof im Rahmen des geltenden Vertragsrechts und wie können diese besser genutzt werden? Welche Vertragsanpassungen – *de lege ferenda* – verlangen die Einsichten, dass Sicherheitspolitik heute auch handelspolitische Implikationen hat und die GASP schon jetzt nicht mehr als rein intergouvernemental beschrieben werden kann (V.)?

II. Materielle und institutionelle Bestimmungen der Außenverfassung

Die diesen Beitrag anleitenden Primärrechtsvorschriften unterscheiden sich stark in Reichweite und Zielsetzung, verfolgen aber ein Ziel, das sich auch im Aufbau und wechselseitigen Verweis widerspiegelt: die Herstellung von institutioneller Einheitlichkeit und materieller Kohärenz im gesamten europäischen Außenhandeln. Während Art. 3 Abs. 5 EUV die inhaltlichen Ziele des EU-Außenhandelns benennt, bestimmt Art. 18 EUV Wahl, Stellung und Funktionen des Hohen Vertreters für Außen- und Sicherheitspolitik. Art. 3 Abs. 5, der selbst die allgemeiner gefassten Werte und grundlegenden Ziele der Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV konkretisiert, bildet mit Art. 21 EUV und Art. 205 AEUV eine gemeinsame materielle Klammer, die das gesamte EU-Außenhandeln umfasst und erstmals gemeinsame inhaltliche Vorgaben für das gesamte Außenhandeln trifft. Im Zusammenhang der Art. 1-19 EUV figurieren mit Art. 3 Abs. 5 (Ziele der Union für ihr Außenhandeln), Art. 8 (Nachbarschaftspolitik) und Art. 18 EUV (Hoher Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik) Vorschriften zum Außenhandeln der Union, die nicht zwischen den Außenpolitiken des AEUV und der im EUV verankerten GASP einschließlich der GSVP mit ihren besonderen Verfahren unterscheiden, sondern vielmehr den Willen zur Kohärenz im europäischen Außenhandeln in den Vordergrund stellen – Art. 3 Abs. 5 EUV in materieller Hinsicht, Art. 8 EUV in kompetenzieller Hinsicht und Art. 18 EUV in institutioneller Hinsicht.

Ebenso wie die anderen in Art. 3 Abs. 2–4 EUV genannten Unionsziele verweisen die in Art. 3 Abs. 5 genannten Ziele des Außenhandelns sowohl nach „oben“, auf die in Art. 3 Abs. 1 EUV genannten Hauptziele der Union (Frieden, Werte und Wohlergehen der Unionsvölker) und die noch allgemeiner gefassten grundlegenden Werte der Union in Art. 2 EUV, wie auch

nach „unten“ auf Titel V des EUV mit den allgemeinen Bestimmungen über das auswärtige Handeln und die GASP/GSVP sowie die Außenpolitiken der Union im Fünften Teil des AEUV. Wie auch in den sonstigen Bereichen des Unionshandelns verwenden die Verträge hier eine Technik kaskadenartiger, gestufter Konkretionsschritte von den Unionswerten (Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV) über die Ziele (Art. 3 Abs. 2-4 EUV), die sowohl in Art. 21 EUV wie auch in Art. 205 AEUV erneut für das gesamte auswärtige Handeln der Union aufgegriffen werden, bis hin zu den einzelnen Politiken im V. Titel des EUV (GASP) bzw. im Fünften Teil des AEUV (Auswärtiges Handeln der Union), die im Lichte dieser Grundlagen umzusetzen sind und wiederum auf die Ziele und Grundsätze europäischen Außenhandelns rückverweisen.²³ Zugleich sollen diese Ziele nicht nur in Kohärenz miteinander, sondern auch in Kohärenz mit den Zielen des Innenhandelns verfolgt werden, Art. 21 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EUV.²⁴ Im Bereich des Außenhandelns entfaltet die dargestellte Kaskadentechnik der Normierung eine besondere Funktion: Anders als beim Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 3 Abs. 2 EUV), dem Binnenmarkt (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV), der Antidiskriminierung (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV) oder der Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 3 Abs. 4 EUV) gewinnen die substantiellen Zielvorgaben des fünften Absatzes des Art. 3 EUV ihre zusätzliche Bedeutung daraus, gemeinsame Vorgaben für einen in seinen Handlungsformen und Verfahren nach wie vor fragmentierten Politikbereich zu schaffen.

Damit kommt ihnen – angesichts der mehrfach wiederholten Zielvorgabe einer Kohärenz des gesamten Außenhandelns²⁵ – eine potentiell bedeutendere, jedenfalls anders geartete konstitutionelle Funktion für die innere Integration des Politikbereichs zu, als dies bei den übrigen Politikzielen des Art. 3 EUV der Fall war. Die in den Vorgängernormen genannten Ziele

23 Art. 23 EUV, Art. 207 Abs. 1 S. 2, Art. 208 Abs. 1 S. 1, Art. 212 Abs. 1 S. 2, Art. 214 Abs. 1 S. 2 AEUV.

24 Kohärenz soll innerhalb bestimmter Politikbereiche (Art. 42 Abs. 7 EUV, Art. 196 Abs. 1, Art. 212, Art. 214 AEUV) sowie zwischen verschiedenen Politikbereichen (Art. 13 EUV, Art. 7 AEUV) hergestellt werden, innerhalb des unionalen Außenhandelns (Art. 16 Abs. 6, Art. 18 Abs. 4, Art. 26 Abs. 2 EUV) sowie zwischen dem Außenhandeln und anderen Politiken (Art. 21 Abs. 3 EUV); zuletzt auch zwischen verschiedenen Akteuren (Art. 13, Art. 16 Abs. 6, Art. 18 Abs. 4, Art. 26 Abs. 2 EUV) sowie zwischen der verstärkten Zusammenarbeit mit dem Unionsrecht (Art. 329 Abs. 2 AEUV).

25 Art. 18 Abs. 4 S. 2, Art. 21 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1, Art. 26 Abs. 2 S. 2 EUV.

wurden mithilfe der Vertragsabrundungsklausel (heute Art. 352 AEUV) von der Kommission und dem Rat insbesondere in der Anfangsphase der Gemeinschaft genutzt, um die Integration unter Ausdehnung der Kompetenzvorschriften dynamisch voran zu treiben.²⁶ Die Vertragsabrundungsklausel spielte auch im Außenbereich eine Rolle, etwa zur Zuständigkeitsbegründung von Umweltschutzabkommen.²⁷ Im Zuge der AETR-Rechtsprechung sowie der vertraglichen Erweiterung der Außenkompetenzen seit Maastricht verlor die Klausel jedoch an Bedeutung. Dagegen ist die Vertragsabrundung im GASP-Bereich explizit ausgeschlossen, Art. 352 Abs. 4 AEUV. Hinzu kommt die unterschiedliche institutionelle Konfiguration der GASP mit einer Zentrierung um den Rat der Europäischen Union als Zentrum der formalen Entscheidungsfindung sowie den reduzierten Rollen von Kommission, EP und EuGH. Damit eignet den Zielvorgaben des Art. 3 Abs. 5 EUV ein geringeres Potential für eine dynamische Entwicklung, als es bei den älteren innenpolitischen Zielvorgaben der Fall war.

Dennoch erscheint die These plausibel, dass die Zielvorgaben der Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV im Bereich der GASP ihre Integration anleitende und befördernde Funktion angesichts der derzeitigen Dynamik sowie des stärkeren Augenmerks auf eine Werteorientierung in der Außenpolitik gerade erst gewinnen. Verschiedentlich hat der Gerichtshof in den letzten Jahren die Rechtsstaatlichkeit auch in den Außenbeziehungen, insbesondere auch im Bereich der GASP, betont und daraus Kontrollrechte abgeleitet und zu einer Vereinheitlichung beigetragen²⁸ – teilweise unter Verweis auf den Begriff der europäischen Gesellschaft, die sich durch gemeinsame Werte auszeichne.²⁹

26 S. Weber, in diesem Band, IV.2.

27 *Marise Cremona*, External Relations of the European Union, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2021, 431 (435–438); *Stefan Kadelbach*, Handlungsformen und Steuerungsressourcen in den EU-Außenbeziehungen, in: von Arnould/Bungenberg (Fn. 16), § 3 Rn. 47; *Michael Bothe*, Die EU in internationalen Umweltabkommen, in: Charlotte Gaitanides u.a. (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung: FS für Manfred Zuleeg*, Baden-Baden: Nomos 2005, 668–681 (672 f.).

28 Vgl. EuGH, Urteil v. 19.7.2016, Rs. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, Rn. 41 – *H/Rat und Kommission*; Urteil v. 28.3.2017, Rs. C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, Rn. 72 – *Rosneft*; Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-134/19P, ECLI:EU:C:2020:793, Rn. 35 – *Bank Refah Kargaran/Rat*; Urteil v. 22.6.2021; ECLI: EU:C:2021:507, Rn. 49 – *Venezuela/Rat (Affectation d'un Etat tiers)*.

29 EuGH, *Venezuela/Rat* (Fn. 28), Rn. 48; zur europäischen Gesellschaft: von Bogdandy/Bast, in diesem Band, III.3.

Insbesondere die breite, inhaltlich kaum konturierte Zuständigkeit der GASP ermöglicht einem dynamisch agierenden, gut vernetzten Hohen Vertreter Raum für weitere Entwicklungen und eine enge Abstimmung mit den AEUV-Kompetenzen: Nach Art. 24 Abs. 1 EUV erstreckt sich die Zuständigkeit der Union in der Gemeinsamen Sicherheits- und Außenpolitik „auf alle Bereiche der Außenpolitik sowie auf sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Sicherheit der Union“. *Piet Eeckhout* bezeichnete das Auseinanderfallen zwischen allumfassender Zuständigkeitsbeschreibung in Art. 24 Abs. 1 EUV und dem geringeren Integrationsniveau der GASP als Erbsünde europäischen Außenhandelns.³⁰ Gerade weil Sicherheit sich konzeptionell nicht überzeugend und immer weniger von Handelspolitik, Energiepolitik, Migrations- oder Entwicklungspolitik abtrennen lässt,³¹ stellt die vertragliche Trennung von AEUV-Außenhandeln und GASP eine Hypothek für die Wirksamkeit europäischer Außenpolitik dar.

III. Der theoretische Diskurs um eine Außenverfassung der Union

Kann man eine verfassungsrechtliche Interpretation dieser Normen nutzen, um einen Entwicklungshorizont, möglicherweise aber auch Grenzen für eine zukünftige Auslegung der Kompetenznormen des Außenhandelns angesichts der sicherheitspolitischen Herausforderungen, vor denen die Union steht, zu entwerfen? Hierfür soll zunächst der Diskurs um einen außenrechtlichen europäischen Verfassungsbegriff – auch in seiner begrifflichen Problematik – rekonstruiert werden, bevor der Versuch unternommen

-
- 30 *Piet Eeckhout*, The EU's CFSP Policy after Lisbon: From Pillar Talk to Constitutionalism, in: *Andrea Biondi/Piet Eeckhout/Stefanie Ripley* (Hrsg.), *EU Law after Lisbon*, Oxford: Oxford University Press 2012, 265–291 (269): „The (...) original sin of the overall EU external action is that the CFSP *supplements* the TFEU with a less integrated policy, and yet is intended to cover *all areas* of foreign and security policy. But commercial policy, development cooperation policy, etc are of course also forms of foreign policy. As Koskeniemi points out, everyone agrees that it is difficult to separate foreign policy from other aspects of policy and that the most credible conception of security is the comprehensive one.“ Von der GASP als verkrüppelter Kompetenzübertragung: *Inge Govaere*, To Give or to Grab: The Principle of Full, Crippled and Split Conferral of Powers Post-Lisbon, in: *Marise Cremona* (Hrsg.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford: Hart 2018, 71–92 (72).
- 31 S. zur Diskussion um den erweiterten Sicherheitsbegriff *Christopher Daase*, Der Wandel der Sicherheitskultur: Ursachen und Folgen des erweiterten Sicherheitsbegriffs, in: *Peter Zocher u.a.* (Hrsg.), *Zivile Sicherheit*, Bielefeld: transcript 2014, 139–158.

wird, dem Begriff eine positiv-anleitende Dimension für die institutionellen Vorgaben des Außenhandelns zu entnehmen.

1. Die Außenwendung des europäischen Verfassungsdiskurses

Der Diskurs um eine Verfassung der Europäischen Union und der Diskurs um das Recht der europäischen Außenbeziehungen wiesen lange Zeit kaum Berührungspunkte auf. Das Recht der EU-Außenbeziehungen konzentrierte sich auf Fragen der vertikalen wie horizontalen Kompetenzabgrenzung zwischen Mitgliedstaaten und Union bzw. zwischen Gemeinschaftspolitiken und GASP: Die Rechtsprechung zum Verhältnis von Innen- und Außenkompetenzen im Rahmen der (erweiterten) AETR-Rechtsprechung wurde immer nuancierter,³² ebenso wie die Vorgaben zur Ermittlung der richtigen Rechtsgrundlage für Außenrechtsakte.³³ Die Dogmatik gemischter Verträge bildete einen weiteren Schwerpunkt der Diskussion.³⁴ Umfangreiche Regelungen normieren hier nicht nur Abstimmungstechniken und finanzielle Fragen. Auch politische Vorhaben, die im staatlichen Kontext allenfalls eine Regierungserklärung wert wären, sind in den EU-Verträgen in hohem Detailgrad geregelt.³⁵

Dagegen enthalten außenrechtliche Regelungen staatlicher Verfassungen in der Regel nur wenige Vorschriften, die sich auf die Kompetenzverteilung zwischen Staatsoberhaupt, Parlament und Regierung in den Bereichen Außenrepräsentation, Wehrverfassung und Vertragsabschluss sowie der Wirkung von internationalem Recht im nationalen Recht beziehen. Der Schwerpunkt auf der vertikalen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gliedstaaten und föderaler Ebene ist zwar ebenfalls Gegenstand des Außenverfassungsrechts föderaler Staaten, jedoch nicht annäherungsweise in einer so ausdifferenzierten Form wie im Unionsrecht. Vielmehr ist die weitgehend unitarische Außenrepräsentation und einheitliche Verteidigung durch die

32 Umfassend *Eeckhout*, External Relations (Fn. 11), 70–119.

33 *Geert De Baere/Tina Van den Sanden*, Interinstitutional Gravity and Pirates of the Parliament on Stranger Tides: the continued constitutional significance of the choice of legal basis in Post-Lisbon External Action, *EuConst* 12 (2016), 85–113; *Annegret Engel*, The Choice of a Legal Basis for Acts of the European Union, Cham: Springer 2018.

34 Dazu *de Witte* (Fn. 3), 10 f.

35 S. etwa die Regelungen zur europäischen Verteidigungsagentur (Art. 45 EUV), zur PESCO (Art. 46 EUV), zu Sonderbeauftragten (Art. 33 EUV) und Delegationen (Art. 32 Abs. 3 und 35 EUV).

föderale Ebene Kennzeichen gelingender Integration föderaler Staaten.³⁶ Im Vergleich dazu stellt sich das europäische Außenverfassungsrecht als föderal unsicher wie auch als „überkonstitutionalisiert“³⁷ dar.

Die Diskussion um eine Verfassung der Europäischen Union wies lange keine Bezugspunkte zum Außenrecht auf, sondern konzentrierte sich insbesondere auf das Verhältnis vom europäischen zum mitgliedstaatlichen Recht. Der Verfassungsbegriff diente dazu, dem Gemeinschaftsrecht eine von seinen völkerrechtlichen Ursprüngen unabhängige Dignität zuzuschreiben, um seinen Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht zu rechtfertigen: Das Gemeinschaftsrecht begründe eine autonome Ordnung, die eine Rechtsquelle eigener Art bilde;³⁸ eine „Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind.“³⁹ In der Folge konzentrierte sich die Diskussion auf die begrifflichen Voraussetzungen, systematischen Möglichkeiten und konzeptionellen Gefahren der Übertragung des (staatlichen) Verfassungsbegriffs auf eine überstaatliche Ordnung.⁴⁰

Einen spezifisch außenrechtlichen Fokus erlangte die Verfassungsfrage erst vergleichsweise spät, wiederum durch die europäischen Gerichte im Zuge der *Kadi*-Urteile in den 2000er Jahren.⁴¹ Im Vordergrund stand

36 Kottmann (Fn. 18), 14.

37 de Witte (Fn. 3), 14: „constitutional overkill“; Dieter Grimm, The Democratic Costs of Constitutionalisation, ELJ 21 (2015), 460–473.

38 EuGH, Urteil v. 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 – *Les Verts/Parlament*, Rn. 23, spricht vom Vertrag als der „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft“; Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa/E.N.E.L.*, 1270: Unionsrecht als „vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht“; dazu Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 242–295.

39 EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, 25 – *van Gend & Loos*.

40 S. Ingolf Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148–193; Dieter Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, in: ders. (Hrsg.), Die Verfassung und die Politik, München: C.H. Beck 2001, 215–254; Jürgen Habermas, Braucht Europa eine Verfassung?, in: ders. (Hrsg.), Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1999, 185–191; Neil Walker, Legal and Constitutional Theory of the European Union, in: Craig/de Búrca (Fn. 27), 90–122; Thorsten Thiel, Republikanismus und die Europäische Union, Baden-Baden: Nomos 2012; Isabelle Ley, Kant versus Locke, ZaöRV 69 (2009), 320–322.

41 Daniel Halberstam/Eric Stein, The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order, CML Rev. 46 (2009), 13–72; Gráinne de Búrca, The ECJ and the International Legal Order, in: dies./Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), The Worlds of European Constitutionalism, Cambridge: Cambridge University Press 2012, 105–149; Nele Yang, Die Leitent-

die Frage nach der gerichtlichen Kontrolle von individuellen Sanktionsmaßnahmen in Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrats am Maßstab der Grund- und Menschenrechte.⁴² Bekanntlich hielt das Gericht Erster Instanz (EuG) die Heranziehung universeller Menschenrechtsstandards unter Zurücknahme des eigenen Prüfungsmaßstabs für plausibel,⁴³ während der EuGH entschied, die unionalen Grundrechte auch zur Prüfung internationaler Sachverhalte zur Anwendung zu bringen.⁴⁴ In einer Reihe von Entscheidungen, in denen es um den Beitritt der Union zu völkerrechtlichen Abkommen mit eigenem Spruchkörper ging, konturierte der Gerichtshof den außenrechtlichen Verfassungsbegriff weiter und führte diesen zunehmend eng mit einem spezifisch außenrechtlichen Verständnis unionaler Autonomie:⁴⁵ Angefangen bei den Entscheidungen zum Europäischen Wirtschaftsraum,⁴⁶ zu MOX Plant,⁴⁷ dem EMRK-Beitritt,⁴⁸ zum Europäischen Patentgericht,⁴⁹ dem CETA-Abkommen⁵⁰, dem Achmea-Urteil⁵¹ bis hin zum Komstroy-Urteil⁵² arbeitete der Gerichtshof ein ums andere Mal heraus, dass „die Union über einen eigenen verfassungsrechtli-

scheidung: Zur Grundlegung eines Begriffs und seiner Erforschung im Unionsrecht, Berlin: Springer 2018; Isabelle Ley, *Verfassung ohne Grenzen? Zur Bedeutung von Grenzen im postnationalen Konstitutionalismus*, in: Ingolf Pernice u.a. (Hrsg.), *Europa jenseits seiner Grenzen*, Baden-Baden: Nomos 2009, 91–126.

42 Christina Eckes, *The Autonomy of EU Law vis-à-vis International Law*, in: Graham Butler/Ramses A. Wessel (Hrsg.), *EU External Relations Law*, Oxford: Hart 2022, 523–532; Matej Avbelj u.a. (Hrsg.), *Kadi on Trial*, London: Routledge 2014.

43 EuG, Urteil v. 21.9.2005, Rs. T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, Rn. 212–231 – *Kadi*.

44 EuGH, Urteil v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 280–326 – *Kadi*.

45 Cristina Contartese, *The Autonomy of the EU Legal Order in the ECJ's External Relations Case Law*, CML Rev. 54 (2017), 1627–1672.

46 EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 35 – *EWRI*.

47 EuGH, Urteil v. 30.5.2006, Rs. C-459/03, ECLI: EU:C:2006:345, Rn. 2 f., 123 f. – *MOX Plant*.

48 EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140 – *EMRK I*; Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 – *EMRK II*.

49 EuGH, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 64–89 – *Patentgericht*.

50 EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 110 – *CETA*; dazu Jed Odermatt, *Unidentified Legal Object: Conceptualising the European Union in International Law*, Conn. J. Int'l L. 33 (2018), 215–248.

51 EuGH, Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – *Achmea*; dazu Robert Stendel, *Achmea Case*, in: Anne Peters (Hrsg.), *MPEPIL*, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2019; Xavier Groussot/Marja-Liisa Öberg, *The Web of Autonomy of the EU Legal Order: Achmea*, in: Butler/Wessel (Fn. 42), 927–938.

52 EuGH, Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 – *Komstroy*.

chen Rahmen“⁵³ verfüge, weswegen ihre Unterwerfung unter internationale Spruchkörper nur dann akzeptabel sei, wenn diesen „keine Zuständigkeit für die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts“ übertragen werde.⁵⁴ Mit anderen Worten: Im Außenbereich dient der Verfassungsbegriff dazu, die institutionelle Architektur der EU, insbesondere die Jurisdiktion des EuGH, vor einem Zugriff internationaler Spruchkörper zu schützen.⁵⁵ Während die Mitgliedstaaten und andere Unionsorgane, etwa mit der Einbindung in die EMRK, in ein europäisches Patentgericht und eine multilaterale Investitionsgerichtsbarkeit, eine völkerrechtlich stärker integrierte Union anstreben, erschwert bzw. verhindert der EuGH unter Rückgriff auf den (Außen-)Verfassungsbegriff die Einbindung der Union in internationale Institutionen.⁵⁶

Im Rückblick erstaunt es, wie offen die Frage des Verhältnisses des Unionsrechts zu völkerrechtlichen Menschenrechtsregimen noch Mitte der 2000er Jahre war: In der Konsolidierungszeit zwischen 1970 und 1990,⁵⁷ in der die damalige EWG (spätere EG) zur dominanten europäischen Integrationsorganisation aufgestiegen war und ihre spezifischen Stärken der Binnenmarktintegration kombiniert mit einer durchsetzungsstarken Rechtsordnung entwickelt hatte, war eine positive Bezugnahme auf das Völkerrecht durch die Unionsorgane gewissermaßen existenziell. Die Gemeinschaft beruhte selbst auf völkerrechtlichen Grundlagen und war insofern davon abhängig, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eine große Offenheit diesen vertraglichen Grundlagen gegenüber bewiesen.⁵⁸ Insofern zeichnete der EuGH in Bezug auf das Außenrecht in den ersten vier Jahrzehnten der Integration ein offenes, „völkerrechtsfreundliches“ Ver-

53 EuGH, *CETA* (Fn. 50), Rn. 110.

54 EuGH, *CETA* (Fn. 50), Rn. 119.

55 Aufschlussreich *Contartese* (Fn. 45); *Joseph H.H. Weiler/Ulrich Haltern*, The Autonomy of the Community Legal Order, *Harv. Int'l L. J.* 37 (1996), 411–448.

56 S. allerdings Art. 344 AEUV: Exklusivität der unionsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen.

57 Für eine andere Definition der „Sattelzeiten“ der Integration *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2022, 49.

58 Dazu *Rupert Dunbar*, Art. 3 (5) TEU a Decade On: Revisiting ‚Strict Observance of International Law‘ in the Text and Context of Other EU Values, *MJ* 28 (2021), 479–497.

hältnis zum internationalen Recht mit einem Vorrang völkerrechtlicher Abkommen gegenüber dem Gemeinschaftsrecht.⁵⁹

Erst nachdem die interne Konsolidierung erreicht war, konnte der EuGH beginnen, mithilfe des Autonomiebegriffs die Identität des Unionsrechts in äußerer Abgrenzung vom Völkerrecht herauszubilden.⁶⁰ Während staatliche Verfassungen regelmäßig entweder einem „völkerrechtsfreundlichen“⁶¹ oder eher völkerrechtsskeptischem, stärker partikularem Modell zugerechnet werden, waren im Europäischen Verfassungsrecht zu verschiedenen Zeiten beide Auffassungen präsent. Derzeit erscheint es möglich, dass nach einer stark partikularistischen Phase,⁶² deren Höhepunkt die erneute Ablehnung des von allen Mitgliedstaaten unterstützten und umfassend vorbereiteten Beitritts der EU zur EMRK darstellte,⁶³ eine Phase der Vermittlung zwischen beiden Positionen einsetzt. Insofern Art. 3 Abs. 5 EUV selbst eine Verpflichtung der Union ausspricht, einen Beitrag „zur strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts, insbesondere zur Wahrung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen“ zu leisten, lässt sich eine größere Offenheit gegenüber der Integration in internationale Organisationen auch mit verbindlichen Spruchkörpern auch als Verfassungsziel der Union selbst rekonstruieren, das insofern keinen Widerspruch zum unionalen Verfassungsbegriff darstellt.

Der unionale Verfassungsbegriff weist damit wichtige Unterschiede zu dem aus dem nationalen Recht bekannten Verfassungsbegriff auf. Viel stärker gerichtlich konturiert geht es dabei um eine auch politische Legitimation der Emanzipation des Unionsrechts vom Völkerrecht – zunächst nach innen, später auch nach außen: Dem Gericht diene der Begriff dazu, die Supranationalisierung des Rechts nach innen zu rechtfertigen sowie dazu, die Wirkung und das Verhältnis zum Völkerrecht und zu völkerrechtlichen Organisationen aus eigenem Recht und selbst gewählten Kriterien zu

59 Gráinne de Búrca, Internalization of International Law by the CJEU and the Supreme Court, I-CON 13 (2015), 987–1007 (1003); Anne Peters, The Position of International Law within the European Community Legal Order, GYIL 40 (1997), 9–77 (71–77).

60 Zum Autonomiebegriff im Kontext europäischen Außenhandelns *Contartese* (Fn. 45).

61 Zum Begriff: *Theresa Abend*, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen 2019.

62 Dazu *Kottmann* (Fn. 18), 274–287.

63 EuGH, *EMRK II* (Fn. 48); derzeit wird ein neues, auf die Anforderungen des EuGH eingehendes Beitrittsabkommen ausgehandelt; dazu *Van Elsuwege* (Fn. 2), 1751–1758; s.a. *Birgit Daiber*, Neue Hürden für den EU-Beitritt zur EMRK?, EuR 56 (2021), 596–613.

bestimmen. Gleichzeitig beschreibt der unionale Verfassungsbegriff die Metamorphose der Gemeinschaft hin zu einer Union, in der Mitgliedstaaten, Bürgerinnen und Bürger – die europäische Gesellschaft des Art. 2 EUV⁶⁴ – sich in spezifischen, rechtlich vorgegebenen demokratischen Prozessen über die Konkretisierung der vertraglichen Ziele politisch verständigen.

2. Transgouvernementalität anstelle von Intergouvernementalität

Wie eingangs beschrieben, wird im EU-Außenhandeln das Modell intergouvernementaler Exekutivgewalt der GASP von einem supranationalen, stärker legislativ geprägten Integrationsmodell der AEUV-Außenpolitiken unterschieden.⁶⁵ Diese Beschreibung enthält zum einen eine deskriptive Aussage über den unterschiedlichen Stand der Verrechtlichung und die jeweilige Kompetenzordnung der Außenbeziehungen, insbesondere den Ausschluss des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und der damit zusammenhängenden Verfahren und beteiligten Organe im Bereich der GASP. Die politikwissenschaftliche Unterscheidung von *high* und *low politics* aufgreifend wird die beschriebene Dichotomie in einer normativen Wendung zum anderen als sachadäquat beschrieben: Insbesondere sicherheitspolitische Probleme verschlossen sich (einseitiger) rechtlicher Regelung und erforderten schnelles Handeln, weswegen der weitgehende Ausschluss von Parlament und Gerichtshof letztlich angemessen sei. Dagegen folgten die eher wirtschaftspolitisch geprägten Inhalte der AEUV-Außenbeziehungen einer stärker innenpolitischen Logik, die besser zu einem rechtlichen und insbesondere auch parlamentarischen und gerichtlichen Zugriff passe.⁶⁶ Aber: Beschreibt das „exekutive Paradigma“ wirklich die vielschichtigen Entwicklungen innerhalb der GASP? Oder wird so nur eine aus der Not fehlender Einigung entstandene Abschichtung im Integrationsstand zur Tugend erklärt? Und vor allem: Lässt sich die systematische Trennung von Sicherheit und Handel, die diesem Denken zugrunde liegt,

64 Dazu von Bogdandy (Fn. 57), §§ 2 und 23.

65 Krajewski/Weber (Fn. 16), Rn. 184.

66 Butler, Common Foreign and Security Policy (Fn. 18), 206–213; Thym, Auswärtige Gewalt (Fn. 18), 445; Van Elsuwege (Fn. 2), 1739; s.a. Schlussanträge des GA Wathelet v. 31.5.2016, Rs. C-72/15, ECLI:EU:C:2016:381, Rn. 52 – *Rosneft*; Schlussanträge des GA Hogan v. 28.5.2020, Rs. C-134/19 P, ECLI:EU:C:2020:396, Rn. 47–49 – *Bank Refah Kargaran*; dahingehend der Vorschlag der Kommission, zwischen *actes du gouvernement* und administrativ geprägten Handlungen zu unterscheiden: EuGH, *H/Rat und Kommission* (Fn. 28), Rn. 32.

angesichts der Herausforderungen der Zeitenwende noch aufrechterhalten? Oder wird dadurch die Effektivität des europäischen Außenhandels bedroht, auf die die Vorschriften zur Kohärenz im Ergebnis abzielen?⁶⁷

a) Informalität der GASP

Der These von einer weniger verrechtlichten, stärker exekutiv geprägten GASP ist insofern zuzustimmen, als im Bereich der GASP sowohl Gesetzgebungsakte (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 3, Art. 31 Abs. 1 S. 2 EUV) als auch eine Kontrolle von GASP-Akten durch den EuGH grundsätzlich ausgeschlossen sind (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV, Art. 275 AEUV). Werden Rechtsakte – i.d.R. Sanktionen oder Beschlüsse zur Errichtung von EU-Missionen – erlassen, besitzen sie meist einen stärker einzelfallbezogenen Charakter als Richtlinien und Verordnungen. Anders als bei Verträgen in den übrigen Bereichen besitzt das EP bei internationalen Vertragsabschlüssen im Bereich der GASP weder ein Zustimmungs- noch ein Anhörungsrecht, Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 AEUV. Gleichzeitig handelt es sich insbesondere bei den zivilen und militärischen Missionen der GSVP – neben der Sicherung der europäischen Grenzen⁶⁸ – um einen der wenigen Bereiche, in denen die Union vollziehend tätig wird, während das Unionshandeln im Bereich des AEUV ganz überwiegend legislativ geprägt ist.

Lageanalysen, strategische Zielsetzungen, Verhandlungspositionen, Ratschlussfolgerungen, Statements des Hohen Vertreters oder interne Strategiepapiere, kurz: informelle Instrumente, spielen in der GASP eine große Rolle.⁶⁹ Erarbeitet werden diese Papiere auf Arbeitsebene von den Gremien des administrativen Unterbaus von Rat und EAD: Das Politische und Sicherheitspolitische Komitee (PSK) setzt sich zusammen aus den EU-Botschaftern der Mitgliedstaaten und übernimmt für EAD und Rat Analyse-,

67 Vgl. Art. 24 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2: „Sie [die Mitgliedstaaten] enthalten sich jeder Handlung, die den Interessen der Union zuwiderläuft oder ihrer Wirksamkeit als kohärente Kraft in den internationalen Beziehungen schaden könnte.“ S.a. Art. 26 Abs. 2 UAbs. 2: „Der Rat und der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik tragen für ein einheitliches, kohärentes und wirksames Vorgehen der Union Sorge.“

68 S. Farahat, in diesem Band; Bettina Schöndorf-Haubold, Europäisches Polizei- und Sicherheitsrecht, in: Jörg Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Europäischen Union, 2. Aufl., Nomos: Baden-Baden 2022, § 35 Rn. 48–55.

69 Thym, GASP und äußere Sicherheit (Fn. 18), Rn. 50–53.

Initiativ- und Implementierungsfunktionen, Art. 38 EUV. Es beobachtet die internationale sicherheitspolitische Lage, erstellt Analysen und erarbeitet auf deren Grundlage Positionierungen und Handlungsvorschläge für den Rat. Die Ausschüsse für zivile und militärische Einsätze, die die operative Leitung von zivilen und militärischen EU-Missionen innehaben, sind ihm gegenüber verantwortlich.⁷⁰ Zur Unterstützung des Auswärtigen Rats spielen neben der ratseigenen Administration die vorbereitenden Arbeitsgruppen, die sich aus den Ministerialbürokratien der mitgliedstaatlichen Arbeitsebenen zusammensetzen (COREPER⁷¹ u.a.), eine wichtige Rolle.

Dennoch ist die These von der geringeren Verrechtlichung der GASP zu relativieren: Auch die GASP kennt Rechtsakte in Form von Beschlüssen und internationalen Übereinkünften, Art. 25 und Art. 37 EUV. Gerade der wichtigste und schlagkräftigste GASP-Bereich der restriktiven Maßnahmen zeichnet sich durch einen hohen Verrechtlichungsgrad aus. Diese ergehen regelmäßig auf Grundlage eines Ratsbeschlusses im Rahmen der GASP, Art. 29 EUV, und werden in Form von Verordnungen umgesetzt, Art. 215 AEUV. Bei Beschränkungen des Kapitalverkehrs werden diese im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unter Beteiligung des EP erlassen, Art. 75 Abs. 1 AEUV. Auch zivile und militärische Missionen der EU werden in Beschlussform errichtet, Art. 28 Abs. 1 S. 1 EUV. Der Gerichtshof kann auch internationale Verträge im Bereich der GASP vorab auf ihre Übereinstimmung mit den Verträgen begutachten, Art. 218 Abs. 11 AEUV. Schließlich ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, dass die GASP und insbesondere die GSVP auf primärrechtlicher Ebene detaillierte Regelung erfahren haben, die eine starke Verrechtlichung zur Folge hat: Ganze 26 Artikel mit umfangreichen Absätzen regeln das Außenhandeln allein in diesem Bereich (neben 18 Artikeln im Fünften Teil des AEUV) und tragen zur Diagnose einer „Überkonstitutionalisierung“ bei.⁷² Mithin muss die Einschätzung von einer exekutiven Prägung der GASP im Vergleich mit den stärker legislativ und judikativ geprägten AEUV-Außenpolitiken nuanciert werden und darf insbesondere nicht außer Acht lassen, dass der EuGH auch in diesem Bereich zunehmend Kontrollrechte wahrnimmt.⁷³

70 Zur Verantwortlichkeit von EU-Zivilmissionen *Carolyn Moser*, *Accountability in EU Security and Defence*, Oxford University Press: Oxford 2020.

71 Ausschuss der Ständigen Vertreter: Art. 16 Abs. 7 EUV, Art. 240 AEUV.

72 S.o. Fn. 37.

73 S.u., IV.3.

b) Transgouvernementalität der GASP

Auch die Beschreibung der GASP/GSVP als intergouvernemental ist zu undifferenziert. Sicherlich ist der Abstimmungsmodus dieses Bereichs nach wie vor zwischenstaatlich geprägt: Alle formalen Entscheidungen werden vom Europäischen Rat oder vom Rat getroffen, Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 EUV, die in der Regel im Konsensus-Verfahren beschließen, Art. 15 Abs. 4, Art. 31 Abs. 1 EUV. Das EP verfügt in der GASP nur über Anhörungs- und Informationsrechte insbesondere gegenüber dem Hohen Vertreter, der allerdings die Auffassungen des EP bei seinen Entscheidungen „zu berücksichtigen“ hat, Art. 36 Abs. 1 S. 2 EUV. Die formale Legitimation von GASP/GSVP wird damit über die mitgliedstaatlichen Regierungen, je nach Wahlsystem über die Wahlen zu den nationalen Parlamenten oder über eine Direktwahl der Regierungsspitze, vermittelt, die wiederum von den nationalen Parlamenten kontrolliert werden und sich den jeweiligen verfassungsrechtlichen Bestimmungen zufolge für ihre Europapolitik vor ihren Wählerinnen und Wählern rechtfertigen müssen. Abweichungen vom Einstimmigkeitsprinzip im Rat, Art. 31 Abs. 2 EUV, sind über die Zustimmung zu dieser Regelung nach Art. 48 EUV legitimiert, wurden aber bislang nicht praktiziert. Die konstruktive Enthaltung nach Art. 31 Abs. 1 UAbs. 2 EUV ist dagegen gängige Praxis.

Allerdings impliziert „Intergouvernementalität“ mehr als die Zentralisierung formaler Entscheidungsbefugnisse bei zwischenstaatlich entsandten Akteuren: Intergouvernementale Handlungsformen sind durch die Aggregation, d.h. Zusammenführung der innerstaatlich gebildeten, zuvor feststehenden Präferenzen gekennzeichnet,⁷⁴ die miteinander abgeglichen und im Fall eines Gleichlaufs – ggf. infolge von Verhandlungen – in eine gemeinsame, verbindliche Entscheidung überführt werden. In den verstetigten, vielschichtigen, jeweils mit einem administrativen Unterbau versehenen Organen des Rats sowie den komplexen Handlungszusammenhängen der GSVP werden hingegen Entscheidungen vielfach informell vorbereitet, Interessen abgeglichen, auch Überzeugungsarbeit geleistet, findet gemeinsame Sozialisierung im Brüsseler Arbeitsalltag statt, die sich auf die Entscheidungsfindung auswirken (sog. Brüsselisierung).⁷⁵ Schließlich zeigen

74 Jelena von Achenbach, Politische und militärische Integration in der Verteidigungspolitik der Europäischen Union, Tübingen: Mohr Siebeck (Ms. 2020, im Erscheinen).

75 Gisela Müller-Brandeck-Bocquet, Das neue Entscheidungssystem in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union, in: dies. (Hrsg.), Eu-

Analysen des Europäischen Rats, dass dort nicht nur Verhandlungen, sondern auch kommunikative Prozesse stattfinden (*deliberation*), die zur Änderung vorgebildeter Präferenzen und Überzeugungen führen.⁷⁶ Auch der Europäische Rat verfügt inzwischen über einen administrativen Unterbau, der wiederum eigene Dynamiken, verstetigte Kontakte und informelle Initiativen entwickelt.⁷⁷ Mithin wäre es weit von der Wirklichkeit entfernt, beschriebe man die Präferenzbildung der letztlich im Auswärtigen Rat entscheidenden Außen- (und Verteidigungs-)minister und -ministerinnen als allein auf der mitgliedstaatlichen Ebene gebildet. Die Positionen werden in einem permanenten Arbeits- und Wechselwirkungsprozess der Ministerialbürokratien der europäischen Hauptstädte und der Brüsseler Institutionen ausgebildet.⁷⁸

Der Verweis auf die exekutivlastige Tradition konstitutionell ungebundenen außenpolitischen Handelns im Bereich der Außenpolitik überzeugt auch insofern nicht, als dieser dem militärischen Bereich entstammt und von der Notwendigkeit schnellen Entscheidens im Verteidigungsfall ausgeht.⁷⁹ Die GSVP erfährt zwar derzeit eine Aufwertung. Es kann allerdings nach wie vor keine Rede davon sein, dass die GASP/GSVP schwerpunktmäßig von existentiellen Entscheidungen in Ausnahmesituationen geprägt wäre. Den bisher durchgeführten EU-Militäroperationen kommt eher unterstützender Charakter zu, Einsatzentscheidungen werden nicht über Nacht getroffen, sondern von langer Hand vorbereitet und in Verhandlungsrunden mit mindestens 27 Teilnehmenden beschlossen. Das 1999

ropäische Außenpolitik: GASP- und ESVP-Konzeptionen ausgewählter EU-Mitgliedstaaten, Baden-Baden: Nomos 2002, 11–21 (13); *Hylke Dijkstra/Sophie Vanhoonacker*, The Common Foreign and Security Policy, in: William Thompson u.a. (Hrsg.), Oxford Research Encyclopedia of Politics, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2017; *Fabian Breuer*, Sociological Institutionalism, Socialisation and the Brusselsification of CSDP, in: Xymena Kurowska/Fabian Breuer (Hrsg.), Explaining the EU's Common Security and Defence Policy, New York: Palgrave Macmillan 2012, 111–135.

76 S. von Bogdandy/Rugge, in diesem Band, IV.1.c.

77 Dazu Luke Dimitrios Spieker, EU Values Before the Court of Justice, Oxford: Oxford University Press 2023; zu Überzeugung in der internationalen Politik als deliberativer Politikform Nicole Deitelhoff, Überzeugung in der Politik: Grundzüge einer Diskurstheorie internationalen Regierens, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006.

78 Für eine erhellende Diskussion der „Rechtsnatur der GASP“ Kottmann (Fn. 18), 160–163.

79 Zur Plausibilität und historischen Hintergründen dieses Erfordernisses s. Isabelle Ley, Zwischen parlamentarischer Routine und exekutiven Kernbereichen: Die Kompetenzverteilung der auswärtigen Gewalt von Parlament und Regierung unter dem Grundgesetz, AöR 146 (2021), 299–352 (324–327).

im Rahmen der *Helsinki Headline Goals* formulierte Vorhaben der Bildung von ständig verfügbaren *EU Rapid Reaction Forces* mit einer Truppenstärke von 60.000 Soldatinnen und Soldaten, verfügbar binnen 60 Tagen für ein Jahr,⁸⁰ wurde nie erreicht. Im Strategischen Kompass von 2022 wurde erneut das Ziel der Bildung einer *EU Rapid Deployment Capacity* ausgegeben, allerdings mit einer Truppenstärke von 5000 Soldaten bis 2025.⁸¹ Trotz weitreichender Entwicklungen insbesondere im Bereich von Sanktionen, gemeinsamen Rüstungsprojekten, koordinierter militärischer Fähigkeitenentwicklung (CARD⁸²) und der Finanzierung von Waffenhilfe durch die Europäische Friedensfazilität bleibt abzuwarten, ob in Zukunft eine genuine Militarisierung der EU stattfindet. Derzeit sieht es eher danach aus, dass der Schwerpunkt institutionalisierter europäischer Verteidigungspolitik weiterhin bei der NATO verbleibt,⁸³ während die Kernfunktion der EU im Sicherheitsbereich in wirtschaftlichen und finanziellen Sanktionsmaßnahmen besteht, möglicherweise flankiert durch den Aufbau eines Binnenmarkts der Rüstungsgüter.⁸⁴ Allerdings kann sich dies infolge divergierender Prioritäten in Europa und den USA in Zukunft ändern; die Notwendigkeit einer gemeinsamen europäischen Verteidigungspolitik wird schon heute vielfach betont.⁸⁵

Anstelle des durch diese Mechanismen überstrapazierten Begriffs der Intergouvernementalität wird deswegen hier das Konzept eines intensiven Transgouvernementalismus⁸⁶ vorgeschlagen, das den Sachverhalt eines tertium jenseits der Dichotomie von Intergouvernementalität und Suprana-

80 Sog. Petersberg-Aufgaben; dazu *Sebastian Graf Kielmannsegg*, Die verteidigungspolitischen Kompetenzen der EU, EuR 41 (2006), 182–200 (184).

81 Rat der EU, 21.3.2022, 7371/22: Ein strategischer Kompass für Sicherheit und Verteidigung – Für eine Europäische Union, die ihre Bürgerinnen und Bürger, Werte und Interessen schützt und zu Weltfrieden und internationaler Sicherheit beiträgt.

82 Beschluss 2017/2315/GASP vom 11. Dezember 2017 über die Begründung der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (PESCO) und über die Liste der daran teilnehmenden Mitgliedstaaten, ABL 2017 L 331/57.

83 *Carolyn Moser*, Die Zeitenwende: Viel Zeit, wenig Wende?, ZaöRV 82 (2022), 741–768 (751 f.).

84 Dazu *Christian Marxsen*, Der Binnenmarkt der Rüstungsgüter, EuR 56 (2021), 307–328; s. zur neuen Initiative der Kommission zur gemeinsamen militärischen Beschaffung: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung des Instruments zur Stärkung der Europäischen Verteidigungsindustrie durch Gemeinsame Beschaffung v. 19.7.2022, COM(2022) 349 final.

85 S. etwa *Carolyn Moser*, Comment: Hard Power Europe?, ZaöRV 80 (2020), 1–12 (1 f.), m.w.N.; *Ivan Krastev*, Interview, Süddeutsche Zeitung v. 17.6.2021, S. 13.

86 Im Anschluss an *De Baere* (Fn. 1), 225 („intensive transgovernmentalism“).

tionalität beschreiben soll: In der GASP findet originäre Entscheidungsfindung und nicht nur -aggregation statt,⁸⁷ wenn auch überwiegend in Institutionen, die durch die exekutiven Spitzen der Mitgliedstaaten besetzt werden. Auch die Möglichkeit, schon jetzt in einigen Bereichen mit Mehrheitsentscheid abzustimmen (Art. 31 Abs. 2 EUV), die Möglichkeit der konstruktiven Enthaltung (Art. 31 Abs. 1 UAbs. 2 EUV), die starke Verregelung des Entscheidens und die Begründungspflicht für Rechtsakte (Art. 296 Abs. 2 AEUV) sprechen für eine begriffliche Alternative zur „Intergouvernementalität“.⁸⁸

3. Noch einmal: Zum Konnex von Handel und Sicherheit

Die Überlegungen zur begrifflichen Qualifikation der GASP werfen die Frage auf, ob die Unterscheidung von AEUV-Außenpolitiken und GASP noch überzeugend geleistet werden kann. Art. 40 EUV fordert die strikte, gerichtlich abgesicherte⁸⁹ kompetenzielle Abtrennung von AEUV- und GASP-Zuständigkeiten, obgleich die tatbestandliche Voraussetzung der Unterscheidung („sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Sicherheit der Union“, Art. 24 Abs. 1 EUV) alles andere als eindeutig ist. Dieser Widerspruch von inhaltlicher Unterdeterminiertheit und prozeduraler Überdeterminiertheit zeigt sich zunehmend auch in der Rechtsanwendung: Nach der Rechtsprechung des EuGH muss eine Maßnahme, wenn sie mehrere Kompetenzfelder berührt, auf diejenige Rechtsgrundlage gestützt werden, „die die hauptsächliche Zielsetzung oder Komponente erfordert“⁹⁰ (sog. *centre of gravity*-Test). Allerdings ergeben sich zunehmend Friktionen etwa zwischen innerer⁹¹ und äußerer Sicherheit,⁹² etwa wenn es um hybride Sicherheitsbedrohungen kritischer Infrastruktur geht, denen mit klassisch-

87 Moser, Accountability (Fn. 70), 6–17, 73–76: „Europeanized intergovernmentalism“ („intergovernmental in conception but Europeanized in practice“).

88 So auch Stephan Marquardt, Still New Kids on the EU’s Institutional Block? The High Representative and the European External Action Service Seven Years After the Entry into Force of the Lisbon Treaty, in: Jenő Czuczai/Frederik Naert (Hrsg.), The EU as Global Actor, Leiden: Brill 2017, 1–37 (5).

89 Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV, Art. 275 II AEUV.

90 EuGH, Urteil v. 20.5.2008, Rs. C-91/05, ECLI:EU:C:2008:288, Rn. 73 – *Kommission/Rat (ECOWAS)*.

91 S. Farahat (Fn. 68).

92 S. Panos Koutrakos, The Nexus Between CFSP/CSDP and the Area of Freedom, Security and Justice, in: Blockmans/Koutrakos, Common Foreign and Security Policy (Fn. 11), 296–311.

außenpolitischen Instrumenten nicht effektiv begegnet werden kann.⁹³ In der Folge werden Lösungsansätze entwickelt, die die „chinese wall“⁹⁴ zwischen GASP und AEUV-Politiken tendenziell aufweichend nurmehr als „osmotische Trennwand“ beschreiben und „kompetenzielle Hybridisierung“ zulassen wollen.⁹⁵ Seit einiger Zeit erkennt der EuGH – in Durchbrechung der früheren ECOWAS-Rechtsprechung⁹⁶ – die Möglichkeit an, eine Maßnahme auf mehrere Kompetenztitel aus beiden Vertragsbereichen (sog. *cross legal basis*) zu stützen.⁹⁷ Einem Vorschlag zufolge sollen in derartigen Fällen Hybridverfahren nach den Regeln von AEUV und GASP durchgeführt werden können,⁹⁸ vergleichbar den Verfahren bei gemischten Verträgen oder Sanktionen, die als Verordnungen nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren aufgrund eines einstimmigen Ratsbeschlusses im Rahmen der GASP ergehen. Derartige Überlegungen versuchen rechtskonstruktiv Lösungswege aufzuzeigen, auf die neue Ebenbürtigkeit und damit auch größere Nähe zwischen GASP und AEUV-Außenpolitiken zu reagieren. In der Tat: Weiterhin von einem Vorrang von AEUV-Kompetenzen auszugehen, hätte eine schleichende Verlagerung in Richtung AEUV zur

93 Im Urteil v. 4.9.2018, Rs. C-244/17, ECLI:EU:C:2018:662, Rn. 43–46 – *Agreement with Kazakhstan*, hat der EuGH selbst festgestellt, dass sich in dem zugrunde liegenden Abkommen die Regelungen zur GASP nicht nahtlos von denen zur Gemeinsamen Handels- und Entwicklungspolitik abgrenzen lassen; das zwischen der EU und Armenien abgeschlossene Partnerschaftsabkommen war auf Rechtsgrundlagen nach GASP und AEUV mit je unterschiedlichen Abstimmungsmethoden gegründet worden: EuGH, Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-180/20, ECLI:EU:C:2021:658, Rn. 7 – *Armenien*.

94 *Marise Cremona*, Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process, in: Alan Dashwood/Marc Maresceau (Hrsg.), *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, 34–69 (45); *Andreas von Arnould*, Das System der Europäischen Außenbeziehungen, in: ders./Bungenberg (Hrsg.) (Fn. 16), § 1 Rn. 57; *Hans-Joachim Cremer*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 40 EUV, Rn. 1: „Scheidewand“; im Englischen wird Art. 40 EUV häufig als „mutual non-affectation clause“ bezeichnet, s. *Van Elsuwe* (Fn. 2), 1737.

95 *Moritz Thörner*, Der Nexus von innerer und äußerer Sicherheit, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 217 ff., 292.

96 EuGH, Urteil v. 20.5.2008, Rs. C-91/05, ECLI:EU:C:2008:288, Rn. 56 ff – *Kommission u. Parlament/Rat*.

97 EuGH, Urteil v. 10.1.2006, Rs. C-178/03, ECLI:EU:C:2006:4, Rn. 42 f. – *Kommission/Parlament und Rat*; Urteil v. 24.6.2014, Rs. C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025, Rn. 43 – *Parlament/Rat*; Urteil v. 19.7.2012, Rs. C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, Rn. 44 – *Parlament/Rat*; Urteil v. 14.6.2016, Rs. C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435, Rn. 44 – *Tansania*.

98 *Thörner* (Fn. 95), 290 ff.; *Eckes*, The CFSP and other EU Policies (Fn. 11), 550 f.; ansatzweise aufgeschlossen in „Randbereichen“ *Cremer* (Fn. 94), Rn. 12.

Folge, wenn die Zuständigkeiten zwischen den Bereichen strikt abgegrenzt werden müssen.⁹⁹ Gleichzeitig sind Abgrenzungsschwierigkeiten vorprogrammiert, wenn die GASP sich auf „alle Bereiche der Außenpolitik“ erstreckt, Art. 24 Abs. 1 EUV, und Kohärenz zwischen beiden Bereichen hergestellt werden soll, Art. 21 Abs. 3 EUV.¹⁰⁰

Diese rechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten sind auch in einem politischen Kontext zu sehen: 60 Jahre lang wurde die europäische Integration als ein Projekt angesehen, dessen Hauptzweck darin bestand, den Frieden unter den europäischen Völkern durch Wohlstandsmehrung im Wege von Marktintegration in einem technisch-administrativen Modus zu sichern. In der Abtrennung von Handel und Außenpolitik lag – nach dem Scheitern der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft 1954 – ein Erfolgsrezept der europäischen Integration. Dieses lässt sich so nicht mehr aufrechterhalten: Im Kontext einer multipolaren Ordnung mit rivalisierenden Großmächten und einem Angriffskrieg in Europa entwickelt sich die EU zu einer geopolitischen Akteurin, die sich sicherheitspolitisch positioniert und engagiert. Nun ist nicht mehr die Rede von Frieden, sondern von Sicherheit und Resilienz:¹⁰¹ Während das Friedensziel sich primär auf das Verhältnis unter den Mitgliedstaaten bezog (Art. 3 Abs. 1 EUV), geht es bei der Herstellung von Sicherheit um das Außenverhältnis (vgl. Art. 3 Abs. 5 S. 2 EUV). Zugleich signalisiert die Begriffswahl eine Differenz in der Sache: Während Frieden in einer Minimaldefinition die Abwesenheit von Krieg impliziert und methodisch auf Demilitarisierung setzt,¹⁰² impliziert Sicherheit die Wahrung von Autonomie in einem konflikthaften Kontext

99 Der EuGH hat den Vorschlag des EP abgelehnt, im Zweifel und insbesondere in Fällen mit Individualrechtsbezug eine AEUV-Kompetenz der GASP-Kompetenz vorzuziehen, um eine maximale Beteiligung des EP zu gewähren, EuGH, Urteil v. 19.7.2021, Rs. C-130/10, EU:C:2012:472, Rn. 82 – *Parlament/Rat*; vgl. *Thörner* (Fn. 95), 256–260.

100 S.a. *Panos Koutrakos*, *Trade, Foreign Policy and Defence in EU Constitutional Law*, Oxford: Hart 2001, 44 ff.: „The substantive interactions between Community policies and the CFSP (...) put forward a rather self-evident fact: trade and foreign policy can neither be pursued nor implemented in isolation. They are intrinsically linked and their effectiveness relies, in practical terms, to a great extent upon their consistency and coherence.“

101 S. „Ein Strategischer Kompass für Sicherheit und Verteidigung – Für eine Europäische Union, die ihre Bürgerinnen und Bürger, Werte und Interessen schützt und zu Weltfrieden und internationaler Sicherheit beiträgt“, Rat der EU, 31.3.2022, 7371/22.

102 S. Für die Unterscheidung von positivem und negativem Frieden *Johan Galtung*, *Gewalt, Frieden und Friedensforschung*, in: Dieter Senghaas (Hrsg.), *Kritische Friedensforschung*, 2. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2015, 55–104 (86).

und weckt stärker defensive, partikularistische und auch militärische Assoziationen.¹⁰³ Hinzu kommt, dass die stabilisierende Wirkung der Aufgabenteilung zwischen NATO und EU, Sicherheits- und Wirtschaftsintegration, wie sie im Kontext des Kalten Krieges möglich war,¹⁰⁴ weggefallen ist. Die wechselseitige Abhängigkeit von wirtschaftlicher Prosperität und sicherheitspolitischer Stabilität tritt so deutlich zutage. Möglicherweise hängt Frieden in Europa heute weniger von Binnenmarkt und Zollunion ab als von der Frage, wie es sich verteidigungspolitisch organisiert.¹⁰⁵ Deutlich wird dies insbesondere an den Aktivitäten sowohl der supranationalen Organe als auch innerhalb der GASP, die eine enge Verbindung von handels- und sicherheits- bzw. verteidigungspolitischer Zielsetzung aufweisen: Beispielsweise hat die Kommission einen Vorschlag zur Lieferung von Munition an die Ukraine entworfen.¹⁰⁶ Der ebenfalls von der Kommission koordinierte Europäische Verteidigungsfonds finanziert die Forschung und Entwicklung europäischer Verteidigungsprojekte, die teilweise im Rahmen der GASP über die Programme der Ständigen Strukturierten Verteidigungszusammenarbeit (PESCO) unter Koordination der ebenfalls GASP-basierten Europäischen Verteidigungsagentur geplant werden. Gleichzeitig refinanziert die vom EU-Budget ausgenommene Europäische Friedensfazilität den Mitgliedstaaten an die Ukraine gelieferte Waffen. Die supranationalen Institutionen versuchen, auch den Binnenmarkt der Rüstungsgüter zu vergemeinschaften, während im Rahmen der GASP eine Abstimmung über benötigte militärische Fähigkeiten stattfindet.¹⁰⁷

4. Zwischenergebnis: Ein außenrechtlicher Verfassungsbegriff

Die Analyse der europäischen Verfassungsdiskussion hat gezeigt, dass der europäische Verfassungsdiskurs erst seit Kurzem auch das europäischen Außenrecht einbezieht und spezifischen Gehalt aus der Behauptung der Autonomie des Unionsrechts insbesondere im Verhältnis zu anderen inter-

103 S. *Claudia Major/Christian Mölling*, Europas neue (Un-)Sicherheit, APuZ 28–29/2022.

104 Dazu *Heike Krieger*, Common European Defence: Competition or Compatibility with NATO?, in: Martin Trybus/Nigel D. White (Hrsg.), *European Security Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, 174–197.

105 Dazu oben I.

106 Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on establishing the Act in Support of Ammunition Production v. 3.5.2023, COM(2023)237 final.

107 CARD – Coordinated Annual Review on Defence.

nationalen Spruchkörpern gewonnen hat. Dagegen wird hier für einen europäischen Außenverfassungsrechtsbegriff plädiert, der nach innen wie nach außen stärker vermittelt: Art. 3 Abs. 5 EUV fordert nach außen hin die Offenheit des Unionsrechts gegenüber dem Völkerrecht.¹⁰⁸ Nach innen hin enthalten Art. 3 Abs. 5, Art. 18 und Art. 21 EUV in konzeptioneller wie auch in institutioneller Hinsicht ein Plädoyer für die einheitliche Gestaltung der gesamten EU-Außenbeziehungen der Union. Art. 11 Abs. 1, Art. 18 Abs. 4, Art. 21 Abs. 3 UAbs. 2 EUV erfordern inhaltliche Kohärenz zwischen AEUV-Außenpolitiken und der GASP. Kontextuell lässt sich diese Begriffsprägung rückbinden an eine geänderte *finalité* der Union, wie sie heute in Art. 3 Abs. 1 EUV zum Ausdruck kommt: Ging es in den ersten Jahrzehnten der Union darum, Frieden zwischen den Mitgliedstaaten durch die Abtrennung von Wirtschaft und Sicherheit zu schaffen, so impliziert das Friedensziel des Art. 3 Abs. 1 EUV heute – in seinem systematischen Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 5 EUV – auch eine strategische Positionierung und Verteidigungsfähigkeit nach außen hin. Handel und Sicherheit lassen sich dabei konzeptionell nicht mehr scharf abgrenzen,¹⁰⁹ was spezifisch unionsrechtliche Fragen nach Kompetenzgrenzen und Legitimation aufwirft.

Kommentatoren wie *Piet Eeckhout* und *Marise Cremona* sprechen sich dafür aus, den Schwerpunkt der außenrechtlichen Diskussion von „pillar talk“ (feinzielierten Abgrenzungstheorien über Zuständigkeiten) hin zu Fragen nach der Verantwortlichkeit, der Legitimation, den Zuständigkeitsgrenzen und der Kontrolle unionalen Außenhandelns zu verlagern.¹¹⁰ Das überzeugt: Geht man davon aus, dass sich die Willensbildungsprozesse europäischen Außenhandelns nicht mehr vollständig über die Unterscheidungen von Supranationalität versus Intergouvernementalität, AEUV-Außenbeziehungen versus GASP, Handel versus Sicherheit begreifen lassen, entstehen neue Fragen nach der Rolle der Institutionen, ihrer Legitimation und perspektivisch auch ihrer Entwicklungsbedürftigkeit. Das deckt sich mit Aussagen des Außenverfassungsrechts im Verfassungsvergleich: Zwar unterliegt das Außenhandeln auch in demokratisch verfassten Rechtsstaaten historisch und sachlich bedingt weniger starker parlamentarischer

108 Dazu *Payandeh*, in diesem Band, III.3.

109 Vgl. Rat der EU, 29.3.2022, 6301/22: Council Conclusions on the EU's economic and financial strategic autonomy, Rn. 5.

110 *Eeckhout*, CFSP Policy after Lisbon (Fn. 30), 290; *Cremona*, External Relations (Fn. 27), 475–479; *Butler*, Common Foreign and Security Policy (Fn. 18), 223–254.

Steuerung und gerichtlicher Kontrolle als das sonstige Staatshandeln. Gesetzesbindung und gewaltenteilige Kontrolle staatlichen Handelns wiesen aufgrund ihrer auf das Individuum bezogenen, vernunftrechtlichen und aufklärerischen Ausrichtung lange Zeit „einen ausgesprochen innerstaatlich-bürgerrechtlichen Akzent“¹¹¹ auf. Gleichwohl sind die parlamentarische Kontrolle der Regierung auch im Außenhandeln sowie die parlamentarische Zustimmungsbedürftigkeit internationaler Verträge im internationalen Vergleich typische Elemente parlamentarischer Demokratien,¹¹² die über Art. 10 EUV auch für das europäische Außenverfassungsrecht Geltung beanspruchen. Weiterhin kennt das europäische Außenrecht in Art. 218 Abs. 11, Art. 275 Abs. 2 AEUV eine verfassungsgerichtliche Kontrolle internationaler Verträge und restriktiver Maßnahmen, die jeweils am Primärrecht auf Kompatibilität mit Verfahrens- und grundrechtlichen Vorschriften zu messen sind. Im nächsten Abschnitt wird gezeigt, welche Entwicklungsdynamiken sich aus diesen Vorgaben insbesondere für die Rollen des Hohen Vertreters, des EP und des EuGH in der GASP bereits ergeben.

IV. „Bridging the gap“: Die Konstitutionalisierung der GASP in der Rechtspraxis

Das Außenhandeln der Union ist gegenwärtig durch einen disparaten Entwicklungsstand von materieller und organisatorischer Verfassung gekennzeichnet: Art. 3 Abs. 5, Art. 21 EUV geben für das gesamte Außenhandeln einheitliche Werte, Grundsätze und Ziele vor,¹¹³ die nach Art. 22 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 EUV durch den Europäischen Rat übergreifend in strategische Zielvorgaben und Leitlinien übersetzt und anschließend durch Rat und Kommission – und für beide durch den Hohen Vertreter – operationalisiert werden sollen. Angestrebt wird materiell eine Außenpolitik aus einem Guss. Zielkonflikte zwischen den Vorgaben der Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV (etwa zwischen Handel und Sicherheit; zwischen Werten und Interessen; zwischen nachhaltiger Entwicklung und Freihandel)

111 Eberhard Menzel, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), 179–220 (185).

112 Dazu Ley, Zwischen parlamentarischer Routine und exekutiven Kernbereichen (Fn. 79), 326.

113 Vorläufervorschriften fanden sich in Abs. 5 Chapeau zur Einheitlichen Europäischen Akte, ABl. 1987 L 169/I, sowie in Titel V, Art. J.1 EUV (Maastricht).

sollen dieser Konzeption zufolge zu einem frühen Zeitpunkt durch werternde Entscheidungen des Europäischen Rates aufgelöst werden. Die strategische Leitungsfunktion des Europäischen Rates, Art. 22 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 EUV, bildet das gemeinsame institutionelle Dach des europäischen Außenhandelns, welches sich den Verträgen zufolge als Konkretisierung der in Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV vorgegebenen Werte, Grundsätze und Ziele darstellt. Unterhalb der Ebene strategischer Festlegungen erfolgt das Außenhandeln in der GASP und den AEUV-Außenpolitiken in unterschiedlichen Handlungsformen und Organen. Gemeinsam ist beiden die Handlungsform des internationalen Vertrags,¹¹⁴ dem trotz unterschiedlicher Beteiligung von Kommission und EP eine Vereinheitlichungsfunktion zukommt.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob und wie die Herstellung institutioneller und materieller Kohärenz durch den Hohen Vertreter (1.), das Europäische Parlament (2.) sowie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs (3.) gelingen kann. Ein Schwerpunkt der Untersuchung liegt dabei auf der GASP, die vom Hohen Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik – als Ausgangspunkt dieser Untersuchung – geleitet und verantwortet wird.

1. Der Hohe Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik

Insbesondere dem Hohen Vertreter kommt die Funktion zu, zwischen den verschiedenen Bereichen des Außenhandelns zu vermitteln und eine einheitliche Außenpolitik zu konzipieren. Die Neukonzeption des seit dem Vertrag von Amsterdam (1999) existierenden Amtes des Hohen Vertreters der GASP, das damals in Personalunion durch den Generalsekretär des Rates der Europäischen Union ausgeführt wurde, stellt eine der wesentlichen Neuerungen des Vertrags von Lissabon dar. Ziel war zum einen die stärkere Personalisierung und Akzentuierung der außenpolitischen Repräsentation und Schlagkraft der Union: In diesem Sinne vertritt der Hohe Vertreter (HV) die Union in Angelegenheiten der GASP gegenüber Drittstaaten sowie im Rahmen von internationalen Organisationen auf einer Ebene mit staatlichen Außenministern, Art. 27 Abs. 2 EUV; zugleich stellt das Amt in operativen wie politikgestaltenden Fragen das materielle Zentrum der GASP dar, insofern dem HV das Recht zur Initiative rechtlicher wie politischer Beschlüsse zukommt (Art. 18 Abs. 2 S. 2, Art. 22 Abs. 2, Art. 27

114 Art. 37 EUV, Art. 218 AEUV.

Abs. 1, Art. 30 Abs. 1 EUV) und er zugleich für die Implementierung der GASP zuständig ist (Art. 18 Abs. 2 S. 1, Art. 26 Abs. 3 EUV). Zum anderen verkörpert der Hohe Vertreter die Aspiration einer einheitlichen, kohärenten und wirksamen europäischen Außenpolitik (Art. 18 Abs. 4 S. 2 und Art. 26 Abs. 2 UAbs. 2 EUV)¹¹⁵: Seine Aufgabe ist es, die übergreifenden außenpolitischen Ziele der Union institutionell-organisatorisch miteinander zu vereinbaren und personell zu vertreten. Dies soll insbesondere durch die Personalunion zweier Ämter erreicht werden, die beide – je für sich – wiederum mit Koordinations- und Politiksetzungsaufgaben einhergehen: Einerseits ersetzt der HV innerhalb der Kommission den früheren Kommissar für auswärtige Beziehungen¹¹⁶ und koordiniert als einer der Vizepräsidenten der Kommission die Aktivitäten aller Generaldirektionen mit Außenbezug (Art. 18 Abs. 4 S. 1 und 3 EUV). Andererseits hat er dauerhaft den Vorsitz des Rates für Auswärtige Angelegenheiten inne (Art. 18 Abs. 3 EUV): Während die übrigen Ratsformationen jeweils durch einen Vertreter des den halbjährlich rotierenden Ratsvorsitz innehabenden Mitgliedstaats geleitet werden, wird der Auswärtige Ausschuss kontinuierlich vom HV geleitet. Für beide Organe – Kommission wie Rat – kommt dem HV damit bereits intern eine Koordinierungsfunktion zwischen den verschiedenen Sektoren der Außenpolitik zu. Über den Vorsitz im Auswärtigen Rat kann der HV darüber hinaus maßgeblichen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der GASP/GSVP nehmen. Durch die Personalunion als Vorsitzender des Auswärtigen Rats und als Vizepräsident der Kommission mit Zuständigkeit für auswärtiges Handeln zielt das Amt darauf ab, die materielle Kohärenz zwischen den unterschiedlichen Zielen und Bereichen des unionalen Außenhandelns zu gewährleisten.¹¹⁷

115 Steven Blockmans/Sophia Russack, The Commissioners' Group on External Action, CEPS Special Report 125 (2015), 2, 11, sprechen in diesem Zusammenhang vom „Lisbon Spirit“.

116 Frank Hoffmeister/Annika Bruckert, The High Representative Revisited in 2022 – An Ever More Powerful Institutional Actor in the EU's Common Foreign and Security Policy?, in: Philipp Donath u.a. (Hrsg.), Der Schutz des Individuums durch das Recht: FS für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag, Berlin: Springer 2023, 157–180 (157, 158).

117 Vgl. auch Art. 2 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Rates, Anhang VO 2009/937/EU v. 1.12.2009 zur Änderung seiner Geschäftsordnung, ABl. 2009 L 325/35: „Der Rat, Auswärtige Angelegenheiten“ gestaltet das auswärtige Handeln der Union entsprechend den strategischen Vorgaben des Europäischen Rates und sorgt für die Kohärenz des Handelns der Union. Er ist verantwortlich für die Durchführung sämtlichen auswärtigen Handelns der Europäischen Union, nämlich der Gemeinsamen

Die Bestellung des HV leitet sich primär vom Europäischen Rat ab, der den HV mit qualifizierter Mehrheit wählt, die Kommissionspräsidentin oder der Kommissionspräsident muss dieser Wahl im Anschluss zustimmen, Art. 18 Abs. 1 S. 1 EUV. Gemäß Art. 17 Abs. 7 UAbs. 3 S. 1 EUV stellt sich der HV mit der gesamten Kommission dem Zustimmungsvotum des Parlaments. Im Falle einer parlamentarischen Abberufung der Kommission infolge eines Misstrauensantrags des Europäischen Parlaments nach Art. 17 Abs. 8 EUV, Art. 234 AEUV muss der Hohe Vertreter sein Amt als Vizepräsident der Kommission niederlegen, ein parlamentarisches Abberufungsrecht für seine Funktion im Rat und als Leiter der GASP existiert nicht. Als solcher kann er nur über den Europäischen Rat, ebenfalls mit qualifizierter Mehrheit, des Amtes enthoben werden, Art. 18 Abs. 1 S. 2 EUV. Darüber hinaus steht er in einem Verantwortungszusammenhang zum EP, insofern er diesem nach Art. 36 EUV in Sachen GASP Rede und Antwort stehen und Informationen zur Verfügung stellen muss.

Die Hybridkonzeption des Amts kommt auch in der Zusammensetzung des EAD zum Ausdruck, welches den Hohen Vertreter bei all seinen Aufgaben unterstützt:¹¹⁸ Besetzt mit Bediensteten aus der Kommission, dem Generalsekretariat des Rates und den diplomatischen Diensten der Mitgliedstaaten bildet er eine administrativ und budgetär von Rat und Kommission eigenständige Institution (Art. 27 Abs. 3 S. 2 EUV und Art. 1 Abs. 2 EAD-Beschluss¹¹⁹). Ziel ist die bessere Kommunikation und Überbrückung der unterschiedlichen Missionen, Pfadabhängigkeiten und Kulturen, die insbesondere innerhalb von Kommission und Rat nach wie vor bestehen.

Neben seiner horizontalen Brückenfunktion sorgt der Hohe Vertreter auch vertikal für die institutionelle Verbindung zwischen dem Europäischen Rat, an dessen Sitzungen er ebenfalls teilnimmt (Art. 15 Abs. 2 S. 2 EUV), dem Rat und dem EAD, den im Rahmen des EAD verankerten sicherheits- und militärpolitischen Leitungsgremien und zuletzt auch den Mitgliedstaaten, deren außenpolitische Positionen er ebenfalls koordinieren soll, Art. 34 Abs. 1 S. 3 EUV. Daneben leitet er die Europäische Verteidi-

Außen- und Sicherheitspolitik, der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, der gemeinsamen Handelspolitik sowie der Entwicklungszusammenarbeit und der humanitären Hilfe.“

118 Vgl. Art. 27 Abs. 3 EUV und Art. 2 Beschluss 2010/427/EU v. 26.7.2010 über die Organisation und die Arbeitsweise des Europäischen Auswärtigen Dienstes, ABl. 2010 L 201/30.

119 Vgl. EAD-Beschluss des Rates (Fn. 118); Marquardt, High Representative (Fn. 88), 24.

gungsagentur (Art. 42 Abs. 3 UAbs. 2 EUV) und hat Aufsichtsfunktionen für drei weitere Agenturen im Zuständigkeitsbereich der GASP inne.¹²⁰ Schließlich kann er Sonderbeauftragte für den Außenbereich einsetzen, Art. 33 EUV.

a) Vizepräsident der Kommission

Die Rolle der Kommission in der Außenpolitik hat sich seit dem Vertrag von Lissabon stark verändert: Einerseits ist sie im Rahmen der AEUV-Außenpolitiken weiterhin die zentrale Akteurin, die die meisten internationalen Abkommen der EU aushandelt, die EU in internationalen Organisationen wie der WTO und bei sonstigen internationalen Konferenzen, Gipfeltreffen u.a. vertritt. Die Kompetenzen im Handelsbereich wurden um die Dimensionen des geistigen Eigentums sowie der Direktinvestitionen ergänzt (Art. 207 Abs. 1 S. 1 AEUV) und korrespondieren damit den WTO-Zuständigkeiten für den Handel mit Waren und Dienstleistungen sowie den Schutz geistigen Eigentums.¹²¹ Neben den sonstigen expliziten und impliziten Außenzuständigkeiten im Bereich des AEUV hat sich die Kommission über eine extensive Ausdehnung der Handelskompetenz ein weites Feld an Zuständigkeiten geschaffen (u.a. im *dual use*-, im Sanktions- und neuerdings auch im verteidigungsindustriellen Bereich).

Andererseits wurde die Rolle der Kommission durch den Vertrag von Lissabon sowohl gegenüber dem Parlament wie auch im Verhältnis zur GASP und damit zu den Akteuren (Europäischer) Rat, HV und EAD herabgestuft: Die Maßnahmen der Autonomen Handelspolitik werden nunmehr im Verordnungswege im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erlassen (Art. 207 Abs. 2 AEUV), zugleich wurde die gemeinsame Handelspolitik auch inhaltlich auf die Einhaltung der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union verpflichtet, Art. 205, Art. 207 Abs. 1 S. 2 AEUV. Damit hat eine Parlamentarisierung und auch Politisierung der Handelspolitik stattgefunden: Gab es früher kaum Verbindungen

120 European Defence Agency; EU Satellite Centre; EU Institute for Security Studies, European Security and Defence College; dazu *Marquardt*, High Representative (Fn. 88), 17.

121 S. dazu *Siegrid Boysen*, Das System des Europäischen Außenwirtschaftsrechts, in: von Arnould/Bungenberg (Fn. 16), § 10 Rn. 2.

zwischen Parlament und Kommission in der Handelspolitik,¹²² so existieren heute enge Arbeitsbeziehungen zwischen dem Parlamentskomitee für internationale Handelsfragen „INTA“ und der Kommission.¹²³ Europäische Handelspolitik wird in einem zwischen den Parlamentsfraktionen strukturierten Prozess geprägt, zugleich trägt das EP durch seine umfassenden Zuständigkeiten in den AEUV-Politiken zu einem Abgleich zwischen Freihandels- und sonstigen Interessen bei und schafft eine Transparenz und (direkte) Legitimation, die die Kommission alleine nicht gewährleisten kann. Die Kommission musste auf ihren Kommissar für auswärtige Angelegenheiten zugunsten des HV verzichten, die zuvor ihr zugeordneten Außenvertretungen („Delegationen“, Art. 221 AEUV) an den EAD abtreten.

Im Rahmen der GASP beschränkt sich die formale Rolle der Kommission auf ihre Zustimmung zum Errichtungsbeschluss des EAD, die Zustimmung des Kommissionspräsidenten oder der Kommissionspräsidentin zur Ernennung des HV sowie das Recht, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten gemeinsam mit dem Hohen Vertreter Fragen und Vorschläge an den Rat zu richten, Art. 30 Abs. 1 EUV. Faktisch existiert jedoch schon aufgrund der inhaltlichen Verbindungen zwischen fast allen AEUV-Zuständigkeiten und der GASP¹²⁴ eine Kooperation und Abstimmung zwischen Kommission und HV/EAD, die sich konzeptionell auch in den Strategiedokumenten niederschlägt:¹²⁵ Auf der Leitungsebene trägt die *Commissioners Group on External Action* dazu bei, die Außenanliegen der mit Außenthemen befassen Generaldirektionen¹²⁶ abzustimmen und zu bündeln. Unter dem Vorsitz des Hohen Vertreters in seiner Kapazität als Vizepräsident der Kommission treffen sich die zuständigen Kommissare in den jeweils relevanten Zusammensetzungen zur regelmäßigen Diskussion aktueller Fragen und

122 Viktor Szép/Ramses A. Wessel, Mapping the Current Legal Basis and Governance Structures of the EU's CFSP, ENGAGE Working Paper Series 5 (2021), 16, Fn. 19.

123 S. Beschluss 2012/C 70 E/12 v. 20.10.2010 zur Revision der Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission (2010/2118(ACI)), ABl. 2012 C 70E/98.

124 S. die Beiträge in Blockmans/Koutrakos (Fn. 11), Teil C.

125 Koutrakos, The Nexus (Fn. 92).

126 Unter der derzeitigen Kommission heißt die Gruppe „A stronger Europe in the World“; die Kerngruppe setzt sich zusammen aus den Kommissar/innen für Nachbarschafts- und Erweiterungspolitik, Krisenmanagement und Internationale Partnerschaften; ggf. kommt der Handelskommissar hinzu sowie themenabhängig weitere Kommissare, s. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024_en#commissioners-group (16.12.2022).

gemeinsamer Vorhaben.¹²⁷ Eine Vielzahl gemeinsamer Kommunikationen, Statements und Initiativen von Kommission und HV belegen die Produktivität dieser Zusammenarbeit in den letzten Jahren.¹²⁸ Insbesondere für die Herstellung einer kohärenten Politik in den Bereichen, die inhaltliche Überschneidungen zwischen AEUV-Politiken und der GASP aufweisen, ist diese Verbindung essentiell. Als Vizepräsident der Kommission steht der Hohe Vertreter formal gesehen auf einer Ebene mit den übrigen (Außen-)Kommissaren, insbesondere den weiteren Vizepräsidenten.¹²⁹ Unter den übrigen Kommissaren mit auswärtigen Zuständigkeiten nimmt er die Rolle eines *primus inter pares* ein, allerdings ohne eigenständiges Portfolio innerhalb der Kommission. Anstelle einer Generaldirektion leitet er den ihm zuarbeitenden EAD.

Gleichzeitig existieren auf Arbeitsebene enge Verbindungen im Rahmen des EAD, die insbesondere bei den zentralen Rechtsetzungszuständigkeiten im GASP-Bereich, Sanktionen und internationale Abkommen (Art. 75, Art. 215, Art. 218 AEUV), zum Tragen kommen und vergleichsweise gut eingespielt sind: Internationale Abkommen mit GASP-Bezug (die in der Regel als gemischte Abkommen ergehen) werden meist vom HV in seiner doppelten Kapazität als Vizepräsident der Kommission und als Außenbeauftragter der GASP ausgehandelt – mit enger Begleitung durch EAD und Kommission.¹³⁰ Für den Erlass von Sanktionen, einer genuin Handel und Sicherheit verbindenden Zuständigkeit mit supranationalen Elementen (Mehrheitsabstimmung im Rat, parlamentarisches Zustimmungsrecht in Fällen finanzieller Restriktionen, ggf. unmittelbare Wirkung auf den Einzelnen sowie Kontrollrecht des EuGH), hat sich ebenfalls eine enge Kooperation zwischen HV und Kommission eingespielt: Faktisch vom EAD unter Leitung des HV vorbereitet, agieren hier die zuständigen Einheiten der Generaldirektion Handel Hand in Hand mit den Sanktionseinheiten des EAD, um eine engstmögliche Abstimmung zu gewährleisten und dem Rat gemeinsam erarbeitete Vorschläge zu unterbreiten, Art. 215 AEUV.¹³¹ Aller-

127 Hoffmeister/Bruckert (Fn. 116), 174, sprechen von monatlichen Treffen.

128 Blockmans/Russack, Commissioners' Group on External Action (Fn. 115), 9–11; Stephen Marquardt, The Institutional Framework, Legal Instruments and Decision-making Procedures, in: Blockmans/Koutrakos (Fn. 11), 22, 40.

129 Von denen es insgesamt acht gibt, darunter allein drei „executive vice presidents“, zu denen der HV allerdings in der Kommission von der Leyen 2019–24 nicht zählt, s. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024_en (16.12.2022).

130 Marquardt, Institutional Framework (Fn. 128), 40.

131 Hoffmeister/Bruckert (Fn. 116), 175 f.

dings kommt es im Bereich der rüstungsindustriellen Zusammenarbeit sowie bei der Frage der Außenrepräsentation auch immer wieder zu Zuständigkeitskämpfen zwischen Kommission und EAD, Kommissionspräsidentin und Europäischem Ratspräsident. Insbesondere über das der Kommission zustehende Budgetrecht nach Art. 317 AEUV gelingt es der Kommission, auch im GASP/GSVP-Bereich Einfluss auszuüben.¹³² Seit 2019 bietet die ambitionierte Rüstungsindustrieförderung der *von der Leyen*-Kommission mit Einrichtung einer neuen Generaldirektion für Verteidigung und Weltraum, zahlreichen neu geschaffenen Stellen in diesem Bereich und der Einrichtung des Europäischen Verteidigungsfonds Gegenstand für Abgrenzungskonflikte, nicht selten aber auch gemeinsame Initiativen.¹³³

b) Vorsitz des Auswärtigen Ausschusses im Rat

Im Rat nimmt der Hohe Vertreter als stimmrechtsloser Vorsitzender des Rats für Auswärtige Angelegenheiten eine besondere Stellung ein: Unter den Vorsitzenden der zehn Ratsformationen¹³⁴ ragt er sowohl hinsichtlich der Permanenz seiner Vorsitzendenfunktion als auch hinsichtlich der Tatsache, dass seine Behörde mehr Mitarbeitende und damit mehr (wo)manpower als das gesamte Generalsekretariat des Rates umfasst, heraus. Gleichzeitig ist er – anders als die übrigen Vorsitzenden – stimmrechtslos und daher im strengen Sinne kein Ratsmitglied. Seine Legitimation ist anders als die der (übrigen) Ratsmitglieder keine originär mitgliedstaatliche, sondern eine vom Europäischen Rat, von der Kommissionspräsidentin und vom EP abgeleitete, genuin transgouvernementale Legitimation.¹³⁵ Als operativer Arm des Rats für Auswärtige Angelegenheiten verkörpert er Gesicht und Stimme des Auswärtigen Rates sowohl gegenüber Drittstaaten und inter-

132 *Eeckhout* (Fn. 11), 491; *Marquardt*, High Representative (Fn. 88), 34.

133 S. etwa das gemeinsame Statement über Rüstungsbeschaffung: Gemeinsame Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Analyse der Defizite bei den Verteidigungsinvestitionen und die nächsten Schritte v. 18.5.2022, JOIN(2022) 24 final; dazu *Hoffmeister/Bruckert* (Fn. 116), 176.

134 Die Ratsformationen sind abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/de/council-eu/configurations/> (20.12.2022).

135 Zum Begriff *Robert Keohane/Joseph Nye*, Transgovernmental Relations and International Organizations, *World Politics* 27 (1974), 39–62 (41, 43).

nationalen Organisationen wie auch gegenüber anderen EU-Institutionen, insbesondere dem Europäischen Parlament.¹³⁶

Stärker noch als im Rahmen der Kommission, wo sich die Rolle des Hohen Vertreters/Vizepräsidenten auf die inhaltliche Koordinierung der unionalen Außenpolitiken und erleichterte Zusammenarbeit mit der GASP konzentriert, kommt dem HV bei seiner zweiten Funktion, dem – stimmrechtlosen – Vorsitz des Auswärtigen Ausschusses, eine inhaltlich prägende Rolle zu. Die Festlegung der Tagesordnung, die Einberufung der Sitzungen und die Möglichkeit, über die Einladung externer Gäste, etwa Vertreter von Drittstaaten oder internationalen Organisationen zu entscheiden,¹³⁷ gewähren Einflussnahmemöglichkeiten auf die Inhalte und Beschlüsse des Gremiums und erleichtern eine abgestimmte Außenpolitik gegenüber Drittstaaten. Die Tatsache, dass der HV dem Gremium sowohl in seiner Zusammensetzung als Rat der Außenminister wie auch der Verteidigungs- und Entwicklungsminister vorsitzt,¹³⁸ erleichtert die Abstimmung der unterschiedlichen Portfolios und gewährt eine personelle Kontinuität, die dem Rat mit den wechselnden Präsidenschaften ansonsten fremd ist. Insbesondere findet hier eine gremienübergreifende Koordination von AEUV- mit EUV-Politiken statt, insofern der Auswärtige Rat als einheitliches Gremium für alle Außenpolitiken der EU zuständig ist. Allein der Abstimmungsmodus unterscheidet sich in Abhängigkeit vom jeweiligen Kompetenztitel: Während in den AEUV-Bereichen Handel, Entwicklung, humanitäre Hilfe etc. im Rat mit qualifizierter Mehrheit entschieden wird, wird im GASP-Bereich das Einstimmigkeitsverfahren verwendet, allerdings mit der häufig genutzten Möglichkeit der konstruktiven Enthaltung, Art. 31 Abs. 1 UAbs. 2 EUV.

Schließlich bringt der HV in dieser Rolle – anders als in der Kommission, wo ihm eine eigene Zuständigkeit nicht zukommt und er nur einer unter mehreren Vizepräsidenten ist – sein ganzes aus seiner Leitungsfunktion der GASP/GSVP erwachsendes Gewicht in die Beratungen ein: De facto werden formelle wie informelle Ratsbeschlüsse von ihm unter Zuarbeit des EAD vorbereitet und umgesetzt. Dem entspricht sein formales Recht, Ini-

136 Vgl. Art. 36 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 EUV, s.u. unter IV.2.b.

137 Hoffmeister/Bruckert (Fn. 116), 171, 172; allerdings muss der Rat diese Einladungen formal beschließen.

138 Dagegen wird der Auswärtige Rat in Gestalt der Handelsminister von einem Vertreter des den Ratsvorsitz innehabenden Mitgliedstaats geleitet, s. Rat der EU, Rat „Auswärtige Angelegenheiten“, <https://www.consilium.europa.eu/de/council-eu/configurations/fac/> (15.12.2022).

tativen in den Rat einzubringen und Fragen zu stellen, Art. 30 Abs. 1 EUV. Damit kommt ihm für den Bereich der GASP/GSVP eine Rolle zu, die mit derjenigen der Kommission für die AEUV-Unionspolitiken vergleichbar ist: Initiative und Implementierung einer Politik liegen in seiner Hand, die Beschlusskompetenz liegt allerdings beim Rat. In der Folge kann ein profilierter und führungsstarker HV mit einem gut funktionierenden EAD den Bereich stark prägen, zumal formale Rechtsetzungsverfahren hier, wie oben dargestellt, eine geringere Rolle spielen als in den stark verrechtlichten AEUV-Politiken. Ggf. stellt sich die formale Beschlussfassung durch den Rat der nur einmal im Monat aufeinandertreffenden Außenministerinnen und Außenminister eher als Billigung der vom HV bzw. dem EAD vorbereiteten Beschlüsse denn als genuine Entscheidungsfindung dar.

Eine Regelungslücke stellt die Frage der Stellvertretung des HV in seiner Funktion als Vorsitzender des Auswärtigen Rats dar: Während in den ersten Jahren im Falle einer Verhinderung des HV zunächst die Außenministerin des die Ratspräsidentschaft ausübenden Mitgliedstaats diese Rolle stellvertretend übernahm, mehren sich die Stimmen, die eine stellvertretende Sitzungsleitung durch den Generalsekretär des EAD oder einen seiner Stellvertreter befürworten, um eine stärkere Kontinuität und engere Zusammenarbeit sowohl mit dem HV bzw. EAD als umsetzender Behörde zu gewährleisten.¹³⁹

c) Leitung der GASP

Die Kernaufgabe des HV liegt in der operativen Leitung der GASP/GSVP mithilfe des von ihm geleiteten EAD, einschließlich der dazugehörigen EU-Delegationen in inzwischen über 140 Staaten und Organisationen, Art. 18 Abs. 2 S. 1 EUV¹⁴⁰. Damit einher geht die Ausarbeitung und Implementierung der außen- und sicherheitspolitischen Strategiedokumente, die inhaltliche Ausgestaltung, Prägung und Umsetzung der formellen wie informellen Entscheidungen der GASP/GSVP, der Vorsitz der militärstrategischen Gremien von PSK, Militärstab der EU (EUMS) und Ausschuss für die zivilen Aspekte der Krisenbewältigung (CivCom), die Leitung der Europäischen Verteidigungsagentur, die Leitung der zivilen und militärischen

139 Dafür Hoffmeister/Bruckert (Fn. 116), 173; s. Art. 2 Abs. 5 GO Rat.

140 Diplomatischer Dienst der EU, Liste der diplomatischen Vertretungen, https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-world-0_en (16.12.2022).

GSVP-Missionen nach Art. 43 f. EUV sowie die Außen-Repräsentation der EU im Bereich der GASP auf einer Ebene mit den staatlichen Außenministern einschließlich der Aushandlung internationaler Abkommen im Bereich der GASP. Die Teilnahme eines Mitgliedstaats an einem von derzeit ca. 60 PESCO-Projekte wird ebenfalls durch den HV vermittelt, Art. 46 Abs. 1 EUV. Der Hohe Vertreter der GASP stellt insofern *das* operative Zentrum der GASP/GSVP dar, bei dem alle Fäden zusammenlaufen.¹⁴¹

Ähnlich wie die Kommission im Gemeinschaftsrecht besitzt er im GASP-Bereich das Initiativ-, aber kein Beschlussrecht. Im Unterschied zur Kommission im Bereich der AEUV-Zuständigkeiten¹⁴² ist allerdings hervorzuheben, dass der HV nicht über ein Initiativmonopol verfügt: Auch die Mitgliedstaaten haben in der GASP ein Initiativrecht für Beschlüsse inne, Art. 30 Abs. 1 EUV,¹⁴³ was den (trans-)gouvernementalen Charakter der GASP betont.

Im judiziellen Kontext entwickelt sich der HV zunehmend zu einer anerkannten Institution mit eigener Meinungsbildung und einflussreicher Koordinierungsfunktion. So hat das EuG im Verfahren *RT France* den HV erstmalig seinen Verfahrensbeitritt als Streithelfer gewährt und seine Intervention im Urteil mehrfach erwähnt.¹⁴⁴ Im Rahmen des IGH-Verfahrens auf Antrag der Ukraine gegen Russland wegen Verletzung der Genozid-Konvention erarbeitete der HV eine Muster-Intervention für die EU-Mitgliedstaaten¹⁴⁵ und ermöglichte so die zügige und abgestimmte Intervention einer Vielzahl europäischer Staaten.¹⁴⁶

Schließlich repräsentiert der HV den Auswärtigen Rat vor dem EP und stellt sich dort den Fragen der Abgeordneten, Art. 36 Abs. 1 EUV.

141 Panos Koutrakos, *EU International Relations Law*, 2. Aufl., London: Hart 2015, 427: „In all but name the HR is the Foreign minister of the Constitutional Treaty.“

142 Initiativmonopol der Kommission gemäß Art. 17 Abs. 2 EUV; s. aber das indirekte Initiativrecht von EP und Rat, Art. 225 und Art. 241 AEUV.

143 Koutrakos, *EU International Relations Law* (Fn. 141), 428.

144 EuG, Urteil v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483, Rn. 87, 89, 130, 208 u.a. – *RT France/Rat*.

145 S. IGH, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States intervening)*, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/case/182> (5.10.2023); zu dem Vorgang aus Perspektive des HV Hoffmeister/Bruckert (Fn. 116), 169 f.

146 Nach Art. 62 IGH-Statut können nur Staaten Interventionen zu laufenden Fällen einreichen; allerdings hat mit Schreiben v. 17.8.2022 auch die EU-Kommission für die EU nach Art. 34 Nr. 2 IGH-Statut als „öffentlich-rechtliche internationale Organisation“ ein Memorial zu dem Fall eingereicht, s. IGH, Press Release 2022/29 v. 18.8.2022.

d) Strukturelle Herausforderungen

Wie ist das Amt des Hohen Vertreters in außenverfassungsrechtlicher Hinsicht zu bewerten, insbesondere im Hinblick auf seine Fähigkeit, die unterschiedlichen Ziele, Werte und Grundsätze der Art. 3 Abs. 5, Art. 21 EUV in Überbrückung der bestehenden kompetenziellen und prozeduralen Unterschiede zwischen AEUV- und EUV-Außenpolitiken zu vereinbaren? Zunächst ist in struktureller Hinsicht anzumerken, dass der Hohe Vertreter – anders als die häufige Hervorhebung der beiden Funktionen als Vizepräsident der Kommission und Vorsitzender des Auswärtigen Rats (sog. Doppelhut¹⁴⁷) und die häufig genutzte Abkürzung „HV/VP“ suggerieren – im Grunde mindestens drei Hüte trägt: Neben die beiden genannten Funktionen tritt seine womöglich wichtigste Rolle als operativer Leiter, Repräsentant und Stimme der GASP.¹⁴⁸ Dies stellt die durch die Doppelhut-Metapher suggerierte Annahme infrage, er vereine mit den beiden Funktionen für Kommission und Rat gleichberechtigt eine supranationale und eine intergouvernementale Rolle in den Außenbeziehungen und stehe daher gewissermaßen in Äquidistanz zu AEUV- und EUV-Außenbeziehungen. Dies trifft schon deshalb nicht zu, weil diese beiden Standbeine in Bezug auf sein Amt schon aufgrund seiner hybriden Ernennung durch Europäischen Rat, Kommissionspräsidentin und Bestätigung des EP nicht getrennt werden können. Vielmehr scheint ein Konstruktionsproblem des Amts darin zu liegen, dass es eine Brücke zwischen den vormaligen Säulen bilden und zu einer übergreifenden Interpretation der Leitprinzipien des Außenhandelns beitragen soll, diese Brücke aber von ihrer Konstruktion her eine Schlagseite zur GASP hin aufweist: Nicht nur hat der HV in seiner Funktion als Vorsitzender des Auswärtigen Rats mit dem Initiativrecht eine stärker formalisierte Rolle für die Beschlussfassung des Rates als in der Kommission, wo er kein eigenes Portfolio verantwortet und nur der Kommission in ihrer Gesamtheit das Initiativrecht für Gesetzgebungsvorhaben zusteht, Art. 17 Abs. 2 EUV. Darüber hinaus bildet er mit den zahlreichen Aufgaben der GASP von der Strategiebildung über die Gestaltung von Sanktionen, die Leitung der Missionen, die Leitung des EAD mit seinen 140 Delegationen, die Repräsentation bei internationalen Organisationen, Konferenzen und zunehmend auch vor Spruchkörpern das operative Gravitationszentrum der GASP/GSVP. Dessen Bedeutung steigt angesichts der

147 *Eeckhout* (Fn. 11), 491.

148 Vgl. Art. 18 Abs. 2 EUV.

aktuellen Entwicklungen und damit einher gehenden Herausforderungen für die Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Union noch weiter und enthält weiteres Entwicklungspotential für einen geschickten und kommunikationsstarken Amtsinhaber. Insofern kann der HV schon qua Amt nicht gleichermaßen AEUV-Außenbeziehungen und EUV-Außenbeziehungen verkörpern; seine Rolle für die GASP ist ungleich größer.

Zugleich kann man die stärkere Verankerung des HV in der GASP auch als Gegengewicht zu den weitergehenden Kompetenzen der (früheren) Gemeinschaftsorgane EP, Kommission und EuGH in den AEUV-Außenbeziehungen sehen: Anders als in der GASP finden in den AEUV-Außenbeziehungen qualifizierte Mehrheitsabstimmungen im Rat statt, was die Handlungsfähigkeit erhöht.¹⁴⁹ Zudem ist auf der vertikalen Achse das Verhältnis zur mitgliedstaatlichen Außenpolitik stärker zentralisiert: Die AEUV-Außenkompetenzen bewegen sich auf dem Spektrum von exklusiven Zuständigkeiten der EU insbesondere im Handelsbereich, der Zollunion und Teilaspekten der Fischereipolitik (Art. 3 AEUV), über implizite Zuständigkeiten zum Abschluss internationaler Abkommen (Art. 3 Abs. 2 AEUV) hin zu geteilten Zuständigkeiten (Umwelt, Verkehr, Energie u.a.), wo die Union zwar nicht allein zuständig ist, nach einem Tätigwerden der Union jedoch Maßnahmen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet ausgeschlossen sind.¹⁵⁰ Die GASP dagegen wird als parallele Zuständigkeit zu den mitgliedstaatlichen Außenpolitiken gesehen.¹⁵¹ Sowohl Mitgliedstaaten wie auch Union können hier nebeneinander agieren; die Mitgliedstaaten sind allerdings auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet, müssen ihre Positionen und Aktivitäten koordinieren und dürfen durch ihr Handeln die Unionsziele in der GASP nicht konterkarieren, Art. 24 Abs. 3 EUV.

Im Ergebnis stellt sich die Konstruktion des HV als ein Versuch dar, der Fülle der außenpolitischen Kompetenzen im AEUV-Bereich etwas entgegensetzen und die GASP trotz der geringeren Kompetenzen und weniger effektiven Verfahren auf eine institutionelle Ebene mit der Kommission zu stellen. Zugleich aber ist der HV mit der Überbrückung und Vereinbarung beider Bereiche beauftragt. Beide Ziele sind schwer in einer Person zu vereinbaren: Der HV kann schwerlich als Vertreter der GASP unparteiisch über der GASP stehen, um sie gleichberechtigt mit den Zielen des AEUV

149 Art. 16 Abs. 3 EUV.

150 Lorz/Martini (Fn. 16), Rn. 21–32.

151 S.o. Fn. 11.

zu vermitteln. Vielmehr wird so eine Dynamik kreiert, die den HV im Konfliktfall als natürlichen Gegenspieler zur Kommission installiert, die jedoch aus den genannten Gründen die besseren Karten in den Händen hält.

Heute gelingt die in Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV anvisierte Vereinbarung von AEUV- und EUV-Zielen sicherlich besser als früher, aber immer noch nur unzureichend: Ein großes Plus stellt die Erarbeitung einer übergreifenden Strategie im Rahmen des Europäischen Rates dar, der für alle Bereiche strategische Festlegungen und Leitlinien treffen kann und hierbei gar nicht zwischen den unterschiedlichen Akteuren und Kompetenzen differenzieren muss. Je detaillierter und kohärenter die Vorgaben bereits auf dieser Ebene getroffen werden, desto eher werden auf den nächsten Ebenen Konkurrenzkämpfe vermieden. Zugleich ist es nicht Aufgabe dieses Gremiums, Politiken en détail vorzugeben. Die Installierung großer Arbeitsapparate in Gestalt von Kommission, Ratssekretariat, EAD und auch beim EuGH dient gerade dazu, Politikformulierung weg von der intergouvernementalen Ebene, weg von nächtlichen Marathonsitzungen mit Vertretern der nationalen Hauptstädte und Loyalitäten hin zu verstetigten und genuin das europäische Interesse vertretenden Behörden mit entsprechender Expertise zu verlagern. Die zuletzt zu beobachtende Aufwertung des Europäischen Rats ist insofern auch als Zeichen gestiegener Spannungen und einer Abwertung der Gemeinschaftsmethode und -institutionen zu lesen.

Unterhalb der Ebene des Europäischen Rats soll der EAD von seiner Konstruktion her Kohärenz gewährleisten. Dies scheint auch immer besser zu gelingen: Insbesondere im Bereich der Sanktionen hat sich ein produktives Miteinander von EAD und Kommission eingespielt. Die neuen Entwicklungen im Verteidigungsbereich, die mit einem Schwerpunkt auf Rüstungsindustrieförderung von der Kommission, im Bereich von Waffenhilfe, militärischen Missionen, Rüstungsprojekten und -koordination dagegen von der GSVP vorangetrieben werden, bergen jedoch das Risiko, ähnliche Ziele (Rüstungskoordination, Verteidigungskooperation, Interoperabilität der Waffensysteme) mit unterschiedlichen Mitteln erreichen zu wollen und dabei Inkohärenzen und Doppelungen in Kauf zu nehmen. Anstatt eine neue Generaldirektion der Kommission mit über 200 Mitarbeitern aufzubauen (DG DEFIS), die inzwischen den „Verlust“ der ehemaligen Generaldirektion der Kommission für auswärtige Angelegenheiten mehr als ausgleicht, wäre es im Sinne einer kohärenten Politik zielführender gewesen, den EAD in diesem Bereich zu stärken. Ähnlich wie im Bereich von Sanktionen und Delegationen wäre es hilfreich, die Umsetzung der

Rüstungs- und Verteidigungspolitik beim EAD und damit in einer Hand zu bündeln. Selbst diese personelle Lösung würde allerdings darunter leiden, dass sowohl Kommission wie auch GASP-Organe hier Zuständigkeiten innehaben und genuin gemeinsame Instrumente aus vertraglichen Gründen ausgeschlossen sind.

2. Parlamentarische Legitimation des europäischen Außenhandelns

Wie stellt sich die parlamentarische Legitimation des europäischen Außenhandelns dar? Gelingt es dem Europäischen Parlament, eine einheitliche Perspektive auf das Außenhandeln an den Rat zu adressieren?

a) Parlamentarische Legitimation der supranationalen Außenbeziehungen

Im Bereich der supranationalen Außenbeziehungen folgt die Legitimation dem bekannten dualen Legitimationsmechanismus (Art. 10 Abs. 2 EUV) und wird aus der direkten Legitimation des Europäischen Parlaments wie auch der indirekten Legitimation durch die mitgliedstaatlichen Regierungen gespeist:¹⁵² Sowohl beim Abschluss internationaler Verträge (Art. 218 AEUV) wie auch bei internen Umsetzungsakten, insbesondere im Rahmen der Autonomen Handelspolitik, wurde die Rolle des EP durch den Vertrag von Lissabon stark aufgewertet.

aa) Internationale Abkommen, Art. 218 AEUV

Für den Abschluss internationaler Abkommen unterscheidet Art. 218 Abs. 6 AEUV drei Verfahrensarten: solche, in denen dem EP ein Zustimmungsrecht zukommt, solche, in dem ihm ein Anhörungsrecht zukommt, sowie solche im Rahmen der GASP, in dem ihm nur das Informationsrecht nach

152 *Christian Calliess*, Das Demokratieprinzip im Europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Jürgen Bröhmer u.a. (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: FS für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/München: Heymann 2005, 399–422; *Jelena von Achenbach*, Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union, in: Silja Vöneky u.a. (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht: Interdisziplinäre Untersuchungen, Berlin: Springer 2009, 191–208.

Art. 218 Abs. 10 AEUV zusteht. Durch diese Regelung wurde eine Symmetrie zwischen den Verfahren zum Erlass von internen Unionsrechtsakten und dem Verfahren zum Erlass von internationalen Übereinkünften hergestellt: Dort, wo intern eine Gesetzgebungskompetenz besteht, besitzt das EP nunmehr auch beim Erlass eines internationalen Vertrags ein Zustimmungsrecht. Wiederholt wird vom EuGH in diesem Zusammenhang die Bedeutung der Wahrung eines institutionellen Gleichgewichts zwischen den Rechten von EP und Rat nach innen wie außen betont.¹⁵³

Ganz überwiegend werden europäische Abkommen als gemischte Verträge abgeschlossen,¹⁵⁴ d.h. auch die Mitgliedstaaten werden Vertragspartner, was wiederum die Zustimmungsprozesse nach dem jeweiligen nationalen Verfassungsrecht auslöst. Zwingend ist dieser Mechanismus in Fällen nicht-exklusiver, geteilter Zuständigkeiten der Union. Hier darf die Union schon rechtlich nicht allein für die Mitgliedstaaten handeln. Darüber hinaus hat sich die Kategorie der fakultativ gemischten Verträge eingebürgert, d.h., dass auch in den Fällen, in denen die Zuständigkeitsordnung aufgrund einer exklusiven Zuständigkeit der Union dies nicht erfordern würde, ein gemischter Vertrag geschlossen wird.¹⁵⁵ Legitimatischer sind gemischte Verträge als ambivalent zu bewerten: Einerseits erhöht sich die Zustimmungsbasis, wenn neben der Union die mitgliedstaatlichen Regierungen und ggf. auch Parlamente einem Vertrag zustimmen. Gleichzeitig entsteht bei der Vielzahl der Akteure eine Verantwortungsdiffusion sowie ein hohes Potential an Vetospielern und Verzögerungsmomenten. Das Scheitern von TTIP und der zähe Abschluss des CETA-Abkommens haben vor Augen geführt, dass die Handlungsfähigkeit der Union durch gemischte Verträge stark herabgesetzt werden kann. Die jüngere Tendenz, Handelsverträge in

153 S. Panos Koutrakos, Institutional Balance and Sincere Cooperation in Treaty-making under EU Law, ICLQ 68 (2019), 1–33; Oleksandr Moskalenko, The Institutional Balance, Politeja 45 (2016), 125–144 (132–141); Moser, Accountability (Fn. 70), 194–203.

154 Bis auf die Handelsabkommen mit Singapur, Japan und Vietnam (2019, 2019, 2020) sowie den Brexit-Vertrag hat die EU alle Handelsverträge als gemischte Abkommen abgeschlossen, Paola Conconi/Cristina Hergehelegiu/Laura Puccio, EU Trade Agreements: To Mix or Not to Mix, That is the Question, J.W.T. 55 (2021), 231–260 (232).

155 Allan Rosas, Mixity Past, Present and Future, in: Merijn Chamon/Inge Govaere (Hrsg.), EU External Relations Post-Lisbon: The Law and Practice of Facultative Mixity, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2020, 8–18.

einen exklusiven sowie einen gemischten Teil aufzuspalten, ist daher zu begrüßen.¹⁵⁶

bb) Das Europäische Parlament in der Autonomen Handelspolitik

Die Autonome Handelspolitik, durch die das internationale Handelsrecht EU-intern umgesetzt wird, erfolgt nunmehr im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens, also ebenfalls mit vollem, dem Rat gleichgestelltem Gesetzgebungsrecht des EP.¹⁵⁷ Im Bereich der AEUV-Außenbeziehungen ist das EP nach dem Vertrag von Lissabon daher vergleichbar dem deutschen Bundestag im Bereich von Vertragsschlüssen aufgestellt.¹⁵⁸ Bei Verträgen hat es ein Zustimmungs- bzw. Ablehnungsrecht und damit zwar ein Beteiligungsrecht, aber kein Recht zur inhaltlichen Ausgestaltung oder Mitbestimmung der Verträge, von dem es allerdings selbstbewussten Gebrauch macht. Vorstellbar wäre darüber hinaus ein Recht zur Bestimmung des Verhandlungsrahmens für Verträge, vergleichbar dem amerikanischen Kongress.¹⁵⁹ Da ein derartiges Recht aber im inner-europäischen Rechtsvergleich nicht existiert, wäre eine Einführung für das EP eher fernliegend. Auf informeller Ebene hat sich allerdings im Aushandlungsstadium von Verträgen mit Zustimmungsrecht des EP bereits eine ausgedehnte Vorbefassung des EP eingebürgert: Zur Vermeidung einer parlamentarischen Blockadehaltung nach Aushandlung eines Vertrags wird das EP regelmäßig schon im Aushandlungsstadium einbezogen mit dem Ziel, einen zustimmungsfähigen Vertragstext auszuhandeln.¹⁶⁰

156 Dazu Draft Council Conclusions on the negotiation and conclusion of EU trade agreements v. 8.5.2018, 8622/18, Nr. 3; s.a. Gutachten 2/15 v. 16.5.2017, ECLI:EU:C:2017:376 – *Freihandelsabkommen mit Singapur*.

157 Art. 207 Abs. 2 AEUV.

158 Für einen Vergleich der Kompetenzen europäischer Parlamente in der Außenpolitik mit vier Kategorien: *Carolyn Moser/Steven Blockmans*, The Extent of the European Parliament's Competence in Common Security and Defence, in-depth analysis requested by the SEDE-subcommittee of the European Parliament, 2022, EP/EXPO/SEDE/FWC/2019–01/LOT4/1/C/13, 27 f.

159 Ein dahingehendes Recht vergleichbar dem Supreme Court fordert *Sangi* (Fn. 2), 155–159.

160 Dazu *Peter Hilpold*, The ‚Politicization‘ of the EU's Common Commercial Policy, in: *Marise Cremona u.a.* (Hrsg.), *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law: Liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2014, 21–36 (33).

b) Das Europäische Parlament in der GASP

Im Bereich der GASP dagegen verfügt das EP nicht über Mitentscheidungsrechte, sondern nur über begrenzte Kontrollrechte. Hier gilt nicht das duale, sondern ein modifiziert-intergouvernementales Legitimationsmodell.

aa) Der Rat als formales Entscheidungszentrum der GASP: (Eingeschränkte) Kontrolle durch die nationalen Parlamente

Der Rat stellt das Entscheidungszentrum der GASP/GSVP dar und trifft alle formalen Entscheidungen. Im Wesentlichen leitet sich die personelle Legitimation der GASP daher von den demokratisch gewählten mitgliedstaatlichen Regierungen ab, von denen die Ratsmitglieder – im Unterschied zu den ebenfalls mitgliedstaatlich entsandten, aber inhaltlich unabhängigen und vom EP als Kollegium bestätigten Kommissionsmitgliedern (vgl. Art. 17 Abs. 3, 7 UAbs. 3 EUV) – weisungsabhängig sind. Jenseits ihrer demokratischen Bestellung durch den jeweiligen Regierungschef werden die Ratsmitglieder von den nationalen Parlamenten – im Falle parlamentarischer Regierungssysteme faktisch: den Oppositionsfractionen des nationalen Parlaments – kontrolliert. Allerdings ist diese Kontrolle im Bereich der GASP/GSVP aus zwei Gründen schwer realisierbar: Erstens findet insbesondere im Bereich der GSVP – jenseits von Errichtungsbeschlüssen für internationale Missionen – wenig formale Rechtsetzung statt. Gemäß Art. 16 Abs. 8 S. 1 EUV tagt der Rat aber nur dann „öffentlich, wenn er über Entwürfe zu Gesetzgebungsakten berät und abstimmt“.¹⁶¹ Zweitens ist eine Vielzahl der Dokumente im Bereich der GASP/GSVP – ob formal-rechtlicher oder informeller Natur – klassifiziert und daher für die Parlamentarier überwiegend nicht zugänglich. Zwar können informelle Dokumente der GASP/GSVP auf Antrag eines Ratsmitglieds öffentlich gemacht werden, wenn der Auswärtige Rat dies einstimmig beschließt.¹⁶² Dies ist jedoch selten der Fall. Insofern ist es ein Durchbruch, dass das BVerfG nun entschie-

161 Vgl. Art. 4 VO (EG) Nr. 1049/2001 v. 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlamentes, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 L 145/43; s.a. Art. 5, 7, 17 Nr. 1 lit. e Geschäftsordnung des Rates.

162 Rat der EU, Openness and transparency of Council proceedings, 2011, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/media/29361/sn02860-re01en11-pub.pdf> (13.1.2023).

den hat, dass die Abgeordneten des Deutschen Bundestags gemäß Art. 23 Abs. 2 S. 2 GG nunmehr Einsicht in die vertraulichen Vorgänge innerhalb der GASP/GSVP erhalten müssen, wenngleich sich Grenzen des Zugangs aus dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung und dem Staatswohl ergeben können.¹⁶³ Die parlamentarische Kontrolle durch die nationalen Parlamente im Bereich der GASP ist daher teilweise eingeschränkt.¹⁶⁴

Kompliziert wird das Legitimationsmodell der GASP jedoch durch all diejenigen Entscheidungen, die sich nicht klar auf den Willen der Mitgliedstaaten rückführen lassen: Die hybride Struktur und Einflussmöglichkeiten des Hohen Vertreters, der im Übrigen schon vertraglich verpflichtet ist, auch Anregungen des EP „zu berücksichtigen“, die aufgewertete Rolle des EuGH, der nicht selten GASP-Beschlüsse aufhebt oder modifiziert, Misch- und Interaktionsformen zwischen der zunehmend im Rüstungs- und Verteidigungsbereich aktiven Kommission und der GASP, sowie die Tatsache einer Eigendynamik der Willensbildung in der Brüsseler Gremienstruktur machen es unmöglich, alle Entscheidungen der GASP auf den Willen der Mitgliedstaaten im Rat oder Europäischen Rat rückzuführen.

bb) Das Verhältnis von EP und Rat in der GASP

Insofern fragt sich, ob der andere Strang europäischer Legitimation, vermittelt über das Europäische Parlament, hier kompensierend wirken kann. Zwar stehen Europäisches Parlament und Rat grundsätzlich als unterschiedlich legitimierte und daher aus je eigener Berechtigung handelnde Organe der Union nebeneinander.¹⁶⁵ Natürlicher Gegenspieler bzw. Konkurrent zum EP ist im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens eher die Kommission als der Rat, da auch sie beansprucht, ein genuin europäisches, supranationales Interesse zu verkörpern, das über die intergouvernementalen Verfahren des Rats hinausgeht: Bekanntlich musste sich das

163 BVerfG, Urteil v. 26.10.2022, 2 BvE 3/15 u.a. – *EUNAVFOR MED*; dazu *Jelena von Achenbach*, Der Bundestag in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU und die Verfassungsentwicklung der Auswärtigen Gewalt, JZ 78 (2023), 237–245.

164 *Hans-Joachim Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 94), Art. 36 EUV, Rn. 7; von *Achenbach*, Integration (Fn. 74).

165 Vgl. Art. 14 Abs. 1 S. 1, Art. 16 Abs. 1 S. 1 EUV; dazu *Christoph Möllers*, Die drei Gewalten, Weilerswist: Velbrück Wiss. 2008, 180: „Gleichberechtigung von Parlament und Rat im Verfahren europäischer Gesetzgebung“, der sich aaO auch für die Anwendung des Kodezisionsverfahrens in der GASP ausspricht.

erst seit 1979 direkt gewählte Parlament seine Position erkämpfen¹⁶⁶ und insbesondere der Kommission Informationsrechte sowie ein nach wie vor nur indirekt ausgestaltetes Initiativrecht (Art. 225 AEUV) geradezu abtrotzen. Dieses Initiativrecht betrifft zwar nunmehr den gesamten Tätigkeitsbereich der Union,¹⁶⁷ adressiert jedoch die Kommission, die im Rahmen der GASP gerade nicht über das Initiativrecht verfügt – und läuft insofern im Rahmen der GASP leer. Sukzessive erfolgte die Aufwertung des EP bis dahin, dass es unter dem Vertrag von Lissabon im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren wie auch in den informellen Trilogem dem Rat weitgehend gleichgestellt ist. Beide gemeinsam werden daher legitimierungstheoretisch auch als gesetzgebende Kammern eines föderalen Systems beschrieben und von Art. 14 Abs. 1 S. 1, Art. 16 Abs. 1 S. 1 EUV auch so eingeführt.¹⁶⁸ Dagegen stellt sich die Kommission gewissermaßen als Teil einer europäischen Gubernative dar.¹⁶⁹ Über die personellen Zustimmungsrechte zur Einsetzung einer neuen Kommission, Informations- und letztlich auch das Misstrauensantragsrecht steht die Kommission – und nicht der Rat – in einem Kontroll- und Abhängigkeitsverhältnis zum EP.¹⁷⁰ Eine Kontrolle des Rats etwa im Bereich der Sanktionspolitik durch das Parlament stellt sich daher gewissermaßen als Kontrolle des einen gesetzgebenden Organs durch das andere dar, vergleichbar der schwer vorstellbaren und konzeptionell inkohärenten Situation, dass der Bundestag den Bundesrat kontrollieren würde.

Im Rahmen der GASP jedoch steht dem EP anders als sonst nicht die Kommission als dasjenige Organ gegenüber, das durch sein Initiativrecht

166 Jürgen Bast, Europäische Gesetzgebung, in: Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos 2010, 171–181 (175), spricht von einem „verfassungspolitische[n] Kampf für eine nachholende Parlamentarisierung des Integrationsverbandes“; Philipp Dann, Die politischen Organe, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 18) 335–387 (354): „revolutionäre[n] Entwicklung“; David Judge/David Earnshaw, The European Parliament, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2003, 28–65; die Entwicklung in den ersten dreißig Jahren der Integration beschreibt Berthold Rittberger, The Creation and Empowerment of the European Parliament, JCMS 41 (2003), 203–225 (211–220); s.a. Isabelle Ley, Opposition im Völkerrecht, Berlin: Springer 2015, 221–225.

167 Winfried Kluth, in: Calliess/Ruffert (Fn. 94), Art. 225 AEUV, Rn. 3.

168 Möllers, Drei Gewalten (Fn. 165), 180–183; von Achenbach, in diesem Band, III.3.a.

169 Vgl. Art. 17 Abs. 1 S. 5 EUV; dazu Kottmann (Fn. 18), 235–238; Simon Hix, The Political System of the European Union, Houndmills: Palgrave Macmillan 1999, 32; Deirdre Curtin, Executive Power of the European Union, Oxford: Oxford University Press 2009, 91 f.; Philipp Dann, Die politischen Organe, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 18), 335 (363–370); Krämer/Wendel, in diesem Band, IV.2.a.

170 Matthias Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 94), Art. 17 EUV, Rn. 56–60.

und seine administrativen Kapazitäten den Gesetzgebungsprozess stark beeinflussen und aufgrund seiner Weisungsunabhängigkeit auf Kontrolle durch das Parlament angewiesen ist. Zentraler Akteur mit legislativen wie auch gubernativen Befugnissen ist im Rahmen der GASP/GSVP der (Europäische) Rat.¹⁷¹ Da EP und Rat unterschiedliche Legitimationsstränge verkörpern, wird teilweise gefolgert, dass ein Verantwortungszusammenhang zwischen EP und Rat gar nicht bestehen könne.¹⁷² In der Tat besitzt das EP keinerlei Bestellungs- oder Absetzungsrechte gegenüber dem Rat, anders als im Verhältnis zur Kommission.

cc) Das EP in der GASP: Zuständigkeitskontrolle und Kohärenzgenerierung

Gleichwohl setzen die Verträge sowohl den Rat wie auch den Europäischen Rat in ein – wenn auch bisher schwach ausgeprägtes – Verantwortlichkeitsverhältnis zum EP. Zentral sind hierfür drei Normen bzw. Situationen:

1. Nach Art. 15 Abs. 6 lit. d EUV legt der Präsident des Europäischen Rats dem EP nach jeder Tagung des Europäischen Rats einen Bericht vor.¹⁷³
2. Gemäß Art. 36 EUV bestehen Informations-, Deliberations- und Konsultationsrechte zwischen EP und HV bzw. Rat¹⁷⁴ hinsichtlich der GASP: Das EP kann Fragen und Empfehlungen an den HV und den Rat richten, halbjährlich führt es eine Aussprache zur GASP/GSVP durch, auf deren Grundlage wiederum ein parlamentarischer Bericht zur außen- und sicherheitspolitischen Situation der Union vom zuständigen Außenausschuss erstellt wird. Darin enthalten sind regelmäßig politische

171 *Krajewski/Weber* (Fn. 16), Rn. 34.

172 S. *Peter Michael Huber*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 230 AEUV, Rn. 7: „Das EP hat gegenüber Rat und Europäischem Rat grundsätzlich *keine politischen Kontrollrechte* und kann sie aus prinzipiellen, in der Struktur der EU liegenden Gründen auch nicht haben. Die politische Kontrolle dieser mitgliedstaatlich beschickten und legitimierten EU-Organe ist grundsätzlich *Aufgabe der nationalen Parlamente*.“

173 Zum Verhältnis von Europäischem Rat und EP *von Bogdandy/Rugge*, in diesem Band.

174 S. Art. 26 Abs. 2 GO-Rat („representation before parliament“): Die Repräsentation des Rats vor dem EP kann in der GASP auch durch dasjenige Mitglied, dessen Land den Ratsvorsitz innehat oder einen „senior official“ des EAD oder des Rats-Sekretariats wahrgenommen werden.

Bewertungen, Stellungnahmen und Empfehlungen an die Akteure des unionalen Außenhandelns. Der HV hat darauf zu achten, dass die Auffassung des EP bei der Entscheidungsfindung der GASP „gebührend“ berücksichtigt wird. Zentral ist daher, dass dem EP zeitlich vor Abschluss der Entscheidungsfindung im Rat die entsprechenden Informationen zugeleitet werden.¹⁷⁵

3. Gemäß Art. 218 Abs. 10 AEUV steht dem EP im Rahmen von Abschlüssen internationaler Übereinkünfte (auch der GASP) „in allen Phasen des Verfahrens ein unverzügliches und umfassendes“ Unterrichtsrecht gegenüber dem Rat zu. Dieses soll das Parlament laut EuGH in die Lage versetzen, eine Kontrolle insbesondere über seine Beteiligungsrechte nach Art. 218 Abs. 6 AEUV auszuüben¹⁷⁶ und die Kohärenz internationaler Verträge zu wahren.¹⁷⁷

Auch hier stellt die Informalität und Geheimhaltung einer Vielzahl von GASP- und insbesondere GSVP-Abläufen und Entscheidungen eine Herausforderung für die parlamentarische Kontrolle dar. Ein inter-institutionelles Abkommen zwischen EP und Rat regelt den Zugang einer kleinen Abordnung des EP (bestehend aus dem Vorsitzenden des Auswärtigen Ausschusses [AFET] und vier Abgeordneten, die zugleich Mitglieder des zuständigen Unterausschusses für Sicherheit und Verteidigung [SEDE] sind und unterschiedliche Parteifamilien repräsentieren) zu entsprechenden Dokumenten.¹⁷⁸ Allerdings betrifft diese eingeschränkte Offenlegung nur klassifizierte Instrumente der höheren Stufen; der große Teil der informellen GSVP-Dokumente (der Einstufungen *restreint* oder *limité*) sind diesem ohnehin begrenzten Zugang entzogen.¹⁷⁹

175 Differenziert: *Hans-Joachim Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 94), Art. 36 EUV, Rn. 7; a.A. *Jörg Terhechte*, in: Jürgen Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2019, Art. 36 EUV, Rn. 1.

176 EuGH, Urteil v. 24.6.2014, Rs. C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025, Rn. 79, 81 – *Mauritius*.

177 EuGH, *Tansania* (Fn. 97), 72.

178 S. 3.1 und 3.3 Interinstitutional Agreement of 20 November 2002 between the European Parliament and the Council concerning access by the European Parliament to sensitive information of the Council in the field of security and defence policy, ABl. 2002 C 298/1; umfassend zum Informationsrecht des EP in der GASP/GSVP: *Moser/Blockmans*, European Parliament's Competence (Fn. 158), 12–14.

179 S. *David Galloway*, Classifying Secrets in the EU, JCMS 52 (2014), 668–683; s.a. *Deirdre Curtin*, Overseeing Secrets in the EU, JCMS 52 (2014), 684–700.

Aus einer Vielzahl seiner Stellungnahmen wird deutlich, dass sich das Parlament in der GASP gegenüber dem Rat in der Rolle sieht, demokratische Kontrolle auszuüben und teilweise detaillierte Handlungsvorschläge („Empfehlungen“ i.S.d. Art. 36 Abs. 2 EUV) zu erlassen, nicht zuletzt in den regelmäßigen Aussprachen zu GASP und GSVP.¹⁸⁰ Auch der Gerichtshof betont immer wieder, Ausdruck eines einheitlichen „demokratischen Grundsatzes“ der Union sei es, dass das Parlament eine demokratische Kontrolle über das Außenhandeln der Union, einschließlich der GASP ausüben könne.¹⁸¹ In seiner Entscheidung zum Überstellungsabkommen von Piraten mit Tansania konstatiert der EuGH mehrfach, dass Art. 218 AEUV ein einheitliches Abschlussverfahren für internationale Abkommen der EU festlege und das Informationsrecht des EP nach Art. 218 Abs. 10 AEUV daher gleichermaßen für Verträge nach dem AEUV wie auch für Verträge mit einem auf die GASP bezogenen Inhalt gelte: „Dieses Erfordernis der Unterrichtung soll insbesondere sicherstellen, dass das Parlament eine demokratische Kontrolle über das Außenhandeln der Union ausüben und – spezifischer – überprüfen kann, dass seine Befugnisse bei der Wahl der Rechtsgrundlage eines Beschlusses über den Abschluss einer Übereinkunft gewahrt worden sind.“¹⁸² Es gehe darum, dass das EP „seine eigenen Befugnisse in voller Kenntnis des gesamten jeweiligen auswärtigen Handelns der Union ausüben“¹⁸³ könne. Mit Ausnahme interner Vorbereitungsdokumente des Rates muss der Rat daher während des gesamten Aushandlungs- und Annahmeprozesses eines internationalen Vertrags seine Dokumente und Beschlüsse dem EP „unverzüglich“ i.S.v. Art. 218 Abs. 10 AEUV zur Verfügung stellen, was insbesondere auch die Verhandlungsphase einschließt.¹⁸⁴ Diese Pflicht sei ggf. nicht durch den HV, sondern den das Abkommen aushandelnden Rat selbst auszuüben.¹⁸⁵

Weiterhin trage die Informationspflicht dazu bei, das Prinzip der Kohärenz (Art. 21 Abs. 3 EUV) zu wahren.¹⁸⁶ Damit spricht der EuGH die wichtigste Funktion des EP im Rahmen der GASP an: Anders als natio-

180 Vgl. etwa Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. Februar 2022 zur Umsetzung der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik – Jahresbericht 2021 (2021/2183(INI)).

181 EuGH, *Tansania* (Fn. 97), Rn. 70, 80.

182 Ebd., Rn. 70.

183 Ebd., Rn. 71.

184 Ebd., Rn. 75.

185 Ebd., Rn. 73.

186 Ebd. Rn. 72, dazu *Moser/Blockmans*, European Parliament's Competence (Fn. 158), 26; *Marise Cremona*, „Effective judicial review is of the essence of the rule of law“

nale Parlamente insbesondere in parlamentarischen Regierungssystemen, deren zentrale Funktion im Vorhalten einer politisch-personellen und inhaltlichen Alternative zur Regierung und ihren Vorhaben oder in präsidentiellen Systemen, deren Rolle vor allem in der strengen Befragung und Kontrolle von Regierungsmitgliedern zur Aufdeckung von Missständen besteht, geht es beim Konsultationsrecht des Parlaments vor allem darum, dass die Parlamentarier ihre Sicht auf die Dinge jenseits der Grenzen von AEUV- und EUV-Zuständigkeiten äußern können. In den Berichten und Empfehlungen des Parlaments äußert sich das Parlament umfassend zum europäischen Außenhandeln, jenseits der Unterscheidungen von Handel und Sicherheit, Umwelt und Entwicklung etc. und kann so auf seine spezifische Weise zur Entwicklung einer übergeordneten „kohärenten“ Sichtweise im Sinne von Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV beitragen.

Während also die wesentlichen vertraglichen Regelungen zum EP und zum Rat beide Institutionen auf eine Stufe stellen und beide inzwischen als weitgehend gleichgestellte gesetzgebende Kammern ausgestalten, kommt dem EP in der GASP – gewissermaßen als Minus zu seinen sonstigen Mitbestimmungsrechten – ein Informations-, Beobachtungs- und Konsultationsrecht zu, das durch die Umschreibung als politische Kontroll- und Beratungsfunktion in Art. 14 Abs. 1 S. 2 EUV auf den Begriff gebracht wird.¹⁸⁷

3. Die Funktion von Werten und Zielen in der Außen-Rechtsprechung des Gerichtshofs

Das Vorhandensein umfassender Wert- und Zielvorgaben, die sich kaskadenförmig über den gesamten Bereich des Außenhandelns verteilen, sind im Außenverfassungsvergleich ungewöhnlich. Im Unionsrecht scheinen detaillierte materielle Vorgaben fehlende Kompetenzen und institutionelle Disparatheit kompensieren zu sollen. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, wie sich diese vertraglich konstruierte Spannung aus weitreichender Aspiration in der außenpolitischen Zielsetzung, materieller

– Challenging Common Foreign and Security Policy Measures before the Court of Justice, *European Papers* 2 (2017), 671–697 (691, Fn. 98).

187 Das EP selbst spricht gern von „parliamentary oversight“, s. obiges Dokument; *Hans-Joachim Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 94), Art. 36 EUV, Rn. 1 EUV: „Beobachtungs- und Kommentierungsrecht“ mit Anhörungs- und Unterrichtungskomponenten.

Verklammerung,¹⁸⁸ institutioneller Uneinheitlichkeit und kompetenzieller Fragmentierung bisher ausgewirkt haben: Bewirken die gemeinsamen Ziele und Werte die angestrebte Kohärenz und Legitimation? Wie wirken sie sich auf die Judikatur des EuGH in der GASP aus?

a) Die Funktion von Werten und Zielen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs

Im Vergleich mit den Zielvorgaben für den Binnenbereich (Art. 3 Abs. 1–4 EUV) wird die Umsetzung der materiellen Vorgaben für das Außenhandeln (Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV) durch die fehlende Zuständigkeit des EuGH im Bereich der GASP (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV i.V.m. Art. 275 Abs. 2 AEUV) erschwert. Die Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV hat in der Rechtsprechung unterschiedliche Funktionen: Zum einen dient sie dazu, die Zuständigkeit des Rats zum Erlass von Sanktionen, aber auch internationalen Abkommen – tendenziell ausdehnend – auszulegen.¹⁸⁹ Gleichzeitig werden Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV als Argument für die Zuständigkeit des Gerichtshofs zur umfassenden Kontrolle¹⁹⁰ von Sanktionsmaßnahmen oder auch als Kontrollmaßstab herangezogen, wenn auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips¹⁹¹ oder grund- und menschenrechtliche Kontrollmaßstäbe¹⁹² verwiesen wird.

Im CETA-Gutachten diene der Rekurs auf das Ziel des freien und gerechten Handels, Art. 3 Abs. 5 EUV, zur Begründung der Notwendigkeit, eine außerhalb der Unionsrechtsordnung stehende Gerichtsbarkeit einzurichten.¹⁹³ Nur dann würde die einzurichtende Gerichtsbarkeit das Ver-

188 Thym, GASP und auswärtige Sicherheit (Fn. 18), Rn. 33: „horizontale Konstitutionalisierung“; von Arnould (Fn. 94), § 1 Rn. 67: „verfassungsrechtlichen Verklammerung der konkreten politischen Entscheidungen durch ein Werte- und Zielgerüst“.

189 EuG, *RT France/Rat* (Fn. 144), Rn. 52; s.a. EuGH, Urteil v. 5.3.2015, Rs. C-220/14 P, EU:C:2015:147, Rn. 42 ff., 46 – *Ezz u.a./Rat*, und *Rosneft* (Fn. 28), Rn. 88; Enzo Cannizzaro, The Value of EU International Values, in: Wybe Douma u.a. (Hrsg.), The Evolving Nature of EU External Relations Law, Berlin: Springer 2021, 3–18 (10 ff.).

190 EuGH, *Rosneft* (Fn. 28), Rn. 71 f.; *H/Rat und Kommission* (Fn. 28), Rn. 41 f.; *Bank Refah Kargar/Rat* (Fn. 28), Rn. 35 f.; *Venezuela/Rat* (Fn. 28), Rn. 49 f.

191 EuGH, *Rosneft* (Fn. 28), Rn. 150.

192 EuG, *RT France/Rat* (Fn. 144), Rn. 160 ff.

193 EuGH, *CETA* (Fn. 50), Rn. 200, 213; dazu Eva Kassoti/Ramses A. Wessel, The Normative Effect of Art. 3 (5) TEU, in: Paula García Andrade (Hrsg.), *Interacciones*

trauen der Investoren in die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit, welche als Voraussetzung für eine freie und gerechte Handelsordnung gesehen wird, beanspruchen können. Dieses Argument wird hier unmittelbar dem Argument von der notwendigen Autonomie der Unionsrechtsprechung entgegengesetzt, welches in der Vergangenheit mehrfach zur Abkehr von internationalen Spruchkörpern geführt hatte.¹⁹⁴

Anders als im Innenbereich dient die Zielklausel des Art. 3 Abs. 5 EUV in Verbindung mit der Vertragsabrundungsklausel nicht zur Begründung von Kompetenzen, vielmehr kommt dem Verweis auf die Ziele und Prinzipien des Außenhandelns eine Zuständigkeiten bestätigende und erweiternde Funktion zu: So wurde die Pflicht zur Integration umwelt- und arbeitsrechtlicher Standards in das Handelsabkommen mit Singapur mit dem Verweis von Art. 207 Abs. 1 S. 2, Art. 205 AEUV auf Art. 21 Abs. 3 sowie Art. 3 Abs. 5 EUV begründet.¹⁹⁵

b) Der EuGH in der GASP

Die Rechte des EuGH in der GASP sind unter dem Vertrag von Lissabon stark begrenzt, Art. 275 Abs. 1 AEUV. Prozessual stehen dem Gerichtshof nur drei Wege für eine Judikation in diesem Bereich offen: die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Sanktionen auf Antrag einer betroffenen Person (Art. 275 Abs. 2 i.V.m. Art. 263 Abs. 4 AEUV), die Überprüfung der Kompetenzabgrenzung zwischen GASP und AEUV-Politiken (Art. 275 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 40 EUV) sowie die Begutachtung geplanter internationaler Abkommen auf ihre Übereinstimmung mit dem Primärrecht (Art. 218 Abs. 11 AEUV). Diese allerdings hat er unter Verwendung konstitutionalistischer, teleologischer und holistischer Interpretationsmechanismen mit häufigen Verweisen auf die allgemeinen Prinzipien der Kohärenz und Rechtsstaatlichkeit genutzt, so dass bereits von einer „Normalisierung“ bzw. „Konstitutionalisierung der GASP“¹⁹⁶ die Rede ist: Die Kombination

entre el derecho de la Unión Europea y el derecho internacional público, Madrid: Tirant lo Blanch 2023, 19–44 (38–40); s.a. *Cannizzarro* (Fn. 189), 8 f.

194 Zu dieser Rechtsprechungslinie s.o. unter III.1.

195 EuGH, *Singapur* (Fn. 156), Rn. 143, 146.

196 *Carolyn Moser/Berthold Rittberger*, The CJEU and EU (De-)Constitutionalisation, I-CON 20 (2022), 1038–1070 (1039): „incremental constitutionalisation of the CFSP“; *Christophe Hillion/Ramses A. Wessel*, The Good, the Bad and the Ugly: Three Levels of Judicial Control Over the CFSP, in: Blockmans/Koutrakos (Fn. 11),

aus einer weiten Auslegung der Kontrollbefugnis von Sanktionen nach Art. 275 Abs. 2 AEUV und einem gestiegenen Abgrenzungsbedarf von GASP und AEUV-Maßnahmen nach Art. 40 EUV¹⁹⁷ aufgrund des Wegfalls des Vorrangverhältnisses der AEUV-Politiken führen zu einer wesentlich ausgeprägteren Rechtsprechungsaktivität im Bereich der GASP als angesichts der vertraglichen Einschränkungen zu erwarten gewesen wäre.

Insbesondere im Bereich der Sanktionen hat der Gerichtshof unter häufiger Bezugnahme auf die Prinzipien von Grundrechtsbindung und Rechtsschutz seine Rechtsprechungskompetenz systematisch ausgebaut:¹⁹⁸ Obgleich der Wortlaut der Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV i.V.m. Art. 275 Abs. 2 2. Alt. AEUV nahelegt, dass restriktive Maßnahmen nur im Wege der Nichtigkeitsklage von unmittelbar betroffenen natürlichen und juristischen Personen angegriffen werden dürfen, hat er auch Vorabentscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte zur Kontrolle von Sanktionen zur Entscheidung angenommen.¹⁹⁹ Darüber hinaus hat er eine Klage auf Haftung für aus rechtswidrigen Sanktionen entstandenen Schäden nach Art. 268 AEUV zugelassen.²⁰⁰ Ansatzpunkt ist dabei die Annahme, der Jurisdiktionsausschluss in der GASP sei als Ausnahme zur allgemeinen Regel der Überprüfbarkeit von Unionsakten (Art. 19 EUV) restriktiv auszulegen.²⁰¹ Regelmäßig wählt er eine vereinheitlichende, nicht zwischen AEUV- und EUV-Außenpolitiken unterscheidende Interpretation. In diesem Sinne hat er arbeits- und verwaltungsrechtliche Beziehungen im Rahmen von GSVP-Missionen vom grundsätzlichen Jurisdiktionsverbot der GASP (Art. 275 Abs. 1 AEUV) von vornherein ausgenommen und sich so die Überprüfung auch derartiger Rechtsverhältnisse eröffnet.²⁰² *Actes du gouvernement* oder

65–88 (65–66): „incremental integration of the policy [CFSP] in the increasingly constitutionalized EU legal order“.

197 Ausführlich dargelegt von *Eckes*, *The CFSP and other EU Policies* (Fn. 11), 535–552.

198 Dazu *Van Elsuwege* (Fn. 2), 1734, 1736–38, 1740 u.a.

199 EuGH, *Rosneft* (Fn. 28); dazu *Thomas Henze/Jannika Jahn*, Die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der EU unter der Kontrolle des EuGH: Zum Urteil des EuGH in der Rs. *Rosneft*, C-72/15, EuZW 13 (2017), 506–511.

200 EuGH, *Bank Refah Kargaran/Rat* (Fn. 28); dazu *Thomas Verellen*, In the Name of the Rule of Law? CJEU Further Extends Jurisdiction in CFSP (*Bank Refah Kargaran*), *European Papers* 6 (2021), 17–24.

201 EuGH, *Mauritius* (Fn. 176), Rn. 70.

202 EuGH, *H/Rat und Kommission* (Fn. 28), Rn. 40; Urteil v. 12.11.2015, Rs. C-439/13 P, ECLI:EU:C:2015:753, Rn. 41–50 – *Elitaliana SpA/Eulex Kosovo*, Rn. 42; dazu *Peter Van Elsuwege*, Upholding the Rule of Law in the Common Foreign and Security Policy: *H v. Council*, *CML Rev.* 54 (2017), 841–858.

eine *political question*-Doktrin kennt das Gericht nicht, vielmehr sind auch sicherheitssensible Entscheidungen voll justiziabel.²⁰³ Schließlich hat der Gerichtshof zum Umfang des Informations- und Anhörungsrecht des EP im Rahmen von Vertragsaushandlungsprozessen innerhalb der GASP judiziert (Art. 218 Abs. 10 AEUV) und damit auch Vertragsaushandlungen innerhalb der GASP vom Jurisdiktionsverbot ausgenommen.²⁰⁴

Hierbei wird er von zwei Überlegungen geleitet: Auch im Bereich der GASP zielt er darauf ab, sein Auslegungsmonopol für das Unionsrecht nach innen zu wahren.²⁰⁵ Insbesondere die Vorlagepflicht mitgliedstaatlicher Gerichte über das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) hat er im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Autonomie des Unionsrechts als zentralen Pfeiler einer konstitutionellen europäischen Ordnung aufgebaut.²⁰⁶ Hinzu kommt seit einiger Zeit die Rechtsprechung zu den Werten des Art. 2 EUV, die die weite Auslegung des Art. 275 Abs. 2 AEUV mit Verweis auf die Rechtsstaatlichkeit und den effektiven Rechtsschutz als konstitutionelle Elemente der mehrstufigen Unionsrechtsordnung betont.²⁰⁷ Argumente dafür, das gesamte Vertragsaushandlungsverfahren nach Art. 218 AEUV von vornherein aus dem Jurisdiktionsausschluss herauszudefinieren, bezieht er aus dem Prinzip der institutionellen Balance.²⁰⁸ Es bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof der von der Kommission vertretenen Auffassung folgen wird, dass ein Zugang zu effektivem Rechtsschutz durch den EuGH in allen Fällen belastender Individualakte besteht.²⁰⁹

Wie ist die extensive Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich zu bewerten? Einerseits entfernt eine starke verfassungsgerichtliche Kontrol-

203 Umfassend Kottmann (Fn. 18), Kapitel 3 und 4.

204 EuGH, *Mauritius* (Fn. 176); Urteil v. 14.6.2016, Rs. C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435 – *Tanzania*.

205 EuGH, Urteil v. 27.2.2007, Rs. C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116, Rn. 104–106 – *Segi*; *EMRK II* (Fn. 48), Rn. 255–256; Urteil v. 22.10.1987, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 – *Foto-Frost*; dazu *Christina Eckes*, Common Foreign and Security Policy, ELJ 22 (2016), 492–518 (497); s.a. *Hillion/Wessel*, The Good, the Bad, and the Ugly (Fn. 196), 66.

206 Zur Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens für die Konstitutionalisierung des Europarechts schon *Joseph H.H. Weiler*, The Constitution of Europe, Cambridge: Cambridge University Press 1999, 192–195.

207 S. etwa EuGH, *Rosneft* (Fn. 28), Rn. 72; zu dieser Linie *Butler*, Common Foreign and Security Policy (Fn. 18), 145 ff.; allgemein zur Operationalisierung von Art. 2 EUV durch den EuGH: von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV.

208 EuGH, *Mauritius* (Fn. 176), Rn. 56.

209 EuGH, *EMRK II* (Fn. 48), Rn. 98–100; dazu *Eckes*, Common Foreign and Security Policy (Fn. 205), 499.

le den Bereich vom Einflussbereich der Mitgliedstaaten und damit vom mitgliedstaatlichen Strang demokratischer Legitimation. Ändert der EuGH eine Sanktion oder erklärt er sie für nichtig, greift er damit in den Verständigungsprozess der demokratisch legitimierten Regierungsmitglieder ein, die im Rahmen der GASP einstimmig entscheiden. Eine politische Korrektur einer dahingehenden Rechtsprechung ist auf EU-Ebene nur schwer möglich: Der Erlass einer erneuten – möglicherweise unter Rechtsschutzgesichtspunkten verbesserten – Sanktionsmaßnahme erfordert einen einstimmigen Ratsbeschluss. So oder so zeigt die Entwicklung die Ambivalenz der Verträge an: Einerseits bieten sie mit den allgemeinen Verfassungsprinzipien aus Art. 1–19 EUV weitreichende Ansatzpunkte für eine konstitutionelle Auslegung der Kompetenzen des Gerichts. Andererseits zeigen sie Grenzen auf, die der Gerichtshof spätestens dann überschreiten würde, wenn er der Kommission darin folgen würde, alle belastenden Rechtsakte einer Kontrolle zu unterziehen.²¹⁰

V. Résumé und Ausblick: Weitere Demokratisierung der EU-Außenbeziehungen?

Der Lissabon-Vertrag hat die Unionsorgane in den Außenbeziehungen vor eine schwer lösbare Aufgabe gestellt: Unter Beibehaltung der grundsätzlichen Trennung von supranationalen und intergouvernementalen Außenbeziehungen (AEUV- versus EUV-Außenbeziehungen) mit unterschiedlichen Handlungsformen, unterschiedlichen Kompetenzen der Institutionen und unterschiedlichen Verfahren, zielt er dennoch auf die Herstellung von Kohärenz zwischen den Bereichen ab. Gemeinsame Ziele, aber auch institutionelle Brücken wie die Einrichtung des Europäischen Rats, des Hohen Vertreters und des ihm zugeordneten Europäischen Auswärtigen Dienstes sollen die Dualität der Bereiche aufbrechen und eine kohärente und effektive Politik ermöglichen. Dies gelingt annäherungsweise: Übergreifende Strategiepapiere erarbeiten Analysen und setzen Ziele für das gesamte Außenhandeln. Der Hohe Vertreter ist mit dem EAD in einer besonders günstigen Position, alle Aspekte des Außenhandelns zu überblicken und Friktionen frühzeitig aufzulösen. Ebenso erarbeitet das EP jährliche Stellungnahmen und Empfehlungen, die nicht per se zwischen GASP und AEUV-Außenbeziehungen differenzieren, sondern vielmehr die EU als einheitliche interna-

210 So auch *Van Elsuwege* (Fn. 2), 1752 f.

tionale Akteurin in den Blick nehmen. Seine Kontrollfunktion auch für die GASP wurde vom EuGH unter dem Lissabon-Vertrag noch gestärkt. Der EuGH hat seine Kontrolle insbesondere über Sanktionen und administrative Entscheidungen im Rahmen von EU-Missionen ausgeweitet und damit einheitliche Standards der Grundrechtsbindung für das Außenhandeln etabliert.

Dies ist auch aus politischen Gründen angezeigt: Die so lange erfolgreich praktizierte Trennung von Handel und Sicherheit, die dem funktionalistischen Integrationsmodell seit den Römischen Verträgen zugrunde lag, überzeugt nicht mehr: Die außen-, sicherheits- und verteidigungspolitischen Entwicklungen der letzten Jahre zwingen die Union zunehmend, sicherheitspolitisch Farbe zu bekennen und sich zu den vielfältigen, oft hybriden Konflikten ihrer unmittelbaren Nachbarschaft zu positionieren. Historische Voraussetzung für die Trennung von Handel und Sicherheit und die Zuordnung zu unterschiedlichen Institutionen (EG versus NATO) war die Gewähr äußerer Sicherheit durch die Schutzmacht USA, institutionell abgesichert durch die Mitgliedschaft der meisten EU-Mitgliedstaaten in der NATO: Weil die NATO Europas Sicherheit garantierte, konnte die EG sich auf die wirtschaftliche Integration Europas konzentrieren, konnten die europäischen Staaten sich primär als Handelspartner begegnen und so friedliche Beziehungen stiften. Diese klare Aufgabenteilung existiert heute nicht mehr: Auch wenn das Verhältnis der EU zur NATO derzeit noch der Klärung harrt, ist jedenfalls sicher, dass die EU eine größere sicherheits- und verteidigungspolitische Selbständigkeit gewinnen muss und sich nicht mehr auf die NATO bzw. USA als Schutzmacht Europas verlassen kann. In der Folge sehen wir schon jetzt in vielen Bereichen des Unionshandelns eine Verquickung von Handels- und Sicherheitsthemen: Sanktionen, Handel mit *dual use*-Gütern, Ambitionen der Kommission zur Herstellung eines Binnenmarkts der Rüstungsgüter, Projekte zur rüstungstechnischen Ermöglichung einer gemeinsamen Verteidigung (Europäischer Verteidigungsfonds [EVF], PESCO, CARD), die Ausstattung von Handelsverträgen mit *essential elements*-Klauseln u.a. zur Nichtverbreitung von Massenvernichtungswaffen überwinden die hergebrachte Trennung von Handel und Sicherheit, die der Trennung von AEUV und EUV-Außenbeziehungen konzeptionell zugrunde liegt.

Gleichzeitig sehen wir auf institutioneller Ebene ein Aufweichen der unterschiedlichen Integrationslogiken: Der Hohe Vertreter und der EAD, auch weite Teile der GSVP lassen sich innerhalb der Dichotomie Supranationalität versus Intergouvernementalität nicht mehr angemessen beschrei-

ben, dazu trägt auch die Formulierung übergreifender außenpolitischer Ziele in Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV bei, die durch den Europäischen Rat mithilfe des Hohen Vertreters konkretisiert werden. Die These von den verrechtlichten AEUV-Außenbeziehungen im Gegensatz zum exekutivlastigen, eher informellen Handeln der GASP ist daher zu relativieren. Der EuGH folgt in seiner Rechtsprechung zum Außenhandeln einem judikativen Paradigma: *Actes du gouvernement* oder eine *political question*-Doktrin sind seiner Judikatur fremd. Die GASP lässt sich heute nicht mehr als intergouvernemental beschreiben. Passender erscheint der Terminus der Transgouvernementalität, um die hybride Stellung des Hohen Vertreters, die nach wie vor starke, wenn auch weniger formalisierte Rolle der Kommission sowie die erstarkenden Rollen von EP und EuGH in der GASP auf den Begriff zu bringen.

In der Folge sehen wir ein Legitimationsdefizit: Die Kommission interpretiert ihre Kompetenzen sehr weitgehend, wenn sie einen Europäischen Verteidigungsfonds auflegt oder einen Binnenmarkt der Rüstungsgüter forciert. Gleichzeitig kann die starke Rolle des Hohen Vertreters sowie zahlreicher neu entstandener Gremien mit Eigendynamik im Bereich der GSVP durch die zwischenstaatliche Legitimation von Europäischem Rat und Rat nicht mehr ausreichend getragen werden – zumal eine parlamentarische Kontrolle der GASP durch die mitgliedstaatlichen Parlamente häufig unzureichend bleibt.

Was ist die Lösung? Solange eine Vertragsänderung zur Vereinheitlichung der Verfahren nicht in Sicht ist, sind die Institutionen darauf zurückgeworfen, inkrementelle Änderungen vorzunehmen: Der EuGH interpretiert seine begrenzten Kontrollrechte nach Art. 275 Abs. 2 AEUV der GASP/GSVP sehr weitgehend. Das EP bemüht sich, seine beschränkten Kontrollrechte in der GASP bestmöglich zum Einsatz zu bringen und wurde darin auch vom EuGH unterstützt. Beide tragen damit zu einer Konstitutionalisierung der GASP bei, die angesichts der Zielvorgaben zur demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung der Union in Art. 2 und Art. 10 EUV, aufgegriffen in den Bestimmungen zum Außenhandeln in Art. 21 Abs. 1 und 2 EUV gerechtfertigt ist. Denkbar ist darüber hinaus, dass das EP seine Rolle in der GASP – im Rahmen der vertraglichen Bestimmungen – weiter ausbaut: Insbesondere die Informationsflüsse zwischen EP und Rat können weiter verbessert werden. Auch Angehörige des Rats sollten sich regelmäßig den Fragen der Abgeordneten stellen und diese Aufgabe nicht allein dem – formal nicht entscheidungsbefugten – Hohen Vertreter überlassen. Weiterhin ist daran zu arbeiten, dass die von Art. 36

Abs. 1 S. 2 EUV geforderte Berücksichtigung der Empfehlungen des EP in der GASP vonseiten des EAD und des Rates auch nachgehalten werden: Im jährlichen Bericht des HV kann dieser erklären, wie die Eingaben des EP umgesetzt worden sind.

De lege ferenda sind weitergehende Änderungen vorstellbar: Ausgehend vom oben entwickelten Außenverfassungsbegriff, der Kohärenz zwischen den verschiedenen Sektoren des Außenhandelns herstellen will und von der parlamentarischen Steuerung und Verantwortlichkeit sowie gerichtlichen Kontrolle europäischen Außenhandelns ausgeht, ist zunächst an eine Stärkung der koordinierenden Funktion des Hohen Vertreters zu denken. Die Generaldirektion Handel, aber auch die für Außenthemen zuständigen Einheiten der Ratsverwaltung könnten im EAD zusammengeführt werden. Schon jetzt könnte auch in der GASP (allerdings nicht in der GSVP²¹¹) in weiten Teilen der qualifizierte Mehrheitsentscheid eingeführt werden,²¹² wofür der Gedanke demokratischer Handlungsfähigkeit spricht.

Weiterhin denkbar im Sinne größerer Einheitlichkeit und parlamentarischer Kontrolle wäre die parlamentarische Zustimmungsbedürftigkeit sämtlicher internationaler Abkommen der Union, einschließlich derjenigen aus dem Bereich der Sicherheitspolitik. Im Bereich der GSVP kann ebenfalls über eine Stärkung der parlamentarischen Steuerung, etwa einen europäischen Parlamentsvorbehalt für EU-Missionen nachgedacht werden.²¹³ Aus dem regulären EU-Haushalt und damit der parlamentarischen Kontrolle entzogene Sonderinstrumente wie die Europäische Friedensfazilität sind zu reduzieren. Im Bereich der gerichtlichen Kontrolle schließlich wäre eine Überprüfung aller belastenden Individualakte auch im Bereich der GASP denkbar und aus dem ohnehin aus den gemeinsamen Werten

211 Art. 31 Abs. 4 EUV.

212 S. die dahingehende Initiative einer Gruppe befreundeter Mitgliedstaaten: Joint Statement of the Foreign Ministries on the Launch of the Group of Friends on Qualified Majority Voting in EU Common Foreign and Security Policy v. 4.5.2023.

213 Im EU-europäischen Vergleich verfügen 17 mitgliedstaatliche Parlamente über Mitbestimmungsrechte in Bezug auf die Entsendung von Militäroperationen: *Christian Mölling/Alicia von Voß*, Nationale Parlamente und Verteidigungspolitik, SWP-Arbeitspapier FG03-AP Nr. 03 (2015), 8; s.a. *Georg Nolte/Heike Krieger*, Europäische Wehrrechtssysteme, Baden-Baden: Nomos 2002, 41 (60 ff.); *Dirk Peters/Wolfgang Wagner*, Zwischen Effizienz und Legitimität: Parlamentarische Kontrolle von Militäreinsätzen im weltweiten Vergleich, *Die Friedens-Warte* 87 (2012), 69–87 (76); *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste*, Sachstand: Parlamentarische Beteiligung bei Auslandseinsätzen von Streitkräften, WD2 – 3000 – 173/18.

abgeleiteten Gedanken eines starken gerichtlichen Rechtsschutzes nach Art. 19 EUV gut begründbar.

Die EU-Außenpolitik steht an einem kritischen Punkt: Es ist klar, dass die Union auf die sicherheitspolitischen Herausforderungen in ihrem Umfeld reagieren muss – nicht zuletzt, um die europäische Idee, Frieden durch Recht und demokratische Prozesse zu schaffen, zu verteidigen. Welche Veränderungen dies im Einzelnen impliziert, bleibt politischen Entscheidungen vorbehalten. Einige Möglichkeiten, das europäische Außenrecht im Lichte der im Unionsrecht angelegten Verfassungsprinzipien weiterzuentwickeln, wurden in diesem Text aufgezeigt.

Der Gerichtshof und die europäische Gesellschaft der Verfassungsinterpreten

Christoph Krenn

I. Einführung	1169
II. Normbefund: Art. 19 EUV	1175
1. Das Gerichtssystem der Union, Abs. 1	1175
2. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“, Abs. 1	1177
3. Gesellschaftliche Einbettung, Abs. 2	1183
4. Grenzen des Auftrags, Abs. 3	1185
III. Verfassungstheorie: Zwei Funktionen der pluralen Struktur des Gerichtssystems	1186
1. Die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs	1187
2. Der Gerichtsverbund	1189
IV. Dogmatische Strukturen	1192
1. Der Gerichtshof in der europäischen Gesellschaft	1192
2. Gerichtsverbund I: Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen	1208
3. Gerichtsverbund II: Rechtsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten	1218
V. Ausblick	1227

I. Einführung

Art. 19 Abs. 1 EUV formuliert einen anspruchsvollen Auftrag: Der Gerichtshof „sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge.“ Um diesen Auftrag zu erfüllen, ist es notwendig, Rechtsbehelfe und Verfahren bereitzustellen, die eine effektive Kontrolle ermöglichen. Weder die Mitgliedstaaten noch die Unionsorgane sind, so das Urteil *Les Verts*, „der Kontrolle darüber entzogen [...], ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft [heute: der Union], dem Vertrag, stehen.“¹ Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ verlangt darüber hinaus, dass der Gerichtshof eine Auslegung der Verträge und des Sekundärrechts entwickelt, die in 27 Mitgliedstaaten einheitlich Anwendung finden kann.²

Der Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV begleitet den Gerichtshof seit der ersten Stunde. Er war bereits im Vertrag über die Europäische Gemein-

1 EuGH, Urteil v. 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 – *Les Verts/Parlament*.

2 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 174 – *Beitritt der EU zur EMRK II*.

schaft für Kohle und Stahl enthalten.³ Historisch betrachtet waren die institutionellen Rahmenbedingungen zu seiner Umsetzung jedoch nicht günstig. Die Nichtigkeitsklage des EWG-Vertrags war zwar am französischen Verwaltungsprozessrecht angelehnt, erlaubte aber nur eine eingeschränkte Kontrolle des Handelns der Organe.⁴ Zur Kontrolle der Mitgliedstaaten war das wenig effektive Vertragsverletzungsverfahren vorgesehen.⁵ Und in organisatorischer Hinsicht stand der Gerichtshof in der Tradition eines internationalen Gerichts, in dem die Richterinnen und Richter die Mitgliedstaaten mit diplomatischem Geschick repräsentieren und ihre Interessen vertreten. Auf die Entwicklung des Rechts einer politischen Gemeinschaft war er nicht ausgelegt.⁶

Es lag in vielerlei Hinsicht am Gerichtshof selbst, die Kompetenzen, Verfahren und eine interne Organisationsstruktur zu entwickeln, um dem Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV nachzukommen. Natürlich gab es wichtige Änderungen, die durch Vertragsänderung erfolgten, z.B. die Schaffung des Gerichts, das dem Gerichtshof im Jahr 1988 zur Seite gestellt wurde, oder die Möglichkeit, im Vertragsverletzungsverfahren Sanktionen zu verhängen (Art. 260 Abs. 2 und 3 AEUV). Gleichwohl: Aus methodischer Sicht ist das Gerichtssystem der Union ein herausragendes Beispiel eines „*constitutional mainstreaming*“.⁷ Im Verlauf der vergangenen sechzig Jahre hat der Gerichtshof die im AEUV enthaltenen Klagearten so ausgelegt, dass sie ein „umfassendes Rechtsschutzsystem“⁸ bilden und sein Organisations- und Verfahrensrecht das darauf ausgerichtet, Akzeptanz für sein Fallrecht zu generieren. Auch wenn die Befolgung seiner Urteile nicht immer gelingt; die sozialwissenschaftliche Forschung stellt dem Gerichtshof grundsätzlich ein gutes Zeugnis bei der Erfüllung des Auftrags aus Art. 19 Abs. 1 EUV aus.⁹

3 Art. 31 EGKS-Vertrag; zum Wandel des Verständnisses dieser Bestimmung näher unten, II.2.

4 Zum Vergleich mit dem *Conseil d'État Jean L'Huillier*, *Une conquête du droit administratif français*, D. Chron. 13 (1953), 63–66.

5 Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford: Oxford University Press 2001, 15 f.

6 Christoph Krenn, *The Procedural and Organisational Law of the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 26–39.

7 von Bogdandy/Bast, in diesem Band, III.

8 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

9 Übersicht über die Literatur bei Alec Stone Sweet, *The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance*, *Living Reviews in European Governance* 5 (2010).

Was ist das Geheimnis dieses Erfolgs? Der Schlüssel, darüber besteht weitgehend Einigkeit, liegt in der Entwicklung eines europäischen Gerichtssystems, in das eine Vielzahl von Akteuren eingebunden ist.¹⁰ Art. 19 EUV formuliert nicht nur den Auftrag des Gerichtshofs „zur Sicherung der Wahrung des Rechts“, sondern fasst auch die Struktur dieses Gerichtssystems. Zum einen sind die mitgliedstaatlichen Gerichte heute ein integraler Bestandteil, das betont Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV. Die nationalen Gerichte beteiligen sich an der Kontrolle des Unionshandelns. Aber vor allem fördern sie die volle Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten und schließen Rechtsschutzlücken der Nichtigkeitsklage und des Vertragsverletzungsverfahrens.¹¹

Darüber hinaus bindet der Gerichtshof all jene in seine Arbeit ein, die für die Akzeptanz und Durchsetzung seiner Urteile von besonderer Bedeutung sind. Insbesondere die Kommission und die mitgliedstaatlichen Regierungen sind „*compliance partner*“ (Karen Alter) des Gerichtshofs.¹² Auch dieses enge Verhältnis findet Niederschlag in Art. 19 EUV. So versteht Art. 19 Abs. 2 EUV die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs als einen Prozess, der von den Regierungen der Mitgliedstaaten geprägt wird.¹³ Auch in die Verfahren vor dem Gerichtshof sind die Mitgliedstaaten besonders intensiv eingebunden.¹⁴ In wichtigen Verfahren der Großen Kammer nehmen heute regelmäßig zahlreiche Mitgliedstaaten teil, indem sie Stellungnahmen übermitteln und in der mündlichen Verhandlung ihre Rechtsansicht vortragen.¹⁵ Das erlaubt es, ein Fallrecht zu entwickeln, das auf Widerspruch reagiert und in den Mitgliedstaaten verstanden und angewandt wird. Andere überstaatliche Gerichte, etwa der EGMR, blicken neidisch auf diese Beteiligungsstruktur, die sie als zentral für die Wirksamkeit des Unionsrechts ausgemacht haben.¹⁶

10 Grundlegend *Joseph H.H. Weiler*, A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors, *Comp. Polit. Stud.* 26 (1994), 510–534.

11 *Koen Lenaerts*, The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union, *CML Rev.* 44 (2007), 1625–1659.

12 *Karen Alter*, *The New Terrain of International Law*, Princeton: Princeton University Press 2014, 53.

13 Näher unten, II.3. und IV.1.a.

14 Das hat *Eric Stein* schon früh beschrieben in *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *AJIL* 75 (1981), 1–27.

15 Näher unten, IV.1.b.

16 Copenhagen Declaration on the Reform of the European Convention on Human Rights System, 2018, Rn. 34: „Encouraging the States Parties, as well as other stakeholders, to participate in relevant proceedings before the Court, stating their views

Dieser Beitrag wird zeigen, wie der Gerichtshof seine Kompetenzen und Verfahren auf die Erfüllung des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV ausgerichtet hat. Die zunehmende Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte und der „*compliance partner*“ des Gerichtshofs ist ein Erfolgsgeheimnis für die Umsetzung des Auftrags „zur Sicherung der Wahrung des Rechts“. In der Konzeption dieses Bandes veranschaulicht der Beitrag damit die strukturbildende Funktion des Art. 19 EUV.

Der Beitrag zielt jedoch auch darauf, dem Gerichtssystem der Union einen unionsverfassungsrechtlichen Maßstab voranzustellen und es daran kritisch zu prüfen. Seine plurale Struktur ist ein Schlüssel zur Wirksamkeit des Unionsrechts und damit zur Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips des Art. 2 EUV.¹⁷ Man kann sie aber zugleich auch als demokratische Legitimationsressource betrachten. Diese Perspektive ist bislang weniger entwickelt.¹⁸ Sie ist beim heutigen Stand des Unionsrechts jedoch besonders wichtig. Wie bei nationalen Verfassungs- und Höchstgerichten ist die demokratische Legitimation auch für den Gerichtshof ein zentrales Thema, das ihn spätestens seit den 1980er Jahren begleitet.¹⁹ Eine funktionale Rechtfertigung seiner Arbeit, mit dem Verweis auf die Rolle als „Motor der Integration“, genügt beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts nicht mehr. Wie der Gerichtshof das Recht im Lichte der Werte des Art. 2 EUV auslegt und fortentwickelt, ist eine offene Gemeinwohlfrage, deren Antwort demokratischer Legitimation bedarf.²⁰

Eine demokratische Perspektive auf den Gerichtshof kann bei seinen Auslegungsmethoden ansetzen und danach fragen, ob der Gerichtshof seine Urteile transparent, dialogisch und bürgernah begründet.²¹ Dieser Beitrag wählt einen anderen Zugang und konzentriert sich auf verfahrens- und

and positions, can provide a means for strengthening the authority and effectiveness of the Convention system.“

17 Grundlegend aus rechtssoziologischer Perspektive *Antoine Vauchez*, *Brokering Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

18 Frühe Ansätze bei *Carol Harlow*, *Towards a Theory of Access for the European Court of Justice*, YBEL 12 (1992), 213–248; ausführlich *Krenn* (Fn. 6), 20–24, 102–154.

19 Prägend für die Diskussion war *Hjalte Rasmussen*, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht: Nijhoff 1986.

20 Zur veränderten Legitimationsstruktur der Union *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.

21 Mit diesem Ansatz *Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser*, *Judicial Deliberations*, Oxford: Oxford University Press 2009; allgemein zur Methodenkritik am EuGH *Mark Dawson*, *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, ELJ 20 (2014), 423–435.

organisationsrechtliche Fragen. Hier zielt eine demokratische Perspektive darauf, zu fragen, wie es gelingt, all jene in das unionale Gerichtssystem einzubinden, die von den Entscheidungen des Gerichtshofs betroffen sind. Natürlich kann eine demokratische Einbindung oft nur stark vermittelt geschehen. Als Höchstgericht der Union, das die europäische Grundordnung auslegt, erstreckt sich die Betroffenheit auf die europäische Gesellschaft insgesamt. Aus Sicht einer Unionsbürgerin gestaltet sich eine vermittelte demokratische Einbindung etwa über eine Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs, an der Parlamentarierinnen und Parlamentarier teilnehmen und die transparent verläuft, oder über die Teilnahme einer NGO am Verfahren, die ihre Interessen und politischen Präferenzen vertritt, oder auch über ein nationales Verfassungsgericht, das im Rahmen einer Vorlage zur Vorabentscheidung eine Rechtsansicht einbringt, welche die Überzeugungen einer Unionsbürgerin reflektiert.

Entsprechend misst dieser Beitrag Regelungen, die den Gerichtshof zur europäischen Gesellschaft öffnen, etwa die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs oder die Beteiligungsrechte, neben ihrem Beitrag zur Wirksamkeit des Unionsrechts auch an den demokratischen Prinzipien des EUV. Gleiches gilt für die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte. Neben der vollen Anwendung des Unionsrechts und dem lückenlosen Rechtsschutz dient sie auch der demokratischen Legitimation des Gerichtssystems der Union. Auch wenn der Gerichtshof das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol innehat,²² bringen die mitgliedstaatlichen Gerichte, insbesondere die Höchst- und Verfassungsgerichte, das jeweilige nationale Prozessrecht mit seinen Traditionsbeständen und ihre Rechtsansicht, imprägniert mit den Wertungen der jeweiligen Rechtsordnung, in die Arbeit des Gerichtshofs ein. Auch das kann als ein Element der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs verstanden werden.²³

Die These dieses Beitrags lautet, dass der pluralen Struktur des Gerichtssystems der Union heute eine doppelte Funktion zukommt: Sie dient der Erfüllung des Verfassungsauftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV und der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs. Das verändert, *mit wem* der Gerichtshof spricht und *wie* er mit seinen Gesprächspartnerinnen und -partnern interagiert. Der überschaubare Kreis der „*compliance partner*“ (ordentliche mitgliedstaatliche Gerichte, Kommission, Regierungen der

22 EuGH, Urteil v. 22.10.1987, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Rn. 15 – *Foto-Frost*.

23 Zur Repräsentationsfunktion von Verfassungsgerichten vgl. *Pierre Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, Hamburg: Hamburger Edition 2016.

Mitgliedstaaten) wird zunehmend erweitert (etwa auf Verfassungs- und Höchstgerichte, Parlamente und zivilgesellschaftliche Organisationen). Dabei geht es nicht mehr nur darum, die „*compliance partner*“ des Gerichtshofs von seiner Auslegung des Unionsrechts zu überzeugen, damit diese umgesetzt wird, sondern auch darum, die Pluralität der Rechtsauffassungen in Europa in das Gerichtssystem der Union einzuspeisen.

In Anlehnung an *Peter Häberle* kann man entsprechend von einer im Entstehen begriffenen „europäischen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ sprechen.²⁴ *Häberle* hat mit Blick auf das Prozessrecht des Bundesverfassungsgerichts eine Vielfalt von Akteuren beobachtet, die unterschiedliche Interpretationen der Verfassung in die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts einbringen. Er hat diese Beobachtung normativ gewendet und als Demokratisierung der Verfassungsauslegung gedeutet. *Häberles* Konzeption wurde prominent rezipiert,²⁵ sie hat jedoch gerade aus der deutschen Staatsrechtslehre viel Widerspruch erfahren.²⁶ Eine demokratische Öffnung eines Gerichts, so die Kritik, geht immer auch zu Lasten seiner Funktion der „Sicherung der Wahrung des Rechts“. Darauf wird am Ende dieses Beitrags (V.) zurückzukommen sein.

Der Aufbau des Beitrags folgt der in diesem Band vorgesehenen Gliederung. Abschnitt II. stellt Art. 19 EUV als *die* grundlegende Norm über die unionale Gerichtsbarkeit vor. Sie konstituiert das aus dem Unionsorgan „Gerichtshof“ und den mitgliedstaatlichen Gerichten bestehende Gerichtssystem der Union und stattet es mit einem rechtsstaatlichen Auftrag aus. Zugleich lassen sich Art. 19 Abs. 2 und 3 EUV so verstehen, dass der Gerichtshof bei der Erfüllung dieses Auftrags eingebettet in die europäische Gesellschaft agiert. Abschnitt III. vertieft die plurale Struktur des Gerichtssystems der Union verfassungstheoretisch und verankert sie primärrechtlich. Dabei wird gezeigt, dass die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs und die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte sowohl der Verwirklichung des rechtsstaatlichen Auftrags nach Art. 19 Abs. 1 EUV als auch der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs dienen soll. Vor diesem Hintergrund präsentiert Abschnitt IV. dogmatische Kerngebiete anhand der

24 *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 30 (1975), 297–305.

25 Aufgenommen etwa von *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1998, 276; zur Rezeptionsgeschichte *Michaela Hailbronner*, We the Experts, Der Staat 53 (2014), 425–444 (431 f.).

26 Vgl. etwa *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, 2089–2099 (2093 f.).

Frage, wie es gelingt, die „Sicherung der Wahrung des Rechts“ und die demokratische Legitimation des Gerichtshofs gleichermaßen sicherzustellen. Zunächst geht es um Fragen der Gerichtsorganisation, namentlich der Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs, der Beteiligungs- und Interventionsrechte und der Urteilsfindung. Anschließend um den Rechtsschutz im Verbund gegenüber der Union und gegenüber den Mitgliedstaaten.

II. Normbefund: Art. 19 EUV

Im Zuge der Ausarbeitung des Vertrags von Lissabon wurde Art. 19 EUV in Dokumenten des Europäischen Rats als Teil eines „Überblicks über das institutionelle System“²⁷ beschrieben. Ein flüchtiger Blick auf Art. 19 EUV mag diesen Eindruck bestärken. Es geht um den institutionellen Aufbau (Abs. 1), um zentrale Bestimmungen zur Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs (Abs. 2) und um die wichtigsten Verfahrensarten (Abs. 3). Betrachtet man Art. 19 EUV jedoch als Element des Grundlagenteils der Verträge²⁸ und berücksichtigt die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 19 EUV, ergibt sich ein anderes Bild. Art. 19 EUV muss dann als *die* grundlegende Norm über die europäische Gerichtsbarkeit verstanden werden, die eine anleitende Rolle für die Auslegung der Bestimmungen des AEUV zum Gerichtshof (Art. 251–281 AEUV), der Satzung und der Verfahrensordnungen von EuGH und EuG spielt. Art. 19 EUV konstituiert das Gerichtssystem der Union bestehend aus dem Gerichtshof und den mitgliedstaatlichen Gerichten (1.) und stattet es mit einem Auftrag aus (2.). Er gibt Hinweise darauf, wie die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs zu verstehen ist (3.) und gibt Auskunft über die Grenzen seines Auftrags (4.).

1. Das Gerichtssystem der Union, Abs. 1

Art. 19 Abs. 1 EUV regelt zunächst, welche Institutionen zur Unionsgerichtsbarkeit zu zählen sind. Abs. 1 UAbs. 1 nennt den Gerichtshof der Union. Der Begriff „Gerichtshof“ ist doppelt belegt: er meint zum einen das Organ im Sinne des Art. 13 Abs. 1 EUV und zum anderen den obersten Spruchkörper dieses Organs.

²⁷ *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 21./22.6.2007, 11177/1/07, S. 18.

²⁸ Zum Grundlagenteil der Verträge von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.2.

Das Organ „Gerichtshof“ umfasst gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 EUV den Gerichtshof (EuGH), das Gericht (EuG) und Fachgerichte, die für Entscheidungen im ersten Rechtszug in besonderen Sachgebieten eingerichtet werden können. Nach Auflösung des bislang einzigen Fachgerichts, des Gerichts für den öffentlichen Dienst, dessen Funktionen im September 2016 auf das EuG übergegangen sind, gibt es zurzeit kein Fachgericht. Die zuletzt erfolgte Aufstockung des EuG auf 54 Richterinnen und Richter hat die Arbeitskapazität insgesamt erhöht. Die Einrichtung von Fachgerichten ist damit auf absehbare Zeit unwahrscheinlich.

Die jüngst erfolgte Verlagerung der Zuständigkeit für Vorlagen zur Vorabentscheidung in ausgewählten Bereichen auf das EuG markiert einen neuen Abschnitt in der Ausdifferenzierung des Organs „Gerichtshof“.²⁹ Die Arbeitsteilung zwischen EuGH und EuG wird mit dieser Reform auch abseits der Nichtigkeitsklage entlang einer verfassungsrechtlichen Logik akzentuiert: Der EuGH ist nun im Bereich des Vorabentscheidungsverfahrens vermehrt nur mehr für die konstitutionellen Grundsatzfragen zuständig, das EuG regelt das tägliche Geschäft des Unionsrechts.³⁰

Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, der durch den Vertrag von Lissabon ins Primärrecht eingefügt wurde, spricht die Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte in der Unionsrechtsordnung an. Er hält fest, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Die mitgliedstaatlichen Gerichte zählen demnach, nun auch vertraglich ausdrücklich ausgewiesen, zur Unionsgerichtsbarkeit.³¹ Der EuGH bezeichnet die mitgliedstaatlichen Gerichte schon lange als „ordentliche Unionsgerichte“ bzw. als „Richter über das gemeinsame Recht in der Unionsrechtsordnung“.³² Den Zusammenschluss von Unions- und mitgliedstaatlichen Gerichten begreift er als „Gerichtssystem der Union“.³³ Mitgliedstaatliche Gerichte

29 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABl. L 2024/2019.

30 Zu den Details der Reform und ihrer grundlegenden Bedeutung für die verfassungsgerichtliche Rolle des EuGH vgl. *Daniel Sarmiento*, On the Road to a Constitutional Court of the European Union: The Court of Justice After the Transfer of the Preliminary Reference Jurisdiction to the General Court, CYELP 19 (2023), VII–XVII.

31 Zum Innovationspotential des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV bereits *Sacha Prechal*, National Courts in EU Judicial Structures, YBEL 25 (2006), 429–450 (430).

32 EuGH, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 80 – *Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems*.

33 EuGH, Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 43 – *Achmea*.

spiegeln diese Begrifflichkeit. Das Bundesverfassungsgericht etwa nützt den Begriff „Rechtsprechungsverbund“.³⁴

2. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“, Abs. 1

Art. 19 EUV Abs. 1 EUV stellt diesem Gerichtssystem der Union, bestehend aus dem Organ „Gerichtshof“ und den mitgliedstaatlichen Gerichten, einen Auftrag voran: Es sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ ist Teil der ältesten Schicht des Unionsrechts.³⁵ Er war bereits im EGKS-Vertrag enthalten und stand dort einleitend als erste Bestimmung im Kapitel über den Gerichtshof. Er wurde seitdem in den Verträgen mit minimaler Variation fortgeschrieben,³⁶ und zuletzt in Art. 19 EUV integriert. Nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 EUV gilt dieser Auftrag nur für den Gerichtshof. Der EuGH hat jedoch festgehalten, dass es sich um einen Auftrag handelt, den der Gerichtshof mit den mitgliedstaatlichen Gerichten teilt.³⁷

Das Verständnis dieses Auftrags hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Die historische Forschung zur EGKS legt nahe, dass er ursprünglich unterschiedliche Vorstellungen über die Rolle der überstaatlichen Gerichtsbarkeit auf einen Begriff bringen sollte.³⁸ Besonders wichtig waren deutsche Erwartungen zum Rechtsschutz für Unternehmen und Privatpersonen, die an Art. 19 Abs. 4 GG angelehnt waren, und belgische und holländische Wünsche nach einem besonders starken Rechtsschutz für die Mitgliedstaaten. Zugleich gab es Stimmen, gerade von französischer Seite, die eine zurückhaltenden Rechtskontrolle einmahnten, um die Arbeit der neuen überstaatlichen Institutionen, insbesondere der Hohen Behörde, der Vor-

34 BVerfGE 140, 317 (Rn. 44) – *Europäischer Haftbefehl II*; 154, 17 (Rn. 111) – *PSPP*.

35 Zur Entwicklung *Timo Tohidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, Baden-Baden: Nomos 2007, 71–88.

36 Art. 31 EGKS-Vertrag: „Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages und der Durchführungsvorschriften.“; Art. 164 EWG-Vertrag: „Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages.“ Art. 220 Abs. 1 EG-Vertrag (in der Fassung von Nizza): „Der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz sichern im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags.“

37 EuGH, Gutachten 1/09 (Fn. 32), Rn. 66.

38 *Anne Boerger-De Smedt*, Negotiating the Foundations of European Law, 1950–57, *Contemp. Eur. Hist.* 21 (2012), 339–356.

läuferin der Kommission, nicht zu beschneiden. Der Auftrag der frühen Unionsgerichtsbarkeit wurde entsprechend in erster Linie als Schutz der Mitgliedstaaten vor der neuen überstaatlichen Hoheitsgewalt verstanden, ohne ihr Wirken zu stark einzuschränken.³⁹

Zunehmend hat der Gerichtshof sein Verständnis vom Auftrag „zur Sicherung der Wahrung des Rechts“ erweitert. In den 1960er Jahren, als das europäische Projekt ins Stocken geriet, ging es vermehrt darum, nicht nur die Unionsorgane, sondern auch die Mitgliedstaaten an die Ziele und Vorgaben der Verträge zu binden.⁴⁰ Mit der zunehmenden Reichweite und Eingriffsintensität des Unionsrechts und unter dem Druck mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte bekam der Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen ab den 1970er Jahren verstärkte Bedeutung.⁴¹ Der Gerichtshof begreift den Auftrag aus Art. 19 Abs. 1 EUV heute als einen umfassenden Auftrag zur Rechtskontrolle, der die Union und die Mitgliedstaaten gleichermaßen umfasst. Das Urteil *Les Verts* aus dem Jahr 1986 steht nach wie vor für diese Grundausrichtung: „[W]eder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane [sind] der Kontrolle darüber entzogen [...], ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen.“⁴²

Dieses umfassende Verständnis vom Auftrag des Gerichtssystems der Union teilen heute auch die Vertragsgeberinnen und Vertragsgeber. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ wurde im Verfassungskonvent intensiv diskutiert. Dabei gab es Vorstöße, die Formel zu ändern. So hatte der Entwurf des Konvents vorgesehen, „Sicherung der Wahrung des Rechts“ zu „Gewährleistung der Achtung des Rechts“ abzuändern.⁴³ Der schlussendlich vom Europäischen Rat zur Ratifikation vorgelegte Verfassungsvertrag stellte die alte Formel wieder her.⁴⁴ Es ist als Bestätigung

39 Eva Drewes, *Entstehen und Entwicklung des Rechtsschutzes vor den Gerichten der Europäischen Gemeinschaften am Beispiel der Nichtigkeitsklage*, Berlin: Duncker & Humblot 2000, 61.

40 Hans-Jürgen Schlochauer, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor*, in: Ernst von Caemmerer/Hans-Jürgen Schlochauer/Ernst Steindorff (Hrsg.), *Probleme des europäischen Rechts: Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, Frankfurt a.M.: Klostermann 1966, 431–452.

41 Allan Rosas, *Five Years of Charter Case Law*, in: Sybe de Vries/Ulf Bernitz/Stephen Weatherill (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Oxford: Hart 2015, 11–20 (13).

42 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

43 Art. 28 Abs. 1 des Konventsentwurfs, 18.7.2003, CONV 850/03.

44 Art. I-29 des Verfassungsvertrags.

des weit gefassten Auftrags des EuGH zu sehen, dass die Mitgliedstaaten auf Kontinuität setzen und das verbindlichere Sichern (statt Gewährleisten) und das aktivere Wahren (statt Achten) beibehielten.⁴⁵

Art. 19 EUV hat eine besondere Nähe zum unionalen Verfassungskern.⁴⁶ Der EuGH hat die Bestimmung zuletzt im Kontext der Rechtsstaatlichkeitskrise ausdrücklich als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips des Art. 2 EUV ausgewiesen.⁴⁷ Er konnte dabei auf eine eingespielte Begrifflichkeit zurückgreifen. Im europarechtlichen Schrifttum, gerade im deutschsprachigen, hat die rechtsstaatliche Deutung des unionalen Gerichtssystems schon lange ihren festen Platz.⁴⁸ Sie reicht bis in die EGKS zurück.⁴⁹ In der Rechtsprechung spielte das Rechtsstaatsprinzip gleichwohl lange eine untergeordnete Rolle.⁵⁰ Obwohl der Vertrag von Amsterdam 1997 das Prinzip an prominenter Stelle im Primärrecht verankert hatte,⁵¹ stellte der EuGH erst 2007 eine ausdrückliche Verbindung zwischen Rechtsstaatsprinzip und dem Gerichtssystem der Union her.⁵² Mittlerweile gehört das Prinzip zum Begriffsschatz wichtiger Urteile. Seit 2018 hat es der Gerichtshof in 31 Urteilen genannt.⁵³

45 Die Änderung durch den Konvent wurde nicht in allen Sprachversionen sichtbar. In der französischen („assure le respect du droit“) und der spanischen („garantizará el respeto del Derecho“) Version beispielsweise gab es keine Änderungen zwischen Konventsentwurf und Verfassungsvertrag.

46 Zu diesem Konzept von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.1.

47 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

48 Etwa *Manfred Zuleeg*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 47 (1994), 545–549 (546).

49 Diskursprägend *Carl-Friedrich Ophüls*, Juristische Grundgedanken des Schumanplans, NJW 4 (1951), 289–292; zur Bedeutung von Ophüls Text: *Franz C. Mayer*, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft – ein überholtes Narrativ?, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Die Neuerfindung Europas, Baden-Baden: Nomos 2019, III–130 (III–115).

50 Ausführlich zur Rechtsprechung vor dem Vertrag von Lissabon *Claus Dieter Classen*, Rechtsstaatlichkeit als Primärrechtsgebot in der Europäischen Union, EuR 43 (2008), 7–21 (II–21).

51 Zur Entwicklung *Laurent Pech*, The Rule of Law, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2021, 307–338 (309–318).

52 EuGH, Urteil v. 27.2.2007, Rs. C-354/04 P, ECLI:EU:C:2007:115, Rn. 51 – *Gestoras Pro Amnistía u.a./Rat*; Urteil v. 27.2.2007, Rs. C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116, Rn. 51 – *Segi u.a./Rat*.

53 Stand: 1. August 2023.

Der Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV steht nicht nur in engem Zusammenhang mit Art. 2 EUV, sondern auch mit der Verwirklichung einer „immer engeren Union der Völker Europas“ (Art. 1 Abs. 2 EUV). Der Integrationsgedanke ist Teil des unverbrüchlichen Selbstverständnisses des Gerichtshofs, das seit Generationen von Richterinnen und Generalanwälten weitergegeben wird.⁵⁴ Beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts ist er jedoch nicht mehr im Sinne einer Ausweitung von Unionskompetenzen zu verstehen. Ebenso wenig steht die „immer engere Union“ für ein Projekt, das auf die Schaffung eines europäischen Bundesstaates zielt.⁵⁵ Es geht um die Verwirklichung von Verfassungsprinzipien, allen voran das Rechtsstaatsprinzip.

Der Verfassungsauftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV steht an der Spitze einer Vielzahl weiterer Regelungen zum Gerichtshof: Art. 251 bis 281 AEUV, die Satzung des Gerichtshofs und die Verfahrensordnungen von EuGH und EuG. Sie sind im Lichte dieses Auftrags auszulegen. Dogmatisch vermittelt wird dies durch zwei Prinzipien, die, textlich etwas versteckt, ebenfalls in Art. 19 Abs. 1 EUV zu finden sind. Sie gehören zu den wichtigsten Prinzipien des Unionsrechts, die zahlreiche Rechtsfortbildungen getragen haben: Das Prinzip der Rechtsunion hat der Gerichtshof aus dem Auftrag zur Sicherung der Wahrung des Rechts (Abs. 1 UAbs. 1) abgeleitet,⁵⁶ das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unparteiischen Gericht sieht er in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV enthalten.⁵⁷

Das Prinzip der Rechtsunion trägt die weite Auslegung der Zuständigkeiten des Gerichtshofs.⁵⁸ Aus ihm leitet der Gerichtshof den Gedanken ab, dass ihm eine Zuständigkeit für die Kontrolle des Unionshandelns nur dann fehlt, wenn in den Verträgen ausdrückliche Ausnahmen niedergelegt sind. Diese Ausnahmen wiederum sind eng auszulegen.⁵⁹ Das Prinzip der Rechtsunion hat in vielen grundlegenden Entscheidungen eine weite Auslegung der Zuständigkeiten des Gerichtshofs getragen: vom Urteil *Les*

54 Zu den Mechanismen *Antoine Vauchez*, Keeping the Dream Alive, EPSR 4 (2012), 51–71.

55 *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.3.

56 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

57 EuGH, *ASJP* (Fn. 47), Rn. 35.

58 *Jürgen Bast*, § 41 Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht, in: Stefan Leible/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), *EnzEuR* Bd. 3: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2021, 1625–1645 (1632).

59 Pointiert GA *Bobek*, Schlussanträge v. 3.12.2020, Rs. C-650/18, ECLI:EU:C:2020:985, Rn. 33–37 – *Ungarn/Europäisches Parlament*.

*Verts*⁶⁰ bis zu jüngsten Entscheidungen zur Zuständigkeit im Bereich der GASP.⁶¹ Die andauernde Relevanz des Prinzips zeigt sich in Zahlen. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist die Zahl der Bezugnahmen auf das Prinzip der Rechtsunion gestiegen. Waren es bis dahin neun Urteile, so wird seit dem Jahr 2009 in 19 Urteilen unmittelbar darauf Bezug genommen.⁶² Alle bis auf eines dieser Urteile wurden von der Großen Kammer erlassen.⁶³

Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unparteiischen Gericht ist gleich mehrfach im Primärrecht verankert. Es hat vor allem gegenüber den mitgliedstaatlichen Prozessordnungen eine strukturbildende Funktion.⁶⁴ Als allgemeiner Rechtsgrundsatz hat es der Gerichtshof bereits 1986 aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK abgeleitet.⁶⁵ Der Vertrag von Lissabon hat mit Art. 47 Abs. 1 GRC und Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV diesen Grundsatz gleich an zwei Stellen prominent festgeschrieben.⁶⁶ Der Gerichtshof sieht im allgemeinen Rechtsgrundsatz und den beiden Vertragsbestimmungen das inhaltlich selbe Grundrecht verkörpert.⁶⁷ Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf verlangt einen wirksamen Rechtsbehelf nicht nur bei einer behaupteten Verletzung der „Rechte oder Freiheiten“ der Charta, sondern in Bezug auf jede subjektive unionale Rechtsposition, auch solche, die im Sekundärrecht nur implizit enthalten sind.⁶⁸ Das ist ein wesentlich weiteres Verständnis als in Art. 13 EMRK, der nur bei einer gerügten Verletzung der in der EMRK anerkannten Rechte greift. In jüngster Zeit nützt der Gerichtshof den im Vergleich zu Art. 47 GRC weiter gefassten Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV („Bereiche des Unionsrechts“), um unabhängig von einem konkreten unionsrechtlichen Anwendungsfall institutionell-or-

60 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

61 Dazu *Ley*, in diesem Band, IV.3.b.

62 Stand: 1. August 2023.

63 EuGH, Urteil der 3. Kammer v. 14.6.2012, Rs. C-533/10, ECLI:EU:C:2012:347, Rn. 30 – *CIVAD*.

64 *Marek Safjan/Dominik Düsterhaus*, A Union of Effective Judicial Protection, YBEL 33 (2014), 3–40.

65 EuGH, Urteil v. 15.5.1986, Rs. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, Rn. 18 – *Johnston*.

66 *Matteo Bonelli*, Effective Judicial Protection in EU Law: An Evolving Principle of a Constitutional Nature, REALaw 12 (2019), 35–62.

67 EuGH, *ASJP* (Fn. 47), Rn. 35.

68 Diese Rechte können sich auch erst aus Kontext und Ziel eines Sekundärrechtsakts ergeben, zuletzt EuGH, Urteil v. 2.6.2022, Rs. C-353/20, ECLI:EU:C:2022:423, Rn. 38 – *Skeyes*.

ganisatorische Vorgaben für die mitgliedstaatliche Justizorganisation zu machen, gerade in Hinblick auf die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte.⁶⁹

Das Prinzip der Rechtsunion und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht sind im normativen Aufbau der Verträge besonders wichtig, weil sie es erlauben, über den Weg der Vertragsauslegung das unionale und mitgliedstaatliche Prozessrecht fortzuentwickeln und Rechtsschutzlücken zu schließen. Der Abschnitt des AEUV, der den Gerichtshof betrifft, umfasst 31 Artikel. Hinzu kommt die in Primärrechtsrang stehende Satzung des Gerichtshofs, Protokoll Nr. 3 zum Vertrag von Lissabon. Im Vergleich zu den anderen Organen ist der primärrechtliche Regelungsumfang außergewöhnlich. Dazu genügt ein Blick auf den AEUV: Parlament (zwölf Artikel), Kommission und Rat (jeweils sieben Artikel), Rechnungshof und EZB (jeweils drei Artikel) und Europäischer Rat (zwei Artikel) sind im AEUV weit gröber umrissen. Die Dichte primärrechtlicher Vorgaben zum Gerichtshof führt dazu, dass Klagearten und Zulässigkeitsvoraussetzungen im Detail im AEUV geregelt sind. Die „grundlagenteilkonforme Auslegung“⁷⁰ des Primärrechts ist somit eine methodische Schlüsselfigur zur Sicherung eines kohärenten und leistungsfähigen EU-Prozessrechts.

Die normative Dichte primärrechtlicher Regelungen wird dadurch relativiert, dass die Satzung des Gerichtshofs seit dem Vertrag von Lissabon in weiten Teilen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren abgeändert werden kann (Art. 281 Abs. 2 AEUV). Ausgenommen sind Titel 1 der Satzung, der den Status der EuGH-Mitglieder (Aufnahme der Tätigkeit, Beendigung, grundlegende Dienstpflichten) regelt, und die Bestimmungen zur Sprachenfrage (Art. 64 der Satzung). Die Initiative zu einer Änderung liegt beim Gerichtshof oder der Kommission. Das schützt die richterliche Unabhängigkeit. Die Einbindung des Parlaments bei Änderungen der Satzung stärkt die demokratische Legitimität europäischer Justizreformen und führt zu öffentlich sichtbaren Grundsatzdebatten über die europäische Gerichtsbarkheit.⁷¹ Satzungsänderungen betreffen jedoch vor allem organisations- und verfahrensrechtliche Fragen. Für grundlegende Änderungen der Kompetenzen des Gerichtshofs bedarf es einer Änderung des AEUV.

69 EuGH, *ASJP* (Fn. 47), Rn. 40; dazu unten, IV.3.b.

70 Dazu von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.2.

71 Mit Beispielen aus jüngster Zeit *Kieran Bradley*, *The European Parliament and the European Court*, in: Emmanuel Guinchard/Marie-Pierre Granger (Hrsg.), *The New EU Judiciary*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2018, 240–254 (253).

3. Gesellschaftliche Einbettung, Abs. 2

Auch wenn Gerichte unabhängige Institutionen sind, entscheiden sie niemals isoliert, sondern sind eingebettet in gesellschaftliche Zusammenhänge. Eine Reihe von Bestimmungen in den Verträgen regeln die Einbettung des Gerichtshofs in die europäische Gesellschaft, etwa Bestimmungen zur Beteiligung am Verfahren (Art. 23 und 40 der Satzung) oder zur Transparenz (Art. 15 AEUV). Auch Art. 19 Abs. 2 EUV zählt zu diesen Regeln. Er enthält grundlegende Aussagen zur Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs und komplementiert und akzentuiert Art. 253-255 AEUV, die das Auswahlverfahren im Detail regeln.

Aufgrund des Charakters als Teil einer Grundlagenbestimmung des Vertrags lassen sich aus Art. 19 Abs. 2 EUV weiterführende Gedanken zur gesellschaftlichen Einbettung des Gerichtshofs entnehmen. Erstens lässt sich an Art. 19 Abs. 2 EUV der Anspruch auf eine starke gesellschaftliche Einbettung festmachen. Das zeigt sich insbesondere durch die Möglichkeit der unbeschränkten Wiederwahl der EuGH-Mitglieder nach sechsjähriger Amtszeit, die in Art. 19 Abs. 2 EUV angesprochen wird. Diese Regelung erlaubt den Mitgliedstaaten, welche die Mitglieder des Gerichtshofs „im gegenseitigen Einvernehmen“ ernennen, in relativ kurzen Abständen Mitglieder des Gerichtshofs auszutauschen oder im Amt zu bestätigen.

Im Rechtsvergleich ist die Wiederbestellung von Höchstrichterinnen und Höchstrichtern die Ausnahme. Die Schweiz, wo die demokratische Legitimation der Gerichte ein besonderes Gewicht hat, kennt eine vergleichbare Regelung der Amtszeit der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts.⁷² Im Zuge von Vertragsänderungen, zuletzt im Verfassungskonvent, wurde die Möglichkeit der Wiederernennung der Mitglieder des Gerichtshofs intensiv diskutiert. Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten, aber auch der Gerichtshof selbst, waren der Meinung, dass das bestehende System gut funktioniert.⁷³

Aus Sicht der richterlichen Unabhängigkeit ist die Regel nicht unproblematisch. Sie steht in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV. Die Unabhängigkeit des Gerichtshofs ist eine Grundvo-

72 Vgl. *Giovanni Biaggini*, § 105 Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber (Hrsg.), IPE Bd. VI, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg: C.F. Müller 2016, 573–638 (603).

73 European Convention, Final Report of the Discussion Circle on the Court of Justice, CONV 636/03, 25.3.2003, 3.

raussetzung für die Erfüllung seines rechtsstaatlichen Auftrags. Es kommt somit auf die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeit zur Wiederwahl an. Gefahren für die Unabhängigkeit des Gerichtshofs werden zurzeit dadurch entschärft, dass die Veröffentlichung abweichender Meinungen nicht zugelassen ist.⁷⁴ Das erschwert die Zurechnung konkreter Rechtsauffassungen zu einzelnen Mitgliedern des Gerichtshofs. Hinzu kommt das Einstimmigkeitserfordernis unter den Regierungen der Mitgliedstaaten bei der Bestellung und die effektive Kontrolltätigkeit des Expertenausschusses zur Richterauswahl, der in Art. 255 AEUV vorgesehen ist.⁷⁵

Zweitens deutet Art. 19 Abs. 2 EUV auf die besondere Bedeutung der Mitgliedstaaten bei der gesellschaftlichen Einbettung des Gerichtshofs hin. Gemäß Art. 19 Abs. 2 EUV stellt jeder Mitgliedstaat eine Richterin oder einen Richter am EuGH und zumindest eine Richterin oder einen Richter am EuG. Dieses Prinzip ist ausschließlich in der Grundlagenbestimmung des Art. 19 EUV und nicht in den Bestimmungen des AEUV zur Richterauswahl enthalten. Zudem erfolgt die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs nicht durch den Rat oder den Europäischen Rat, sondern durch die „Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten“. Das betont die besondere Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Bestellung der Mitglieder des Gerichtshofs. Entscheidungen der „Regierungen der Mitgliedstaaten“ sind grundsätzlich vor den Unionsgerichten nicht nachprüfbar, ein Prinzip, das der Gerichtshof zuletzt in Bezug auf die vorzeitige Beendigung des Mandats der britischen Generalanwältin *Sharpston* durch die Mitgliedstaaten im Zuge des EU-Austritts des Vereinigten Königreichs bestätigt hat.⁷⁶ Die Regelung zum Gerichtshof steht damit in Kontrast zu Bestellverfahren anderer unabhängiger Unionsorgane, etwa des Direktoriums der EZB (Art. 283 Abs. 2 AEUV) oder des Rechnungshofs (Art. 286 Abs. 2 AEUV), bei denen der Europäische Rat bzw. der Rat entscheiden. Ihre Entscheidungen sind gemäß Art. 263 Abs. 1 AEUV gerichtlich nachprüfbar.

Eine Legitimationstheorie des Gerichtshofs lässt sich aus Art. 19 Abs. 2 EUV alleine nicht begründen. Auch wenn die Mitgliedstaaten für die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs eine besonders wichtige Rolle spielen, kann diese Bestimmung nicht so gelesen werden, dass der Gerichtshof sich institutionell in erster Linie über die Mitgliedstaaten legitimiert. Art. 19

74 Unten, IV.1.c.

75 Unten, IV.1.a.

76 EuGH, Beschluss v. 16.6.2021, Rs. C-684/20 P, ECLI:EU:C:2021:486 – *Sharpston/Rat und Conférence des Représentants des Gouvernements des États membres*.

Abs. 2 EUV ist vor dem Hintergrund des unionalen Verfassungskerns auszulegen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass gemäß Art. 1 Abs. 2 EUV Entscheidungen aller Unionsorgane, einschließlich des Gerichtshofs, „möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden.“ Das spricht für eine weitgehende Transparenz, gerade was das Handeln der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Organisation des Gerichtshofs betrifft. Zum anderen soll die gesellschaftliche Einbettung des EuGH in den Strukturen des unionalen Demokratieprinzips erfolgen. Nach den demokratischen Prinzipien der Verträge beruht unionale Hoheitsgewalt auf dem dualen Legitimationskonzept des Art. 10 EUV. Demnach sind nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch das Europäische Parlament als Repräsentationsorgan der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie die Zivilgesellschaft (Art. 11 Abs. 2 EUV) einzubinden. Das besondere Gewicht der Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 2 EUV wird somit durch die demokratischen Prinzipien des EUV zwar nicht ausgehebelt, aber doch relativiert.

4. Grenzen des Auftrags, Abs. 3

Gemäß Art. 19 Abs. 3 EUV entscheidet der Gerichtshof nach Maßgabe der Verträge und in den in den Verträgen vorgesehen Verfahren. Exemplarisch nennt Art. 19 Abs. 3 EUV die in der Praxis bedeutendsten Verfahren, nämlich die Nichtigkeitsklage und das Vorabentscheidungsverfahren. Art. 19 Abs. 3 EUV gibt somit einen Überblick über die wichtigsten Verfahrensarten. Gleichzeitig unterstreicht er die Grenzen des Auftrags des Gerichtshofs: Der Gerichtshof wird nur im Rahmen der Verbandskompetenzen der EU und seiner Organkompetenzen tätig (vgl. auch Art. 13 Abs. 2 EUV).

Art. 19 Abs. 3 EUV betont die Antragsabhängigkeit richterlicher Tätigkeit. Der Gerichtshof wird tätig, wenn er angerufen wird, insbesondere durch Mitgliedstaaten, Unionsorgane oder natürliche und juristische Personen (Art. 263 AEUV), auf Initiative oder nach Einschaltung der Kommission (Art. 258 und 259 AEUV), oder durch ein mitgliedstaatliches Gericht (Art. 267 AEUV).

Die Antragsabhängigkeit unterstreicht die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs. Die inhaltliche Ausgestaltung der Ziele und Kompetenzzuweisungen der Union liegt bei Parlament und Rat, sie formulieren das „Recht“ im Sinne des Art. 19 EUV. Dem Gerichtshof obliegt die nachträgliche Kontrolle. Das „Recht“ im Sinne des Art. 19 Abs. 1 EUV ist zudem keine vorgegebene Größe, die der Gerichtshof „erkennt“. Die Bedeutung

des Unionsverfassungsrechts und des Sekundärrechts wird durch eine Vielzahl von Institutionen in den durch die Verträge vorgesehenen Verfahren erarbeitet.⁷⁷ Die besondere Rolle des Gerichtshofs im Kreis der Interpretinnen und Interpreten liegt darin, dass er das letzte Wort bei Fragen der Auslegung und Gültigkeit des Unionsrechts hat.

Eine weitere Grenze des Auftrags lässt sich aus der Formulierung des Art. 19 Abs. 1 EUV („bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“) entnehmen. Der Gerichtshof entscheidet über die Auslegung und Gültigkeit des Unionsrechts und nicht über die Auslegung und Gültigkeit mitgliedstaatlichen Rechts.⁷⁸ Er steht im Gerichtssystem der Union damit nicht als Obergericht über den mitgliedstaatlichen Gerichten.

III. Verfassungstheorie: Zwei Funktionen der pluralen Struktur des Gerichtssystems

Anhand von Art. 19 EUV haben wir ein Bild des Auftrags und der pluralen Struktur des Gerichtssystems der Union gewonnen: Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV bezieht die mitgliedstaatlichen Gerichte in das unionale Gerichtssystem ein. Art. 19 Abs. 2 und 3 EUV betonen die Bedeutung der gesellschaftlichen Einbettung des Gerichtshofs. Der folgende Abschnitt vertieft die zentrale These dieses Beitrags verfassungstheoretisch und verankert sie primärrechtlich. Sowohl die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs (1.) als auch die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte (2.) soll zwei Funktionen dienen. Zum einen unterstützt sie die Wirksamkeit des Unionsrechts und damit die Verwirklichung des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV. Zum anderen dient sie der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs, indem sie die Ansichten und Interessen der von seinen Entscheidungen Betroffenen in die Entscheidungsfindung des Gerichtshofs einspeist.

77 Franz C. Mayer, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 19 EUV, Rn. 25.

78 EuGH, Urteil v. 7.11.1991, Rs. C-313/89, ECLI:EU:C:1991:415, Rn. 10 – *Kommission/Spanien*; zu den jüngsten Entwicklungen Michael Dougan, The Primacy of Union Law Over Incompatible National Measures, CML Rev. 59 (2022), 1301–1332.

1. Die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs

Die gesellschaftliche Einbettung von Gerichten kann aus den Perspektiven der Wirksamkeit des Rechts oder der demokratischen Legitimation betrachtet werden. Die zwei Perspektiven bedingen unterschiedliche Verständnisse, mit wem und wie Gerichte mit ihrer Umwelt interagieren. Das soll zunächst anhand der widerstreitenden Entwürfe zweier zentraler Theorien der deutschsprachigen politischen Theorie und Rechtstheorie näher erläutert werden: der Systemtheorie *Niklas Luhmanns* und der Diskurstheorie *Jürgen Habermas*'.

Diese beiden Theorien weisen Gerichten unterschiedliche Funktionen zu. In einem systemtheoretischen Verständnis haben Gerichte die Aufgabe, durch ihre Rechtsauslegung Orientierung und Rechtssicherheit jenseits des Einzelfalls zu garantieren.⁷⁹ *Luhmann* würde vom Gerichtshof verlangen, dass er den Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ in Art. 19 Abs. 1 EUV bestmöglich umsetzt. Ihm geht es primär darum, dass Gerichtsentscheidungen befolgt und angewandt werden. Ob sie gerecht sind, steht nicht im Mittelpunkt.⁸⁰ Auch für *Jürgen Habermas* ist die rechtsstaatliche, Rechtssicherheit generierende Rolle wichtig. Gerichte, insbesondere Höchstgerichte, müssen jedoch das Recht auch so auslegen, dass es den Interessen und Überzeugungen der Rechtsunterworfenen entspricht.⁸¹ Für *Habermas* haben Gerichte auch eine genuin demokratische Funktion.⁸² Entsprechend verschieden ist der Blick der beiden Theorien auf die gesellschaftliche Einbettung von Gerichten.

Für *Luhmann* geht es um zweierlei. Erstens gilt es, jene Akteure in die Organisation eines Gerichts und seine Verfahren einzubinden, die für die Akzeptanz und Durchsetzung von Gerichtsentscheidungen besonders relevant sind. Die aktive Mitwirkung am Verfahren erhöht die Wahrscheinlichkeit der Befolgung und erschwert es, ein Urteil als falsch darzustellen.⁸³ Das ist eine zentrale Erkenntnis *Luhmanns*, die auch durch jüngere sozialwis-

79 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 145.

80 *Ders.*, Legitimation durch Verfahren, 10. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2017 [1969], 123.

81 *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1998, 263 f.

82 Ausführlich *Christopher Zurn*, Discourse Theory of Law, in: Barbara Fultner (Hrsg.), Discourse Theory of Law: Key Concepts, London: Routledge 2011, 156–173 (166–171).

83 *Luhmann* (Fn. 80), 115.

senschaftliche Forschung belegt wird.⁸⁴ Wendet man diesen Gedanken auf den Gerichtshof an, so zeigt sich, dass er seine „*compliance partner*“⁸⁵ gut wählt. Die mitgliedstaatlichen Regierungen und die nationalen Gerichte sorgen für die Umsetzung der Entscheidungen bzw. können diese unterlaufen. Zweitens ist nach *Luhmann* die Politisierung eines Gerichts zu vermeiden, es hat schnell und konsistent zu entscheiden. Auch wenn umstrittene Entscheidungen getroffen werden, gilt es, die Kontingenz richterlichen Entscheidens möglichst wenig sichtbar zu machen.⁸⁶

Für *Jürgen Habermas* hat die gesellschaftliche Einbettung eines Gerichts auch eine demokratische Funktion.⁸⁷ Die Bindung an das Recht vermittelt nur eine begrenzte demokratische Legitimation. Zu vage und offen sind oft rechtliche Normen, als dass sie die richterliche Arbeit determinieren können. Mit der Erkenntnis der begrenzten Steuerungswirkung des Rechts treten andere, unmittelbarere Formen demokratischer Einwirkung in den Vordergrund. In einer demokratischen Gesellschaft, so *Habermas*, sollen Gerichte das Recht so auslegen, dass es den Überzeugungen der Rechtsunterworfenen entspricht. Dazu beraten Richterinnen und Richter Parteivorbringen in einer Weise, die nach einer Auslegung des Rechts strebt, welche die Prinzipien der Rechtsordnung am besten zur Geltung bringt. In *Habermas* Diskurstheorie ist das Ringen um das beste Argument in einer heterogenen Gruppe von Richterinnen und Richtern, die mit viel Zeit und in einem hierarchiefreien Raum diskutieren, das Ideal.⁸⁸ Dazu müssen Gerichte angebunden an eine kritische Rechtsöffentlichkeit entscheiden, die problematische Grundsatzentscheidungen thematisiert.⁸⁹ Es geht um die offene Darstellung von Auslegungsmöglichkeiten und einen breiten Diskurs um die beste Auslegung des Rechts.

In den Verträgen lassen sich sowohl *Luhmanns* als auch *Habermas'* Konzeption an einer Reihe von Bestimmungen festmachen. Das spricht dafür,

84 Einen Überblick zu dieser Forschung bei *Stefan Machura*, Legitimation durch Verfahren – was bleibt?, *Soziale Systeme* 22 (2017), 331–354. Sozialisierungseffekte werden nicht nur für Privatpersonen, sondern auch für Staatenvertreterinnen und -vertreter im Kontakt mit internationalen Institutionen beobachtet, vgl. *Ryan Goodman/Derek Jinks*, How to Influence States, *Duke L. J.* 54 (2004), 621–704 (655 f.).

85 Vgl. oben (Fn. 12).

86 *Luhmann* (Fn. 80), 36.

87 In der anglo-amerikanischen Theorielandschaft werden ähnliche Ansätze unter dem Stichwort *public law models of litigation* diskutiert, vgl. z.B. *Abram Chayes*, The Role of the Judge in Public Law Litigation, *Harv. L. Rev.* 89 (1975), 1281–1316.

88 *Habermas* (Fn. 81), 283.

89 Ebd., 530.

dass beide zur Geltung zu bringen sind. Die rechtsstaatliche Konzeption wird vor allem von Art. 19 Abs. 1 EUV und dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV gestützt. Sie sind so zentral für die Genese und Struktur des Unionsverfassungsrechts, dass sie *Luhmanns* Konzeption besonders unterstreichen.⁹⁰

Die demokratischen Prinzipien des EUV wiederum tragen die Öffnung des Gerichtshofs, wie sie *Habermas* fordert. Sie sind Teil einer jüngeren Schicht des Primärrechts. Art. 10 Abs. 1 EUV gründet die Arbeitsweise der Union auf der repräsentativen Demokratie. Trotz Art. 19 Abs. 2 EUV⁹¹ gilt es daher, bei Regelungen, die die Mitwirkung anderer Institutionen an der Organisation und den Verfahren des Gerichtshofs betreffen (etwa Richterauswahl, Beteiligungs- und Interventionsrechte), die duale Legitimationsstruktur zu beachten. Sowohl das Europäische Parlament als Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 EUV) als auch der Rat bzw. die Regierungen der Mitgliedstaaten als Vertreterinnen der europäischen Völker (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV) sind grundsätzlich einzubinden. Zweitens verlangen Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 EUV, die alle Organe und damit auch den Gerichtshof binden, Bürgernähe, Offenheit und den Dialog mit der Zivilgesellschaft. Und drittens gilt es in der Entscheidungsfindung des Gerichtshofs auf eine diskursive Auseinandersetzung, auf eine Suche nach der besten Auslegung des Unionsrechts zu achten.⁹²

2. Der Gerichtsverbund

Wie die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs, so erfüllt auch die Integration der mitgliedstaatlichen Gerichte in das Gerichtssystem der Union eine doppelte Funktion. In erster Linie soll sie dazu beitragen, den rechtsstaatlichen Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV zu erfüllen. Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV streitet für die volle Anwendung des Unionsrechts und mithin für eine Einbindung und Indienstnahme der mitgliedstaatlichen Gerichte, die diesem Ziel förderlich ist. Frühe Schlüsseltexte zum Unionsrecht, gerade aus der *Pescatore*-Schule, haben dieses Ziel vor

⁹⁰ Vgl. oben, II.2.

⁹¹ Vgl. oben, II.3.

⁹² Ausführlich *Armin von Bogdandy/Christoph Krenn*, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 69 (2014), 529–537 (530–532).

Augen. Sie lesen z.B. das Prinzip der nationalen Verfahrensautonomie eng⁹³ oder setzen auf eine möglichst effektive Durchsetzung der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte.⁹⁴

Es gibt jedoch auch eine andere Sichtweise. Sie betont die demokratische Rolle nationaler Gerichte. Autorinnen und Autoren, die verfassungspluralistisch argumentieren, unterstreichen die eigenständige legitimatorische Bedeutung der mitgliedstaatlichen Gerichte. Sie verstehen etwa die Verfahrensautonomie als Ausdruck des Subsidiaritätsgrundsatzes⁹⁵ und verweisen auf die eigenständige Rolle mitgliedstaatlicher Gerichte bei der Auslegung des Unionsrechts.⁹⁶ Sie können sich auf primärrechtliche Bestimmungen stützen, die für eine eigenständige Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte sprechen. Art. 291 Abs.1 AEUV etwa enthält den Grundsatz der eigenständigen Durchführung des Unionsrechts. Art. 4 Abs.2 EUV betont den Schutz der nationalen Identität, deren Artikulation gerade die Höchst- und Verfassungsgerichte leisten können.⁹⁷

Der Begriff „Gerichtsverbund“ hat sich in der deutschsprachigen Debatte etabliert, um rechtsstaatliche und verfassungspluralistische Perspektiven auf einen Begriff zu bringen.⁹⁸ Im Verbundgedanken, so *Andreas Voßkuhle*, „sind Eigenständigkeit, Rücksichtnahme und Fähigkeit zu gemeinsamem Handeln gleichermaßen angelegt.“⁹⁹ Der Verbundbegriff bringt zum Ausdruck, dass der Gerichtshof und die mitgliedstaatlichen Gerichte gemeinsam zur Erfüllung des Auftrags des Art.19 Abs.1 EUV beitragen. Dazu

93 Mit einem kelsenianischen Zugang zur Unionsrechtsordnung *Constantinos Kakouris*, Do the Member States Possess Procedural „Autonomy“?, CML Rev. 34 (1997), 1389–1412.

94 *Julio Baquero Cruz*, The Preliminary Ruling Procedure: Cornerstone or Broken Atlas?, in: ders., What's Left of the Law of Integration?, Oxford: Oxford University Press 2018, 53–85 (84).

95 *Daniel Halberstam*, Understanding National Remedies and the Principle of National Procedural Autonomy: A Constitutional Approach, CYELS 23 (2021), 128–158.

96 *Jan Komárek*, Federal Elements in the Community Judicial System, CML Rev. 42 (2005), 9–34.

97 Dazu *Armin von Bogdandy/Stephan Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, ZaöRV 70 (2010), 701–734 (728–733).

98 Begriffsprägend *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010), 1–8; mit dem verwandten Begriff des Netzwerks *Koen Lenaerts*, The Court of Justice of the European Union as the Guardian of the Authority of EU Law: A Networking Exercise, in: Wolfgang Heusel/Jean-Philippe Rageade (Hrsg.), The Authority of EU Law, Berlin: Springer 2019, 21–32.

99 *Voßkuhle* (Fn. 98), 3.

wirken sie „arbeitsteilig“¹⁰⁰ zusammen. Der Gerichtshof hat das letzte Wort bei der Prüfung der Gültigkeit und der Auslegung des Unionsrechts.¹⁰¹ Die nationalen Gerichte wiederum wenden unmittelbar anwendbares Unionsrecht an und lassen entgegenstehendes nationales Recht unangewendet.¹⁰²

Zugleich werden die jeweiligen Aufgaben im Verbund und nicht isoliert wahrgenommen. Zwar gilt nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie, dass es, wenn keine harmonisierten Verfahrensregeln vorliegen, Sache des innerstaatlichen Rechts ist, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und Rechtsbehelfe und Verfahrensmodalitäten festzulegen.¹⁰³ Die mitgliedstaatlichen Gerichte tragen so mit ihrem Prozessrecht zu einem vielfältigen europäischen Rechtsschutzsystem bei.¹⁰⁴ Das mitgliedstaatliche Prozessrecht muss jedoch dem europäischen Rechtsschutzauftrag genügen.¹⁰⁵ Den Rahmen bildet in erster Linie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 GRC. Wie dieser Rahmen zu ziehen ist und was er umfasst, sind dogmatische Kernfragen des Gerichtsverbunds, die gerade vor dem Hintergrund problematischer Eingriffe in die Unabhängigkeit der Gerichte in einigen Mitgliedstaaten zuletzt umstritten waren.¹⁰⁶

Auch der Gerichtshof agiert nicht als Solitär, sondern ist bei der Prüfung der Gültigkeit und der Auslegung des Unionsrechts auf die mitgliedstaatlichen Gerichte angewiesen. Um seine Funktion als Hüter europäischer Rechtseinheit wahrnehmen zu können, ist der ständige Austausch mit den mitgliedstaatlichen Gerichten essentiell. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Abgabe von Letztentscheidungsbefugnissen durch die nationale Ebene geht.¹⁰⁷ Dabei ist das Vorabentscheidungsverfahren das Schlüsselverfahren. Es verkoppelt die jeweiligen Ebenen und wird vom Prinzip der

100 *Martin Nettesheim*, Effektive Rechtsschutzgewährleistung im arbeitsteiligen System europäischen Rechtsschutzes, JZ 57 (2002), 928–934.

101 EuGH, *Foto-Frost* (Fn. 22), Rn. 15.

102 EuGH, Urteil v. 9.3.1978, Rs. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 21–23 – *Simmmenthal*.

103 EuGH, Urteil v. 16.12.1976, Rs. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5 – *Rewe*.

104 Dazu *Sacha Prechal*, Community Law in National Courts, CML Rev. 35 (1998), 681–706.

105 *Thomas von Danwitz*, § 19 Rechtsschutz in der Europäischen Union, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, 1061–1110 (1094–1104).

106 Dazu unten, IV.3.

107 *Andreas Voßkuhle/Jakob Schemmel*, § 6 Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: *Leible/Terhechte* (Fn. 58), 161–181 (165).

loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) strukturiert.¹⁰⁸ Es gibt den mitgliedstaatlichen Gerichte Gelegenheit, ihre jeweilige Rechtsansicht und die spezifischen Prägungen und Verständnisse ihrer jeweiligen Rechtsordnung in die Auslegung und Gültigkeitsprüfung des Unionsrechts einzubringen.¹⁰⁹

IV. Dogmatische Strukturen

Der vorhergehende Abschnitt hat einen Rahmen entworfen, um die plurale Struktur bei der Organisation des Gerichtshofs und dem Rechtsschutz durch das Gerichtssystem der Union zu bewerten. Sowohl die gesellschaftliche Einbettung als auch die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte in das Gerichtssystem der Union sind so zu konzipieren, dass sie der Erfüllung des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV dienen und zugleich zur demokratischen Legitimation des Gerichtshofs beitragen. Der folgende Abschnitt stellt die zentralen dogmatische Strukturen vor diesem Hintergrund dar. Zunächst organisationsrechtliche Fragen (1.), dann die Rechtskontrolle gegenüber der Union (2.) und den Mitgliedstaaten (3.).

1. Der Gerichtshof in der europäischen Gesellschaft

a) Eine(r) von uns: Die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs

Der EuGH besteht aus einem Richter bzw. einer Richterin aus jedem Mitgliedstaat und elf Generalanwältinnen und Generalanwälten. Deutschland, Frankreich, Italien, Polen und Spanien entsenden einen Generalanwalt bzw. eine Generalanwältin. Die verbleibenden sechs Stellen werden abwechselnd von den anderen 22 Mitgliedstaaten besetzt.¹¹⁰ Das EuG besteht aus 54 Richterinnen und Richtern, zwei pro Mitgliedstaat. Die Mitglieder des Gerichtshofs werden von den Regierungen der Mitgliedstaaten „im gegensei-

108 Eindringlich GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 14.1.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:7, Rn. 64 ff. – *Gauweiler*.

109 Gareth Davies, Interpretative Pluralism as a Solution to Over-Constitutionalisation, *ELJ* 24 (2018), 258–375.

110 Grundlage dafür ist Erklärung Nr. 38 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat.

tigen Einvernehmen“¹¹¹ ernannt. Tatsächlich ist es dem jeweiligen Mitgliedstaat überlassen, geeignete Personen auszuwählen.¹¹² Alle Mitgliedstaaten sind am Gerichtshof somit durch aus ihrer Sicht vertrauensvolle und kompetente Personen vertreten.

Diese Regelung überzeugt aus der Perspektive der Wirksamkeit des Unionsrechts. Sie hilft dem Gerichtshof einzuschätzen, wie Urteile in den Mitgliedstaaten aufgenommen werden. Aus Sicht der Mitgliedstaaten, aber auch der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, stiftet es Vertrauen, wenn klar ist, dass zumindest eine Person an EuGH und EuG die mitgliedstaatliche Position nachvollziehen kann.¹¹³

Der Vertrag von Lissabon hat dem Bestellverfahren ein neues Element hinzugefügt. Seit 2010 ist ein siebenköpfiger Expertenausschuss, der sogenannte Artikel-255-Ausschuss, in die Auswahl eingebunden. Die Aufgabe dieses Ausschusses ist auf den ersten Blick bescheiden. Nach Art. 255 Abs. 1 AEUV gibt er vor einer Ernennung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerberinnen und Bewerber ab.

Obwohl diese Stellungnahmen unverbindlich sind, hat der Ausschuss rasch eine eigenständige und bedeutende Rolle im Auswahlverfahren eingenommen. Zwischen 2010 und 2022 hat er die Nominierungen von 243 Kandidatinnen und Kandidaten geprüft. Davon wurden 28 als ungeeignet befunden. Die meisten negativen Stellungnahmen betrafen Kandidatinnen und Kandidaten für das Gericht, insgesamt bestanden jedoch auch sechs für den Gerichtshof vorgesehene Personen nicht die Prüfung des Ausschusses.¹¹⁴ In allen Fällen, in denen der Ausschuss eine negative Stellungnahme abgegeben hat, wurde die Kandidatur zurückgezogen und eine neue Person vorgeschlagen.¹¹⁵ Der Einfluss des Ausschusses liegt in der Struktur des Bestellverfahrens. Da die Mitgliedstaaten die Mitglieder des Gerichtshofs einstimmig ernennen und die Stellungnahmen des Ausschusses allen Mit-

111 Art. 253 Abs. 1 und Art. 254 Abs. 1 AEUV.

112 *Henri de Waele*, Not Quite the Bed that Procrustes Built, in: Michal Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe's Judges*, Oxford: Oxford University Press 2015, 24–50 (49).

113 *Takis Tridimas*, The Court of Justice of the European Union, in: Robert Schütze/Takis Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of European Union Law*, Bd. 1, Oxford: Oxford University Press 2018, 581–609 (585).

114 Seventh Activity Report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union (25. Februar 2022), 7–10.

115 Ebd., 9.

gliedstaaten zugestellt werden, müssten alle bereit sein, die Bewertung des Ausschusses zu ignorieren – ein unwahrscheinliches Szenario.¹¹⁶

Die Einführung des Artikel-255-Ausschusses ist als Reaktion auf Herausforderungen zu sehen, die im Zuge der Erweiterung der Union um 13 neue Mitgliedstaaten zwischen 2004 und 2013 sichtbarer und drängender wurden. Der Ausschuss hat eine klar rechtsstaatliche Zielsetzung. Vor diesen Erweiterungswellen wurde die Befürchtung geäußert, dass die neuen Mitgliedstaaten Kandidatinnen und Kandidaten auswählen könnten, die weder geeignet noch unabhängig genug wären, um ein europäisches Richteramt zu bekleiden. Das wäre ein Problem für die Arbeitsweise und das Vertrauen mitgliedstaatlicher Gerichte in den Gerichtshof. *Mitchel Lasser* beschreibt die Einrichtung des Ausschusses als bewusste Entscheidung der damaligen EU-15, ihre Gestaltungsfreiheit bei der Auswahl der EuGH-Mitglieder einzuschränken, um eine verstärkte Kontrolle der Auswahlprozesse zu erreichen.¹¹⁷ Auch wenn nicht alle einverstanden waren, Deutschland etwa stand dem Ausschuss ablehnend gegenüber,¹¹⁸ setzte sich die Idee schließlich durch.

Die Einrichtung des Ausschusses hat ein Gegengewicht zu den mitgliedstaatlichen Regierungen aufgebaut. Zugleich hat er die mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit stärker in die Auswahl der EuGH-Mitglieder eingebunden. Empirische Studien zeigen, dass dies das Vertrauen der mitgliedstaatlichen Gerichte in den Gerichtshof und ihre Bereitschaft zur Kooperation stärken.¹¹⁹

Die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit in die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs zeigt sich zunächst an der Zusammensetzung des Ausschusses. Die Ausschussmitglieder, die auf Vorschlag des EuGH-Präsidenten vom Rat ernannt werden, sollen gemäß Art. 255 Abs. 2 AEUV aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, der Mitglieder der höchsten einzelstaatlichen Gerichte und der Juris-

116 *Michal Bobek*, Epilogue, in: ders. (Fn. 112), 279–309 (282).

117 *Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser*, *Judicial Dis-Appointments*, Oxford: Oxford University Press 2020, 44–56.

118 So sprach sich Joschka Fischer als Vertreter der deutschen Regierung im Verfassungskonvent gegen den Artikel-255-Ausschuss aus. Der Ausschuss führe nicht zu einem transparenteren Verfahren, zudem gebe es „auf Grundlage der bisherigen Erfahrungen“ kein Bedürfnis für einen Ausschuss und sein Mandat, ein umfangreiches Gutachten über die Eignung der Kandidatinnen und Kandidaten anzufertigen, greife zudem zu stark in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Eignungsprüfung ein; vgl. *Suggestion for Amendment of Article 224a* by Mr Joschka Fischer.

119 *Juan Mayoral*, In the CJEU Judges Trust, *JCMS* 55 (2017), 551–568.

tinnen und Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung ausgewählt werden, von denen einer vom Europäischen Parlament vorgeschlagen wird. Die sieben Mitglieder des für die Jahre 2022 bis 2026 ernannten Ausschusses sind allesamt erfahrene Richterpersönlichkeiten. Den Vorsitz hat *Allan Rosas*, ehemaliger Richter am EuGH. Hinzukommen *Vassilios Skouris* (ehemals Präsident des EuGH) und *Maria Eugénia Martins de Nazaré Ribeiro* (ehemals Richterin am EuG). Vier der sieben Mitglieder kommen aus der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit: *Frank Clarke* (ehemals Präsident am irischen Supreme Court), *Julia Laffranque* (ehemals Richterin am estnischen Höchstgericht und am EGMR), *Barbara Pořízková* (Vizepräsidentin des tschechischen Obersten Verwaltungsgerichts) und *Silvana Sciarra* (Richterin am italienischen Verfassungsgericht).

Der Ausschuss hat Kriterien entwickelt, die Kandidatinnen und Kandidaten zu erfüllen haben. Gerade aus der Perspektive der mitgliedstaatlichen Gerichte, die mit den Urteilen des Gerichtshofs arbeiten müssen, sind diese Kriterien sinnvoll. Sie setzen Qualitätsmaßstäbe, die in vielen mitgliedstaatlichen Höchstgerichten gelten und damit eine Zusammenarbeit auf Augenhöhe ermöglichen.¹²⁰ Die Kriterien geben Raum für unterschiedliche Profile und Karrierewege. Zugleich entwirft der Ausschuss durch das Abwägen der Kriterien und die Struktur des Auswahlverfahrens das Profil eines Mitglieds des Gerichtshofs, das besonders stark juristische Eignung und Unabhängigkeit betont. Das ideale Mitglied kommt aus der Richterschaft, ist mindestens fünfzig Jahre alt und spricht mehrere Sprachen.¹²¹ In seinen öffentlich einsehbaren Berichten erklärt der Ausschuss nicht, woran einzelne Bewerbungen gescheitert sind. Er hat jedoch erklärt, dass er negative Stellungnahmen insbesondere in Fällen abgegeben hat, in denen es an Berufserfahrung mangelte, die juristischen Fähigkeiten nicht ausreichend schienen oder es Schwächen in der Beherrschung des Unionsrechts gab.¹²²

Der Ausschuss ist jedoch nicht nur eine rechtsstaatliche Errungenschaft. Auch aus der Perspektive der demokratischen Prinzipien des EUV ist die Einführung des Artikel-255-Ausschusses positiv zu sehen. Er stärkt die Verbundstruktur des Gerichtssystems der Union und forciert Kriterien wie Unabhängigkeit und juristische Eignung, die grundlegend sind, um in Urteilsberatungen um die überzeugendste Auslegung des Unionsrechts zu ringen.

120 Zu den Kriterien *Seventh Activity Report* (Fn. 114), 17–20.

121 Näher *Krenn* (Fn. 6), 51–53.

122 *Seventh Activity Report* (Fn. 114), 19 f.

Gleichwohl kann die derzeitige Ausgestaltung der Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs aus demokratischer Perspektive nur bedingt überzeugen. Besonders auffällig ist, dass das Europäische Parlament nur beschränkt in die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs eingebunden ist. Die duale Legitimationsstruktur des Art. 10 EUV ist im Auswahlverfahren kaum abgebildet.¹²³ Das Parlament nominiert lediglich ein Mitglied des Artikel-255-Ausschusses. Schon kleine Schritte, wie ein ständiger institutioneller Austausch des Artikel-255-Ausschusses mit wichtigen Parlamentsausschüssen, etwa dem Rechtsausschuss oder dem Ausschuss für konstitutionelle Fragen, könnten die Einbindung des Parlaments verbessern. Das Parlament könnte insbesondere wertvolle Unterstützung und parlamentarischen Input bei der Fortentwicklung der Kriterien des Ausschusses liefern.¹²⁴

Ein weiterer wichtiger Punkt bei der demokratischen Bewertung der Richterauswahl ist die Transparenz des Verfahrens. Die Vorauswahl in den Mitgliedstaaten folgt jeweils ihrer eigenen, dem jeweiligen Mitgliedstaat entsprechenden Logik. In der Regel ist sie wenig transparent.¹²⁵ Aber auch über die Arbeit des Ausschusses dringt wenig an die Öffentlichkeit. Einen Überblick über seine Tätigkeit erlangt man zwar durch seine regelmäßigen Berichte, die auf der Webseite des Gerichtshofs veröffentlicht werden. Wenn es um konkrete Entscheidungen und Bewertungen von Personen geht, beschränkt sich die öffentlich zugängliche Information jedoch auf die Bekanntgabe des Namens eines neuen Mitglieds des Gerichtshofs im EU-Amtsblatt. Das schriftliche und mündliche Verfahren vor dem Ausschuss verläuft im Geheimen.¹²⁶

Aus Sicht des Prinzips der Offenheit in Art. 1 Abs. 2 EUV ist das wenig überzeugend. Zwar hat eine Prüfung der Ombudsperson der EU, *Emily O'Reilly*, ergeben, dass die Stellungnahmen des Ausschusses besonders sorgfältig und offen die Stärken und Schwächen der Kandidatinnen und Kandidaten darlegen und dass dies durch eine Veröffentlichung der Stel-

123 Vgl. oben, II.3.

124 Zu diesem und anderen Vorschlägen Krenn (Fn. 6), 107–111.

125 Ein Überblick in *Tomas Dumbrovský/Bilyana Petkova/Marijn Van der Sluis*, Judicial Appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States, CML Rev. 51 (2014), 455–482.

126 Art. 5 und 7 Beschluss des Rates v. 25.2.2010 über die Arbeitsweise des in Artikel 255 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vorgesehenen Ausschusses, ABl. 2010 L 50/18.

lungnahmen beeinträchtigt würde.¹²⁷ Um das Verständnis für den Prozess und das Wissen über Mitglieder des Gerichtshofs zu verbessern, müssen jedoch nicht alle Teile des Ausschussverfahrens öffentlich sein. Im Europarat beispielsweise werden bei der Auswahl der Richterinnen und Richter des EGMR die Bewerbungsunterlagen veröffentlicht. Ein ähnliches Vorgehen in der EU wäre zumindest ein kleiner Schritt, um der Vorgabe des Art. 1 Abs. 2 EUV besser zu genügen.

b) Ein kleiner Kreis und seine Öffnung: Beteiligungs- und Interventionsrechte

Ein herausstechendes Merkmal des unionalen Verfahrensrechts besteht in den umfassenden Beteiligungsrechten, die es einer Reihe von Institutionen und Personen ermöglichen, an Verfahren vor dem Gerichtshof teilzunehmen, auch wenn sie selbst nicht unmittelbar Verfahrenspartei sind. Art. 23 und 40 der EuGH-Satzung legen die Beteiligungsstruktur der Verfahren fest. In Klageverfahren können alle Mitgliedstaaten und die Unionsorgane jedem Streit beitreten. In Vorabentscheidungsverfahren können die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Mitgliedstaaten und die Kommission Schriftsätze einreichen. Nach der jüngsten Reform der Satzung können das Parlament, der Rat und die EZB teilnehmen, wenn sie „ein besonderes Interesse“ an den in einem Vorabentscheidungsverfahren aufgeworfenen Fragen haben.¹²⁸ Einrichtungen oder sonstige Stellen sind gegebenenfalls auch zur Teilnahme berechtigt, aber nur wenn die Gültigkeit oder Auslegung eines von ihnen erlassenen Rechtsakts in Frage steht.

Art. 23 und 40 der Satzung weisen den Mitgliedstaaten und der Kommission damit besonders weitreichende Beteiligungsrechte zu, die außer den entsprechenden Fristen an keine Bedingungen geknüpft sind. Die Kommission hat diese Rechte früh genutzt. Seit 1958 hat sie in jedem Vorabentscheidungsverfahren eine Stellungnahme abgegeben. Auch in Klageverfahren ist sie meistens vertreten. Ein eindruckliches Bild ergibt sich, wenn man die Beteiligung der Kommission in den wichtigsten Verfahren der letzten

127 European Ombudsman, Decision in Case 1955/2017/THH on the Council of the European Union's Refusal to Grant Public Access to Opinions Evaluating the Merits of Candidates for Appointment to the Court of Justice and the General Court of the European Union v. 23.5.2019, Rn. 23.

128 Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung n.F.

zwanzig Jahre betrachtet. In den 789 Verfahren der Großen Kammer des EuGH zwischen 2004 und 2020 war die Kommission lediglich in 21 Fällen *nicht* vertreten. In diesen Ausnahmefällen war zumeist das institutionelle Recht eines anderen EU-Organs Streitgegenstand.¹²⁹

Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit der Teilnahme später für sich entdeckt. Zwischen 1962 und 1965 reichten nur ein Drittel der Mitgliedstaaten Schriftsätze in Vorabentscheidungsverfahren ein, wenn das Vorabentscheidungsersuchen von einem Gericht dieses Mitgliedstaats kam. Hatte ein Gericht aus einem anderen Mitgliedstaat ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet, wurde nur in sechs Prozent der Fälle eine Teilnahme beantragt.¹³⁰ Das ist heute anders. Wiederum lohnt sich der Blick auf die Verfahren der Großen Kammer. Zwischen 2004 und 2020 haben im Schnitt 3,8 Mitgliedstaaten an jedem dieser Verfahren teilgenommen. Dabei gibt es große Unterschiede. Deutschland hat in 37 Prozent dieser Fälle teilgenommen, Malta in weniger als ein Prozent. Das erklärt sich zum Teil aus der Einwohnerzahl und der Zahl der aus diesem Mitgliedstaat kommenden Vorabentscheidungsersuchen. Manche kleineren Staaten sind überdurchschnittlich aktiv. Griechenland hat in 18 Prozent der Verfahren vor der Großen Kammer zwischen 2004 und 2020 teilgenommen, Österreich in 17 Prozent.¹³¹

Wie außergewöhnlich diese rege Beteiligung ist, zeigt sich im Vergleich. Auch am EGMR besteht die Möglichkeit, dass Staaten, die nicht Beschwerdegegner sind, einem Verfahren beitreten. Das geschieht jedoch äußerst selten. Zwischen 1979 und 2016 nahm nur in 64 Beschwerdeverfahren ein Konventionsstaat an einem Verfahren teil, das nicht gegen ihn gerichtet war.¹³² Die Teilnahme vieler Mitgliedstaaten in einem Verfahren unterstützt den Gerichtshof dabei, sich einen Eindruck über akzeptable Entscheidungsoptionen zu verschaffen und Informationen über Hürden bei der Umsetzung seiner Urteile zu sammeln.¹³³ Die Kommission steuert wertvolles Wissen bei, insbesondere aus dem Gesetzgebungsprozess und Ver-

129 Im Detail zu diesen Ausnahmefällen Krenn (Fn. 6), 60–61.

130 Kamel J.M. Mortelmans, Observations in the Cases Governed by Article 177 of the EEC Treaty, CML Rev. 16 (1979), 557–590 (576 f.).

131 Näher Krenn (Fn. 6), 61–63.

132 Das ergibt sich aus der Datensammlung von Nicole Bürli, *Third-Party Interventions Before the European Court of Human Rights*, Cambridge: Intersentia 2017, xiii–xlvii.

133 Olof Larsson/Daniel Naurin, Judicial Independence and Political Uncertainty, IO 70 (2016), 377–408 (389).

tragsverletzungsverfahren.¹³⁴ Die mündliche Verhandlung ist so aufgebaut, dass der Gerichtshof in einen Austausch mit Mitgliedstaaten, Kommission und andere Beteiligten tritt und so ein Gespräch über die Weiterentwicklung des Unionsrechts mit den Akteuren führt, die für seine Anwendung und Umsetzung primär zuständig sind. Art. 61 und 62 der EuGH-Verfahrensordnung, relativ junge verfahrensrechtliche Bestimmungen, geben dem Gerichtshof die Möglichkeit, Verfahrensbeteiligte dazu anzuhalten, sich in ihren Schriftsätzen und Plädoyers auf spezifische Fragen zu konzentrieren und sich untereinander abzustimmen.¹³⁵

Beteiligung versorgt ein Gericht mit wertvollen Informationen, sie trägt aber auch dazu bei, dass Verfahrensbeteiligte durch ihre aktive Mitwirkung das Ergebnis am Ende eher mittragen.¹³⁶ Das Verfahren vor dem Gerichtshof ist so gestaltet, dass den Mitgliedstaaten eine aktive Teilnahme möglichst einfach gemacht wird. Schriftsätze und Plädoyers werden in der jeweiligen Amtssprache eines Mitgliedstaats verfasst bzw. gehalten, Mitgliedstaaten können das schriftliche Verfahren auslassen und nur an der mündlichen Verhandlung teilnehmen,¹³⁷ und jeder Mitgliedstaat, der an einem Verfahren teilnimmt, kann beantragen, dass ein Fall vor der Großen Kammer verhandelt wird.¹³⁸ Die Vertreterinnen und Vertreter der Mitgliedstaaten tragen ihre Erfahrungen am Gerichtshof in die mitgliedstaatlichen Verwaltungen. Dort wurden elaborierte Mechanismen entwickelt, um zu entscheiden, wann ein Mitgliedstaat einem Verfahren beitrifft und welche Konsequenzen aus Urteilen des Gerichtshofs zu ziehen sind.¹³⁹

Die dargestellte Beteiligungsstruktur ist ein wesentlicher Mechanismus zur Erfüllung des Auftrags aus Art. 19 Abs. 1 EUV. Aus Sicht der demokratischen Prinzipien des EUV zeigen sich jedoch zugleich Schwächen. Art. 23 und 40 der Satzung öffnen die Tore des Gerichtshofs für Mitgliedstaaten und Kommission, verschließen sie jedoch für andere.

134 Vgl. *Pierre Pescatore*, Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, RIDC 32 (1980), 337–359 (348).

135 Dazu *Allan Rosas*, Oral Hearings Before the European Court of Justice, MJ 21 (2014), 596–610 (608).

136 Dazu oben, III.1.

137 Art. 76 Abs. 3 EuGH-VerfO.

138 Art. 16 Abs. 3 Satzung; Art. 60 Abs. 1 EuGH-VerfO.

139 Vergleichend *Marie-Pierre Granger*, Les stratégies contentieuses des États devant la Cour, in: Pascal Mbongo/Antoine Vauchez (Hrsg.), Dans la fabrique du droit européen, Brüssel: Bruylant 2009, 53–104.

Aus der Perspektive der dualen Legitimationsstruktur des Art. 10 EUV stach bis vor Kurzem die schwache Stellung des Europäischen Parlaments in Verfahren nach Art. 267 AEUV ins Auge. In Vorabentscheidungsverfahren war das Parlament nur dann zur Beteiligung berechtigt, wenn es um die Auslegung oder Gültigkeit eines von ihm (mit)erlassenen Rechtsakts ging.¹⁴⁰ Das führte dazu, dass es in Verfahren von grundlegender Bedeutung für die Union kein formales Beteiligungsrecht hatte. In der Rs. *Gauweiler* etwa, in der die Grundlagen der europäischen Wirtschafts- und Währungspolitik verhandelt wurden, vertrat Generalanwalt *Cruz Villalón* die Ansicht, dass der Gerichtshof die schriftliche und mündliche Stellungnahme des Parlaments nicht berücksichtigen dürfe. Die Gültigkeit einer Handlung der EZB stehe in Frage, nicht eine Handlung des Parlaments.¹⁴¹ Der Gerichtshof griff das Vorbringen des Generalanwalts nicht auf und ging über die Frage des Beteiligungsrechts des Parlaments hinweg. Im Urteil wird das Parlament als eine der Institutionen geführt, deren Erklärungen vom Gerichtshof berücksichtigt wurden.¹⁴² Die jüngste Reform der Satzung hat die Beteiligungsrechte des Parlaments ausgebaut.¹⁴³ Dieser Ausbau wurde ausdrücklich aus einer demokratischen Perspektive diskutiert.¹⁴⁴ Nun kann sich das Parlament auch dann an Vorabentscheidungsverfahren beteiligen, wenn es den in Frage stehenden Rechtsakt nicht erlassen hat. Voraussetzung ist nach Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung n.F., dass das Parlament „der Auffassung ist“, dass es ein „besonderes Interesse an den mit dem

140 Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung a.F.

141 GA *Cruz Villalón, Gauweiler* (Fn. 108), Rn. 28.

142 EuGH, Urteil v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – *Gauweiler*.

143 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 (Fn. 29).

144 Im Rechtsausschuss des Parlaments, aus dessen Reihen die Initiative zur Änderung stammt, wurde der Ausbau der Beteiligungsrechte des Parlaments mit seiner Repräsentationsfunktion gerechtfertigt: „Als das Organ, das gemäß [Art. 10 Abs. 2 EUV] die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar vertritt, sollte das Europäische Parlament in die Liste der Parteien aufgenommen werden, die gemäß Artikel 23 der Satzung in Vorabentscheidungsverfahren beim Gerichtshof Schriftsätze einreichen oder schriftliche Erklärungen abgeben können, unabhängig davon, ob ein von ihm erlassener Rechtsakt streitig ist.“; Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, Bericht über den Entwurf einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, 27.9.2023, A9-0278/2023, Präambel Nr. 14a. In der schlussendlich erlassenen Verordnung wird die Änderung als Festschreiben der Praxis des Gerichtshofs gerechtfertigt, vgl. Präambel Nr. 25 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 (Fn. 29).

Vorabentscheidungsersuchen aufgeworfenen Fragen“ hat. Dasselbe Recht wurde auch dem Rat und der EZB eingeräumt.¹⁴⁵

Weniger offen ist das Verfahrensrecht weiterhin für andere Akteure, insbesondere zivilgesellschaftliche Organisationen, die als Streithelferinnen dem Verfahren beitreten möchten. Den Trend zur verstärkten Einbindung solcher Akteure als sogenannte *Amici Curiae*, der in europäischen Höchst- und Verfassungsgerichten und dem EGMR zu beobachten ist,¹⁴⁶ vollzieht der EuGH bislang nicht nach. Das „berechtigte Interesse“ am Ausgang des Verfahrens, das gemäß Art. 40 Abs. 2 der Satzung für eine Beteiligung in Klageverfahren bestehen muss, wird als Interesse am Ausgang des Rechtsstreits und nicht an den zu klärenden Rechtsfragen verstanden.¹⁴⁷ Das schließt die Beteiligung von NGOs regelmäßig aus. In Vorabentscheidungsverfahren richten sich die Möglichkeiten zur Teilnahme nach den Regeln des nationalen Gerichts, welches das Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet hat. Streithelferinnen, die vom vorlegenden Gericht zugelassen wurden, dürfen auch am EuGH-Verfahren teilnehmen.¹⁴⁸ Sie werden im Urteilskopf als „Beteiligte“ geführt. Auf diesem Weg konnten eine Reihe von Organisationen, etwa der UNHCR,¹⁴⁹ Amnesty International¹⁵⁰ oder die Global Action in the Interest of Animals,¹⁵¹ an Verfahren teilnehmen. Das passiert jedoch selten. In lediglich 29 von 509 Urteilen der Großen Kammer in Vorabentscheidungsverfahren zwischen 2004 und 2020 war eine Organisation vertreten, die als *Amicus* gesellschaftliche Interessen vertrat, ohne unmittelbar vom Rechtsstreit betroffen zu sein. Das sind 5,7 Prozent dieser Verfahren. Zum Vergleich: Am EGMR haben in den 129

145 Zur EZB vgl. *Bast/Kaiser*, in diesem Band, IV.1.c.

146 Zur Entwicklung *Ulrich Kühne*, *Amicus Curiae*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015.

147 Vgl. etwa EuGH, Beschluss v. 22.10.2019, Rs. C-174/19 P, ECLI:EU:C:2019:1096, Rn. 6 – *Scandlines/Kommission*.

148 Das gilt nicht, wenn Streithelfer einem nationalen Verfahren nur deshalb beigetreten sind, um am Verfahren vor dem Gerichtshof mitwirken zu können und kein spezifisches Interesse am Ausgang des nationalen Verfahrens besteht; vgl. EuGH, Beschluss vom 16.12.2009, verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2009:789, Rn. 9 – *Association Premier League*.

149 Z.B. in EuGH, Urteil v. 20.1.2021, Rs. C-255/19, ECLI:EU:C:2021:36 – *O.A.*

150 Z.B. in EuGH, Urteil v. 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 – *N.S.*

151 Z.B. in EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031 – *Centraal Israëlitisch Consistorie*.

wichtigsten Verfahren zwischen 2002 und 2012 *Amici* in 29 Prozent der Fälle teilgenommen.¹⁵²

Viele NGOs, aber auch Vertreterinnen mitgliedstaatlicher Gerichte, haben diese Situation kritisiert.¹⁵³ Sie ist auch aus Sicht der demokratischen Prinzipien des EUV nicht zufriedenstellend und übersieht eine ausdrückliche primärrechtliche Pflicht: Nach Art. 11 Abs. 2 EUV sollen alle Unionsorgane, auch der EuGH, einen „offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog“ mit repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft pflegen.

Will man zivilgesellschaftlichen Organisationen die Beteiligung an Verfahren des Gerichtshofs erleichtern, ist es wichtig, die Herausforderungen einer solchen Öffnung nicht aus dem Blick zu verlieren. Die Erfahrungen des EGMR zeigen, dass nicht alle Eingaben auf verlässlichen Informationen und gesichertem Wissen beruhen.¹⁵⁴ Zudem kann es rasch zu einer Überlastung des Gerichtshofs kommen, wenn zu viele Eingaben eingereicht werden. Die Regeln des EGMR, der Anträge auf Teilnahme als *Amici Curiae* ohne Begründung ablehnen kann, Schriftsätze in der Regel auf zehn Seiten beschränkt und *Amici*, abgesehen von Ausnahmefällen, keine Mitwirkung in der mündlichen Verhandlung erlaubt, können als Vorbild dienen, um die Beteiligung der Zivilgesellschaft dem Kontext des Gerichtshofs anzupassen.¹⁵⁵

Die Beteiligung am Verfahren lebt nicht nur von Möglichkeiten zur Teilnahme. Der Gerichtshof hat seine Entscheidungen „so offen und bürgernah wie möglich“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) zu treffen. In jüngster Zeit wurden Schritte in diese Richtung unternommen. So überträgt der Gerichtshof seit Ende April 2022 mündliche Verhandlungen der Großen Kammer in einem Livestream. Seit 2020 veröffentlicht der Gerichtshof zudem rechtsvergleichende Gutachten seines wissenschaftlichen Dienstes, die in Verfahren angefordert wurden, auf seiner Webseite, auch wenn er nicht ersichtlich macht, welchem Verfahren ein Gutachten zuzuordnen ist.

Wenig Aussicht auf Erfolg hat hingegen ein Anliegen zur Stärkung der Offenheit des Verfahrens, das den Gerichtshof schon lange begleitet: Die Einführung abweichender Meinungen. Im Gegensatz zu vielen Verfas-

152 Heidi Nichols Haddad, *The Hidden Hands of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, 68.

153 Vgl. z.B. den Beitrag des Conseil des barreaux européens zum Verfassungskonvent: Interventions and Amicus Curiae Briefs in Proceedings Before the ECJ and the CJI (März 2003).

154 Bürli (Fn. 132), 81.

155 Einen Vorschlag habe ich an anderer Stelle ausgearbeitet: Krenn (Fn. 6), 121–129.

sungs- und Höchstgerichten in Europa und auch dem EGMR¹⁵⁶ ist die Veröffentlichung abweichender Meinungen am EuGH nicht zugelassen.

Die Vorzüge und Nachteile dieser Regelung wurden ausführlich diskutiert.¹⁵⁷ Abweichende Meinungen am Gerichtshof würden dazu beitragen, dass alternative Begründungen und Streitpunkte sichtbar würden. Das stärkt das öffentliche Interesse am Gerichtshof und an seinen Entscheidungen.¹⁵⁸ Zugleich besteht jedoch die Gefahr, dass abweichende Meinungen die Autorität der Urteile beeinträchtigen. Die empirische Evidenz dazu ist gemischt.¹⁵⁹ Viel würde wohl davon abhängen, wie abweichende Meinungen in der Praxis genützt würden. Eine vergleichende Studie des Europäischen Parlaments kam zum Ergebnis, dass die Vorteile überwiegen, wenn abweichende Meinungen nicht zu oft verfasst, vor der Veröffentlichung innerhalb eines Gerichts besprochen werden, und sich die abweichende Meinung respektvoll gegenüber der Mehrheitsmeinung verhält.¹⁶⁰

Wie man auch zu ihren Vor- und Nachteilen stehen mag, die Einführung abweichender Meinungen ist so lange ein Problem, als die Möglichkeit besteht, die Amtszeiten der Mitglieder des Gerichtshofs zu verlängern.¹⁶¹ Es besteht die Gefahr, dass Richterinnen und Richter, die eine Verlängerung ihres Mandats anstreben, sich genötigt fühlen, abweichende Meinungen zu verfassen. Am EGMR, wo abweichende Meinungen möglich sind, war dies ein Grund, die Amtszeiten der Richterinnen und Richter auf ein einmaliges neunjähriges Mandat zu beschränken.¹⁶² Daher liegt es nahe, über Alternativen nachzudenken, um am Gerichtshof ähnliche Effekte auf anderem Weg zu erreichen.

156 Übersicht bei *Katalin Kelemen*, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts*, London: Routledge 2018.

157 Eine gute Übersicht findet man in der Zusammenstellung der Forschungsabteilung des Europäischen Parlaments: *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States*, PE 462.470 (2012).

158 *Vlad Perju*, Reason and Authority in the European Court of Justice, *Va. J. Int'l L.* 49 (2009), 307–377 (341–344).

159 *Naurin und Stiansen* beobachten anhand des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs, dass abweichende Meinungen dazu genützt werden, die Verbindlichkeit eines Urteils im nationalen Umsetzungsprozess zu relativieren; *Daniel Naurin/Oyvind Stiansen*, *The Dilemma of Dissent*, *Comp. Polit. Stud.* 53 (2020), 959 (965 f.).

160 *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States* (Fn. 157), 39.

161 So auch *Takis Tridimas* (Fn. 113), 602.

162 *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States* (Fn. 157), 37.

Eine in dieser Hinsicht interessante Entwicklung ist die Veröffentlichung der Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten in Vorabentscheidungsverfahren, die durch die jüngste Reform der Satzung des Gerichtshofs eingeführt wurde.¹⁶³ Gerade in besonders brisanten Fällen hat eine solche Veröffentlichung das Potential, wie abweichende Meinungen zu wirken, alternative Interpretationsmöglichkeiten aufzuzeigen und die öffentliche Diskussion anzuregen. Man denke etwa an die umstrittene Stellungnahme der Kommission im Fall *Erzberger*, die als Angriff auf das deutsche System der Arbeitnehmermitbestimmung gedeutet wurde und über Umwege den Weg an die Öffentlichkeit fand.¹⁶⁴ Die Veröffentlichung erhöht auch die Verantwortlichkeit der beteiligten Institutionen.

Bislang bestand ein Zugang zu den Schriftsätzen nur über den aufwendigen Umweg eines Transparenzantrags an die Europäische Kommission, die als ständige Beteiligte an allen Vorabentscheidungsverfahren im Besitz der Stellungnahmen ist.¹⁶⁵ Nach Art. 23 Abs. 5 EuGH-Satzung n.F. werden eingereichte Schriftsätze oder schriftliche Erklärungen in Vorabentscheidungsverfahren nun innerhalb einer angemessenen Frist nach Abschluss des Verfahrens auf der Website des Gerichtshofs veröffentlicht. Dabei besteht die Möglichkeit einer Veröffentlichung ohne Angabe von Gründen zu widersprechen.¹⁶⁶ Ob diese Änderung tatsächlich zu mehr Transparenz, vielleicht sogar zu inhaltlichen Diskussionen führen wird, wird davon abhängen, wie häufig die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit Gebrauch machen, einer Veröffentlichung zu widersprechen.¹⁶⁷

163 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 (Fn. 29).

164 Vgl. *Martin Höpner*, Angriff auf die Mitbestimmung abgewehrt, *VerfBlog* (25.7.2017).

165 Näher *Krenn* (Fn. 6), 134.

166 Vgl. Art. 96 Abs. 3 EuGH-VerfO.

167 Dass ein Widerspruch ohne Angabe von Gründen möglich ist, war den Mitgliedstaaten bei der Reform der Satzung besonders wichtig. Das zeigt sich an der Zusicherung, die die Mitgliedstaaten vom Präsidenten des Gerichtshofs im Gesetzgebungsverfahren eingeholt haben, dass die Widerspruchsmöglichkeit in der VerfO, die der EuGH entwirft und die nur der Zustimmung des Rats bedarf, nicht aufgeweicht würde. Vgl. Rat der EU, Amendment to Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union – Letter from the President of the Court of Justice of the European Union, 12.1.2024, 5380/24.

c) Tempo und Deliberation: Die Entstehung der Urteile

Aus Sicht der Wirksamkeit des Unionsrechts und der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs sind nicht nur die Bestellung der Mitglieder und die Interventions- und Beteiligungsrechte von Interesse. Auch das Innenleben des Gerichtshofs, die Urteils- und Entscheidungsfindung, enthalten wichtige, jedoch selten gesehene Stellschrauben. Mit Blick auf die Entscheidungsfindung unterscheiden sich EuGH und EuG in vielerlei Hinsicht. Aufgrund seiner verfassungsgerichtlichen Bedeutung wird im Folgenden nur der EuGH behandelt.¹⁶⁸

Aus der Perspektive des Verfassungsauftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV ist es essentiell, dass der Gerichtshof in der Lage ist, eine konsistente Rechtsprechung zu entwickeln und rasch zu entscheiden. Das wird zunächst durch eine Arbeitsteilung ermöglicht, die sich langsam herausgebildet hat. Noch im Jahr 1978 wurden rund 90 Prozent der Fälle im Plenum entschieden. Dadurch war zwar gesichert, dass Richterinnen und Richter aus allen Mitgliedstaaten an allen wichtigen Verfahren beteiligt waren, was der Konsistenz sicher zuträglich war. Spätestens mit dem Wachsen des Gerichtshofs im Laufe der 2000er Jahre und der rasanten Zunahme an Fällen war eine solche Entscheidungstechnik nicht mehr zu gewährleisten. Zusammen urteilen die 27 Richterinnen und Richter heute fast nie. Der Gerichtshof entscheidet in Kammern: Eine Große Kammer bestehend aus 15 Richterinnen und Richtern, fünf Kammern bestehend aus fünf und fünf Kammern bestehend aus drei Richterinnen und Richtern. Zwischen 2016 und 2020 wurden 88,7 Prozent der Fälle in Dreier- oder Fünferkammern entschieden. 9,6 Prozent, etwa 65 Fälle pro Jahr, entfielen in dieser Zeit auf die Große Kammer.

Arbeitsteilung und hohe Fallzahlen machen es zu einer Herausforderung, eine konsistente Rechtsprechung zu entwickeln. Insbesondere seit der Erweiterung der EU in den Jahren 2004, 2008 und 2013. Der Gerichtshof ist gewachsen und zugleich heterogener geworden.¹⁶⁹ Eine Reihe verfahrensrechtlicher Mechanismen ist besonders wichtig, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren. Das gelingt vor allem durch Mechanismen, die einzelnen Richterinnen und Richtern eine herausgehobene Stellung zuweisen. An allen Verfahren der Großen Kammer nehmen Präsident und

168 Zum EuG und den Unterschieden vgl. *Koen Lenaerts/Kathleen Gutman/Janek Tomasz Nowak*, *EU Procedural Law*, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2023.

169 Zu diesen Herausforderungen *Vaucher* (Fn. 54), 52.

Vizepräsident des Gerichtshofs teil.¹⁷⁰ Das sorgt für Erfahrung und Kontinuität. Alle anderen Richterinnen und Richter haben rotierende Sitze.

Einer ähnlichen Logik folgt die Praxis der Fallzuweisung. Am EuGH gibt es keine feste Geschäftsverteilung. Vielmehr weist der Präsident oder die Präsidentin des Gerichtshofs nach Eingang eines Falles einer Richterin oder einem Richter die Rolle des Berichterstatters zu.¹⁷¹ Eine Analyse der Praxis in den Jahren 2004 bis 2021 hat gezeigt, dass die Verfahren der Großen Kammer ungleich verteilt sind und einige erfahrene EuGH-Mitglieder besonders oft Urteilsentwürfe in den wichtigsten Fällen schreiben.¹⁷²

Das Amt des Berichterstatters ist für den Verfahrenslauf zentral. Diese Person verfasst, unterstützt von seinem oder ihrem Kabinett, nicht nur den Urteilsentwurf, sondern zunächst einen vorläufigen Bericht, der den weiteren Verlauf des Verfahrens bestimmt. Darin wird vorgeschlagen, ob eine mündliche Verhandlung anberaumt wird, ob Schlussanträge des Generalanwalts in diesem Fall benötigt werden und in welcher Besetzung der EuGH einen Fall entscheidet.¹⁷³ Um diese Fragen zu beantworten, arbeitet die berichterstattende Person auf wenigen Seiten die rechtlichen Kernprobleme eines Falles heraus, ordnet ihn in die bestehende Rechtsprechung ein und deutet an, wie der Fall zu lösen ist. Schlussendlich entscheidet die Generalversammlung des EuGH, bestehend aus allen 38 Mitgliedern des Gerichtshofs, über die Vorschläge im vorläufigen Bericht.¹⁷⁴ Das wiederum bindet alle in die Systematisierung der Rechtsprechung ein und erlaubt ein gemeinsames Agenda-Setting.¹⁷⁵

Auch bei der Entscheidungsfindung zeigt sich: Der Gerichtshof hat sich flexibel angepasst, um dem Auftrag nach Art. 19 Abs. 1 EUV nachzukommen. Überzeugt das Innenleben des Gerichtshofs auch aus einer demokratischen Perspektive? Der demokratische Blick auf richterliche Entscheidungsfindung sucht nicht in erster Linie nach Tempo und Konsistenz, sondern nach Bedingungen für eine informierte, ausgewogene und diskursive Auseinandersetzung um die beste Auslegung des Unionsrechts. Das Stichwort lautet deliberative Urteilsfindung.¹⁷⁶ Besonders wichtig ist es aus

170 Art. 27 Abs. 1 EuGH-VerfO.

171 Art. 15 Abs. 1 EuGH-VerfO.

172 Krenn (Fn. 6), 84–97.

173 Art. 59 EuGH-VerfO.

174 Art. 59 Abs. 3 EuGH-VerfO.

175 Siniša Rodin, A Metacritique of the Court of Justice of the European Union, DUE 2 (2016), 193–213.

176 Vgl. oben, III.1.

dieser Sicht, trotz hoher Arbeitsbelastung und Zeitdruck ausreichend Raum für Widerspruch und Diskussion zu ermöglichen.

Große Bedeutung für den deliberativen Charakter der Entscheidungsfindung haben die Generalanwältinnen und Generalanwälte. Sie sorgen dafür, dass den Urteilen eine ausführlich begründete Analyse des Falles vorausgeht. Nach außen erhöht das die Verständlichkeit der Urteile. Manchmal lösen die einige Monate vor dem Urteil veröffentlichten Schlussanträge sogar öffentliche Diskussionen aus, die dann in die richterlichen Beratungen einfließen.¹⁷⁷ Im Verfahrenslauf ergänzen und kontrollieren Generalanwältinnen und Generalanwälte die Arbeit der Berichterstatterinnen und Berichterstatter. Das beginnt beim Vorbericht, zu dem sich die Generalanwältin als erstes äußert.¹⁷⁸ Der Ablauf des schriftlichen Verfahrens und der mündlichen Verhandlung werden vor allem durch Berichterstatterin und Generalanwalt gesteuert.¹⁷⁹

Betrachtet man die Rolle des Generalanwalts aus der Perspektive der internen Debattenkultur am Gerichtshof, ist es positiv zu bewerten, dass sie zunehmend an Autonomie gewonnen hat. Seit 2012 Jahren wird die Funktion des Ersten Generalanwalts, der für die Zuteilung der Fälle an die anderen Generalanwältinnen und Generalanwälte zuständig ist, nunmehr von diesen gewählt. Zudem wurde die Amtszeit des Ersten Generalanwalts von einem Jahr auf drei Jahre erhöht.¹⁸⁰ So kann, ähnlich wie bei den richterlichen Mitgliedern, eine eigenständige Prioritätensetzung durch Fallzuweisung entstehen. Generalanwältinnen und Generalanwälte können sich insgesamt stärker als Gegengewicht zur Richterschaft positionieren. Um diese Entwicklung zu forcieren, könnte angedacht werden, die Generalanwältinnen und Generalanwälte an den Urteilsberatungen zuhörend teilnehmen zu lassen.¹⁸¹ So könnten Schlussanträge sich noch gezielter mit der Rechtsprechung auseinandersetzen und die Generalanwältinnen und Generalanwälte ein noch besseres Verständnis für Entscheidungsmöglichkeiten und Diskussionszusammenhänge unter der Richterschaft entwickeln. Der französische *Conseil d'État* und die Institution des *rapporteur public* bieten dafür ein Beispiel.¹⁸² Seine Teilnahme an den Urteilsberatungen war

177 *Albertina Albors-Llorens*, Securing Trust in the Court of Justice of the EU: The Influence of the Advocates General, CYELS 14 (2012), 509–527.

178 Art. 59 Abs. 3 EuGH-VerfO.

179 Art. 62 EuGH-VerfO.

180 Art. 14 Abs. 1 EuGH-VerfO.

181 Näher *Krenn* (Fn. 6), 138–141.

182 Art. R. 733–3 Code de justice administrative.

Frankreich so wichtig, dass er sie in einer Serie von EGMR-Verfahren vor dem Hintergrund von Art. 6 EMRK erfolgreich verteidigte.¹⁸³

Mit Blick auf den deliberativen Charakter der Urteilsberatungen bieten sich weitere kleine Reformschritte an. Das System der Fallzuweisung und die ständige Teilnahme an allen Verfahren der Großen Kammer verbindet die Rolle des Präsidenten mit einer besonders mächtigen Stellung. Das kann ein Hindernis für einen gleichberechtigten und offenen Austausch innerhalb der Richterschaft sein. Durch kleine Anpassungen könnte diese herausgehobene Position besser eingehegt werden, etwa durch eine unverbindliche Geschäftsverteilung nach Fachgebieten.¹⁸⁴

Eine Frage, die besonders starke demokratische Konnotationen hat, ist die interne Sprachenregelung. Auch wenn Englisch als Arbeitssprache in anderen EU-Institutionen längst die Oberhand gewonnen hat, werden am Gerichtshof Urteilsentwürfe nach wie vor ausschließlich auf Französisch verfasst und in dieser Sprache beraten. Es wird berichtet, dass dies der Qualität der Beratungen nicht förderlich ist.¹⁸⁵ Es führt zudem dazu, dass fast die Hälfte der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der EuGH-Mitglieder aus Belgien, Luxemburg oder Frankreich stammen.¹⁸⁶ Das führt zu einem Ungleichgewicht, das die Abbildung der Vielfalt europäischer Rechtskulturen stark erschwert. Ob nun Englisch Französisch ersetzen, oder der Gerichtshof auf Mehrsprachigkeit setzen sollte, ist eine Frage, die nicht zuletzt aus praktischen Erwägungen zu klären ist.¹⁸⁷

2. Gerichtsverbund I: Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen

So wichtig das Organisationsrecht für die Erfüllung des Auftrags aus Art. 19 Abs. 1 EUV ist, noch zentraler sind die Rechtsschutzverfahren. Sie erlauben es, das Handeln der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten in konkreten

183 Vgl. *Sylvain Caylet*, Le rapporteur public et le droit au procès équitable, in: Benjamin Lavergne/Mehdi Mezaguer (Hrsg.), *Regards sur le droit au procès équitable*, Toulouse: Librairie générale de droit et de jurisprudence 2012, 151–194.

184 Zu diesem und weiteren Vorschlägen *Krenn* (Fn. 6), 145–149.

185 Vgl. bereits *Otto Riese*, Das Sprachenproblem in der Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: Ernst von Caemmerer/Arthur Nikisch/Konrad Zweigert (Hrsg.), *Vom deutschen zum europäischen Recht: Festschrift für Hans Döle*, Bd. 2, Tübingen: Mohr 1963, 507–524.

186 *Angela Huyue Zhang*, The Faceless Court, *U. Pa. J. Int'l L.* 38 (2016), 71–135 (108).

187 Für Englisch als Arbeitssprache *Anthony Arnall*, The Working Language of the CJEU: Time for a Change? *Institute of European Law Working Papers* 01/2019, 13; für ein zweisprachiges Gericht *Krenn* (Fn. 6), 149–154.

Fällen auf ihre Übereinstimmung mit dem Unionsrecht zu kontrollieren. Dieser Abschnitt behandelt den Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen. Er schildert zunächst, wie die Nichtigkeitsklage stetig im Lichte des Rechtsstaatsprinzips ausgebaut wurde (a). Dann zeigt er, wie manch verbliebene Lücke im Gerichtsverbund von den mitgliedstaatlichen Gerichten geschlossen wird (b). Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind jedoch nicht nur für die Erfüllung des rechtsstaatlichen Auftrags des Gerichtssystems der Union wichtig. Wenn sie entsprechend eingebunden werden, können sie auch einen Beitrag zu seiner demokratischen Legitimation leisten. Potential liegt insbesondere darin, über Gültigkeitsvorlagen nationale Verfassungsbestände und ihre spezifischen Wertungen in die Prüfung des Unionsrechts einzuspeisen (c).

a) Der Ausbau der Nichtigkeitsklage zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“

Die Nichtigkeitsklage war von Beginn an auf die Kontrolle des Handelns der Gemeinschafts-, später der Unionsorgane ausgerichtet.¹⁸⁸ Über die Jahre hat der Gerichtshof sie zu einem Instrument entwickelt, das es erlaubt, die Übereinstimmung sämtlicher rechtsverbindlicher Handlungen der Union mit höherrangigem Unionsrecht zu prüfen. Einige Meilensteine dieser Rechtsprechung sind hervorzuheben: Schon früh hat der Gerichtshof Handlungen von Unionsorganen und -einrichtungen als anfechtbar ausgewiesen, die nach dem Wortlaut der Verträge zu dieser Zeit nicht anfechtbar waren. Das betraf das Europäische Parlament,¹⁸⁹ die Europäische Investitionsbank¹⁹⁰ und Agenturen.¹⁹¹ Heute ist diese Rechtsprechung in Art. 263 Abs. 1 AEUV kodifiziert. Zudem hat der Gerichtshof dafür gesorgt, dass die Mitgliedstaaten eine Überprüfung ihres gemeinsamen Handelns im ausschließlichen Kompetenzbereich der Union nicht dadurch entgehen können, dass sie Entscheidungen nicht im Rat sondern als „Vertreter der

188 Ernst Steindorff, *Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Frankfurt a.M.: Klostermann 1952.

189 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 25.

190 EuGH, Urteil v. 10.7.2003, Rs. C-15/00, ECLI:EU:C:2003:396, Rn. 75 – *Kommission/EIB*.

191 EuG, Urteil v. 2.3.2010, Rs. T-70/05, ECLI:EU:T:2010:55, Rn. 61–75 – *Evropaiki Dymamiki*.

Mitgliedstaaten“ fassen.¹⁹² Besonders hervorzuheben ist die Rechtsprechung zur GASP. Hier hat der Gerichtshof die vertragliche Ausnahme seiner Zuständigkeit eng und immer enger ausgelegt.¹⁹³ In vielen dieser Entscheidungen fungierte der Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ als tragendes Argument.¹⁹⁴

Aus der Perspektive des Gerichtsverbunds und der Aufgabenteilung mit den mitgliedstaatlichen Gerichten erfüllt die Nichtigkeitsklage zwei Funktionen: Zum einen führt sie eine Form der abstrakten Normenkontrolle für institutionelle Kläger ein. Mitgliedstaaten, Parlament, Rat und Kommission sind nach Art. 263 Abs. 2 AEUV insofern privilegiert, als sie ohne Nachweis einer spezifischen Klagebefugnis stets klageberechtigt sind. Die Zugehörigkeit zu dieser Gruppe bestimmt sich nach der besonderen Verantwortung für das europäische Gemeinwesen, ähnlich der abstrakten Normenkontrolle im nationalen Verfassungsrecht. Als Beschränkung erweist sich lediglich die zweimonatige Klagefrist (Art. 263 Abs. 6 AEUV), die für alle Nichtigkeitsklagen und damit auch für privilegierte Kläger gilt. Auf Grundlage von Art. 263 Abs. 2 AEUV hat sich so eine Art unionales Organstreitverfahren entwickelt.¹⁹⁵

Die zweite Aufgabe der Nichtigkeitsklage ist es, natürlichen und juristischen Personen Rechtsschutz zu gewähren, die unmittelbar durch unionale Hoheitsgewalt betroffen sind. Aus Art. 263 Abs. 4 AEUV hat der Gerichtshof ein komplexes Zulässigkeitsregime entwickelt, das jedoch einer klaren Linie folgt: Zulässig sind zunächst Klagen natürlicher und juristischer Personen, die Adressatinnen oder Adressaten eines Unionsrechtsakts sind (Art. 263 Abs. 4 Var. 1 AEUV). Für alle anderen Handlungen verlangt das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit, dass es keiner weiteren Umsetzungsakte bedarf und der unionale Hoheitsakt somit unmittelbar in die Rechtsposition der Betroffenen eingreift. Anderes gilt lediglich, wenn ein Unionsrechtsakt einen nationalen Umsetzungsakt so vorzeichnet, dass kei-

192 EuGH, Urteil v. 31.3.1971, Rs. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32, Rn. 34–55 – *Kommission/Rat (AETR)*.

193 Vgl. z.B. EuGH, Urteil v. 19.7.2016, Rs. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, Rn. 40–41 – *H/Rat*; näher *Ley*, in diesem Band, IV.3.b.

194 Vgl. etwa EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

195 Dazu *Armin von Bogdandy/Christoph Krenn*, § 118 EuGH und EGMR: Zwei Senate einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber* (Hrsg.), *IPE Bd. VII, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Vergleich und Perspektiven*, Heidelberg: C.F. Müller 2021, 487–536 (506–508).

nerlei Umsetzungsspielraum verbleibt. Auch dann ist eine unmittelbare Betroffenheit gegeben.¹⁹⁶ Das Kriterium unmittelbarer Betroffenheit ist damit ein zentrales Steuerungselement der Verbundstruktur, dient es doch in erster Linie der Abgrenzung der Rechtsschutzebenen. Wird die Betroffenheit erst mittelbar durch mitgliedstaatliches Handeln ausgelöst, sind mitgliedstaatliche Gerichte für die gerichtliche Kontrolle zuständig.¹⁹⁷

Bei allen Rechtsakten, die im Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden, muss zudem eine individuelle Betroffenheit gegeben sein (Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV). Sie soll den Kreis der Klageberechtigten einschränken und Popularklagen hintanstellen, indem sie Klagen gegen generell-abstrakte Handlungen nur in außergewöhnlichen Fällen zulässt. Eine individuelle Betroffenheit ist dann zu bejahen, wenn der angefochtene Akt den Kläger oder die Klägerin „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“.¹⁹⁸ Weder tatsächliche Belastungen der Klägerin oder des Klägers noch die Verletzung subjektiver Rechte lösen dabei eine Klagebefugnis aus.¹⁹⁹ Auch Klagen in jüngster Zeit, die den Begriff der individuellen Betroffenheit vor dem Hintergrund von Grundrechtseingriffen, die sich aus dem Klimawandel ergeben und damit kaum individualisierbar sind, in Frage stellen, haben den Gerichtshof nicht dazu bewegt, seinen Ansatz zu überdenken.²⁰⁰

Das Kriterium der individuellen Betroffenheit schränkt den Zugang zum Gerichtshof ein. Es wurde im Licht des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV schrittweise zurückgebaut, wenn auch sehr zögerlich und erst durch Vertragsänderung. Für „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ entfällt seit dem Vertrag von Lissabon das Erfordernis individueller Betroffenheit (Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV). Neben der unmittelbaren Betroffenheit darf die in Frage stehende Handlung jedoch keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen. Damit müssen auch solche unionalen Rechtsakte vor

196 Wolfram Cremer, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 263 AEUV Rn. 36.

197 Alexander Thiele, § 9 Die Nichtigkeitsklage, in: Leible/Terhechte (Fn. 58), 275–311 (294).

198 EuGH, Urteil v. 15.7.1963, Rs. 25/62, ECLI:EU:C:1963:17 – *Plaumann*.

199 Zu dieser aus deutscher Sicht fremden Konzeption Martin Nettesheim, Subjektive Rechte im Unionsrecht, AöR 132 (2007), 333–392 (351–353).

200 EuGH, Urteil v. 25.3.2021, Rs. C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252, Rn. 67–80 – *Carvalho/Parlament und Rat*.

den nationalen Gerichten angefochten werden, bei denen die Umsetzung ohne Umsetzungsspielraum erfolgt. Nach anfänglicher Zurückhaltung des Gerichtshofs und energischen Hinweisen aus dem Kreis der Generalanwälte, dass die Bestimmung dazu gedacht war, Rechtsschutz zu erleichtern,²⁰¹ verfolgt der Gerichtshof mittlerweile eine dosiert rechtsschutzfreundliche Linie.²⁰²

Der Gerichtshof hat den Begriff „Rechtsakte mit Ordnungscharakter“ gleichwohl eng ausgelegt. Gesetzgebungsakte sind nicht umfasst, selbst wenn sie als Verordnungen ergehen. Tatsächlich lässt der Wortlaut des Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV und seine komplexe Transpositionsgeschichte vom Verfassungsvertrag in den Vertrag von Lissabon eine solche Auslegung zu.²⁰³ Dennoch können im Gesetzgebungsverfahren erlassene Rechtsakte dieselbe Rechtsschutzproblematik aufwerfen wie „untergesetzliche“ Rechtsakte. Warum das Durchlaufen des Gesetzgebungsverfahrens dazu führen soll, dass die Frage der Gültigkeit ausschließlich über das Vorabentscheidungsverfahren thematisiert werden kann, ist nicht ersichtlich.²⁰⁴ Das gilt insbesondere, da die Kriterien der unmittelbaren Betroffenheit und des Fehlens von Durchführungsmaßnahmen ohnehin zu einer Einschränkung der Klagelegitimation führen. Es wäre ein weiterer Schritt in Richtung der Verwirklichung des Art. 19 Abs. 1 EUV, in einer zukünftigen Vertragsänderung das Kriterium der individuellen Betroffenheit endgültig zu beseitigen.²⁰⁵

201 Vgl. etwa GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 11.4.2018, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:229, Rn. 2–5 – *Montessori*; zur Entwicklung *Roberto Caranta*, Knock, and It Shall Be Opened unto You: Standing for Non-Privileged Applicants After *Montessori*, CML Rev. 58 (2021), 163–186 (172–179).

202 EuGH, Urteil v. 6.11.2018, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873, Rn. 58–67 – *Montessori*.

203 So auch GA *Kokott*, Schlussanträge v. 17.1.2013, Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:21 – *Inuit*; anders GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 29.5.2013, Rs. C-133/12 P, ECLI:EU:C:2013:336, Rn. 26–38 – *Stichting*.

204 So auch *Jürgen Bast*, New Categories of Acts After the Lisbon Reform, CML Rev. 49 (2012), 885–928 (907).

205 Zu Möglichkeiten, auch ohne das Kriterium der individuellen Betroffenheit Popularklagen zu verhindern, *Matthias Kottmann*, Plaumanns Ende, ZaöRV 70 (2010), 547–566 (562–565).

b) Die Gültigkeitsvorlage als Lückenfüllerin

Auch die mitgliedstaatlichen Gerichte spielen eine wichtige Rolle für die Prüfung der Gültigkeit des Handelns der Unionsorgane und -einrichtungen. Sie sind dann gefragt, wenn die Gültigkeit eines Unionsrechtsakts bei seiner nationalen Anwendung problematisiert wird.²⁰⁶ Die Gültigkeitsvorlage war bereits im EGKS-Vertrag enthalten, spielte jedoch in der Praxis lange keine Rolle. Die Rechtsschutzfunktion des Vorabentscheidungsverfahrens gegen Unionshandeln hat sich erst voll entwickelt, als die Union zunehmend rechtsetzend tätig und der indirekte Vollzug durch die Mitgliedstaaten zum Regelfall wurde. Mittlerweile hat die Gültigkeitsvorlage auch quantitativ große Bedeutung. In 93 Vorabentscheidungsverfahren seit 2005 stand die Gültigkeit eines Unionsrechtsakts in Frage.²⁰⁷

Das Vorabentscheidungsverfahren erfüllt im Gerichtsverbund auch eine kompensatorische Funktion und gleicht bestehende Defizite der Nichtigkeitsklage aus. Die bekannteste Rechtsschutzlücke war Gegenstand einer Rechtsprechungssaga, welche die Diskussion zum unionalen Rechtssystem bis heute prägt.²⁰⁸ Sie betrifft Lücken, die dann entstehen, wenn Unionsrechtsakte, die im Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden, keiner nationalen Umsetzungs- bzw. Anwendungshandlung bedürfen und damit keinen Ansatzpunkt für eine Klage vor einem nationalen Gericht bieten, vor dem Gerichtshof aufgrund des Kriteriums der individuellen Betroffenheit jedoch nicht angefochten werden können. Diese Konstellation ist selten. Der Gerichtshof sieht hier die mitgliedstaatlichen Gerichte in der Pflicht. Dabei hat er ihnen konkrete Vorgaben gemacht. Eine Klage zur Wahrung der aus dem Unionsrecht abgeleiteten Rechte muss zumindest inzident, z.B. im Zuge einer Schadensersatzklage, möglich sein. Rechtsschutzsuchende dürfen zudem nicht gezwungen sein, eine Rechtsverletzung zu begehen, um Zugang zu einem Gericht zu erlangen.²⁰⁹

Das Vorabentscheidungsverfahren erfüllt darüber hinaus eine Funktion der Lückenfüllung, die in den vielfachen Krisen der letzten Jahre besonders wichtig wurde. Es erlaubt, die Rechtswidrigkeit unverbindlichen Han-

206 Dabei gilt es zu beachten, dass die Berufung auf die Ungültigkeit eines Unionsrechtsakts vor einem nationalen Gericht ausgeschlossen ist, wenn das Einlegen einer Nichtigkeitsklage „zweifelloso“ möglich gewesen wäre: EuGH, Urteil v. 9.3.1994, Rs. C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90, Rn. 24 – *Textilwerke Deggendorf*.

207 Stand: 1. August 2023.

208 Übersicht bei *Lenaerts* (Fn. 11), 1626–1631.

209 EuGH, Urteil v. 3.10.2013, Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 103 f. – *Inuit*.

delns der Union, sog. *soft law*, zu thematisieren. Mit der Nichtigkeitsklage können nur Handlungen angefochten werden, die „Rechtswirkungen gegenüber Dritten“ entfalten (Art. 263 Abs. 1 AEUV).²¹⁰ Der Gerichtshof hat diese Voraussetzung zwar rechtsschutzfreundlich ausgelegt.²¹¹ Gleichwohl fallen viele Akte, die formal unverbindlich sind, aber dennoch normative Wirkungen entfalten, aus dem Anwendungsbereich der Nichtigkeitsklage.²¹² Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung unverbindlichen Handelns, etwa im Zuge der Eurokrise und der Covid-Pandemie, haben sich Stimmen gemehrt, die eine stärkere Kontrolle einmahnen.²¹³

Das Vorabentscheidungsverfahren hat sich auch in dieser Hinsicht bewährt. Dass es Defizite der Nichtigkeitsklage auffangen kann, ist schon deshalb naheliegend, da in Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV allgemein von „Handlungen“ die Rede ist. Der Gerichtshof hat entsprechend bereits früh festgehalten, dass er im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung und Gültigkeit der Handlungen der Organe „ohne jede Ausnahme“ entscheiden kann.²¹⁴ In der Rs. *Gauweiler* hat der Gerichtshof ein in einer Pressemitteilung verkündetes Programm der EZB als anfechtbare Handlung ausgewiesen.²¹⁵ Lange gab es jedoch kein Beispiel für eine Ungültigerklärung eines unverbindlichen Unionsrechtsakts.²¹⁶ In einem 2021 ergangenen Urteil hat der Gerichtshof diesbezüglich Klarheit geschaffen. Die Rs. *FBF* betraf Leitlinien der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde, deren Vereinbarkeit mit dem Mandat der Aufsichtsbehörde in Frage stand. Der Gerichtshof erklärte eine Gültigkeitsvorlage des französischen *Conseil d'État* für zulässig und entwickelte ein Prüfprogramm für unverbindliche Handlungen. Bei einer Prüfung der Gültigkeit im Verfahren nach Art. 267 AEUV werden

210 Zuletzt EuGH, Urteil v. 20.2.2018, Rs. C-16/16 P, ECLI:EU:C:2018:79, Rn. 37 – *Belgien/Kommission*; kritisch Anthony Arnall, *EU Recommendations and Judicial Review*, *EuConst* 14 (2018), 609–621 (617 f.).

211 Im Detail Timo Rademacher, *Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 7–75.

212 Joanne Scott, In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law, *CML Rev.* 48 (2011) 329–355.

213 Giulia Gentile, Ensuring Effective Judicial Review of EU Soft Law via the Action for Annulment before the EU Courts: A Plea for a Liberal-Constitutional Approach, *EuConst* 16 (2020), 466–492.

214 EuGH, Urteil v. 13.12.1989, Rs. C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, Rn. 8 – *Grimaldi*.

215 EuGH, *Gauweiler* (Fn. 142).

216 Oft ist der Gerichtshof der Frage ausgewichen, vgl. etwa Urteil v. 19.7.2016, Rs. C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570 – *Kotnik*, in dem Fragen nach der Gültigkeit unverbindlicher Handlungen in Auslegungsfragen umgedeutet wurden.

unverbindliche Handlungen, so wie verbindliche, in vollem Umfang auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht geprüft und entweder für gültig oder für ungültig erklärt.²¹⁷ Dahinter steht der Schutz des institutionellen Gleichgewichts.²¹⁸

So überzeugend dieses Urteil aus der Perspektive des Verfassungsauftrags in Art. 19 Abs. 1 EUV ist, so bleiben aus Sicht des Gerichtsverbunds Fragen offen. Das Vorabentscheidungsverfahren ist für die institutionellen Kläger nach Art. 263 Abs. 2 und 3 AEUV in aller Regel kein gangbarer Weg, um unverbindliche Handlungen anzufechten.²¹⁹ Der Schutz des institutionellen Gleichgewichts ist jedoch gerade in ihrem Interesse. Aus Sicht des Auftrags in Art. 19 Abs. 1 EUV spricht vieles dafür, den Rechtsschutz für privilegierte Kläger in der Nichtigkeitsklage auf unverbindliche Handlungen zu erweitern und entsprechend den Begriff der Rechtswirkungen in Art. 263 Abs. 1 AEUV neu zu fassen.²²⁰

c) Mehr als ein Streit ums letzte Wort: Gültigkeitsprüfung im Gerichtsverbund

Der Verbundcharakter des Gerichtssystems der Union bedeutet nicht nur, dass mitgliedstaatliche Gerichte eine mögliche Ungültigkeit eines Unionsrechtsakts, die sie bei der Anwendung des Unionsrechts wahrnehmen, thematisieren und Rechtsschutzlücken der Nichtigkeitsklage füllen. Nationale Gerichte speisen auch ihre jeweiligen Bedenken zur Gültigkeit eines Unionsrechtsakts in das unionale Rechtsschutzsystem ein. Mitgliedstaatliche Gerichte haben so wichtige Anstöße, insbesondere für die Entwicklung des unionalen Grundrechtsschutzes, geliefert. Das wohl bekannteste Beispiel ist die Vorlage zur Vorabentscheidung des Verwaltungsgerichts Frankfurt

217 EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599, Rn. 66–68 – *Fédération bancaire française*.

218 Ebd., Rn. 72.

219 Vgl. GA Bobek, Schlussanträge v. 15.4.2021, Rs. C-911/19, ECLI:EU:C:2021:294, Rn. 146 f. – *Fédération bancaire française*.

220 GA Bobek hat Kriterien vorgeschlagen, die eine sinnvolle Richtschnur bieten können. Statt auf Verbindlichkeit solle der Gerichtshof in der Nichtigkeitsklage auf drei Kriterien abstellen: Ob es sich um eine abgeschlossene Rechtsvorschrift handelt, wie präzise und mit welchem Zweck sie erlassen wurde und wie das Durchsetzungs- und Sanktionsregime ausgestaltet ist, GA Bobek, Schlussanträge v. 12.12.2017, Rs. C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, Rn. 116–122 – *Belgien/Kommission*.

am Main in der Rs. *Internationale Handelsgesellschaft*, die der Gerichtshof bereits 1970 zum Anlass nahm, den unionalen Grundrechtsschutz durch die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze aufzubauen.²²¹

Zunehmend wird der Gerichtshof mit Gültigkeitsvorlagen mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte befasst.²²² Diese Entwicklung trägt auch, dass nationale Verfassungsgerichte vermehrt Unionsrecht als unmittelbaren Maßstab ihrer Prüfung annehmen.²²³ Aus Sicht des Gerichtsverbunds ist die Mitwirkung der mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichte an der Gültigkeitsprüfung eine bedeutende Entwicklung. Das Vorabentscheidungsverfahren erlaubt es, dass die höchsten nationalen Gerichte, die in den Mitgliedstaaten auf eine verfassungsgerichtliche Prüfung spezialisiert sind, mit dem EuGH in Austausch treten. Es liefert die Chance, den Gerichtshof anzuregen, verfassungsrechtliche Prinzipien, die diese Gerichte in der eigenen Rechtsordnung bewahren, für die gesamte Union zu schützen und damit die Werte des Art. 2 EUV auf europäischer Ebene fortzuentwickeln.²²⁴

Besonders anschaulich sind Beispiele im Bereich des Grundrechtsschutzes. Die Prüfung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung etwa erfolgte aufgrund von Vorlagen des irischen Supreme Court und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs.²²⁵ Der Verfassungsgerichtshof verwies in seiner Vorlage auf die Notwendigkeit eines Rechtsvergleichs nationaler verfassungsrechtlicher Regelungen. Wenn eine solche Untersuchung ergeben sollte, dass die Verfassungen der Mitgliedstaaten ein höheres Schutzniveau als die Charta vorsehen, dann müsse der EuGH die Charta so auslegen, dass sie nicht unter dieses gemeinsame Schutzniveau falle.²²⁶ Auch der belgische Verfassungsgerichtshof, der zu den vorlagefreudigsten Verfassungsge-

221 EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 f. – *Internationale Handelsgesellschaft*.

222 Monica Claes, Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure, GLJ 16 (2015), 1331–1342.

223 Davide Paris, Constitutional Courts as European Union Courts, MJ 24 (2017), 792–821.

224 Monica Claes/Bruno de Witte, §121 Rollen der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, in: von Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Fn. 195), 639–682 (662–667).

225 EuGH, Urteil v. 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 – *Digital Rights Ireland und Seitlinger*.

226 Dazu Ludovica Benedizione/Eleonora Paris, Preliminary Reference and Dialogue Between Courts as Tools for Reflection on the EU System of Multilevel Protection of Rights, GLJ 16 (2015), 1727–1770 (1740–1749).

richten gehört, schildert regelmäßig die belgische Verfassungsrechtslage.²²⁷ Diese Vorlagen zeigen: Mitgliedstaatliche Gerichte können Vorlagen dazu nützen, auf Verfassungstraditionen und nationale Besonderheiten hinzuweisen und ihre Beachtung einzufordern.²²⁸

Komplizierter wird die Sache, wenn nationale Höchst- und Verfassungsgerichte Gültigkeitsvorlagen mit ihrer aus der nationalen Verfassung abgeleiteten Aufgabe verbinden, die Integrität dieser Verfassung zu schützen. Der Vorwurf der Kompetenzüberschreitung, der Grundrechtsverletzung und der Verletzung der nationalen Verfassungsidentität haben sich mittlerweile als gemeinsames Vokabular etabliert.²²⁹ In solchen Fällen wird die Frage der Gültigkeit eines Unionsrechtsakts auch zu einem Streit ums letzte Wort. Aus der Perspektive des Gerichtsverbunds ist zunächst zu beobachten, dass solch offenen Konflikte selten und Kooperation und das Anerkennen des Verwerfungsmonopols des EuGH die Regel sind. Oft können im Vorabentscheidungsverfahren Konflikte ausgeräumt und Positionen angenähert werden.²³⁰

Fraglich ist, wie der Verbund mit jenen Fällen umgeht, in denen ein mitgliedstaatliches Verfassungs- oder Höchstgericht dem EuGH die Gefolgschaft verweigert. Man kann diese Situationen als Ausdruck einer existenziellen Spannung deuten, mit welcher der Gerichtsverbund leben kann und soll.²³¹ Gleichwohl lassen sich auch prozedurale Fortentwicklungen denken, die dem Verbundcharakter besser Ausdruck geben, als es das Vorabentscheidungsverfahren bislang zu leisten vermag.

Eine spezifische Schwierigkeit des Verfahrens nach Art. 267 AEUV im „Streit ums letzte Wort“ liegt darin, dass die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte mit der Vorlage zur Vorabentscheidung endet. Der Gerichtshof könnte, gemäß seiner Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV, versuchen, die Kommunikation mit den nationalen Gerichten auch während des Verfahrens aufrechtzuerhalten. Die Verfahrensordnung sieht dafür das Instrument des „Ersuchens um Klarstellung“ vor.²³²

227 *Elke Cloots*, *Germes of Pluralist Judicial Adjudication*, CML Rev. 47 (2010), 645–672.

228 Mit weiteren Beispielen *Claes/de Witte* (Fn. 224), 664.

229 *Ana Bobić*, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2022, 75–239.

230 *Matteo Bonelli*, *The Taricco Saga and the Consolidation of Judicial Dialogue in the European Union*, MJ 25 (2018), 357–373.

231 *Ulrich Haltern*, *Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen: Zum europäischen Verfassungsgerichtsverbund*, AÖR 146 (2021), 195–252 (246–252).

232 Art. 101 EuGH-VerfO.

Zu denken wäre auch an ein Recht zur Stellungnahme für alle nationalen Höchst- bzw. Verfassungsgerichte, wenn der Gerichtshof durch ein nationales Gericht wegen Bedenken im Hinblick auf eine Kompetenzüberschreitung oder eine Grundrechtsverletzung angerufen wird.²³³ Institutionell anspruchsvoll ist der Vorschlag, eine gemischte Kammer, bestehend aus Richterinnen und Richtern des EuGH und Mitgliedern nationaler Höchst- und Verfassungsgerichte, am Gerichtshof einzurichten. Diese Kammer, die von einem betroffenen mitgliedstaatlichen Höchst- oder Verfassungsgericht oder einem Mitgliedstaat angerufen werden kann, könnte als Berufungsinstanz in den seltenen Fällen eines Kompetenzkonflikts ein Urteil des Gerichtshofs revidieren.²³⁴ So wichtig die prozedurale Weiterentwicklung des Gerichtsverbunds und die Dialogbereitschaft aller Akteure ist, entscheidend bleibt: Ohne die Akzeptanz des Verwerfungsmonopols des EuGH ist der rechtsstaatliche Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV nicht zu verwirklichen.

3. Gerichtsverbund II: Rechtsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten

Der vorhergehende Abschnitt hat gezeigt: Die Durchsetzung des Unionsrechts gegenüber den Unionsorganen ist auf den Gerichtsverbund angewiesen. Das gilt umso mehr für Rechtsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten. Wiederum wirken zentrale und dezentrale Verfahren komplementär. Das Vertragsverletzungsverfahren ist als objektives Aufsichtsverfahren, als Dialog zwischen der Kommission und nationalen Verwaltungen, ausgerichtet (a). Die Hauptlast bei der Erfüllung des Auftrags aus Art. 19 Abs. 1 EUV in den Mitgliedstaaten tragen jedoch die nationalen Gerichte. Sie sind die Gerichte der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, für die der Gerichtshof die Essentialia des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf sichert (b). Die Auslegung des Unionsrechts im Gerichtsverbund obliegt dem Gerichtshof. Doch wie bei der Gültigkeitsprüfung sind auch hier die mitgliedstaatlichen Gerichte eingebunden. Die Antwort auf die Frage, wieviel Raum für eine eigenständige Auslegung der Gerichtshof den mitgliedstaatlichen Gerichten, insbesondere nationalen Höchst- und Verfassungsgerichten, zuweist, ist ein wichtiger Faktor für die demokratische Pluralität bei der Auslegung des Unionsrechts (c).

233 Mit etwas Fantasie ließe sich die Auskunftregelung des Art. 24 Abs. 2 der Satzung dafür nutzen.

234 *Daniel Sarmiento/Joseph H.H. Weiler*, The EU Judiciary After Weiss, *VerfBlog* (2.6.2020), und zuletzt *dies.*, The Comeback of the Mixed Chamber, *VerfBlog* (2.10.2023).

a) Das Vertragsverletzungsverfahren als Verfahren der Exekutiven

Im Vertragsverletzungsverfahren stellt der Gerichtshof eine Verletzung des Unionsrechts fest. Daraus ergibt sich eine Pflicht für den betroffenen Mitgliedstaat, die Verletzung abzustellen. Nach Art. 258 AEUV kann die Kommission ein Verfahren einleiten, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Mitgliedstaat gegen seine unionsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen hat. Dasselbe kann jeder Mitgliedstaat gemäß Art. 259 AEUV tun.

In Vertragsverletzungsverfahren steht der Gerichtshof am Ende eines langen Prozesses, in dem zunächst Gespräche und Abklärungen stattfinden.²³⁵ Das Vertragsverletzungsverfahren ist als Dialog der Exekutiven, als Austausch zwischen Kommission und Verwaltungsbehörden in den Mitgliedstaaten über die Einhaltung des Unionsrechts, angelegt. Das gilt selbst für Verfahren nach Art. 259 AEUV, in dem ein Mitgliedstaat eine Vertragsverletzung eines anderen Mitgliedstaats rügt. Auch hier wird zunächst die Kommission befasst.

Aus Sicht der Verbundstruktur ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof alle Vorstöße, die individualschützende Funktion des Vertragsverletzungsverfahrens auszubauen, zurückgewiesen hat. Ob ein Verfahren eingeleitet wird, liegt allein im Ermessen der Kommission.²³⁶ Die Rolle Einzelner beschränkt sich im Wesentlichen auf die Möglichkeit, die Kommission zu einem Einschreiten anzuregen. Die Kommission hat im Jahr 2020 3525 Beschwerden von Privatpersonen, Unternehmen oder NGOs erhalten. Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 Abs. 1 AEUV hat sie in 903 Fällen durch eine förmliche Aufforderung zur Stellungnahme eingeleitet. In lediglich elf dieser Fälle hat sie schlussendlich den Gerichtshof angerufen.²³⁷

b) Mitgliedstaatliche Gerichte als Unionsbürgergerichte

Obwohl das Vertragsverletzungsverfahren wichtig für die Kontrolle des Handelns der Mitgliedstaaten ist, liegt es in erster Linie an den nationalen

235 Luca Prete/Ben Smulders, The Age of Maturity of Infringement Proceedings, CML Rev. 58 (2021), 285–332 (303–305).

236 Zuletzt nochmals bekräftigt in EuGH, Urteil v. 9.7.2020, Rs. C-575/18 P, ECLI:EU:C:2020:530, Rn. 73–79 – *Tschechische Republik/Kommission*.

237 Detaillierte Aufschlüsselung in Europäische Kommission, Monitoring the Application of European Union Law, 2020 Annual Report: General Statistical Overview, COM(2021) 432 final, 15–29.

Gerichten, das Unionsrecht in den Mitgliedstaaten durchzusetzen. Bereits im Urteil *van Gend & Loos* hat der Gerichtshof für mitgliedstaatliche Gerichte die Pflicht und Möglichkeit begründet, die aus dem Unionsrecht abgeleiteten Rechte gegenüber den Mitgliedstaaten zu schützen und entgegenstehendes Recht unangewendet zu lassen.²³⁸

So beschränkt die Rolle des Einzelnen im Vertragsverletzungsverfahren ist, so zentral ist sie in den Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten. Dabei verlaufen Klagen nach dem jeweiligen nationalen Prozessrecht mit seinen charakteristischen Eigenheiten hinsichtlich Klagearten, Fristen und Rechtsfolgen.²³⁹ Der Gerichtshof gibt jedoch einen Rahmen vor. Das ist ein wesentliches Element des Gerichtsverbunds. Dieser Rahmen hat sich im Laufe der Zeit stark verändert.²⁴⁰ Eine funktionale Logik wurde zunehmend grundrechtlich überlagert.

Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz durch die Mitgliedstaaten hat der Gerichtshof zunächst aus der Loyalitätspflicht, Art. 4 Abs. 3 EUV, entwickelt. Dazu hat er zwei Vorgaben aufgestellt: Nach dem Kriterium der Äquivalenz dürfen die Bedingungen für Klagen aufgrund von Rechten, die aus dem Unionsrecht erwachsen, nicht ungünstiger gestaltet sein als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen. Und nach dem Kriterium der Effektivität dürfen die nationalen Verfahrensregeln die Verfolgung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich machen,²⁴¹ oder, wie der Gerichtshof später verschärfend hinzufügte, übermäßig erschweren.²⁴² Ab Mitte der 1980er Jahre intensivierte der Gerichtshof die Prüfung. Von der ursprünglichen Aussage, dass das Unionsrecht die Einführung neuer Rechtsbehelfe grundsätzlich nicht verlangt,²⁴³ ist der Gerichtshof schrittweise abgerückt. So stellte er fest, dass ein nationales Gericht in einem Rechtsstreit, in dem es um aus dem Unionsrecht abgeleitete Rechte geht,

238 Umfassend *Monica Claes*, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart 2006.

239 Zur Entwicklung *Francesca Episcopo*, *The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law Before National Courts*, in: Craig/de Búrca (Fn. 44), 275–306.

240 *Matteo Bonelli*, Article 47 of the Charter, Effective Judicial Protection and the (Procedural) Autonomy of the Member States, in: ders./Mariolina Eliantonio/Giulia Gentile (Hrsg.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection*, Oxford: Hart 2022, 81–98.

241 EuGH, Urteil v. 16.12.1976, Rs. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5 – *Rewe*.

242 EuGH, Urteil v. 9.11.1983, Rs. 199/82, ECLI:EU:C:1983:318, Rn. 14 – *San Giorgio*.

243 EuGH, Urteil v. 7.7.1981, Rs. 158/80, ECLI:EU:C:1981:163, Rn. 44 – *Rewe (Butterfahrten)*.

einstweilige Anordnungen erlassen muss, um diese Rechte zu schützen. Das gilt selbst dann, wenn im nationalen Recht ein solcher Rechtsbehelf nicht vorgesehen ist.²⁴⁴ Für das britische Prozessrecht war das eine Neuerung, die von manchen als so einschneidend empfunden wurde, dass sie aus der Perspektive einer Verletzung nationaler Souveränität diskutiert wurde.²⁴⁵ Die Pflicht, einen Rechtsbehelf zur Staatshaftung wegen Verletzung des Unionsrechts einzuführen, die der Gerichtshof erstmals im Urteil *Franco-vich* entwickelte, führte in Deutschland zu begrifflich weniger brisanten, aber nicht minder grundsätzlichen Diskussionen.²⁴⁶

Der unionsrechtliche Rahmen für das Mandat der mitgliedstaatlichen Gerichte wird seit dem Vertrag von Lissabon aus dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht entwickelt und damit grundrechtlich begründet. Das hat auch dazu geführt, dass der Rahmen enger gezogen wurde. Seine aus Art. 4 Abs. 3 EUV entwickelten Kriterien der Äquivalenz und Effektivität fasst der Gerichtshof heute als Ausfluss des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV.²⁴⁷ Darüber hinaus hat er, in einer Reihe vielbeachteter Entscheidungen, den unionalen Rahmen für mitgliedstaatliche Gerichte auf institutionelle und organisatorische Regelungen erweitert.²⁴⁸ Die Auswahl der mitgliedstaatlichen Richterinnen und Richter,²⁴⁹ ihre Unabsetzbarkeit,²⁵⁰ Fragen des Disziplinarrechts²⁵¹ und der Richterwahlauschüsse:²⁵² All das sind Themen, die heute unter Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 GRC verhandelt werden.

244 EuGH, Urteil v. 19.6.1990, Rs. C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 – *Factortame*.

245 Paul Craig, Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame*, YBEL II (1991), 221–255.

246 EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Franco-vich*; dazu Johannes Saurer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 391–393.

247 Vgl. bereits EuGH, Urteil v. 13.3.2007, Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, Rn. 37 f. und 42 f. – *Unibet*; zuletzt Urteil v. 21.12.2021, Rs. C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037, Rn. 57–59 – *Randstad Italia*.

248 Überblick bei Sacha Prechal, Article 19 TEU and National Courts: A New Role for the Principle of Effective Judicial Protection?, in: Bonelli/Eliantonio/Gentile (Fn. 240), 11–25.

249 EuGH, Urteil v. 19.11.2019, verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – *A.K.*

250 EuGH, Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 52 – *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts)*.

251 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality*.

252 EuGH, *Kommission/Polen* (Fn. 250).

Richterliche Unabhängigkeit war schon immer Teil der Geschäftsgrundlage, auf der das unionale Rechtsschutzsystem basiert.²⁵³ Massive strukturelle Probleme in einigen Mitgliedstaaten haben den Gerichtshof dazu bewegt, gemeinsame europäische Standards zu entwickeln.²⁵⁴ Aus der Perspektive des Gerichtsverbunds gilt es dabei, die sozialen und institutionellen Voraussetzungen und die Kontextabhängigkeit gerichtlicher Organisation zu berücksichtigen.²⁵⁵ Besonderes Augenmerk legt der Gerichtshof darauf, dass das Vorabentscheidungsverfahren als zentraler Kommunikationskanal des Gerichtsverbunds intakt bleibt. Entsprechend versteht er die Möglichkeit einer Vorlage nach Art. 267 AEUV als Teil der richterlichen Unabhängigkeit. Er hat sie in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV verankert.²⁵⁶ In den betreffenden Fällen wurden Disziplinarverfahren gegen Richterinnen und Richter allein deshalb angestrengt, weil sie ein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet hatten.²⁵⁷ Diese Rechtsprechung kann auf Urteile aufbauen, die danach trachten, den ordentlichen Gerichten eine Vorlage auch gegen die Rechtsansicht der Höchstgerichte zu ermöglichen.²⁵⁸ Im Zuge der Einschränkung richterlicher Unabhängigkeit in einigen Mitgliedstaaten hat sie mit dem Schutz „richterlicher Dissidentinnen und Dissidenten“ eine weitere Dimension erlangt.²⁵⁹

Eine neue Entwicklungsebene für den Gerichtsverbund eröffnet sich dadurch, dass der Unionsgesetzgeber zunehmend Regeln zu Rechtsbehelfen und Verfahren in Sekundärrechtsakten vorsieht. Das gilt etwa im Beihilfen- und Wettbewerbsrecht, im Antidiskriminierungsrecht, im Verbraucherschutzrecht sowie im Asyl- und Migrationsrecht.²⁶⁰ Damit verändert sich auch die Rolle des Gerichtshofs: Es geht nicht mehr darum, einen Rahmen zu ziehen und punktuell mitgliedstaatliche Prozessordnungen zur

253 *Takis Tridimas*, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, CML Rev. 30 (2003), 9–50 (28–34).

254 *Koen Lenaerts*, *New Horizons for the Rule of Law in the EU*, GLJ 21 (2020), 29–34 (31–33).

255 Dazu *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV.4.

256 EuGH, Urteil v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 257 – *Euro Box Promotion*.

257 EuGH, Urteil v. 26.3.2020, verb. Rs. C-558/18 und C-563/18, Rn. 59 – *Miasto Łowicz*.

258 Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 15.1.2013, Rs. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, Rn. 68 f. – *Križan*.

259 Vgl. GA *Bobek*, Schlussanträge v. 4.3.2021, verb. Rs. C-357/19 und C-547/19, ECLI:EU:C:2021:170, Rn. 166 – *Euro Box Promotion*.

260 *Folkert Wilman*, *The End of the Absence? The Growing Body of EU Legislation on Private Enforcement and the Main Remedies It Provides For*, CML Rev. 53 (2016), 887–935.

wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts zu ertüchtigen, sondern um die Auslegung und Entwicklung unionaler Standards.

In der Ausübung dieser neuen Rolle zeigt sich das Bestreben des Gerichtshofs, verfahrensrechtliche Bestimmungen in Richtlinien und Verordnungen nicht nur im Sinne eines verbesserten Rechtsschutzes auszulegen, sondern insbesondere dort den Zugang zu Gerichten zu gewährleisten, wo besonders schutzbedürftige Rechtspositionen betroffen sind.²⁶¹ Gestützt auf Art. 47 Abs. 1 GRC hat er mitgliedstaatlichen Gerichten aufgetragen, sich in der Sache für zuständig zu erklären, obwohl sie nach mitgliedstaatlichem Recht keine Zuständigkeit hatten. Er hat diese Konstruktion in Situationen angewandt, in denen viel auf dem Spiel stand: eine Abschiebehaft in der Transitzone Röske in Ungarn mit drohender Abschiebung nach Afghanistan ohne gerichtlichen Rechtsschutz²⁶² oder die Abweisung des Asylantrags eines russischen Oppositionellen durch ungarische Behörden, nachdem gerichtlich der Anspruch auf Asyl bereits bestätigt war.²⁶³ Es geht um Rechtsbehelfe in prekären Situationen gegen widerstrebende Behörden.²⁶⁴ Umgekehrt hat der Gerichtshof jedoch klargestellt: Wenn ein wirksamer Rechtsbehelf vor einem unabhängigen Gericht zur Verfügung steht, greift er nicht in die Details nationaler Justizorganisation ein.²⁶⁵

c) Die Auslegung des Unionsrechts im Gerichtsverbund

Auch wenn die mitgliedstaatlichen Gerichte die zentrale Rolle bei der Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten innehaben, kommt es dem Gerichtshof zu, das Unionsrecht auszulegen.²⁶⁶ Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV kann jedes mitgliedstaatliche Gericht eine Frage zur Auslegung vorlegen, wenn es dies für seine Entscheidung für erforderlich hält. Ob

261 Hans-Wolfgang Micklitz, The ECJ Between the Individual Citizen and the Member States: A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies, in: ders./Bruno de Witte (Hrsg.), The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States, Cambridge: Intersentia 2012, 349–400.

262 EuGH, Urteil v. 14.5.2020, Rs. C-924/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367 – *FMS*.

263 EuGH, Urteil v. 29.7.2019, Rs. C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626 – *Torubarov*.

264 Sacha Prechal, Effective Judicial Protection: Some Recent Developments – Moving to the Essence, REALaw 13 (2020), 175–190 (179–183).

265 EuGH, *Randstad Italia* (Fn. 247).

266 Zum Auslegungsmonopol zuletzt EuGH, Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 52 – *RS*.

die Beantwortung einer Vorlagefrage tatsächlich für das nationale Gericht entscheidungserheblich ist, wird vom Gerichtshof in der Regel nicht in aller Tiefe geprüft.²⁶⁷ Gerichte, deren Entscheidungen „nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“ (Art. 267 Abs. 3 AEUV), sind verpflichtet, eine Auslegungsfrage vorzulegen.

Wie bei der Frage der Gültigkeit hat der Gerichtshof auch bei der Auslegung des Unionsrechts das letzte Wort.²⁶⁸ Dem Verbundgedanken entsprechend kann die Mitwirkung der mitgliedstaatlichen Gerichte zusätzliche Legitimation verleihen. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden: Erstens, wie gestaltet sich das Zusammenspiel zwischen nationalen Gerichten und Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens? Und zweitens, wie viel Raum wird den nationalen Gerichten zugesprochen, um das Unionsrecht eigenständig auszulegen?

Hat ein mitgliedstaatliches Gericht den Gerichtshof mit einer Vorlage zur Vorabentscheidung befasst, ist die Aufgabenteilung auf den ersten Blick klar: Das mitgliedstaatliche Gericht klärt den Sachverhalt und informiert den Gerichtshof, inwiefern, aus seiner Sicht, die Auslegung des Unionsrechts unklar ist. Der Gerichtshof legt das Unionsrecht aus. Die mitgliedstaatlichen Gerichte wenden diese Auslegung auf den Sachverhalt an. In der Praxis ist die Rollenverteilung jedoch nicht so klar. Einerseits sind die nationalen Gerichte in die Auslegung des Unionsrechts eingebunden. Ihre Rechtsansicht ist grundlegender Bestandteil des Ersuchens um Vorabentscheidung.²⁶⁹ Andererseits geht die Rolle des Gerichtshofs über die reine Auslegungsarbeit hinaus. Er formuliert Vorlagefragen um, beantwortet sie in veränderter Reihenfolge oder lässt manche unbeantwortet. So können Konflikte mit dem nationalen Recht vermieden werden. Die Prüfung anhand des Unionsrechts kann jedoch auch auf Bereiche erweitert werden, die das vorlegende Gericht gar nicht im Blick hatte.²⁷⁰ Die vom Gerichtshof verwendete Formel zur Umschreibung einer Vorlagefrage – „das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen“ – bringt diesen Spielraum auf den Punkt. Auch der Detaillierungsgrad der Antwort des Gerichtshofs erlaubt eine flexible Kalibrierung der Kontrolle mitgliedstaatlichen Handelns.²⁷¹

267 Einen Trend zu einer strengeren Prüfung beobachten *Nils Wahl/Luca Prete*, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU*, CML Rev. 55 (2018), 511–548.

268 Vgl. oben, III.2.

269 Art. 94 c) EuGH-VerfO.

270 *Urška Šadl*, *The Referring Court Asks, in Essence*, ELJ 25 (2019), 416–433.

271 *Takis Tridimas*, *Constitutional Review of Member State Action*, I-CON 9 (2011), 737–756.

Ob mitgliedstaatliche Gerichte befugt sind, das Unionsrecht eigenständig auszulegen, hat die Unionsrechtswissenschaft schon früh beschäftigt.²⁷² Dass ordentliche Gerichte nicht zur Vorlage verpflichtet sind, wenn es um die Auslegung des Unionsrechts geht, ist unumstritten. Anders ist dies bei letztinstanzlichen Gerichten. Sie sind grundsätzlich zur Vorlage verpflichtet. Ziel des Art. 267 Abs. 3 AEUV ist es, zu verhindern, dass sich in einem Mitgliedstaat eine Rechtsprechung herausbildet, die nicht mit derjenigen des Gerichtshofs in Einklang steht.²⁷³

Obwohl der Wortlaut des Art. 267 Abs. 3 AEUV eine unbedingte Vorlagepflicht vorsieht, wenn sich eine Auslegungsfrage in einem schwebenden Verfahren vor einem letztinstanzlichen Gericht stellt, hat der Gerichtshof früh eine eigenständige Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Auslegung des Unionsrechts anerkannt. Das Urteil *CILFIT* steckte jedoch enge Grenzen ab.²⁷⁴ Ein *acte clair*, der von der Vorlagepflicht befreit, ist nur dann anzunehmen, wenn ein Gericht überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH die gleiche Gewissheit besteht, dass die Auslegung des Unionsrechts offensichtlich ist. Die Vorgaben des Gerichtshofs, wie diese Überzeugung zu gewinnen ist, etwa durch den Vergleich aller Sprachversionen einer unionsrechtlichen Regelung, waren so streng, dass ein Generalanwalt meinte, das Entdecken eines Einhorns sei einfacher als einen *acte clair* zu finden.²⁷⁵ Die Vorgaben des Gerichtshofs haben in mitgliedstaatlichen Höchstgerichten wenig Resonanz gefunden, wie eine rechtsvergleichende Studie der Rechercheabteilung des Gerichtshofs gezeigt hat. Der geforderte Vergleich der Sprachversionen des Unionsrechts etwa spielt in der Praxis der mitgliedstaatlichen Höchstgerichte kaum eine Rolle.²⁷⁶

Vor diesem Hintergrund nahm der Gerichtshof zuletzt Anpassungen vor. Im Urteil *Consortio* stellte er fest, dass letztinstanzliche Gerichte nur die

272 Überblick über die Debatte bei Morten Broberg/Niels Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2021, 201–248.

273 EuGH, Urteil v. 24.5.1977, Rs. 107/76, ECLI:EU:C:1977:89, Rn. 5 – *Hoffmann-Laroche*.

274 EuGH, Urteil v. 6.10.1982, Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 – *CILFIT*.

275 GA Wahl, Schlussanträge v. 13.5.2015, verb. Rs. C-72/14 und C-197/14, ECLI:EU:C:2015:319, Rn. 62 – *X und Van Dijk*.

276 Vgl. das fast 300-seitige Gutachten der Rechercheabteilung des Gerichtshofs: Note de recherche: Application de la jurisprudence Cilfit par les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne (Mai 2019).

ihnen bekannten Sprachfassungen untersuchen müssen, vor allem wenn Unterschiede zwischen Sprachfassungen von den Parteien vorgetragen werden und erwiesen sind.²⁷⁷ Dass verschiedene Auslegungen möglich sind, schließt nicht aus, dass ein *acte clair* vorliegt.²⁷⁸ Und selbst voneinander abweichende Auslegungen können unter bestimmten Voraussetzungen unschädlich sein.²⁷⁹

Auf eine noch grundlegendere Erleichterung, ja sogar einen Paradigmenwechsel, deutet ein weiterer Umstand hin: Im Urteil *CILFIT* sprach der Gerichtshof davon, dass die richtige *Anwendung* des Unionsrechts derart offenkundig sein muss, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt.²⁸⁰ Diese Formel wurde dreißig Jahre lang wiederholt.²⁸¹ Im Urteil *Consortio* spricht der Gerichtshof nun, ohne es näher zu erklären, von der Offenkundigkeit der *Auslegung*,²⁸² und scheint damit einem Vorschlag des Generalanwalts zu folgen.²⁸³ Geht es darum, die Rechtsprechung des EuGH in Fallgruppen anzuordnen, aufzufächern, eben anzuwenden, besteht damit keine Vorlagepflicht, selbst, wenn dies in komplexen Zusammenhängen schwierige Fragen aufwirft.²⁸⁴ Der Gerichtshof hat sich der Praxis der mitgliedstaatlichen Höchstgerichte zur Vorlagepflicht angenähert. Das trägt zur Akzeptanz dieser Rechtsprechung im Gerichtsverbund bei.

Es entspricht dem Verbundgedanken, dass die Durchsetzung der Vorlagepflicht nicht alleine Sache des Gerichtshofs ist. Einige mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte haben die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte durch nationale Verfahrensgarantien abgesichert. Die Verfassungsgerichte Deutschlands, Kroatiens, Österreichs, der Slowakei, Sloweniens und Spaniens überwachen die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte als Ausdruck nationaler Verfahrensrechte, insbesondere des Rechts auf den gesetzlichen

277 EuGH, Urteil v. 6.10.2021, Rs. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, Rn. 44 – *Consortio*.

278 Ebd., Rn. 48.

279 Ebd., Rn. 49.

280 EuGH, *CILFIT* (Fn. 274), Rn. 16, 21.

281 Zuletzt etwa noch in EuGH, Urteil v. 4.10.2018, Rs. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811, Rn. 110 – *Kommission/Frankreich*.

282 EuGH, *Consortio* (Fn. 277), Rn. 33, 39.

283 GA Bobek, Schlussanträge v. 15.4.2021, Rs. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:291, Rn. 139–149 – *Consortio*.

284 Vgl. auch Morten Broberg/Niels Fenger, If You Love Somebody Set Them Free: On the Court of Justice's Revision of the *Acte Clair* Doctrine, CML Rev. 59 (2022), 711–738 (736).

Richter.²⁸⁵ Während das Bundesverfassungsgericht das erste mitgliedstaatliche Gericht war, das die Vorlagepflicht nach innerstaatlichem Recht schützte,²⁸⁶ geht der österreichische Verfassungsgerichtshof in diesem Schutz am weitesten.²⁸⁷

Der Gerichtshof hat diese Rechtsprechung lange weder unterstützt noch unterbunden. Erst im erwähnten Urteil *Conorzio* hat er aus Art. 47 Abs. 2 GRC erstmals die Pflicht letztinstanzlicher Gerichte abgeleitet, zu begründen, wenn eine Vorlage nicht erfolgt.²⁸⁸ Der Gerichtshof erklärt nicht, wann eine Begründungspflicht besteht. Es ist jedoch durch die grundrechtliche Fundierung davon auszugehen, dass sie durch eine Aufforderung zur Vorlage durch eine Verfahrenspartei ausgelöst wird und für Auslegungs- und Gültigkeitsvorlagen gleichermaßen gilt. Damit folgt er einem Ansatz, den der EGMR auf Grundlage von Art. 6 EMRK entwickelt hat.²⁸⁹ Dass der Gerichtshof eine eigenständige, in Art. 47 Abs. 2 GRC verankerte, Begründungspflicht entwickelt, ist zu begrüßen, insbesondere da die Rechtsprechung des EGMR bislang keine klare Linie gefunden hat.²⁹⁰

V. Ausblick

Dieser Beitrag hat den Gerichtshof in seiner pluralen Struktur dargestellt: Im Zusammenwirken mit den mitgliedstaatlichen Gerichten, eingebettet in die europäische Gesellschaft. Diese Struktur war eine Innovation, die es ab den 1960er Jahren ermöglicht hat, die europäische Integration als Markintegration zu entwickeln. Der Gerichtshof hat wesentlich dazu beigetragen, Zugangshürden zu den mitgliedstaatlichen Märkten abzubauen und Wett-

285 Übersicht bei Anna Wallerman Ghavanini/Clara Rauchegger, Effective Judicial Protection before National Courts, in: Bonelli/Eliantonio/Gentile (Fn. 240), 45–60 (50–54).

286 BVerfGE 73, 339 (Rn. 74–81) – *Solange II*.

287 Jeder Verstoß gegen die Vorlagepflicht begründet einen Verstoß gegen das in der österreichischen Bundesverfassung garantierte Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, zu dieser Rechtsprechung Marcus Klamert, Austria, in: Marleen Botman/Jurian Langer (Hrsg.) National Courts and the Enforcement of EU Law: The XXIX FIDE Congress, Den Haag: Eleven 2020, 93–103 (100–102).

288 EuGH, *Conorzio* (Fn. 277), Rn. 51.

289 EGMR, *Dhabhi v Italien*, Urteil v. 8.4.2014, Nr. 17120/09, Rn. 33.

290 Jasper Krommendijk, 'Open Sesame!': Improving Access to the ECJ by Requiring National Courts to Reason their Refusals to Refer, E.L.Rev. 42 (2017), 46–62 (54–56).

bewerbsverzerrungen zu beseitigen. Er tat das, was Art. 4 EWG-Vertrag allen Organen auftrug: Einen Teil bei der Erfüllung der Aufgaben der EWG zu leisten. In dieser funktionalen Logik mobilisierte er die Bürgerinnen und Bürger für die Durchsetzung der Grundfreiheiten und aktivierte die mitgliedstaatlichen Gerichte als Erfüllungshelfen.²⁹¹

Grundlage und Struktur des Unionsrechts haben sich seither verändert. Art. 2 EUV gründet die Union auf Werten. Art. 3 Abs. 1 EUV bestimmt, dass sie den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern hat – ein umfassender und zugleich offener Auftrag zur Gemeinwohlverwirklichung.²⁹² In diesem axiologisch begründeten Konstitutionalismus übernimmt der Gerichtshof eine neue verfassungsgerichtliche Rolle: Die Werte des Art. 2 EUV sind nicht wie die Grundfreiheiten des Binnenmarkts durchzusetzen. Der Gerichtshof hat die oft widersprüchlichen verfassungsrechtlichen Prinzipien des Art. 2 EUV in Einklang zu bringen, sie differenziert und kontextsensibel gegenüber den Mitgliedstaaten und der Union anzuwenden und im „Einschätzungsverbund“ mit den anderen europäischen Verfassungs- und Höchstgerichten fortzuentwickeln.²⁹³ Der Gerichtshof legitimiert sich dabei nicht mehr nur durch die Erfüllung seiner Aufgaben, sondern muss sich nach Art. 10 EUV, wie alle Unionsorgane, demokratisch rechtfertigen. Diese neue Rolle und ihre Legitimationsbedingungen verlangen, die Organisation und die Verfahren des Gerichtshofs für weitere Akteure der europäischen Gesellschaft zu öffnen, jenseits des Kreises der „*compliance partner*“. Erste Ansätze und mögliche Fortentwicklungen hat dieser Beitrag beschrieben.

Die europäische Gesellschaft der Verfassungsinterpreten sollte jedoch nicht falsch verstanden werden. *Peter Häberles* Begriff, an dem ich Anleihe nehme, ist viel Widerspruch entgegengeschlagen: Ihm wurde vorgeworfen, einen Verlust der Interpretationsfähigkeit der Verfassung in Kauf zu nehmen und damit ein Versagen als Steuerungsinstrument.²⁹⁴ Diese Mahnungen sind auch für den Kontext des Unionsrechts relevant. Klar ist: Das Verwerfungs- und Auslegungsmonopol des EuGH ist ein Kernelement des Rechtsstaatsprinzips des Art. 2 EUV, das Rechtssicherheit und Vertrauen schafft. Es ist zudem ein potentiell identitätsstiftender Mechanismus. *Loïc*

291 Klassisch *Pierre Pescatore*, *Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe*, RIDC 26 (1974), 5–19.

292 *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.1.

293 *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV.2.

294 *Hailbronner* (Fn. 25), 31 f.

Azoulai hat darauf hingewiesen, dass sich der EuGH, trotz der Notwendigkeit des richterlichen Dialogs und der Achtung nationaler Identität, davor hüten muss, funktionalen Zwängen oder besonders einflussreichen nationalen Konzeptionen zu viel Raum zu geben.²⁹⁵ Sollen die Prinzipien des Art. 2 EUV auch eine identitätsstiftende Funktion erfüllen, muss sie der Gerichtshof sichtbar, konsistent und eigenständig mit Leben füllen.

295 *Loïc Azoulai*, Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence, RTDE 44 (2008), 29–45 (45).

Die Europäische Zentralbank – konstitutionell eingebundene Unabhängigkeit

Jürgen Bast und Karen Kaiser*

I. Situierung	1231
1. Verfassungsrechtliche Diskurse über die EZB	1231
2. Positionierung der Autor:innen	1234
II. Normbefund und Entstehungsgeschichte	1236
1. Art. 13 EUV und Art. 282 AEUV als Grundlagenbestimmungen	1236
2. Der Statusstreit im Europäischen Konvent	1238
III. Verfassungstheoretische Reflexion: Warum eine unabhängige Zentralbank der EU?	1241
1. Begründungsansätze für unabhängige Zentralbanken	1242
2. Begründungsansätze für unabhängige Verfassungseinrichtungen	1246
3. Eigener Begründungsansatz	1248
IV. Dogmatische Schlüsselfragen	1250
1. Der Organstatus der EZB: Einbindung, Aufwertung und Absonderung	1251
2. Die Rechtsnatur des EZB: Handeln im Namen der Union	1270
3. Die instrumentell-finale Determinierung der Befugnisse der EZB	1280
V. Die konstitutionell eingebundene Unabhängigkeit der EZB – eine Bilanz	1294

I. Situierung

Dieser Beitrag blickt aus einer organisationsverfassungsrechtlichen Perspektive auf die Europäische Zentralbank (EZB),¹ das jüngste der in Art. 13 EUV aufgeführten Organe.² Er zielt darauf ab, die EZB im spezifischen Modell der Gewaltenkooperation der Union zu verorten.

1. Verfassungsrechtliche Diskurse über die EZB

In den Debatten zur institutionellen Rolle der EZB können drei Phasen unterschieden werden. Im ersten Jahrzehnt nach dem Vertrag von Maastricht stand das darin niedergelegte „Mandat“ der EZB, die Preisstabilität

* Die in diesem Beitrag vertretenen Auffassungen sind alleine die der Autor:innen und nicht solche der Europäischen Zentralbank.

1 Zur makroökonomischen Verfassung der Wirtschafts- und Währungsunion und ihrem Wandel s. *Ioannidis*, in diesem Band.

2 Sie nahm ihre Arbeit als Nachfolgerin des Europäischen Währungsinstituts (EWI) zum 1. Juni 1998 auf; zur Transition *Jean-Victor Louis*, A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union, CML Rev. 35 (1998), 33–76.

im neuen Währungsgebiet zu gewährleisten, ganz im Mittelpunkt. Die akademische Community, die sich um das Projekt einer Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) bildete, deutete die Unabhängigkeit der EZB als institutionelles Korrelat dieses Mandats und notwendige Gelingensbedingung für das Projekt.³ Nach diesem Verständnis beruht die WWU auf einer Übernahme des „deutschen“ Zentralbankmodells, einschließlich der währungspolitischen Philosophie der Bundesbank.⁴ Nach Gründung der EZB erfuhr diese Sichtweise, die die Unabhängigkeit der EZB als das wesensbestimmende Merkmal ihrer Organverfassung liest, eine elaborierte rechtswissenschaftliche Zuspitzung: Die EZB sei eine „independent specialized organization“ auf Augenhöhe mit den drei bestehenden Gemeinschaften (EG, Euratom, EGKS).⁵ Die These eines extrakonstitutionellen Status der EZB ist nicht unwidersprochen geblieben,⁶ ein Streit, der im Europäischen Konvent 2002/2003 in der politischen Arena fortgesetzt wurde.⁷ Auch wenn sich diese Sichtweise in ihrer radikalen Fassung nicht durchsetzen konnte,⁸ prägt die (Selbst-)Wahrnehmung einer verfassungsrechtlichen Sonderstellung die institutionelle Kultur der EZB und die Auslegung der Verträge ein Stückweit bis heute.

-
- 3 René Smits, *The European Central Bank: Institutional Aspects*, The Hague: Kluwer Law Int. 1997; Matthias Herdegen, *Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom*, CML Rev. 35 (1998), 9–32; Jan Endler, *Europäische Zentralbank und Preisstabilität*, Stuttgart: Boorberg 1998; Christoph Herrmann, *Währungshoheit, Währungsverfassung und subjektive Rechte*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010.
 - 4 Dabei handelt es sich um eine Hypostasierung der Praxis der Bundesbank, die sich erst in den 1980er Jahren herausgebildet hat, s. Matthias Goldmann, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, GLJ 21 (2020), 1058–1077 (1067 ff.), vgl. Otmar Issing, § 1: *Entwicklungsgeschichte der Wirtschafts- und Währungsunion*, in: Ulrich Hufeld/Christoph Ohler (Hrsg.), *Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 9, Baden-Baden: Nomos 2022, 45–69 (Rn. 75 f.).
 - 5 Martin Selmayr, *Die Wirtschafts- und Währungsunion als Rechtsgemeinschaft*, AöR 124 (1999), 357–399; Chiara Zilioli/Martin Selmayr, *The European Central Bank: An Independent Specialized Organization of Community Law*, CML Rev. 37 (2000), 591–644.
 - 6 Ramon Torrent, *Whom is the European Central Bank the Central Bank of?* CML Rev. 36 (1999), 1229–1241; Reimer von Borries, *Die Europäische Zentralbank als Gemeinschaftsinstitution*, ZEuS 2 (1999), 281–312.
 - 7 Dazu unten, in II.
 - 8 EuGH, Urteil v. 10.7.2023, Rs. C-11/00, ECLI:EU:C:2003:395, Rn. 92 („fügt sich] in den Gemeinschaftsrahmen ein“), Rn. 135 („nicht ... völlig von der ... Gemeinschaft gesondert“) – *Kommission/EZB*.

Die zweite Phase wird durch die sog. Eurokrise der 2010er-Jahre bestimmt. Die Erfahrung der Instabilität des globalen Finanzsystems und die Staatsschuldenkrisen im Euroraum exponierten die EZB in einem zuvor unbekannten Maße für Kritik aus der Zivilgesellschaft und von staatlichen Gerichten. Im Zuge der Krisenbekämpfungsmaßnahmen geriet sie ins Kreuzfeuer unvereinbarer Positionen in transnationalen Solidaritätskonflikten: Während sie im Süden Europas als Teil der sog. Troika für eine unsoziale Austeritätspolitik verantwortlich gemacht wird, begegnet ihr aus dem Norden der Vorwurf einer indirekten Staatsfinanzierung und Enteignung der Sparer.⁹ In den begleitenden wissenschaftlichen Debatten vermischen sich Policy-Fragen mit verfassungsrechtlichen Fragen nach den Grenzen der EZB-Kompetenzen.¹⁰ Die Kritik entzündete sich vor allem an ihren „unkonventionellen“ Programmen zum Ankauf von Staatsanleihen,¹¹ die dann ihrerseits ab 2014 das Spielfeld wurden, auf dem der verfassungsrechtliche Grundsatzstreit über gerichtliche Letztentscheidungsbefugnisse ausgetragen wurde,¹² der schließlich zum desaströsen PSpP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts führte.¹³

In der gegenwärtigen Phase bezieht sich die Diskussion auf eine EZB, die aus der vielbeschworenen „Polykrise“ der Union verändert hervorgegangen

9 Ausf. *Anuscheh Farahat*, Transnationale Solidaritätskonflikte: Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung in der Eurokrise, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

10 In der ersten Phase der „Krisenliteratur“ hatte dieses Thema noch eine untergeordnete Bedeutung, vgl. *Mark Dawson/Floris de Witte*, Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis, MLR 76 (2013), 817–844; s. aber *Christoph Herrmann*, Die Bewältigung der Euro-Staatsschuldenkrise an den Grenzen des deutschen und europäischen Verfassungsrechts, EuZW 2012, 805–812.

11 *Alexander Thiele*, Das Mandat der EZB und die Krise des Euro, Tübingen: Mohr Siebeck 2013; *Christoph Ohler*, Unkonventionelle Geldpolitik, Tübingen: Mohr Siebeck 2021; *Klaus Tuori*, The European Central Bank and the European Macroeconomic Constitution, Cambridge: CUP 2022, 193 ff.

12 Die OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts katalysierte die Diskussion: GLJ 15 (2014), Special Issue: The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court; *Michelle Everson*, An Exercise in Legal Honesty: Rewriting the Court of Justice and the *Bundesverfassungsgericht*, ELJ 21 (2015), 474–499; *Alicia Hinarejos*, The Role of Courts in the Wake of the Eurozone Crisis, in: *Mark Dawson/Henrik Enderlein/Christian Joerges* (Hrsg.), Beyond the Crisis: The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation, Oxford: OUP 2015, 112–136.

13 GLJ 21 (2020), Special Section: The German Federal Constitutional Court's PSpP Judgment; zur Unzulässigkeit einer Ultra-vires-Kontrolle von Unionsakten *Jürgen Bast*, in: *Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 5 EUV, Rn. 33a.

ist. Die „neue EZB“¹⁴ nimmt ein erweitertes Spektrum von Aufgaben wahr und ist vielfach in ein Geflecht mit anderen Akteuren eingebunden. Sie wird nicht nur bei der Überwachung von Konditionalitäten im Rahmen von EFSF/ESM-Programmen tätig,¹⁵ sondern steht an der Spitze eines Verbunds zur Überwachung systemrelevanter Banken.¹⁶ An sie richten sich verstärkt Erwartungen als Akteur diskretionärer politischer Entscheidungen, etwa im Kontext des European Green Deal.¹⁷ Dies wirft zum einen Fragen nach der Kompatibilität mit ihren geldpolitischen Funktionen auf und verstärkt den Rechtfertigungsdruck auf die Unabhängigkeit der EZB.¹⁸ Zum anderen intensivieren sich die Fragen nach der Rechenschaftspflicht der EZB und ihrem Verhältnis zu den politischen Organen der Union.¹⁹

2. Positionierung der Autor:innen

Auf diesem Terrain neuer Herausforderungen und ungesicherter verfassungsrechtlicher Grundlagen will dieser Beitrag zur Orientierung beitragen. Ausgehend von einem an den Fundamentalbestimmungen der Verträge orientierten, kernverfassungsrechtlichen Ansatz sind drei Gedanken für die Autor:innen interpretationsleitend.

Erstens verfolgt dieser Beitrag eine Agenda des *constitutional mainstreaming*, also ein Programm der interpretativen Einheitsbildung durch Akti-

14 Thomas Beukers/Diane Fromage/Giorgio Monti (Hrsg.), *The New European Central Bank: Taking Stock and Looking Ahead*, Oxford: OUP 2022.

15 Art. 13 Abs. 7 ESM-Vertrag; dazu EuGH, Urteil v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 155 ff. – *Pringle*.

16 Vgl. Art. 127 Abs. 6 AEUV; *Alexander Kern*, *The ECB's Role in the European Banking Union*, in: Beukers/Fromage/Monti (Fn. 14), 156–183.

17 *Klaus Tuori*, *The Constitutional Assessment of the ECB's Objectives and Tasks outside Monetary Policy*, in: ECB (Hrsg.), *Treading Softly: How Central Banks are Addressing Current Global Challenges: ECB Legal Conference 2023*, Frankfurt a.M.: ECB 2023, 39–53; *Chiara Zilioli/Michael Ioannidis*, *Climate Change and the Mandate of the ECB: Potential and Limits of Monetary Contribution to European Green Policies*, CML Rev. 59 (2002), 363–394; zu den kompetenzrechtlichen Fragen unten, IV.3.

18 Die Aufgabenerweiterung wird innerhalb der EZB als Bedrohung für ihre Unabhängigkeit angesehen; instruktiv für diese Sichtweise: Keynote address by Yves Mersch, 30.3.2017, verfügbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2017/html/sp170330.en.html>.

19 *Deirdre Curtin*, *Accountable Independence of the European Central Bank: Seeing the Logics of Transparency*, ELJ 23 (2017), 28–44; *Diane Fromage/Paul Dermine/Phedon Nicolaides/Klaus Tuori* (Guest Eds.), MJ 26 (2019), Special Issue: *The ECB's Accountability in a Multilevel European Order*.

vierung allgemeiner Lehren und Begriffe des Unionsverfassungsrechts. Das Währungsrecht der Union hat sich in der Isolation einer eigenen, stark ökonomisch geprägten Interpretationsgemeinschaft entwickelt und ist vielfach durch idiosynkratische Begrifflichkeiten geprägt (etwa „Mandat“, in dem die dogmatische Unterscheidung zwischen Aufgaben und Befugnissen verschwimmt). Dies erschwert es, die EZB als Verfassungsorgan der Union zu verstehen, wie es Art. 13 EUV fordert.

Zweitens findet dieses Programm der Einheitsbildung seinen Anker in den republikanischen Verfassungsprinzipien des Art. 2 EUV, der die Legitimationsgrundlagen der Union (und ihrer Mitgliedstaaten) benennt. Für das Recht der EZB beinhaltet dies eine Umstellung auf einen prinzipienorientierten, post-funktionalistischen Konstitutionalismus. Die Organisationsverfassung der WWU ist nicht (mehr) als Verwirklichung eines festgeschriebenen weltanschaulichen oder ökonomischen Programms, sondern als Ausdruck verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen zu deuten, die Raum für unterschiedliche Präferenzen lassen, die in der europäischen Gesellschaft legitimerweise auch in währungspolitischen Fragen bestehen.²⁰

Drittens ermutigt die Integrationsteleologie der Verträge (Art. 1 Abs. 2 EUV) dazu, Verfassungsentwicklung auch im Bereich des Organisationsrechts nicht als Ausdruck fehlender Normativität der Verfassung oder Rückfall in den intergouvernementalen Naturzustand zu verstehen,²¹ sondern als einen konstitutionellen Normalfall.²² Dies gilt in besonderem Maße für das Unionsverfassungsrecht, das reflexiv die Maßstäbe der projektierten Entwicklung selbst bereitstellt und damit auf Transformation angelegt ist.²³ Dabei ist allerdings die intertemporale Wahrung von in die EU-Verträge eingelassenen Verfassungskompromissen als Aufgabe und Grenze der Verfassungsrechtsinterpretation zu beachten.²⁴ Gegebenenfalls muss es bei der Benennung von Spannungen zwischen verschiedenen Sinn- und Zeit-

20 Zur Deutungs Offenheit der Verfassung als Bedingung dafür, dass sie ihre integrative und reflexive Funktion entfalten kann, s. *Farahat* (Fn. 9), 345 ff.

21 Vgl. *Frank Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 21 (2012), 184–225 (204 ff.).

22 Grundlegend *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden: Nomos 1982; dazu im vorliegenden Kontext auch *Ioannidis*, in diesem Band, III.1.

23 *Jürgen Bast*, The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution, GLJ 6 (2005), 1433–1452.

24 Vgl. *Stylianios-Ioannis G. Koutnatzis*, Kompromisshafte Verfassungsnormen, Baden-Baden: Nomos 2010; *Jürgen Bast*, Totalitärer Pluralismus, Tübingen: Mohr Siebeck 1999, 52 ff.

schichten des Primärrechts sein Bewenden haben, die nur durch Vertragsänderungen abzubauen sind.

II. Normbefund und Entstehungsgeschichte

1. Art. 13 EUV und Art. 282 AEUV als Grundlagenbestimmungen

Die institutionelle Grundkonfiguration der Währungsunion geht schon auf den Maastrichter Vertrag zurück.²⁵ Die entsprechenden Bestimmungen finden sich heute im Dritten Teil des AEUV zu den internen Politiken der Union und dem Protokoll (Nr. 4) über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank (ESZB/EZB-Satzung). Art. 13 EUV gehört zum Lissabonner Normbestand der Verträge, der Art. 5 EUV a.F. und Art. 7 und 8 EGV abgelöst hat.²⁶

Art. 13 Abs. 1 EUV definiert die EZB als Teil des „institutionellen Rahmens“ und eines von sieben „Organen der Union“, die an die in Art. 13 Abs. 2 EUV niedergelegten Grundsätze gebunden sind. Im Übrigen verweist Art. 13 Abs. 3 EUV auf den AEUV; in den Art. 14–19 EUV „fehlt“ ein Art. 19a EUV, der grundlegende Aussagen zur EZB enthält. Teil I des Verfassungsvertrags von 2004 hat eine solche Bestimmung vorgesehen (Art. I-30); sie findet sich in Art. 282 AEUV als Kopftitel des Abschnitts mit allgemeinen Bestimmungen über die EZB.²⁷ Funktional entspricht Art. 282 AEUV den Art. 14 EUV ff. für die übrigen Organe; es handelt sich, ungeachtet ihrer ungewöhnlichen Platzierung im Sechsten Teil des AEUV, um eine Grundlagenbestimmung zweiter Ordnung.²⁸

Das Währungsverfassungsrecht zeichnet sich durch besondere Komplexität aus. Die Kaskade der primärrechtlichen Normen erstreckt sich über vier Stufen, die den Verfassungskern der Verträge konkretisieren: Die

25 Zur Entstehungsgeschichte *Harold James*, *Making the European Monetary Union: The Role of the Committee of Central Bank Governors and the Origins of the European Central Bank*, Cambridge, MA: Belknap Press 2012.

26 Art. 8 EGV behandelte die Schaffung des ESZB und der EZB; in den beiden anderen Vorschriften, die die Organe der Union bzw. Gemeinschaft auflisten, wurde die EZB nicht genannt.

27 Ebenso ist der Lissabonner Vertragsgesetzgeber mit dem Rechnungshof verfahren, Art. 285–287 AEUV.

28 Zur Funktion *Martin Selmayr*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 282 AEUV, Rn. 1 ff.; zum Begriff von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.2.

Grundlagenbestimmungen erster und zweiter Ordnung (Art. 3 Abs. 4 und Art. 13 EUV, Art. 3 und 282 AEUV) werden durch zahlreiche Vorschriften in den Art. 127–144, 283–284 AEUV konkretisiert, die wiederum in der aus 50 Artikeln bestehenden ESZB/EZB-Satzung teilweise wiederholt, teilweise substanziell ergänzt werden. Die beiden letztgenannten Stufen sind weit davon entfernt, lediglich Detailfragen zu behandeln. Wie wir noch sehen werden, erschließt sich das organisationverfassungsrechtliche Profil der EZB erst, wenn man auch das „einfache Verfassungsrecht“ einbezieht. Hier sind die interpretativen Ordnungsleistungen, aber auch das kritische Potenzial der Rechtswissenschaft in besonderem Maße gefordert.

Die weitere Untersuchung nimmt, dem Modus der übrigen Beiträge zu den Verfassungsorganen folgend, die Grundlagenbestimmung des Art. 282 AEUV zum Ausgangspunkt. Die EZB wird darin als Leitungsebene des Europäischen Systems der Zentralbanken (ESZB) charakterisiert, das – in Form des Eurosystems – die Währungspolitik der Union betreibt (Abs. 1, 2).²⁹ Eckpunkte der Organverfassung der EZB sind ihre Rechtspersönlichkeit und ihre Unabhängigkeit, auch in finanzieller Hinsicht (Abs. 3). Ferner werden bestimmte kompetenzrechtliche Fragen geklärt, sowohl im vertikalen Verhältnis (Abs. 3 S. 2, Abs. 4) als auch im horizontalen (Abs. 5).

Im Konzert der Unionsorgane zeichnet sich die EZB damit durch drei Besonderheiten aus, die in Art. 13 EUV unsichtbar bleiben und ihr Alleinstellungsmerkmale verleihen. Sie ist die Leitungsebene eines „Systems“, das mitgliedstaatliche Handlungsträger einschließt, sie ist ein Organ mit Rechtspersönlichkeit und eigenen Beschlussorganen, und sie ist das einzige nicht-judikative Organ, das Unabhängigkeit gegenüber unionalen wie mitgliedstaatlichen Stellen genießt und zugleich über Entscheidungsbefugnisse verfügt. Auf all diese Punkte wird an geeigneter Stelle zurückzukommen sein.

29 Der in der Praxis entwickelte Begriff „Eurosystem“ findet sich nur an dieser Stelle und in Art. 1 S. 2 ESZB/EZB-Satzung. Das Eurosystem besteht aus der EZB und den nationalen Zentralbanken der Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist. Die grundlegenden Aufgaben des ESZB nach Art. 127 Abs. 2 AEUV, insbesondere die, die Geldpolitik der Union festzulegen und auszuführen, finden gemäß Art. 139 Abs. 2 lit. c AEUV keine Anwendung auf die Mitgliedstaaten, für die eine sog. Ausnahmeregelung gilt, also deren Währung nicht der Euro ist. Die Autor:innen dieses Beitrags orientieren sich an der Praxis des EuGH, grundsätzlich nur auf das ESZB zu verweisen, auch wenn in der Sache das Eurosystem gemeint ist, z.B. EuGH, Urteil v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 33 ff. – *Gauweiler*.

2. Der Statusstreit im Europäischen Konvent

Der Text des Art. 282 AEUV geht auf den Europäischen Konvent zurück und ist im Wesentlichen unverändert geltendes Recht geworden. In den Beratungen waren diese Vorschriften bis auf Einzelstimmen nicht umstritten – abgesehen von terminologischen Fragen. Über diese wurde umso heftiger gestritten, namentlich über die Qualifizierung der EZB als „Organ“ und in der Folge über die systematische Platzierung einer ihr gewidmeten Vorschrift im neuen Grundlagendokument. In diesem auf offener Bühne ausgetragenen Statusstreit artikulierten sich drei verfassungspolitische Lager, die in der Debatte über die Stellung der EZB im Gewaltenteilungsgefüge der Union bis heute erkennbar sind.

Eine Reform der Währungsverfassung gehörte nicht zu den Themen, die der Europäische Rat von Laeken auf die Agenda des Konvents gesetzt hatte. Eine Debatte über die Rolle der EZB entzündete sich erst, nachdem das Konventions-Präsidium im Oktober 2002 einen „Preliminary Draft“ eines Verfassungsvertrags vorgelegt hatte (das sog. Skeleton), in dem die EZB in einer Gesamtliste als Organ der neuen Union firmierte.³⁰ Der erste Vorentwurf für die institutionellen Vorschriften des Vertrags vom April 2003, der die Grundlage für die weiteren Beratungen bildete, hielt daran fest. Er entsprach in Text und Konzeption weitgehend dem heutigen Art. 13 EUV, einschließlich der Liste der Organe, die das „single institutional framework“ der Union darstellen.³¹ Die institutionellen Akteure hinter diesem Entwurf – nennen wir sie die Gouvernamentalisten – verfolgten damit das allgemeine Ziel einer rationalisierenden „Neuordnung der Verträge“ im Anschluss an frühere Bemühungen um einen Basisvertrag, das an anderer Stelle in diesem Band ausführlich diskutiert wird.³² Speziell mit Blick auf die EZB wird das Ziel deutlich, sie in den Verfassungsrahmen der Union einzubinden und damit ein Primat der Politik gegenüber anderslautenden Selbstdeutungen durchzusetzen.

Bereits das Skeleton hatte in Zentralbankkreisen und ihrem intellektuellen Umfeld – nennen wir sie die Partei der Unabhängigkeit – für Unruhe gesorgt, zumal darin die Besonderheiten der EZB, insbesondere ihre Unabhängigkeit und die Einbindung in das ESZB/Eurosystem, keine Erwähnung fanden. In einem ungewöhnlichen Schritt sah sich Wim Duisenberg, der

30 CONV 369/02, 28.10.2002.

31 CONV 691/03, 24.4.2003.

32 Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.2.

Präsident der EZB, im Mai und Juni 2003 zu einer Intervention beim Präsidium des Konvents veranlasst. Insgesamt begegnete dieses Lager einer „Aufwertung“ der EZB zum Organ der Union mit Skepsis. Die Bindung an übergreifende Verfassungsziele und die explizite Erwartung einer loyalen Zusammenarbeit mit den anderen Organen schienen in ihren Folgewirkungen schwer abschätzbar und das Ziel der Preisstabilität zu relativieren.³³ Die ambivalente Haltung der EZB gegenüber einem Organstatus ist noch in ihrer offiziellen Stellungnahme zum Verfassungsvertrags-Entwurf deutlich zu erkennen.³⁴

In der Debatte des Konvents verschaffte sich indes noch ein weiteres Lager Gehör: die Partei der Föderalisten. Unter den zahlreichen Änderungsvorschlägen und Plenarbeiträgen zu den institutionellen Vorschriften, die der Entwurf vom April 2003 motiviert hat,³⁵ ragt ein von Elmar Brok, Jacques Santer und 29 weiteren Konvents-Mitgliedern unterstützter Vorschlag heraus, die EZB (ebenso wie den Europäischen Rat) aus der Liste der Organe zu streichen. Sie solle vielmehr als „Einrichtung“ (engl. *organisation*) der Union in einem gesonderten Artikel erwähnt werden. Zur Begründung heißt es: „[T]here is no doubt that [the ECB] is one of the important bodies of the EU. But it is less an organ and more an instrument for administering the Euro and doing so by strictly following the principle of price stability.“ Aufgrund ihres „specific character“ solle sie nicht als „institution“ firmieren.³⁶ Hier wird eine andere Sorge deutlich als bei der Partei der Unabhängigkeit: Es droht nicht eine Verwässerung des Mandats

33 Vgl. Deutsche Bundesbank, Zur Währungsverfassung nach dem Entwurf einer Verfassung für die Europäische Union, Monatsbericht November 2003, 67–71 (69 f.); Ludwig Gramlich/Cornelia Manger-Nestler, Währungsrechtliche Defizite der Verfassung für Europa, EuZW 2005, 193; weitere Nachweise und Entkräftung bei Ulrich Häde, Die Wirtschafts- und Währungsunion im Vertrag von Lissabon, EuR 2009, 200–218 (214 f.).

34 Stellungnahme der Europäischen Zentralbank vom 19. September 2003 auf Ersuchen des Rates der Europäischen Union zum Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa (CON/2003/20) (2003/C 229/04), ABl. 2003 C 229/7, darin unter Nr. 11: „Wegen ihrer speziellen institutionellen Eigenschaften muss die EZB von den ‚Organen der Union‘ unterschieden werden, und dies rechtfertigt es, dass die EZB in Artikel I-18 nicht aufgeführt wird.“ Vgl. auch EZB, Die Europäische Verfassung und die EZB, Monatsbericht August 2004, 55.

35 Eine thematische Übersicht der Änderungsvorschläge in CONV 709/03, 9.5.2003. Allein 30 Vorschläge betrafen den Kopftitel zu den Organen.

36 Brok u.a., Suggestion for amendment of Article 14: The Union’s Institutions, undatiert.

der Preisstabilität, sondern des föderalen Integrationsprogramms, für das die „klassischen“ Organe der Union stehen.

Diese Position konnte das Konventions-Präsidium kaum ignorieren, stand hinter dem Vorschlag doch praktisch die gesamte EVP-Gruppe im Konvent.³⁷ Eine Lösung zeichnete sich zunächst nicht ab.³⁸ Im finalen Entwurf für die institutionellen Bestimmungen, den das Präsidium im Juni 2003 vorlegte³⁹ und der sich als konsensfähig erwies,⁴⁰ wird die EZB nicht mehr im ersten Kapitel unter der Überschrift „Institutioneller Rahmen“ genannt, sondern in einem eigenen Kapitel mit der Überschrift „Sonstige Organe und Einrichtungen“. Dort wird sie als „Organ, das Rechtspersönlichkeit besitzt“ bezeichnet. Der Kompromiss sah also vor, eine Unterscheidung zwischen Hauptorganen und „sonstigen“ Organen (der EZB und dem Rechnungshof) einzuführen.⁴¹

Dieser Kompromiss ging schließlich in den vom Konvent angenommenen Gesamttext ein (Art. 18 zu den Organen, Art. 29 zur EZB) und wurde, redaktionell leicht überarbeitet, Teil des Verfassungsvertrags (Art. I-19 bzw. Art. I-30). Das Ergebnis der Beratungen zum Status der EZB kann demnach als Punktsieg für die Partei des Föderalismus gewertet werden. Die Partei der Unabhängigkeit hat ihrerseits erreicht, dass die institutionellen Besonderheiten der EZB in dem ihr gewidmeten Artikel klar hervorgehoben werden.⁴²

Zu den kaum beachteten Unterschieden zwischen dem gescheiterten Verfassungsvertrag und dem Lissabonner Vertrag gehört es, dass dieser Kompromiss im Statusstreit im Zuge der Regierungskonferenz 2007 wieder kassiert wurde.⁴³ Diese Revision ist bereits im „Berliner Mandat“ vorge-

37 Darunter der spätere Kanzleramtsminister Peter Altmaier als Vertreter des Deutschen Bundestags, nicht allerdings der Ministerpräsident Erwin Teufel, den der Bundesrat entsandt hatte.

38 In dem überarbeiteten Text des Vertrags, den das Präsidium am 24.5.2003 übermittelte (CONV 724/03), waren die Artikel über die Organe noch unverändert. Die Vorschläge aus dem Konvent seien „häufig diametral entgegengesetzt“, heißt es zur Begründung.

39 CONV 777/03, 2.6.2003.

40 CONV 797/03, 10.6.2003.

41 So die Erläuterung des Präsidiums in CONV 777/03, 2.6.2003. In der französischen Fassung des Dokuments ist von „les principales institutions“ die Rede.

42 Vgl. Chiara Zilioli/Martin Selmayr, *The Constitutional Status of the European Central Bank*, CML Rev. 44 (2007), 355–399 (386 ff.).

43 Florian Becker, in: Helmut Siekmann (Hrsg.), *The European Monetary Union: A Commentary on the Legal Foundations*, Oxford: Hart 2022, Article 282 TFEU,

zeichnet, wenngleich an versteckter Stelle und ohne Begründung.⁴⁴ Die EZB ist nunmehr doch ein „Organ der Union“, ohne ein qualifizierendes Attribut. Dies hebt sie deutlicher als im Verfassungsvertrag von den beratenden Einrichtungen ab. Eine feine symbolische Unterscheidung aber bleibt, wie vom Konvent gewollt: In den Grundlagenbestimmungen des EUV ist ihr kein eigener Kopftitel gewidmet, anders als den fünf erstgenannten Organen. Diese Abstufung wird aber nicht begrifflich abgebildet.

In der Sache kehrt der Lissabonner Vertrag damit zu der Lösung zurück, die bereits der Entwurf des Präsidiums aus dem April 2003 favorisiert hatte – ein später Sieg der Partei der Gouvernamentalität, die den Arkanraum der Regierungsberatungen dazu nutzen konnte, das traditionelle Verständnis des „institutionellen Rahmens“ zu ändern und die fortbestehenden Bedenken hinsichtlich der diffusen Rückwirkungen auf die Unabhängigkeit der EZB zu überwinden.

III. Verfassungstheoretische Reflexion: Warum eine unabhängige Zentralbank der EU?

Die Unabhängigkeit der EZB ist unbestritten ein, wenn nicht sogar das zentrale Merkmal ihrer Organverfassung. Im Ausgangspunkt fokussiert dieses Rechtsregime auf die Abschirmung der Beschlussorgane der EZB und der nationalen Zentralbanken, soweit sie als Teil des ESZB agieren, gegenüber Weisungen und anderen Formen der Beeinflussung (Art. 282 Abs. 3 S. 4 AEUV, konkretisiert in Art. 130 AEUV und Art. 7 ESZB/EZB-Satzung). Unabhängigkeit meint hier in erster Linie Entscheidungsautonomie.⁴⁵ Sie wird flankiert von der institutionellen Gewährleistung finanzieller Autonomie der EZB (Art. 282 Abs. 3 S. 3 AEUV). Wie wir noch sehen werden (unter IV.1.), ist das organisationsrechtliche Profil der EZB durch weitere Besonderheiten geprägt, die in diesem Kontext zu sehen sind, insbesondere

Rn. 68 f.; Häde, Die Wirtschafts- und Währungsunion (Fn. 33), 210: „zumindest protokollarisch eine wesentliche Änderung“.

44 Dort heißt es nur vage: „Der neue Titel III wird einen Überblick über das institutionelle System geben“ (Punkt 12, unter den „Änderungen des EU-Vertrags“); die systematische Platzierung des späteren Art. 282 AEUV ergibt sich aus Punkt 16 der Anlage 2 „Änderungen des EG-Vertrags“, dort, in Abschnitt B „Präzisierung, an welcher Stelle bestimmte Bestimmungen aufgenommen werden“.

45 Der EuGH spricht davon, ihre Unabhängigkeit solle die EZB „vor jedem politischen Druck bewahren“: EuGH, *Kommission/EZB* (Fn. 8), Rn. 134; *Gauweiler* (Fn. 29), Rn. 40.

ihre erweiterte Verwaltungsautonomie sowie ihre funktional beschränkte Transparenz und externe Kontrolle.

In verfassungstheoretischer Hinsicht wirft die konstitutionell garantierte Unabhängigkeit der EZB die Frage auf, wie sie sich zu dem in Art. 10 EUV niedergelegten Modell demokratischer Legitimation verhält. Nach Art. 10 Abs. 1 EUV beruht die Union auf dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie, der als unionsspezifische Konkretisierung des fundamentalen Prinzips der Demokratie zu lesen ist.⁴⁶ Wie ist es möglich, die EZB und das Handeln des ESZB als Teil der Prozesse einer europäischen Gesellschaft zu verstehen, die sich an den Werten und Prinzipien des Art. 2 EUV ausrichtet, wenn Art. 282 AEUV die EZB gerade nicht als ein repräsentatives, sondern als unabhängiges Organ konzipiert?

1. Begründungsansätze für unabhängige Zentralbanken

a) Unabhängige Organe als Wesensmerkmal supranationaler Verfasstheit

Ein Begründungsansatz situiert den nicht-repräsentativen Charakter der EZB im spezifischen Kontext eines überstaatlichen Integrationsverbands. Unabhängigkeit erscheint hier als Wesensmerkmal supranationaler Verfasstheit. Sie meint vorrangig die Abschirmung unionaler Entscheidungsträger gegenüber der Einflussnahme aus den Mitgliedstaaten, um eine originär europäische Gemeinwohlperspektive, unabhängig von (dominanten) nationalen Interessen, zu ermöglichen. Entsprechend konkretisiert sich Unabhängigkeit in erster Linie darin, dass das Organ nicht intergouvernemental strukturiert ist und die Organwähler in keinem Weisungs- oder Rechtfertigungszusammenhang mit staatlichen Stellen stehen.

Nach diesem Verständnis stellt die EZB keinen Sonderfall dar, sondern sie ist Teil einer mehrgliedrigen *independent branch* der Union, die neben der EZB insbesondere aus der Kommission und dem EuGH besteht. Deren supranationale Unabhängigkeit wird als eine wesentliche Erfolgsbedingung für die Wirkungsmacht der Union gesehen.⁴⁷ Eine einflussreiche Theoretisierung hat *Majone* unterbreitet, wonach die Kommission als Treuhänderin (*trustee*) der Mitgliedstaaten zu deuten ist und nicht als deren Beauftragte

46 Ausf. Möllers, in diesem Band, II.2.

47 Vgl. *Antoine Vauchez*, *Democratizing Europe*, New York: Palgrave Macmillan, 2016, 51: „the force of Europe“; in diese Richtung auch EuGH, *Kommission/EZB* (Fn. 8), Rn. 133.

(agent), sodass Tendenzen zur Politisierung der Kommission kritisch zu bewerten sind.⁴⁸

Nach dem Verständnis der hiesigen Autor:innen verfehlt das Treuhänder-Modell die Legitimationsgrundlagen von Kommission und EZB gleichermaßen. Art. 10 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 EUV überantworten der Kommission einen Auftrag zur Konkretisierung des europäischen Gemeinwohls, konzipieren sie aber sehr wohl als Organ, das in einem demokratischen Rechtfertigungszusammenhang steht, insbesondere mit dem Europäischen Parlament.⁴⁹ Die Unabhängigkeit der EZB dagegen ist auch und gerade mit Blick auf die übrigen Organe der Union formuliert, kann also nicht allein aus ihrer supranationalen Verfasstheit erklärt werden. Insgesamt erteilen die Verträge mit Art. 2 EUV einem Verständnis eine Absage, das demokratische Prozesse exklusiv auf der nationalen Ebene verortet.⁵⁰ Das problematische, tendenziell antiparlamentarische Erbe eines solchen funktionalistischen Verständnisses von Supranationalität liegt heute offen zu Tage.⁵¹ Die an die EZB gerichtete Frage lautet vielmehr, wie sie als Treuhänderin einer demokratisch verfassten europäischen Gesellschaft (nicht: der Mitgliedstaaten) gedacht werden kann.

b) Unabhängige Zentralbanken als institutionelle Gewährleistung von Preisstabilität

Auf den spezifischen Zentralbank-Kontext stellt ein anderer Begründungsansatz ab, der auf einer ökonomischen Rechtfertigungsstrategie beruht. Danach fördert die Unabhängigkeit die Glaubwürdigkeit der Zentralbanken bei der Gewährleistung von Preisstabilität.

48 *Giandomenico Majone*, Dilemmas of European Integration: The Ambiguities & Pitfalls of Integration by Stealth, Oxford: OUP 2005; in der Bestandsaufnahme, wenn auch nicht in den Schlussfolgerungen ebenso *Vaucher*, *Democratizing Europe* (Fn. 47), 53.

49 Übereinstimmend von *Achenbach* und *Krämer/Wendel*, in diesem Band.

50 Zu Art. 2 EUV als Norm des Europäischen Verfassungsrechts, die Union und Mitgliedstaaten adressiert, s. von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band.

51 *Frank Schorkopf*, Die unentschiedene Macht: Verfassungsgeschichte der Europäischen Union 1948–2007, Göttingen: Vandenhoeck 2023, 36 ff.; *Bo Stråth/Hagen Schulz-Forberg*, The Political History of European Integration: The Hypocrisy of Democracy-Through-Market, Abingdon: Routledge 2010.

Dies beruht auf folgenden Wirkungszusammenhängen: Der Wert einer Fiat-Währung, die wie der Euro künstlich erschaffen und nicht an den Preis eines Rohstoffes gebunden ist, kann nicht allein durch das Versprechen einer niedrigen Inflation fest verankert werden. Aufgrund der Wechselwirkungen zwischen Inflation und Inflationserwartungen müssen auch die Wirtschaftsteilnehmer davon überzeugt werden, dass dieses Versprechen eingehalten wird. Ohne unabhängige Zentralbanken entstünde jedoch ein Glaubwürdigkeitsproblem. Gerade wenn die Inflationserwartungen niedrig sind, ist nämlich die Versuchung für politische Entscheidungsträger, die Wahlzyklen unterliegen, am größten, diese günstige Situation durch eine Lockerung der Geldpolitik auszunutzen. Diese Kurzfristigkeit führt zu einer Inflationsverzerrung, die es schwierig macht, glaubwürdig Maßnahmen zu versprechen, die niedrige Inflationserwartungen im Laufe der Zeit bestätigen. Um dieses Problem der Zeitinkonsistenz zu überwinden, muss die Geldpolitik einer Institution anvertraut werden, die ausreichend von diesen Zyklen entkoppelt, mit anderen Worten keinem politischen Druck demokratisch verantwortlicher Entscheidungsträger ausgesetzt ist.⁵²

Der Vorzug dieser Argumentationslinie gegenüber ihrer simplifizierten populären Version besteht zunächst einmal darin, dass nicht das überlegene Wissen ökonomischer Expert:innen in den Zentralbank-Organen in den Mittelpunkt gestellt wird. Eine solche Rechtfertigung könnte nicht begründen, warum Expert:innen nicht auch in zahlreichen anderen Feldern an die Stelle demokratisch verantwortlicher Politiker:innen treten sollten.⁵³ Auf einer vorgelagerten Ebene sieht sich dieser ökonomische Begründungsansatz aber gleichwohl dem Einwand ausgesetzt, woher er seine Normativität bezieht. Er beruht auf wirtschaftswissenschaftlichen Annahmen, die zu einem gegebenen Zeitpunkt breite Unterstützung in der Fachcommunity haben und für die empirische Evidenz sprechen mögen – als wissenschaftliche Erkenntnisse sind sie ihrer Natur nach fallibel und umstritten.⁵⁴ Um sich nicht doch dem Vorwurf auszusetzen, einem technokratischen Elitismus das Wort zu reden,⁵⁵ bedarf eine wissenschaftliche Rechtfertigung un-

52 Exempl. *Nils Herger*, *Understanding Central Banks*, Wiesbaden: Springer 2019, 142 ff.; *Mersch* (Fn. 18).

53 Vgl. *Möllers*, in diesem Band, III.2.

54 Zu ökonomischen Argumenten gegen unabhängige Zentralbanken *Alexander Thiele*, *The Independence of the ECB: Justification, Challenges, and Possible Threats*, in: *Beukers/Fromage/Monti* (Fn. 14), 237–264 (241–243).

55 Zu den Legitimationsproblemen eines makroökonomischen *gouvernement des experts* s. *Kaarlo Tuori*, *European Constitutionalism*, Cambridge: CUP 2015, 217 ff.

abhängiger Zentralbanken einer Rückbindung an eine normative Theorie, die mit Art. 2 EUV kompatibel ist.

c) Rechtfertigung aus dem Gegenüber von monetärer und fiskalischer Gewalt

Eine solche normative Politische Theorie der Unabhängigkeit von Zentralbanken hat *Paul Tucker* unterbreitet und auf die EZB angewendet.⁵⁶ Seine Rekonstruktion sucht den Anschluss an klassische Theorien der Gewaltenteilung. Sie beruht auf der Unterscheidung von monetärer und fiskalischer Gewalt. Mit der Umstellung der fiskalischen Gewalt, insbesondere die Erhebung von Steuern, auf einen demokratischen Legitimationsmodus und ihre Bindung an das parlamentarische Gesetz („no taxation without representation“) war das Problem gesetzt, dass die monetäre Gewalt sich nicht in gleichem Maße für eine gesetzliche Programmierung eignet. Verbleibt diese aber in den Händen der Exekutive, besteht die Gefahr, dass sie für Zwecke der monetären Staatsfinanzierung genutzt wird und die Exekutive so die Parlamentarisierung der fiskalischen Gewalt unterläuft. Hierauf antwortet die Übertragung von Zentralbankaufgaben auf unabhängige Stellen.

Für den unionsrechtlichen Kontext ist dieser Begründungsansatz in zweifacher Hinsicht prekär. Erstens liefert er keine Rechtfertigung für die Unabhängigkeit einer Zentralbank von der Legislative. Für *Tucker* kann die Unabhängigkeit von Zentralbanken unter anspruchsvollen Voraussetzungen als das Ergebnis einer legislativen (und damit reversiblen) Delegation gerechtfertigt werden, nicht aber ihre verfassungsrechtliche Festschreibung, wie es im Fall der EZB geschehen ist. Zweitens fehlt es im Kontext der Union von vornherein an einer einheitlichen fiskalischen Gewalt auf der europäischen Ebene; vielmehr ist diese im Wesentlichen auf der mitgliedstaatlichen Ebene angesiedelt.⁵⁷

56 *Paul Tucker*, *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton: Princeton University Press 2018, 272 ff.; *ders.*, *How the ECB and Other Independent Agencies Reveal a Gap in Constitutionalism: A Spectrum of Institutions for Commitment*, GLJ 22 (2021), 999–1027 (1017 ff.).

57 *Tucker*, *Unelected Power* (Fn. 56), 291, 393 f., 563 f.

2. Begründungsansätze für unabhängige Verfassungseinrichtungen

Die vorstehenden Begründungsansätze bedürfen demnach der Einbettung und gegebenenfalls einer Modifizierung im Kontext allgemeiner Überlegungen zu unabhängigen Verfassungseinrichtungen.

a) Unabhängigkeit als *counter-majoritarianism*

Hierzu dürfte es erkenntnisträchtig sein, die Unabhängigkeit von Zentralbanken als Anwendungsfall einer allgemeinen Thematik im verfassungstheoretischen Diskurs zu verstehen: als gegenmajoritäre Einrichtungen in einer verfassungsstaatlichen Demokratie. Unter dem Stichwort der *counter-majoritarian difficulty* findet sich eine reichhaltige Diskussion zur Legitimität unabhängiger Verfassungseinrichtungen.⁵⁸ Dieser bezieht sich vor allem auf Verfassungsgerichte, sodass sich die Argumente nicht eins zu eins auf Zentralbanken übertragen lassen. In einem weiteren Sinne bezieht sich die Diskussion aber auch auf Ombudspersonen, Wahlkommissionen, Rechnungshöfe sowie unabhängige Verwaltungseinrichtungen.

Nach diesem Verständnis sind unabhängige Organe und Einrichtungen ein integraler Bestandteil einer verfassungsstaatlichen Ordnung: Jede Verfassung ist ein Ensemble von *elected* und *non-elected powers*, genauer: von *counter-majoritarian*, *super-majoritarian* and (*simple*) *majoritarian institutions*. Die Balancierung von unabhängigen (= gegenmajoritären) und an der elektoralen Mehrheit ausgerichteten, repräsentativen Verfassungsorganen ist ein Kernthema, ja Wesensmerkmal konstitutionellen Denkens. Dies gilt in besonderem Maße für den US-amerikanisch inspirierten Diskursstrang, der vor dem Hintergrund eines nicht-hierarchischen Modells der horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung stattfindet. In der deutschen Tradition des Konstitutionalismus, der sich im Kontext der rechtlichen Einbindung (nicht: Überwindung) der Monarchie entwickelt hat, spielt vor allem die rechtsstaatliche Garantie der Unabhängigkeit der Gerichte eine zentrale Rolle. In jüngerer Zeit ist zudem auch im europäischen

58 Klassisch John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1980; im deutschen Kontext etwa Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, Berlin: Duncker & Humblot 1998; im französischen *Pierre Rosanvallon*, *Demokratische Legitimität: Unparteilichkeit – Reflexivität – Nähe*, Hamburg: Hamburger Editionen 2010, 173 ff.

Kontext, unter dem Eindruck autoritärer Bewegungen und Regierungen, das Bewusstsein für die Bedeutung unabhängiger Verfassungseinrichtungen geschärft worden.⁵⁹

b) Unabhängige Einrichtungen als *guards of democratic values*

Aus dieser Perspektive verliert die Einrichtung einer unabhängigen Zentralbank den Nimbus der Unvereinbarkeit mit republikanischen Verfassungsprinzipien, zugleich aber bleibt diese Unabhängigkeit in Kontext des demokratischen Konstitutionalismus rechtfertigungsbedürftig – am Maßstab ebendieser Prinzipien.

Ein instruktiver Ansatz ist die Diskussion von unabhängigen Verfassungs- und Verwaltungseinrichtungen in der indischen Verfassungsordnung bei *Arun K. Thiruvengadam*.⁶⁰ Er stellt die neuen regulatorischen Verwaltungseinrichtungen, die in Indien seit 1991 in großer Zahl geschaffen wurden, in den Zusammenhang der konstitutionellen Unabhängigkeit nicht-judikativer Organe, namentlich des Rechnungshofes (*The Comptroller and Auditor General*) und der Wahlkommission (*Election Commission*).⁶¹ Für diese Organe und Einrichtungen unterbreitet er ein Rechtfertigungsnarrativ, das sie nicht oder jedenfalls nicht durchgängig als technokratische Expertengremien deutet, sondern als „institutional safeguards ... against the natural tendencies of democracies to become self-destructive“. Ihre zentrale Aufgabe sei „safeguarding constitutional and democratic values“, indem sie Druck auf Regierungen und politische Führer ausüben, „to be accountable and responsible“. ⁶² Ähnliche Überlegungen hat *Heinz Klug* im Kontext der südafrikanischen Verfassung angestellt.⁶³ In dieser Rekonstruktion können unabhängige Einrichtungen gerade dazu beitragen,

59 Vgl. Michal Bobek/Adam Bodnár/Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), *Transition 2.0. Reestablishing Liberal Democracy in EU Member States*, Baden-Baden: Nomos 2023.

60 *Arun K. Thiruvengadam*, *The Constitution of India: A Contextual Analysis*, Oxford: Hart 2017.

61 Ebd., 139 ff.

62 Ebd., 139 bzw. 140.

63 *Heinz Klug*, *Accountability and the Role of Independent Constitutional Institutions in South Africa's Post-Apartheid Constitutions*, *The New York Law School Law Review* 60 (2015–2016), 153–180; *ders.*, *Transformative Constitutions and the Role of Integrity Institutions in Tempering Power: The Case of Resistance to State Capture in Post-Apartheid South Africa*, *Buffalo Law Review* 67 (2019), 701–742.

die Integrität und Responsivität demokratischer Willensbildung zu sichern und zu stärken.

c) Verschränkung von Unabhängigkeit und Bindung

Schließlich kann eine weitere Einsicht aus dem allgemeinen verfassungstheoretischen Diskurs fruchtbar gemacht werden. Sie geht auf *Ingeborg Maus* zurück, die sich mit dem Zusammenhang zwischen der Unabhängigkeit von Gerichten und ihrer Bindung an extern vorgegebene Maßstäbe auseinandersetzt hat. *Maus* diskutiert die einschlägigen theoretischen und methodischen Konzeptionen im Lichte der historischen Erfahrung des Verlustes der Unabhängigkeit der Judikative in der nationalsozialistischen Diktatur. Ihre zentrale Beobachtung ist, dass es nicht die rechtspositivistische Bindung an das Gesetz war, die für politische Indienstnahme der Justiz verantwortlich war, sondern umgekehrt der Verlust von normativen Maßstäben, die einer politischen Außensteuerung entgegengehalten werden konnten.⁶⁴

Für die hiesigen Zwecke lässt sich dieses Argument so verallgemeinern, dass Unabhängigkeit und Maßstabsbindung keine Gegensätze sind, sondern zwei Seiten einer Medaille: Eine unabhängige Stelle, die keine hinreichend konkreten, extern vorgegebenen Referenzpunkte hat, an denen sie ihre Entscheidungen ausrichtet, steht in der Gefahr, ihre Unabhängigkeit zu verlieren.

3. Eigener Begründungsansatz

Die Herausforderung besteht mithin darin, die Legitimation der EZB von einem expertokratischen auf einen in den Werten und Prinzipien des Art. 2 EUV wurzelnden Legitimationsmodus umzustellen, der ihrer Konstruktion als unabhängiges, nicht-judikatives Verfassungsorgan mit spezifischen Aufgaben Rechnung trägt. Dazu können die vorstehend zusammengetragenen Überlegungen als Bausteine dienen.

64 *Ingeborg Maus*, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus: Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carls Schmitts, München: Wilhelm Fink, 2. Aufl. 1980, 124 f. et passim; *dies.*, Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 88 ff., 320 ff.

Die Fundierung in republikanische Verfassungsprinzipien spricht erstens dagegen, die Unabhängigkeit der EZB umstandslos als Positivierung ökonomietheoretischer Annahmen und empirischer Erkenntnisse über den Zusammenhang von Wohlfahrtssteigerung, Geldwertstabilität und Zentralbank-Unabhängigkeit zu deuten. Diese Annahmen sind vielmehr lediglich Hintergrundüberlegungen für die verfassungsrechtliche Grundentscheidung, ein weiteres gegenmajoritäres Element in die unionale Verfassungsordnung aufzunehmen. Diese *constitutional choice* leitet ihre Legitimation aus dem Verfahren der Vertragsgesetzgebung ab, nicht aus ihrer wissenschaftlichen Richtigkeit.⁶⁵ Dieser Aspekt eines demokratischen Dezinismus ist bei der rechtlichen Rekonstruktion stets mitzureflektieren.

Zweitens: Bei dieser Entscheidung hat sich der Vertragsgesetzgeber selektiv aus dem Erfahrungswissen bedient, das in den Rechtsinstituten anderer Verfassungen und ihren verfassungstheoretischen Verallgemeinerungen aufgespeichert ist. Ein solcher Rezeptionsvorgang aus dem Fundus des demokratischen Konstitutionalismus ist immer ein aktiver Prozess, eine kreative Form der Aneignung, in dem sich die *legal transplants* im neuen rechtlichen Kontext von alten Prämissen lösen und ihre Bedeutung verändern.⁶⁶ Die von *Tucker* zu Recht hervorgehobenen Besonderheiten der Konstellation von fiskalischer und monetärer Gewalt in der Union nehmen deshalb dem Institut der Zentralbank-Unabhängigkeit nicht ihre erfahrungsgesättigte Funktion als Sicherungsmechanismus zum Schutz demokratischer Fiskalgesetzgebung. In diesem Sinne sind unabhängige Zentralbanken, jedenfalls auch, „guardians of the democratic process“.⁶⁷

Aus dieser Perspektive lässt sich, drittens, auch das im ökonomischen Begründungsansatz beobachtete Problem der Zeitinkonsistenz im Sinne einer *integrity function* unabhängiger Verfassungseinrichtungen rekonstruieren und damit an die fundamentalen Verfassungsprinzipien zurückbinden. Die Entkopplung währungspolitischer Entscheidungen von demokratischen Wahlzyklen kann als ein Sicherungsmechanismus zur Wahrung der Integrität und Responsivität demokratischer Willensbildung im Sinne von

65 Skeptisch *Florian Meinel*, § 20: Unionsverfassungsrecht des Europäischen Systems der Zentralbanken, in: Hufeld/Ohler (Fn. 4), 951–1002 (Rn. 9, 69). Zur Unterscheidung von „constitutional choices“ und „policy choices“, die für einen republikanisches Verständnis des Unionsverfassungsrechts zentral ist, s. *Anna Kocharov*, *Republican Europe*, Oxford: Hart 2017, 3 f.

66 *Günter Frankenberg*, *Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited*, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2020), 563–579.

67 Entgegen *Tucker*, *Unelected Power* (Fn. 56), 291.

Thiruvengadam und *Klug* verstanden werden, indem die Manipulation von Wahlchancen durch regierende Parteien erschwert wird.⁶⁸

Viertens benötigt, mit *Maus*, die Ausübung autonomer Entscheidungsbefugnisse durch nicht-repräsentative Organe eine Rückbindung an demokratisch gesetzte Maßstäbe. Dies impliziert zwar nicht, deren Anwendung als einen bloßen Erkenntnisvorgang zu konzipieren, zumal bei einem nicht-judikativen Organ.⁶⁹ Die Maßstäbe müssen aber entweder hinreichend konkret dem Verfassungstext selbst zu entnehmen sein, wie es bei der EZB hinsichtlich der Preisstabilität der Fall ist, oder sie müssen durch repräsentative Organe gesetzt werden, wie bei der Ausübung wirtschaftspolitischer und aufsichtsrechtlicher Befugnisse durch die EZB.⁷⁰ Eine Zentralbank hingegen, deren normative Bindung allein in der Verpflichtung auf allgemeine Werte und Ziele der Union bestünde, wäre letztlich ohne Bindung. Dies würde zu einer technokratischen Herrschaft der Experten führen – oder zum Verlust der Unabhängigkeit.

So verstanden, muss die konstitutionell garantierte und an Maßstäbe gebundene Unabhängigkeit der EZB nicht als Absage an den Grundsatz repräsentativer Demokratie konzipiert werden, sondern als eine erfahrungsgestützte Ermöglichungsbedingung, als Beitrag zu seiner Verwirklichung.

IV. Dogmatische Schlüsselfragen

Aus der Fülle von Rechtsfragen, die das Organisationsverfassungsrecht der EZB aufwirft, sollen im Weiteren drei aus einer kernverfassungsrechtlichen Perspektive beantworten werden. Erstens: Was bedeutet die Aufwertung der EZB zum „Organ“ der Union im Sinne des Art.13 EUV, wie wird der Verfassungskompromiss im Statusstreit in den Verträgen ausbuchstabiert? Zweitens, welche Rechtsnatur hat das „Europäische System der Zentralbanken“, das in Art.13 EUV unerwähnt bleibt, in Art.282 Abs.1 und 2 AEUV dagegen an der Spitze der konkretisierenden Normen steht? Und schließlich, drittens, wie stellen sich die Befugnisse der EZB im Lichte

68 Vgl. *Christoph Möllers*, Die drei Gewalten, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2008, 134.

69 Zur Unterscheidung von „goal independence“, also einer diskretionären Konkretisierung vorgegebener Ziele, und „goal-choice-independence“ s. *Thiele*, Independence (Fn. 54), 247 f.

70 Dazu unten, IV.3.

der allgemeinen Lehren und Prinzipien des Unionsverfassungsrecht dar? Insbesondere: Welche kompetenzrechtliche Bedeutung hat die Aufgabe des ESZB, die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union zu unterstützen, Art. 282 Abs. 2 S. 3 AEUV?⁷¹

1. Der Organstatus der EZB: Einbindung, Aufwertung und Absonderung

a) Linguistische und begriffsgeschichtliche Vorbemerkung

Der Begriff „Organ“ weist einige linguistische Besonderheiten auf. Es handelt sich zunächst um einen *terminus technicus* des gemeinschafts- bzw. unionsverfassungsrechtlichen Diskurses.⁷² Die englische und die französische Vertragsfassung sprechen von *institutions* und unterscheiden diese konsistent von „Einrichtungen“ (engl. *bodies*, franz. *organes*) und „sonstigen Stellen“ (engl. *offices and agencies*, franz. *organismes*). Wenn die Verträge unmissverständlich die Gesamtheit der Handlungseinheiten der Union – also ihre Organe im rechtstheoretischen Sinne – adressieren wollen, verwenden sie die generische Formel „Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union“.⁷³ Der EuGH spricht in Ermangelung eines vertraglichen Oberbegriffs von „Einheiten“ (engl. *entities*).⁷⁴ Der Gegenschluss ist allerdings nicht ohne Weiteres zulässig: Vorschriften, die allein „die Organe“ adressieren, können *pars pro toto* gleichwohl für alle Handlungseinheiten der Union gelten. Die redaktionellen Rationalisierungsleistungen des Lissabonner Vertragsgesetzgebers sind enorm, ohne vollständige terminologische Konsistenz zu erreichen.

71 Andere, ebenso bedeutende Fragen können hier nicht behandelt werden, namentlich die Beteiligungs- und Rechenschaftsmechanismen gem. Art. 11 Abs. 1, 2 EUV und Art. 284 Abs. 3 AEUV, die organisationsverfassungsrechtlichen Folgen der Übertragung bankenaufsichtsrechtlicher Befugnisse auf die EZB gem. Art. 127 Abs. 6 AEUV und die interne Organisationsstruktur der EZB gem. Art. 283 AEUV.

72 Matthias Niedobitek, § 1: Vertragliche Grundlage, rechtliche Gestalt, Institutionen der Union, in: ders. (Hrsg.), *Europarecht. Grundlagen und Politiken der Union*, Berlin: De Gruyter 2020, 3–203 (Rn. 185 ff.); zum abweichenden Begriffsverständnis des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Martin Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 13), Art. 13 EUV, Rn. 7 ff.

73 Diese Formel hat der Lissabonner Vertragsgesetzgeber in die Vertragssprache eingeführt; s. etwa die Änderungen in Art. 41 Abs. 1, Art. 42, Art. 43 und Art. 51 Abs. 1 der EU-Grundrechtecharta gegenüber der Fassung des Grundrechte-Konvents aus dem Jahr 2000 (2000/C 364/01), ABl. 2000 C 341/1.

74 EuGH, Urteil v. 14.7.2022, Rs. C-743/19, ECLI:EU:C:2022:569, Rn. 45 – *Parlament/Rat* (Sitz der ELA).

Darüber hinaus hat das Unionsrecht aufgrund seiner Prägung durch die französische Sprache teilweise die adjektivische Verwendung von „Organe“ in die deutsche Bezeichnung von Rechtsinstituten übernommen. Entsprechend meint das Adjektiv „institutionell“ in der Rechtssprache des Unionsrechts grundsätzlich die Organe. Beispielsweise postuliert das vom EuGH zum Prinzip erhobene „institutionelle Gleichgewicht“ begrifflich und in der Sache ein Gleichgewicht der Organe.⁷⁵

Als begriffsgeschichtlichen Hintergrund muss man berücksichtigen, welche fundamentale Bedeutung das Konzept „die Gemeinschaftsorgane“ für die Orthodoxie des Gemeinschaftsrechts lange besaß. Konkret waren damit seit dem Fusionsvertrag von 1965 bis zum Vertrag von Maastricht die vier in Art. 4 EWG-Vertrag genannten Organe gemeint: Parlament, Rat, Kommission und Gerichtshof, die gemeinsam die Einheit und autonome Hoheitsgewalt des Integrationsverbands verkörperten. *Vaucher* hat aufgezeigt, wie „die Organe“ als Schibboleth für das in den 1960er Jahren entwickelte Verständnis der europäischen Integration diene, nach dem die Gemeinschaftsverträge eine autonome Rechtsordnung begründen,⁷⁶ und damit für viele das Kraftzentrum einer zukünftigen Europäischen Föderation bildeten.⁷⁷

In diesem Kontext ist die Formel vom „institutionellen Rahmen“ (engl. *institutional framework*) zu sehen, die sich heute etwas beziehungslos in Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 EUV findet und zunächst einmal nur sagt, dass die Union über Verfassungsorgane verfügt, die ihr Handlungsfähigkeit verleihen. Sie behandelte ursprünglich das Problem der Fragmentierung der Integration in unterschiedliche Gemeinschaften mit je eigener Rechtspersönlichkeit, die auch nach der Fusion der drei Exekutiven und Ministerräte

75 Dieses Prinzip dient dem EuGH als normativer Maßstab, um die von den Verträgen gewollte Gewaltenbalance gegen „Verfälschung“ durch Organhandlungen abzusichern. Es beruht auf der Prämisse der Autonomie und Gleichrangigkeit der Organe der Union, s. *Jürgen Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin: Springer, 2. Aufl. 2009, 489–557 (530 f.). Es ist heute in Art. 13 Abs. 2 EUV normativ verankert; ausführlich *Möller*, in diesem Band, IV.2.

76 *Antoine Vaucher*, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge: CUP 2015, 19 ff.

77 *Schorkopf*, Die unentschiedene Macht (Fn. 51), 89 ff. Die symbolische Überhöhung der Organe kommt anschaulich in der Anekdote zum Ausdruck, nach der der langjährige Direktor des Juristischen Dienstes der Kommission, Michel Gaudet, in seinen auf Französisch verfassten Expertisen konsequent die Großschreibung „les Institutions“ verwendet haben soll, s. *Vaucher*, *Brokering Europe* (Fn. 76), 34.

1967 fortbestand. Die vier in Art. 4 EWGV genannten Organe bildeten das begriffliche und praktische Korrelat zur Idee *einer* Rechtsgemeinschaft mit eigener Rechtsordnung. Die Bezeichnung als „einheitlicher institutioneller Rahmen“ entstammt dem Maastrichter Vertrag, der mit seiner Säulen-Struktur das Problem der organisatorischen Fragmentierung noch verschärfte (Art. 3 EUV a.F.). Nach der formellen Abschaffung der Säulen und Klärung der Rechtspersönlichkeit der EU (Art. 1 Abs. 3 EUV) ist dieses Thema im Wesentlichen erledigt, daher der Wegfall des Adjektivs „einheitlich“ mit dem Lissabonner Vertrag. Auch nach Klärung der formellen Einheit der Union stellt sich indes die Frage der Politikfeld-übergreifenden *materiellen* Einheitsbildung – der Kohärenz ihres Handelns. Bezeichnenderweise sieht Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 EUV a.E. weiterhin die kohärenzstiftende Einheit der Organe als Gegengewicht zur Differenzierung in den einzelnen Politikfeldern mit ihren „Sektoralverfassungen“.⁷⁸

b) Konstitutionelle Einbindung: ein Organ *der Union*

Art. 13 Abs. 1 EUV leistet zunächst einmal eines: die verfassungsrechtliche Einbindung der EZB. Sie ist nunmehr ein integraler Bestandteil des institutionellen Systems der Union, das in Art. 13 bis 19 EUV entworfen wird. Diese Konstitutionalisierung der EZB impliziert eine Absage an die in der Frühzeit der EZB vertretene Auffassung, sie sei eine eigenständige „Gemeinschaft“, deren Rechtspersönlichkeit neben der der Union existiert, vergleichbar der heutigen Europäischen Atomgemeinschaft.⁷⁹

Regelungstechnisch bedeutet dies, dass Bestimmungen der Verträge, die „die Union“ als Ganze adressieren, auf die EZB Anwendung finden, allen voran in den Grundlagenbestimmungen der Art. 1 bis 12 EUV. So gelten die in Art. 4 Abs. 2 und 3 EUV niedergelegten Pflichten der Union gegenüber den Mitgliedstaaten auch für die EZB,⁸⁰ und ihr Handeln stellt eine „Tätigwerden“ der Union im Sinne des Art. 5 Abs. 2 EUV dar, für das eine Rechtsgrundlage erforderlich ist.⁸¹

78 Zur deren Präponderanz gegenüber der „politischen Verfassung“ als Strukturproblem des Unionsverfassungsrechts *Kaarlo Tuori* (Fn. 55), 319 ff.

79 Dazu schon oben, I.1.

80 Zur Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der EZB EuGH, Urteil v. 22.12.2022, Rs. C-404/21, ECLI:EU:C:2022:1023, Rn. 46 ff. – *INPS*.

81 Vgl. EuGH, *Gauweiler* (Fn. 29), Rn. 41; Urteil v. 11.12.2018, Rs. C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 23 – *Weiss*.

Auf den weiteren Konkretisierungsstufen des Primärrechts dient Art. 13 Abs. 1 EUV als Legaldefinition, wenn die Vorschriften auf „die Organe“ Bezug nehmen oder die schon erwähnte generische Formel „Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen“ verwenden, etwa zur Grundrechtsbindung der EZB in Art. 51 Abs. 1 GRC. Frühere Aussagen der EuGH-Rechtsprechung, die sich auf Unionsorgane beziehen, sind damit grundsätzlich auf die EZB übertragbar.⁸² Nur noch vereinzelt finden sich in den Verträgen redundante Formulierungen, die die Geltung für die EZB durch eine Spezialvorschrift bekräftigen, etwa zur Wahrung von Dienstgeheimnissen⁸³ oder zu den Vorrechten und Befreiungen nach Protokoll (Nr. 7).⁸⁴

Ein wichtiges Element der Einheitsbildung geht schließlich von der Lissabonner Konsolidierung der Handlungsformen aus.⁸⁵ Art. 288 AEUV enthält einen Katalog der wichtigsten Rechtsakttypen des Unionsrechts, die „die Organe“ für die Ausübung „der Zuständigkeiten der Union“ nutzen können.⁸⁶ Zu den Handlungsformen der EZB existieren mit Art. 132 AEUV und Art. 34 ESZB/ESB-Satzung besondere Vorschriften, die Art. 288 AEUV ergänzen, aber nicht verdrängen.⁸⁷ Anders als die Vorgängervorschriften äußern sich Art. 132 AEUV und Art. 34 ESZB/ESB-Satzung nicht mehr zum Wirkungsmodus der Rechtsakte, dem definierenden Merkmal einer

82 EuGH, *INPS* (Fn. 80), Rn. 24, hier: Arbeitnehmerfreizügigkeit der Beschäftigten eines Unionsorgans.

83 Sie folgt unmittelbar aus Art. 339 AEUV, ungeachtet der Parallelvorschrift in Art. 37.1 ESZB/EZB-Satzung. Deren eigenständige Bedeutung liegt darin, die Pflicht zur Wahrung von Dienstgeheimnissen auf die Mitglieder der Leitungsgremien und des Personals der nationalen Zentralbanken zu erstrecken; dazu unten, IV.2.

84 Die Geltung der Vorrechte und Befreiungen folgt unmittelbar aus Art. 343 S. 1 AEUV, ohne dass es notwendig gewesen wäre, sie in S. 2 oder Art. 39 ESZB/EZB-Satzung auf die EZB zu erstrecken. Davon zu unterscheiden ist, dass Art. 22 Abs. 1 des Protokolls (Nr. 7) nicht ausdrücklich klärt, welche Vorrechte und Befreiungen auf die EZB, die Mitglieder ihrer Beschlussorgane und ihre Bediensteten Anwendung finden, s. EuGH, Urteil v. 30.11.2021, Rs. C-3/20, ECLI:EU:C:2021:969, Rn. 49 – *LR Generälprokuratūra*.

85 Allgemein Jürgen Bast, *New Categories of Acts after the Lisbon Reform: Dynamics of Parliamentarization in EU Law*, CML Rev. 49 (2012), 885–928 (886 f.).

86 Aus dem Formenkatalog des Art. 288 AEUV steht allerdings für die EZB der Erlass von Richtlinien nicht zur Verfügung; zu den Gründen Armin von Bogdandy/Jürgen Bast/Felix Arndt, *Handlungsformen im Unionsrecht*, ZaöRV 62 (2002), 77–161 (143 f.).

87 Darüber hinaus normieren Art. 12.1 und Art. 14.3 ESZB/EZB-Satzung Leitlinien und Weisungen als eigene Handlungsformen der EZB innerhalb des ESZB; dazu unter IV.2.

Handlungsform des Unionsrechts.⁸⁸ Mangels Spezialregelungen sind auch die Vorschriften über Begründung der Rechtsakte in Art. 296 Abs. 2 AEUV und die Voraussetzungen für ihr Inkrafttreten in Art. 297 Abs. 2 AEUV auf EZB-Verordnungen und EZB-Beschlüsse anwendbar. Allerdings mit einer Ausnahme: Gemäß Art. 132 Abs. 2 AEUV und Art. 34.2 ESZB/EZB-Satzung *kann* die EZB die Veröffentlichung ihrer Beschlüsse festlegen; Art. 297 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV dagegen sieht für adressatenlose Beschlüsse eine Veröffentlichungspflicht vor.⁸⁹ In der Gesamtwürdigung trägt diese Neuordnung zur Politikfeld-übergreifenden Einheitsbildung bei, indem alle Organe, die mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sind, über einen Grundbestand an identischen Handlungsformen mit verbindlichem Wirkungsmodus verfügen: Verordnungen und Beschlüsse.

Im Lichte dieser substanziellen Fortschritte bei der konstitutionellen Einbindung der EZB spielt es für ihre Stellung im Gewaltenteilungsgefüge nur eine untergeordnete Rolle, dass die EZB das einzige der sieben obersten Verfassungsorgane des Art. 13 Abs. 1 EUV ist, das mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist. Es handelt sich um ein typisches Phänomen bei komplexen Einrichtungen, deren interne Verfassung eine Mehrzahl von organschaftlich strukturierten Handlungsträgern („Beschlussorganen“) aufweist. Die EZB teilt diese Eigenschaft mit der Europäischen Investitionsbank (Art. 308 Abs. 1 AEUV) und zahlreichen Unionsagenturen. Zu warnen ist vor einer konzeptionellen Überhöhung, nach der die Rechtspersönlichkeiten von Union (Art. 47 EUV) und EZB (Art. 282 Abs. 3 AEUV) *nebeneinander* existieren und dies als Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Gleichordnung von Union und EZB zu deuten sei.⁹⁰ Dieses Verständnis ist mit Art. 1 Abs. 3 und Art. 13 EUV nicht zu vereinbaren. Vielmehr wird das Handeln der Beschlussorgane von Unionsorganen, -einrichtungen und -agenturen mit eigener Rechtspersönlichkeit im Endpunkt einer mehrgliedrigen Zurechnungskette der Union zugerechnet, die durch eines *ihrer* Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen handelt.⁹¹ Das unterscheidet die

88 Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz (Fn. 75), 541 ff.

89 Zum Sprachenregime der Rechtsakte sogleich, unter c.

90 So aber beispielsweise Oliver Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 13), Art. 335 AEUV, Rn. 13, wonach Union und EZB einen körperschaftlich nicht verfassten „Integrationsverband“ bilden sollen; ähnlich Daniel-Erasmus Khan, in: Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur/Lando Kirchmair (Hrsg.), 7. Aufl., München: C.H. Beck 2023, Art. 335 AEUV, Rn. 2.

91 Anne Marleen Könneke, Unionsrechtsperson: Rekonstruktion der institutionellen Autonomie der Europäischen Union, Tübingen: Mohr Siebeck 2024, 24 f.; Niedobitek

zu juristischen Personen des Unionsrechts verselbständigten Handlungsträger von Einrichtungen auf komplementärrechtlicher Grundlage, wie z.B. den Europäischen Schulen oder dem ESM, die nicht im Namen der Union handeln.⁹² Art. 13 EUV klärt, dass die EZB eine Rechtspersönlichkeit *innerhalb* der EU besitzt, nicht *neben* der EU.⁹³

c) Konstitutionelle Aufwertung: *ein Organ* der Union

Im Konzert der Handlungseinheiten der Union intendiert Art. 13 Abs. 1 EUV eine Aufwertung: Der Lissabonner Vertrag erhebt die EZB in den Adelsstand aristokratischer Gleichheit der sieben obersten Verfassungsorgane. Was aber bedeutet der Organstatus in dogmatischer Hinsicht – waren die Sorgen der Parteien der Unabhängigkeit und des Föderalismus berechtigt?

Die Antwort auf diese Frage erfordert eine Sichtung der Bestimmungen der Verträge, die die Formulierung „Organe der Union“ bzw. „Unionsorgane“ verwenden. Zu deren Auslegung hat der EuGH in einer ausführlich begründeten Entscheidung die Vermutung einer konsistenten Vertragsterminologie im Sinne der Definitionsnorm des Art. 13 Abs. 1 EUV etabliert,⁹⁴ zugleich aber Ausnahmen anerkannt. Namentlich genießen auch post-Lissabon die Organe unter Art. 340 Abs. 2 AEUV keine haftungsrechtliche Sonderstellung.⁹⁵ Für die EZB ist diese Ausnahme wegen Art. 340 Abs. 3 AEUV nicht relevant.

Nicht erörtert hat der EuGH in diesem Zusammenhang eine Reihe von grundlegenden Normen des Unionsverfassungsrechts, die nach hier vertretener Auffassung ebenfalls erweitert ausgelegt werden müssen. Dies

(Fn. 72), Rn. 190. Vgl. zur Europäischen Investitionsbank EuGH, Urteil v. 2.12.1992, Rs. C-370/89, ECLI:EU:1992:482, Rn. 14–16 – *SGEEM u. Etroy/EIB*.

92 Dies gilt auch dann, wenn solche völkerrechtlichen Einrichtungen Unionsorgane in Anspruch nehmen, *Könneke* (Fn. 91), 342.

93 Ob die EZB partielle Völkerrechtssubjektivität besitzt, die mit der unionsinternen Rechtspersönlichkeit korrespondiert, kann hier nicht erörtert werden; so z.B. *Chiara Zilioli/Phoebus Athanassiou*, *The European Central Bank*, in: Robert Schütze/Takis Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of European Union Law*, Volume I: *The European Union Legal Order*, Oxford: OUP 2018, 610–650 (615 f.).

94 EuGH, *Parlament/Rat (Sitz der ELA)* (Fn. 74), Rn. 48.

95 EuGH, Urteil v. 16.12.2020, verb. Rs. C-597/18 P, C-603/18 P und C-604/18 P, ECLI:EU:2020:1028, Rn. 80 – *Rat u.a./Chrysostomides u.a.*; der Gerichtshof hält insoweit an seiner früheren Rechtsprechung fest, *SGEEM u. Etroy/EIB* (Fn. 91), Rn. 13–16.

betrifft zunächst das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in den Interorganbeziehungen (Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV) und die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit mit den anderen Unionsorganen (Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV). Diese Pflichten sind Ausdruck allgemeiner Rechtsprinzipien und treffen daher alle Handlungseinheiten der Union, die mit den Verträgen oder kraft der Verträge errichtet wurden.⁹⁶ Dasselbe gilt für die loyale Erfüllung von unionsrechtlichen Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV: „Handlungen der Organe“ im Sinne dieser Bestimmung meint ganz allgemein das Sekundärrecht.⁹⁷ Schließlich sind nicht nur die Organe der Union nach Art. 216 Abs. 2 AEUV an die von der Union geschlossenen Verträge gebunden, sondern auch die übrigen Unionsstellen. Diese Bestimmung ist die verfassungsrechtliche Grundlage für eine monistische Lesart der Inkorporierung des Völkervertragsrechts und weist den Abkommen der Union einen Rang oberhalb des Sekundärrechts zu. Diese Bindung gilt aber nicht nur für die Organe im Sinne des Art. 13 Abs. 1 EUV, sondern *a fortiori* für alle Handlungseinheiten und damit das gesamte Sekundärrecht.⁹⁸ Bei all diesen Bestimmungen hat der Vertragsgesetzgeber keine Anpassung an die neue Terminologie vorgenommen, vielleicht aus Zurückhaltung, in die Textgrundlage zentraler Rechtsinstitute des Unionsrechts einzugreifen, die in der Sache nicht umstritten sind.

Bei anderen Bestimmungen der Verträge kommt der Auslegungsgrundsatz des EuGH gleichwohl zum Tragen: Hier erbringt die Formulierung „Organe der Union“ eine Differenzierungsleistung, die Art. 13 Abs. 1 EUV unmittelbar dogmatische Relevanz verleiht. Es sind erstaunlich wenige.

Zu nennen ist hier zunächst Art. 341 AEUV, wonach der Sitz der Organe der Union im Einvernehmen zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten bestimmt wird. Diese Vorschrift war Gegenstand des angesprochenen Verfahrens, das erbrachte, dass sie nicht für Agenturen gilt.⁹⁹ Die verblei-

96 Das hierin verankerte Prinzip des institutionellen Gleichgewichts ist aber nicht auf sekundärrechtlich begründete Einrichtungen und Stellen übertragbar; es ist vielmehr Maßstab für deren Errichtung, *Nettesheim* (Fn. 13), Art. 13 EUV, Rn. 15.

97 *Stephan Schill/Christoph Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 13), Art. 4 EUV, Rn. 60, 69.

98 *Thomas Giegerich*, in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 217.

99 EuGH, *Parlament/Rat (Sitz der ELA)* (Fn. 74), Rn. 45 ff.; Generalanwalt Bobek, Schlussanträge v. 6.10.2021, verb. Rs. C-59/18 u.a. sowie Rs. C-743/19,

bende praktische Bedeutung ist gering, da der Sitz aller bestehenden Organe in Protokoll (Nr. 6) primärrechtlich festgelegt ist.¹⁰⁰ Die Durchsicht der Verträge förderte (nur) zwei weitere Themenkomplexe zu Tage, in denen der Organstatus der EZB dogmatisch relevant ist: das Sprachenregime (1) und das Prozessrecht (2).

(1) Die Regelung der Sprachenfrage „für die Organe der Union“ erfolgt durch den Rat der EU (Art. 342 AEUV). Zur Anwendung kommt dabei ein Rechtsetzungsverfahren, in dem der Rat einstimmig ohne einen Vorschlag der Kommission und Beteiligung des Parlaments entscheidet. Die hierauf gestützte Verordnung Nr. 1 (1958)¹⁰¹ gilt nunmehr auch für die EZB. Die zentrale Vorschrift ist Art. 4, wonach „Verordnungen und andere Schriftstücke von allgemeiner Geltung“ in allen Amtssprachen abgefasst werden müssen. Praktische Bedeutung hat dies in erster Linie für Verordnungen und adressatenlose Beschlüsse der EZB. Im Übrigen hat sich die EZB in ihrer Geschäftsordnung für eine eher restriktive Deutung dieser Vorgabe entschieden,¹⁰² insbesondere werden Leitlinien und Weisungen der EZB grundsätzlich nur in einer der Amtssprachen der Union verabschiedet und ihren Adressaten bekannt gegeben, es sei denn, ihre Veröffentlichung im Amtsblatt der EU wird ausdrücklich angeordnet (Art. 17.2 und 17.6. GO-EZB). Kraft autonomer Regelung werden Stellungnahmen der EZB zu Entwürfen von Rechtsvorschriften der Union stets in sämtlichen Amtssprachen veröffentlicht, Beschlüsse dagegen nur auf ausdrückliche Anordnung (Art. 17.7 GO-EZB).¹⁰³

ECLI:EU:C:2021:812, Rn. 90 ff. – *Italien u.a./Rat (Sitz der EMA) und Parlament/Rat (Sitz der ELA)*.

100 Letzteres sieht der EuGH in einem *obiter dictum* anders: *Parlament/Rat (Sitz der ELA)* (Fn. 74), Rn. 63.

101 Verordnung Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 1958 L Nr. 17/385, zuletzt geändert durch VO (EU) Nr. 517/2013 v. 13.5.2013.

102 Art. 17.8 des Beschlusses der EZB vom 19. Februar 2004 zur Verabschiedung der Geschäftsordnung der Europäischen Zentralbank (EZB/2004/2) (2004/257/EG), ABl. 2004 L 80/33, zuletzt geändert durch Beschluss (EU) 2023/1610 v. 28.7.2023, ordnet die Geltung der VO Nr. 1 für die in Art. 34 ESZB/EZB-Satzung genannten Rechtsakte, also Verordnungen, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen der EZB an.

103 Für adressatenlose Beschlüsse mit normativem Charakter steht dieses vermeintliche Ermessen im Widerspruch zu Art. 4 VO Nr. 1. In der Praxis verfährt die EZB mit ihnen in der gleichen Weise wie mit Verordnungen.

Der Grundsatz der Allsprachlichkeit für Sekundärrecht mit normativem Charakter, der aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses de facto mit Art. 342 AEUV konstitutionell festgeschrieben ist, gilt somit aufgrund ihres Organstatus auch für Rechtsakte der EZB. Die Differenzierung zwischen dem aufwändigen Sprachenregime der Organe und einem flexibleren Regime für Einrichtungen und sonstige Stellen, die auf einem mit qualifizierten Mehrheiten beschlossenen Gesetzgebungsakt beruhen, stellt eine bewusste verfassungspolitische Entscheidung dar.¹⁰⁴

Das besondere Sprachenregime der obersten Verfassungsorgane in ihrer außengerichteten Kommunikation zeigt sich in einer weiteren Norm, dem Art. 41 Abs. 4 GRC. Danach hat jede Person das Recht, sich in jeder Vertragssprache an „die Organe der Union“ zu wenden und eine Antwort in derselben Sprache zu erhalten. Die GRC aus dem Jahr 2000 hatte denselben Wortlaut, hat also hinsichtlich der Verpflichtungsadressaten mit Art. 13 Abs. 1 EUV eine Ausweitung erfahren. Dieses Grundrecht wird inhaltsgleich in Art. 20 Abs. 2 lit. d und Art. 24 Abs. 4 AEUV wiederholt und dort als Bürgerrecht auf die beratenden Einrichtungen des Art. 13 Abs. 4 EUV erstreckt. Die frühere Fassung des Art. 24 Abs. 4 AEUV bezog sich allein auf die Liste der Organe in Art. 7 EG-Vertrag, zu denen die EZB nicht gehörte.

Der Lissabonner Vertrag stärkt damit die grundrechtlichen Leistungsansprüche gegenüber der EZB und nimmt damit eine Neuerung auf, die der Verfassungsvertrag intendiert hat.¹⁰⁵ Die Hervorhebung der Organe und beratenden Einrichtungen im Sinne des Art. 13 EUV geht hier mit erweiterten Pflichten einher. Die übrigen Handlungseinheiten der Union, namentlich ihre Agenturen, sind von der primärrechtlich fixierten Erwartung entlastet, in jeder Vertragssprache mit den Bürger:innen zu kommunizieren.

(2) In einer Randbemerkung seiner Entscheidung zum Sitz von Agenturen hat der EuGH betont, dass es seit Lissabon auch im EU-Prozessrecht auf eine präzise Unterscheidung von „Organen“ und „Einrichtungen/sonstige Stellen“ ankommt.¹⁰⁶ Beispielsweise nutzt Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV für

104 EuGH, *Parlament/Rat (Sitz der ELA)* (Fn. 74), Rn. 53; GA Bobek, *Italien u.a./Rat (Sitz der EMA) u.a.* (Fn. 99), Rn. 98. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit, bei Agenturen ein spezielles Sprachenregime einzuführen, s. EuGH, Urteil v. 9.9.2003, Rs. C-361/01 P, ECLI:EU:C:2003:434, Rn. 82 ff. – *Kik/HABM*.

105 Art. I-10 Abs. 2 lit. d; Art. III-128 des Verfassungsvertrags stellte klar, dass auch die EZB als „sonstiges Organ“ von der Regelung erfasst sein sollte.

106 EuGH, *Parlament/Rat (Sitz der ELA)* (Fn. 74), Rn. 45.

die zulässigen Gegenstände eines Vorabentscheidungsverfahrens die neue generische Formel für das gesamte Sekundärrecht. Bei der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV hat der Lissabonner Vertragsgesetzgeber an einer nach Organen differenzierenden Regelung festgehalten. Das Parlament, der Rat und die Kommission sind ohne Nachweis eines berechtigten Interesses aktivlegitimiert, Klagen der EZB dagegen sind gemäß Art. 263 Abs. 3 AEUV nur zur Wahrung ihrer eigenen Rechte zulässig. Bei der Passivlegitimation ist die EZB mit dem Rat, der Kommission, dem Parlament und dem Europäischen Rat gleichgestellt (Art. 263 Abs. 1 S. 1 AEUV). Einer ähnlichen Regelungstechnik bedient sich der Vertragsgesetzgeber bei der Untätigkeitsklage gemäß Art. 265 AEUV.¹⁰⁷

Art. 40 des Protokolls (Nr. 3) über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH-Satzung) ist, soweit ersichtlich, die einzige Norm, in der der Organstatus der EZB in prozessrechtlicher Hinsicht unmittelbar relevant wird – an durchaus wichtiger Stelle.¹⁰⁸ Gemäß Art. 40 Abs. 1 EuGH-Satzung können die Mitgliedstaaten und die Unionsorgane (sic!) jedem beim Gerichtshof anhängigen Rechtsstreit beitreten. Die Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union dagegen müssen ein berechtigtes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits glaubhaft machen (Art. 40 Abs. 2 EuGH-Satzung). Vor dem Lissabonner Vertrag war dieses Recht den „Gemeinschaftsorganen“ vorbehalten, zu denen die EZB nicht zählte. Hier kommt ein Bauelement des EU-Prozessrechts zum Tragen, wonach die Mitgliedstaaten und die Organe (ursprünglich: nur Rat und Kommission) nicht allein zur Verteidigung eigener Interessen tätig werden, sondern zur Wahrung der objektiven Legalität in der Unionsrechtsordnung beitragen.¹⁰⁹

Diese Erwartung richtet sich jetzt auch an die EZB. Zwar weiterhin nicht ihrer Rolle als Klägerin, wohl aber in ihrer Rolle als Streithelferin ist sie in der gleichen prozessrechtlichen Situation wie die „klassischen“ Organe. Die Befugnis der EZB, sich in Verfahren vor dem EuGH zu Rechtsfragen des Unionsrechts zu äußern, ist *ratione materiae* nicht beschränkt, reicht sach-

107 Bei der generalklauselhaften Rechtsschutzeröffnung gegenüber „Handlungen der Einrichtungen und sonstigen Stellen“, die der Lissabonner Vertrag eingeführt hat (Art. 265 Abs. 1 S. 2 AEUV), handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen, da der Rechnungshof von ihr nicht erfasst wird.

108 Vgl. GA Bobek, *Italien u.a./Rat (Sitz der EMA) u.a.* (Fn. 99), Rn. 94.

109 Jürgen Schwarze/Philipp Voet van Vormizeele, in: Ulrich Becker/Armin Hatje/Johann Schoo/Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2019, Art. 263 AEUV, Rn. 36; ausführlich zur Bedeutung der Beteiligungsrechte Krenn, in diesem Band, IV.1.b.

lich also weiter als ihre politischen Anhörungs- und Äußerungsrechte nach Art. 282 Abs. 5, Art. 127 Abs. 4 AEUV und Art. 4 ESZB/EZB-Satzung.¹¹⁰ Die EZB ist kraft ihres Status als Organ der Union eingeladen, am Rechtsgespräch über die Fortentwicklung des Unionsrechts teilzunehmen und damit eine Gesamtverantwortung für den Integrationsprozess zu übernehmen. Dieses gewandelte Verständnis kommt auch in der zu Beginn des Jahres 2024 zwischen den Gesetzgebungsorganen konsentierten Reform der Satzung des Gerichtshofs zum Ausdruck. Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung n.F. stellt die EZB auch hinsichtlich der Beteiligung an Vorabentscheidungsverfahren nunmehr mit dem Europäischen Parlament und dem Rat gleich.¹¹¹

Im Ergebnis geht der Organstatus der EZB mit einer Aufwertung im EU-Prozessrecht einher, wenn auch keine vollständige Angleichung an die prozessrechtliche Rolle von Kommission, Rat und Parlament erfolgt.

d) Konstitutionelle Absonderung: erweiterte Autonomieräume

Die konstitutionelle Einbindung der EZB bedeutet aber nicht notwendigerweise, dass alle organisationsverfassungsrechtlichen Regeln des Unionsrechts uneingeschränkt für sie gelten. Die formelle Gleichrangigkeit des Primärrechts eröffnet die Möglichkeit, auf einer niedrigeren Konkretisierungsstufe Spezialvorschriften vorzusehen, die generelle Normen modifizieren oder sogar ganz verdrängen.

In der Tat gibt es Elemente einer verfassungsrechtlich gewollten Absonderung der EZB, die ihr erweiterte Autonomieräume zuweisen. Aus der kernverfassungsrechtlichen Perspektive dieses Beitrags stehen diese organspezifischen Modifikationen unter besonderem Rechtfertigungsdruck: Lassen sich Spannungen zwischen Grundlagenteil und einfachem Primärrecht verfassungsprinzipiell legitimieren?

Die organspezifischen Modifikationen betreffen drei Themenkomplexe: das Haushalts- und Vergaberecht (1), das interne Organisationsrecht (2) und die externe Kontrolle der EZB (3).

110 Vgl. EuG, Urteil v. 23.5.2019, Rs. T-107/17, ECLI:EU:T:2019:353, Rn. 67 ff. – *Steinhoff/EZB*.

111 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABl. L 2024/2019.

(1) Art. 310 ff. AEUV enthält die Finanzvorschriften der Verträge, insbesondere über den „Haushaltsplan der Union“, der von Parlament und Rat in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren aufgestellt wird und in den „[a]lle Einnahmen und Ausgaben der Union“ eingestellt werden (Art. 310 Abs. 1 AEUV). Die Qualifizierung der EZB als Organ der Union müsste demnach dazu führen, die Einnahmen und Ausgaben der EZB in den Unionshaushalt einzustellen. Dies stünde aber im Konflikt mit der Grundentscheidung für die finanzielle Unabhängigkeit der EZB, die in Art. 282 Abs. 3 S. 2 AEUV niedergelegt ist.¹¹²

Die finanzielle Autonomie der EZB übersetzt sich organisationsverfassungsrechtlich so, dass die EZB über einen eigenen Haushalt und eigene Finanzmittel verfügt, separat von denen der Union. Die EZB erhält keine Mittel aus dem Unionshaushalt und es gibt keinen Mechanismus, um eventuelle Verluste der EZB aus dem Unionshaushalt auszugleichen. Die Mittel der EZB stammen vielmehr, wie sich aus Art. 28 bis 30 ESZB-Satzung ergibt, grundsätzlich aus den Einlagen der nationalen Zentralbanken sowie aus den von der EZB erzielten Einkünften, die abzüglich des Beitrags zum Reservefonds an die nationalen Zentralbanken verteilt werden. Falls die EZB Verluste erwirtschaftet, kann sie die nationalen Zentralbanken auffordern, einen weiteren Beitrag zum Kapital der EZB zu leisten (Art. 28.1 ESZB/EZB-Satzung), und die Verluste mit den Einkünften, die den nationalen Zentralbanken aus den geldpolitischen Operationen zufließen, verrechnen (Art. 33.2 ESZB/EZB-Satzung).

Aus diesen Eigenmitteln wird auch der Verwaltungshaushalt der EZB gedeckt. Eigene Vorschriften über die Verabschiedung ihres Haushalts sieht die ESZB/EZB-Satzung nicht vor. Geregelt ist dort lediglich die Erstellung eines Jahresabschlusses sowie einer konsolidierten Bilanz des ESZB (Art. 26 ESZB/EZB-Satzung). Eine schlank gehaltene Regelung über das Verfahren zur Erstellung des Haushalts findet sich in der Geschäftsordnung der EZB (Art. 15 GO-EZB).

In der Folge gilt auch die Haushaltsordnung der Union¹¹³ für die EZB nicht, und mit ihr auch nicht die darin niedergelegten Vergaberegeln für

112 Zu der finanziellen Unabhängigkeit der NZBen s. EuGH, Urteil v. 13.9.2022, Rs. C-45/21, ECLI:EU:C:2022:670, Rn. 99 ff. – *Banka Slovenije*; näher David Baez Seara, Financial Independence and its Implications for Euro Area Central Banks, MJ 30 (2023), 506–523.

113 Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juli 2018 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union ..., ABl. 2018 L 193/1.

Verträge, die ganz oder teilweise aus dem Haushalt der Union finanziert werden.¹¹⁴ Vielmehr gibt es eigene Vergaberegeln für das EZSB bzw. die EZB, die die EZB durch Beschluss festgelegt hat.¹¹⁵

Abgesehen von der Grundaussage des Art. 282 Abs. 3 S. 2 AEUV sind diese weitreichenden Abweichungen von den für die übrigen Organe geltenden Finanzvorschriften zugunsten eines finanziellen Autonomiebereichs, der allein von den Beschlussorganen der EZB gestaltet wird, im Wortlaut der Verträge bemerkenswert schwach abgesichert. Den einzigen weiteren Hinweis auf die haushaltsrechtliche Autonomie der EZB im Text des AEUV liefert eine haftungsrechtliche Vorschrift: Die EZB ist selbst Haftungssubjekt für Schäden, die durch sie oder ihre Bediensteten verursacht wurden, Art. 340 Abs. 3 AEUV. Diese Spezialvorschrift zur außervertraglichen Haftung der Union in Art. 340 Abs. 2 AEUV impliziert, dass die EZB mit eigenen Mitteln zur Befriedigung begründeter Schadenersatzklagen ausgestattet ist, und sie ihrerseits nicht für Schäden einzustehen hat, die von anderen Handlungsträgern der Union verursacht wurden.¹¹⁶

(2) Die Einbindung der EZB in den institutionellen Rahmen der Union schließt grundsätzlich auch ihr Verwaltungshandeln jenseits des Einsatzes zentralbanktypischer Instrumente ein. Ihre Dienststellen sind Teil dessen, was Art. 298 Abs. 1 AEUV die „europäische Verwaltung“ nennt und für deren Ausrichtung auf bestimmte Qualitätsstandards Art. 298 Abs. 2 AEUV eine Befugnis des Unionsgesetzgebers begründet.¹¹⁷ Diese und weitere organisationsrechtliche Normen, die die Gesamtheit der Verwaltungsstellen der Union adressieren, finden grundsätzlich auf die EZB Anwendung. Exemplarisch sind hier Art. 16 Abs. 1 AEUV und Art. 8 GRC über den Schutz personenbezogener Daten zu nennen. Mit diesem Grundrecht kor-

114 Art. 160 ff. VO 2018/1046.

115 Beschluss EZB/2008/17 vom 17. November 2008 zur Festlegung des Rahmens für die gemeinsame Beschaffung durch das Eurosystem, ABl. 2008 L 319/76, zuletzt geändert durch Beschluss (EU) 2020/628 v. 4.5.2020; Beschluss (EU) 2016/245 der Europäischen Zentralbank vom 9. Februar 2016 über die Festlegung der Vergaberegeln (EZB/2016/2) (Neufassung), ABl. 2016 L 45/15, zuletzt geändert durch Beschluss (EU) 2020/380 v. 18.2.2020.

116 Eckhard Pache, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2018, Art. 340 AEUV, Rn. 14.

117 Als erster Test zu deren Reichweite s. Verordnung (EU, Euratom) 2023/2841 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 zur Festlegung von Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, ABl. L 2023/2841.

respondiert eine Kompetenz zum Erlass von Vorschriften, die sich auf die Datenverarbeitung durch alle unionalen Stellen erstreckt.¹¹⁸

Das Unionsrecht kennt aber keine allgemeine Kompetenz des Unionsgesetzgebers zur Regelung des Organisationsrechts. Vielmehr korrespondiert die Gleichrangigkeit ihrer obersten Verfassungsorgane mit einer Selbstorganisationsbefugnis, die jedes einzelne von ihnen besitzt (sog. *pouvoir d'organisation interne*, nach der französischen Doktrin; im deutschen Verfassungsrecht ist von Geschäftsordnungsautonomie die Rede). Diese ist nur teilweise in den Verträgen normiert und im Übrigen eine anerkannte *implied power*.¹¹⁹ Art. 335 S. 3 AEUV, der von einer „Verwaltungsautonomie“ der Organe spricht, nimmt diese Doktrin auf. In ihrer sachlichen Reichweite ist die Selbstorganisationsbefugnis beschränkt auf „Fragen, die das Funktionieren der einzelnen Organe betreffen“, insbesondere die Regelung interner Arbeitsabläufe und die Schaffung von Hilfsorganen. Sie umfasst aber auch außengerichtetes Handeln wie den Zugang zu Dokumenten¹²⁰ oder die Durchführung von Baumaßnahmen zur Errichtung eines Dienst-sitzes.¹²¹ In Wahrnehmung ihrer Selbstorganisationsbefugnis handeln die Organe auch im Rechts- und Geschäftsverkehr mit Dritten im eigenen Namen, Art. 335 S. 3 AEUV.¹²²

118 Die hierauf gestützte Verordnung gilt auch für die EZB, s. Art. 2 Abs. 1 Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union ..., ABl. 2018 L 295/39.

119 EuGH, Urteil v. 10.2.1983, Rs. 230/81, ECLI:EU:C:1983:32, Rn. 38 – *Luxemburg/Parlament*; Urteil v. 10.7.2003, Rs. C-15/00, ECLI:EU:C:2003:396, Rn. 68 – *Kommission/EIB*.

120 EuGH, Urteil v. 30.4.1996, Rs. C-58/94, ECLI:EU:C:1996:171, Rn. 37 – *Niederlande/Rat*; EuG, Urteil v. 27.11.2007, verb. Rs. T-3/00 und T-337/04, ECLI:EU:T:2007:357, Rn. 72 und 248 – *Pitsiorlas/Rat u. EZB*.

121 Vgl. z.B. EuGH, Urteil v. 10.4.2003, Rs. C-167/99, ECLI:EU:C:2003:215 – *Parlament/SERS u. Stadt Straßburg*. Zum Konflikt um die Errichtung des EZB-Gebäudes im Frankfurter Ostend s. LG Frankfurt, Vorlage-Beschluss v. 29.8.2007, 2–06 O 242/07, *Ruf u. Elsässer/EZB u.a.*

122 Für die EZB hat diese Differenzierung keine praktische Relevanz, da sie gemäß Art. 9.1 ESZB/EZB-Satzung ohnehin in jedem Mitgliedstaat mit weitestgehender Rechts- und Geschäftsfähigkeit im Privatrechtsverkehr ausgestattet ist. Die Vertretungsbefugnis der Kommission für die Union gem. Art. 335 S. 2 AEUV gilt für die EZB nicht.

Dass die EZB über eine Selbstorganisationsbefugnis verfügt, war schon vor dem Lissabonner Vertrag anerkannt.¹²³ Die Balance mit den vertraglich begründeten Regelungsbefugnissen ist aber an einem zentralen Punkt zugunsten der EZB verschoben: der Personalverwaltung. Die in Art. 336 AEUV übertragene Befugnis des Unionsgesetzgebers, das Statut der Beamten und die Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten „der Union“ festzulegen, bezieht sich ungeachtet seines Wortlauts nicht auf die EZB-Bediensteten. Vielmehr legt der EZB-Rat auf Vorschlag des Direktoriums die Beschäftigungsbedingungen für das Personal der EZB selbst fest, Art. 36 ESZB/EZB-Satzung.¹²⁴ Das Beamtenstatut – eine Verordnung, die seit Jahrzehnten die Grundlage für ein einheitliches Dienstrecht der Gemeinschaften bzw. der Union bildet¹²⁵ – gilt für das Personal der EZB nicht.¹²⁶

Nicht nur bei der Verwaltung ihrer finanziellen Mittel, sondern auch bei der Verwaltung ihrer personellen Ressourcen ist der EZB somit ein erweiterter Autonomieraum zugewiesen. Diese weitreichende Abweichung von einem einheitsstiftenden Element des unionalen Organisationsrechts bleibt in Art. 282 AEUV unerwähnt und erschließt sich erst bei der Lektüre des Primärrechts auf einer niedrigen Konkretisierungsstufe.

(3) Ebenso wie andere Organe und Einrichtungen unterliegen die internen Vorgänge der EZB einem System von Kontrollen externer Akteure: der Rechnungshof, das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF), die

123 EuGH, Urteil v. 25.5.2005, Rs. C-301/02 P, ECLI:EU:C:2005:306, Rn. 39 – *Tralli/EZB*.

124 Beschluss der EZB vom 9. Juni 1998 über die Verabschiedung der Beschäftigungsbedingungen für das Personal der Europäischen Zentralbank (EZB/1998/4), ABl. 1999 L 125/32, zuletzt geändert durch Beschluss v. 5.7.2001 (EZB/2001/6), der anordnet, die Beschäftigungsbedingungen für das Personal der EZB in der jeweils aktuellen Fassung der Öffentlichkeit auf der Webseite der EZB zugänglich zu machen, mit der Folge, dass sie nur noch in einer Amtssprache verfügbar sind. Im Unterschied zum Beamtenstatut der EU entfaltet dieser Beschluss für die Mitgliedstaaten keine Verpflichtungskraft, s. EuGH, *INPS* (Fn. 80), Rn. 38.

125 Verordnung (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates vom 29. Februar 1968 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften ..., ABl. 1968 L 56/1, zuletzt geändert durch VO (EU, Euratom) Nr. 1080/2010 v. 24.11.2010.

126 Die für die übrigen Organe und Einrichtungen geltenden Grundsätze kommen auf die arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen der EZB und ihren Mitarbeiter:innen gleichwohl grundsätzlich zur Anwendung: EuGH, Urteil v. 14.10.2004, Rs. C-409/02 P, ECLI:EU:C:2004:625, Rn. 34 ff. – *Pflugrath/EZB*.

Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa), der Europäische Bürgerbeauftragte sowie die einzelnen Bürger:innen, die Informationsansprüche geltend machen. Diese Kontrollmechanismen sind aber teilweise beschränkt auf das Verwaltungshandeln der EZB, abweichend von den allgemeinen Regeln.

Gemäß Art. 287 Abs. 1 AEUV prüft der Rechnungshof „die Rechnung über alle Einnahmen und Ausgaben der Union“ und ist dazu mit Befugnissen gegenüber den anderen Handlungsträgern der Union ausgestattet. Die EZB unterliegt aber nur eingeschränkt seiner Kontrolle: Nach Art. 27.2 ESZB/EZB-Satzung erstrecken sich die Befugnisse des Rechnungshofes nur auf eine „Prüfung der Effizienz der Verwaltung der EZB“. Im Übrigen erfolgt die Rechnungsprüfung durch unabhängige externe Rechnungsprüfer (Art. 27.1 ESZB/EZB-Satzung) sowie EZB-intern durch einen sog. Prüfungsausschuss, den der EZB-Rat eingesetzt hat (Art. 9b GO-EZB).

Eine ähnliche Interessenlage besteht mit Blick auf die Bekämpfung von Korruption und anderen Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten; die primärrechtliche Lösung für die Kontrollkompetenzen von OLAF weicht aber von der für die Rechnungsprüfung ab. Gemäß Art. 325 Abs. 1 AEUV können die finanziellen Interessen der Union von rechtswidrigen Praktiken in Unionsstellen betroffen sein, einschließlich der Organe. Dabei sind die finanziellen Interessen der Union nicht auf den Unionshaushalt beschränkt.¹²⁷ Folgerichtig umfasst die Regelungskompetenz des Gesetzgebers nach Art. 325 Abs. 4 AEUV auch die Kontrolle der EZB durch OLAF, *ohne* Eingrenzung auf ihr Verwaltungshandeln. Die Sicherung der Funktionsfähigkeit der EZB und die Wahrung ihrer Unabhängigkeit wird hier einer loyalen Ausübung der betreffenden Reglungs- bzw. Kontrollbefugnisse überantwortet.¹²⁸ Entsprechendes gilt für die Zusammenarbeit zwischen den Unionsorganen und der EUSTa, deren Gründungsverordnung, die auf Art. 86 AEUV gestützt ist, keine Sonderregelungen für die EZB vorsieht.¹²⁹

127 EuGH, *Kommission/EZB* (Fn. 8), Rn. 89 ff.

128 Verordnung (EU, Euratom) Nr. 883/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. September 2013 über die Untersuchungen des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) ..., ABl. 2013 L 248/1, zuletzt geändert durch VO (EU, Euratom) 2020/2223 v. 23.12.2020.

129 Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), ABl. 2017 L 283/1.

Dieser Konzeption folgen auch Art. 228 AEUV und Art. 43 GRC: Unionsbürger:innen sowie die in der EU niedergelassenen Personen haben das Grundrecht, sich an den Europäischen Bürgerbeauftragten zu wenden und ihn mit Missständen „bei der Tätigkeit der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen“ zu befassen. Darüber hinaus kann der Bürgerbeauftragte auf eigene Initiative Untersuchungen vornehmen. Die Ausgestaltung dieser Befugnisse erfolgt in einem Gesetzgebungsakt, der dem Europäische Parlament zugerechnet wird, Art. 288 Abs. 4 AEUV. Auch hier sind Missstände bei der EZB vom Anwendungsbereich nicht primärrechtlich ausgeschlossen oder auf den Bereich ihres Verwaltungshandelns begrenzt. Vielmehr spricht die ausdrückliche Ausnahme zugunsten des Gerichtshofs „in Ausübung seiner Rechtsprechungsbefugnisse“ (Art. 288 Abs. 1 AEUV, Art. 43 GRC) für eine umfassende Anwendung auf die EZB.¹³⁰

Eine kategoriale Beschränkung dagegen gilt für die Kontrolle durch die Bürger:innen, die sich mit Informationen über das Handeln der EZB versorgen wollen. Zwar ist nach Art. 15 Abs. 1 AEUV die Gesamtheit der Handlungsträger der Union auf die „weitestgehende Beachtung des Grundsatzes der Offenheit“ verpflichtet. In diesem verfassungsprinzipiellen Kontext legen Art. 15 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV und Art. 42 GRC ein Grundrecht auf Zugang zu Dokumenten der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union nieder. Nach Art. 15 Abs. 3 UAbs. 2, 3 AEUV werden die allgemeinen Grundsätze und Schranken dieses Rechts vom Unionsgesetzgeber festgelegt. Das so konkretisierte Recht auf Dokumentenzugang gilt aber gem. Art. 15 Abs. 3 UAbs. 4 AEUV für die EZB, ebenso wie für die Unionsgerichte und die Europäische Investitionsbank, nur soweit ihr Verwaltungshandeln betroffen ist.¹³¹ Ausdrücklich ausgenommen sind zudem

130 Vgl. Art. 1 Abs. 3 der Verordnung (EU, Euratom) 2021/1163 des Europäischen Parlaments vom 24. Juni 2021 zur Festlegung der Regelungen und allgemeinen Bedingungen für die Ausübung der Aufgaben des Bürgerbeauftragten (Statut des Europäischen Bürgerbeauftragten), ABl. 2021 L 253/1.

131 Vgl. Beschluss der Europäischen Zentralbank vom 4. März 2004 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten der Europäischen Zentralbank (EZB/2004/3) (2004/258/EG), ABl. 2004 L 80/42, zuletzt geändert durch Beschluss (EU) 2015/529 v. 2.1.2015. Eine auf Art. 15 Abs. 3 AEUV gestützte Verordnung ist noch nicht erlassen worden. Die geltende Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 L 145/43, beansprucht für die EZB keine Geltung.

gemäß Art. 10.4 ESZB/EZB-Satzung die Aussprachen in den Sitzungen des EZB-Rates.¹³²

e) Zwischenbilanz zum Profil als Verfassungsorgan

Die Tour d'Horizon durch die Themen des Organisationsverfassungsrechts hat ergeben, dass das *constitutional mainstreaming* der EZB weit vorangekommen ist. Ihre Einbindung in den institutionellen Rahmen der Union führt zur Anwendbarkeit allgemeiner Verfassungsprinzipien und Doktrinen des Unionsrechts. Die EZB ist dem Regelungszugriff des Unionsgesetzgebers in Fragen des organübergreifenden Organisationsrechts nicht entzogen. Solche Rechtsgrundlagen sind insbesondere dort vorgesehen, wo es um die Konkretisierung von Grundrechten geht, deren selbstverständlicher Verpflichtungsadressat die EZB ist. Zwar finden sich auch hier Spezialregelungen für die EZB, die den Regelungszugriff beschränken, namentlich beim Grundrecht auf Zugang zu Dokumenten. Dies erscheint indes mit Blick auf die besonderen Diskretionsbedürfnisse für die Aufgabenwahrnehmung einer Zentralbank funktionsadäquat. Im Übrigen ist die Ausübung der Kompetenz des Unionsgesetzgebers nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit darauf verpflichtet, die unabhängige Aufgabenwahrnehmung des ESZB nicht zu gefährden.

Der Organstatus der EZB als solcher erweist sich als dogmatisch folgenarm. Nur an wenigen Stellen kommt die Legaldefinition in Art. 13 Abs. 1 EUV in einem differenzierenden Sinne zum Tragen. Hier sticht das Sprachenregime heraus: Normatives Handeln der Organe muss in allen Amtssprachen erfolgen, und jedes Organ muss mit den Bürger:innen in ihrer jeweiligen Vertragssprache kommunizieren. Die symbolische Aufwertung gegenüber anderen Handlungsträgern der Union ist gleichwohl verfassungsrechtlich relevant: Die Qualifizierung als eine *co-equal branch of government* setzt den interpretativen Rahmen, in dem die EZB und das von ihr geleitete ESZB eine Gesamtverantwortung für das Gelingen des Integrationsprozesses auf der Lissabonner Stufe wahrnehmen. Die Wahrnehmung ihrer spezifischen Aufgaben soll arbeitsteilig zur Förderung der europäischen Werte, zur kohärenten Verwirklichung aller der Union zugewiesenen Aufgaben und Ziele, sowie zur Ermöglichung eines demokratischen Prozes-

132 EuGH, Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-442/18 P, ECLI:EU:C:2019:1117, Rn. 43 f. – *EZB/ Espírito Santo Financial (Portugal)*.

ses der Gemeinwohlkonkretisierung beitragen, der die heterogenen Interessen in der europäischen Gesellschaft artikuliert und sie Entscheidungen zuführt. Demgegenüber verblasst ein älteres Verständnis, nach dem die EZB vor allem eine Finanzinstitution ist, die in weitestgehender Isolation von externen Einflüssen allein einer ökonomischen Rationalität verpflichtet ist.

Gleichwohl führt die konstitutionelle Einbindung der EZB nicht zu einer vollständigen Nivellierung ihrer Besonderheiten. Als unabhängiges Verfassungsorgan verfügt die EZB über weitreichende autonome Regelungsgebiete zur finanziellen und administrativen Selbstorganisation und ist bei der Ausübung ihrer Befugnisse stärker als andere Verfassungsorgane gegenüber externen Kontrollen abschirmt. Dabei kommen drei Modelle zur Anwendung, die sich nicht ohne Weiteres zu einem stimmigen Bild zusammenfügen. In einigen Bereichen ist die EZB vollständig von den allgemeinen Regeln des unionalen Organisationsrechts abgesondert. Dies gilt namentlich für das Haushalts-, Vergabe- und Dienstrecht. In anderen Bereichen gelten die allgemeinen Regeln nur für das Verwaltungshandeln der EZB (Rechnungsprüfung, Dokumentenzugang). In wieder anderen Bereichen hat der Vertragsgesetzgeber die allgemeinen Regeln lediglich unter die Maßgabe gestellt, dass die Funktionsfähigkeit als unabhängiges Organ gewahrt werden muss (Korruptions- und Betrugsbekämpfung, Missstände in der Verwaltungstätigkeit).

Insbesondere das erste Modell einer pauschalen Abweichung vom verfassungsrechtlichen Normalfall folgt keiner durchgängig überzeugenden Logik. Weitreichende praktische Bedeutung hat der Umstand, dass die EZB als einziges Organ dem steuernden Zugriff des Haushaltsgesetzgebers der Union entzogen ist. Hinsichtlich der Wahrnehmung ihrer währungspolitischen Aufgaben ist dies eine notwendige Folge der Grundentscheidung, dass die EZB in der Verwaltung ihrer Mittel unabhängig sein soll. Es leuchtet auch *prima facie* ein, dass dem Doppelcharakter der EZB als Verfassungsorgan und Bank, die ihre Steuerungsleistungen maßgeblich durch den Einsatz finanzieller Instrumente erbringt, nur dadurch Rechnung getragen werden kann, dass sie auch ihr Haushaltsrecht autonom setzt. Aber benötigt die EZB zur unabhängigen Ausübung ihrer Befugnisse ein autonomes Vergaberecht für ihre Betriebsmittel? Hier sind Zweifel angebracht. Noch weniger erscheint es als zwingendes Korrelat ihrer Unabhängigkeit, dass

die EZB ein eigenes Dienstrecht besitzt, das der EZB-Rat festlegt.¹³³ Diese Absonderung behindert die Entwicklung einer gemeinsamen Verwaltungskultur der Unionsorgane, ohne dass ein funktionales Bedürfnis ersichtlich ist.

2. Die Rechtsnatur des ESZB: Handeln im Namen der Union

Nach Art. 282 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 AEUV bilden die EZB und die nationalen Zentralbanken das ESZB, das von den Beschlussorganen der EZB geleitet wird und die Währungspolitik der Union betreibt.¹³⁴ Die Verträge weisen dem ESZB unmittelbar Ziele zu, die im Zusammenspiel mit zentralbanktypischen Instrumenten kompetenzbegründend wirken.¹³⁵ Dies wirft die Frage auf, wie sich dieses körperschaftlich nicht verfasste „System“ rechtskonstruktiv in die von Art. 1 EUV etablierte Grundstruktur der europäischen Verfassungsrechts einfügt,¹³⁶ insbesondere diejenige, ob das System-Handeln nationaler Zentralbanken der Union zuzurechnen ist. Die Qualifizierung des ESZB durch den EuGH als eine „originäre Rechtsform“, in der „eine weniger ausgeprägte Unterscheidung zwischen der Union und den nationalen Rechtsordnungen“ vorherrscht,¹³⁷ beantwortet die Frage nach der Rechtsnatur des ESZB nicht klar. Sie wirft jedoch die zusätzliche Frage auf, ob sich die These eines Dualismus von Union und Mitgliedstaaten mit je eigenen Rechtsordnungen aufrechterhalten lässt.

a) Die Entscheidung für ein „System“ anstelle einer einzigen Zentralbank

Für die Währungsunion standen im Wesentlichen drei Organisationsformen zur Auswahl: erstens die Errichtung einer einzigen Zentralbank auf europäischer Ebene,¹³⁸ zweitens die Begründung eines körperschaftlich or-

133 Ebenfalls kritisch *Christoph Schmid*, Das Personalrecht der Europäischen Zentralbank, Frankfurt a.M.: Lang 2002, 69; *Helmut Siekmann*, in: ders. (Fn. 43), Article 36 Statute, Rn. 32.

134 Zum Begriff der Währungspolitik unten, IV.3.a.

135 Näher dazu ebenfalls unten, IV.3.b.

136 Dazu allgemein *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.1.

137 EuGH, Urteil v. 26.2.2019, verb. Rs. C-202/18 und C-238/18, ECLI:EU:C:2019:139, Rn. 69 – *Rimšēvičs u. EZB/Lettland*.

138 Dies hätte zur Folge gehabt, dass den nationalen Zentralbanken nur noch Residualaufgaben verblieben wären. Auch jetzt üben die nationalen Zentralbanken Aufgaben

ganisierten Zentralbanksystems auf europäischer Ebene nach dem Vorbild des *Federal Reserve System*, in dem die nationalen Zentralbanken von gemeinsamen Beschlussorganen des Systems geleitet werden, oder drittens die Schaffung eines Verbunds aus organisationsrechtlich getrennten, teils zentral und teils dezentral zugeordneten Bestandteilen, also einer europäischen Zentralbank und den fortbestehenden nationalen Zentralbanken.¹³⁹ Der Maastrichter Vertragsgesetzgeber entschied sich gegen die Errichtung einer einzigen Zentralbank, aber auch gegen die Begründung eines körperschaftlich organisierten Zentralbanksystems auf europäischer Ebene, in dem die EZB keinen Platz gehabt hätte. Er wollte sowohl den supranationalen Charakter der Währungspolitik institutionell sicherstellen als auch die Erfahrungen der nationalen Zentralbanken nutzen, die zur Glaubwürdigkeit der Währungspolitik der Union beitragen sollten.¹⁴⁰ Die Wahl des Vertragsgesetzgebers fiel auf die Schaffung eines Verbunds der EZB und der nationalen Zentralbanken, der von den Beschlussorganen der EZB geleitet wird, und in dem nicht der Verbund selbst, sondern seine Bestandteile Rechtspersönlichkeit besitzen. Diese organisationsverfassungsrechtlich präzedenzlose Lösung bezeichnen die Verträge als „System“. Die Unschärfe, die mit diesem Begriff verbunden ist, führt immer wieder zu Auslegungsproblemen.¹⁴¹

b) Das ESZB: kein normaler Verwaltungsverbund

Die Unschärfe des Begriffs lässt sich durch einen Vergleich mit herkömmlichen Verbundstrukturen, die durch die Prinzipien der Trennung und der Kooperation gekennzeichnet sind, reduzieren.¹⁴² Verbundstrukturen im Unionsrecht ergeben sich zwangsläufig aus der exekutivföderalen Kompetenzordnung, nach der die Union Recht setzt, das die Mitgliedstaaten voll-

außerhalb des ESZB aus, vgl. Art. 14.4 ESZB/EZB-Satzung und EuGH, *Banka Slove-nije* (Fn. 112), Rn. 53 ff.

139 Chiara Zilioli/Martin Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Oxford: Hart 2001, 54 ff.

140 Ebd., 57.

141 Vgl. Becker (Fn. 43), Article 282 TFEU, Rn. 35 ff.

142 Grundlegend Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2. Aufl., Berlin: Springer 2004, 381 ff.

ziehen (Art. 291 Abs. 1 AEUV).¹⁴³ Die nationalen Behörden werden funktional als Unionsbehörden tätig, bleiben aber organisatorisch Teil der Mitgliedstaaten (sog. *dédoublement fonctionnel*) und unterliegen im Rahmen des unionsrechtlich Zulässigen deren Regelungszugriff. Die entsprechenden Rechtshandlungen der Behörden sind solche des nationalen Rechts und werden nicht der Union zugerechnet. Die notwendige Effektivität des Verwaltungshandelns wird durch das Kooperationsprinzip sichergestellt (Art. 4 Abs. 3 EUV).¹⁴⁴ Die Kooperationsanforderungen intensivieren sich, wenn, was häufig geschieht, mitgliedstaatliche und nationale Stellen nach den Vorgaben des Unionsgesetzgebers beim Vollzug zusammenwirken.¹⁴⁵

Das ESZB weist wesentliche Unterschiede zu solchen Verwaltungsverbänden auf.¹⁴⁶ So ist das ESZB der einzige Verwaltungsverbund, der verfassungsrechtlich geregelt ist. Er ist damit stärker als herkömmliche Verbundstrukturen legitimiert. Auch steht an der Spitze des ESZB mit der EZB ein unabhängiges Verfassungsorgan, und damit weder die politisch verantwortliche Kommission¹⁴⁷ noch eine Agentur, für deren Leitungsgremien der Errichtungsakt spezifische Verantwortungs- und Kontrollstrukturen etabliert.¹⁴⁸ Die dezentralen Komponenten des Systems genießen dieselbe weitreichende, unionsverfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit wie die EZB.¹⁴⁹ Die Mitglieder der EZB-Beschlussorgane sind ausnahmslos *ad*

143 Dann, in diesem Band, III.

144 Hierzu eingehend Schütze, in diesem Band, IV.3.

145 Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.), *Der europäische Verwaltungsverbund*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005; Gernot Sydow, *Verwaltungsoperation in der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004.

146 Cornelia Manger-Nestler, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 98), Art. 282 AEUV, Rn. 8.

147 Z.B. das Netzwerk europäischer Kartellbehörden, das von der Europäischen Kommission und den nationalen Kartellbehörden gebildet wird, vgl. Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 82 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 487/2009 v. 25.5.2009.

148 Z.B. der Einheitlichen Abwicklungsmechanismus, der aus dem Einheitlichen Abwicklungsausschuss und den nationalen Abwicklungsbehörden gebildet wird, vgl. Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsfonds, ABl. 2014 L 225/1, zuletzt geändert durch RL (EU) 2024/1174 v. 11.4.2024.

149 Wo die Verträge die Unabhängigkeit allein für die EZB konkretisieren (z.B. Art. 282 Abs. 3 S. 2 AEUV), leitet der EuGH entsprechende Konkretisierungen für die nationalen Zentralbanken aus Art. 130 AEUV ab: *Banka Slovenije* (Fn. 112), Rn. 91 ff.

personam bestellt (Art. 283 Abs. 1 AEUV, Art. 44.2 ESZB/EZB-Satzung),¹⁵⁰ auch wenn sich das Kurationsverfahren für diejenigen, die zugleich Präsidenten der nationalen Zentralbanken sind, grundsätzlich nach nationalem Recht richtet. Letztere sind weder Vertreter ihrer Mitgliedstaaten noch ihrer nationalen Zentralbanken, sondern nehmen als weisungsfreie Mitglieder an den Sitzungen des EZB-Rats bzw. des Erweiterten Rats teil und sind damit Organwalter des supranationalen Unionsorgans EZB.¹⁵¹

Die EZB steuert das ESZB zentral. Die EZB stellt sicher, dass die Aufgaben des ESZB entweder durch ihre eigene Tätigkeit (indem sie etwa geldpolitische Geschäfte selbst durchzuführen) oder durch die nationalen Zentralbanken erfüllt werden (Art. 9.1, Art. 12.1 UAbs. 3 ESZB/EZB-Satzung). Zu diesem Zweck verfügt sie über besondere Handlungsformen. Die in Art. 12.1 und 14.3 ESZB/EZB-Satzung genannten Leitlinien und Weisungen erlauben einen unmittelbaren Zugriff auf die nationalen Zentralbanken und kommen damit ohne den Umweg einer formellen Adressierung an den Mitgliedstaat aus.¹⁵² Diese für das Unionsrecht verfassungsrechtlich einzigartigen Handlungsformen tragen zugleich der Unabhängigkeit der nationalen Zentralbanken Rechnung, die aus ihren nationalen Verantwortungs- und Weisungszusammenhängen herausgelöst sind. Damit korrespondiert in prozessrechtlicher Hinsicht, dass die EZB mittels des besonderen Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 271 lit. d AEUV ihre Währungspolitik notfalls gerichtlich gegen eine nationale Zentralbank durchzusetzen kann, ohne von einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen einen Mitgliedstaat abzuhängen.¹⁵³

150 Für die Präsidenten der nationalen Zentralbanken s. EuGH, Beschluss v. 20.7.2018, Rs. C-238/18 R, ECLI:EU:C:2018:581, Rn. 44 – *EZB/Lettland*.

151 Ausdruck dessen ist auch, dass allein die Präsidenten der nationalen Zentralbanken nach Art. 10.2 UAbs. 4 S. 3 ESZB/EZB-Satzung i.V.m. Art. 4 Abs. 5 GO-EZB befugt sind, bei längerer Abwesenheit einen Stellvertreter als Mitglied des EZB-Rats zu benennen, nicht aber die jeweilige Zentralbank.

152 Es sind gerade keine staatsgerichteten Richtlinien oder Beschlüsse nach Art. 288 AEUV, *Jürgen Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, Berlin: Springer 2006, 61.

153 Art. 271 lit. d AEUV bedeutet nicht automatisch, dass ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission nach Art. 258 AEUV unstatthaft ist. Nach vorzugswürdiger Auffassung liegt das jedoch nicht an der Unabhängigkeit der nationalen Zentralbanken, da die Kommission auch wegen unionsrechtswidriger gerichtlicher Entscheidungen nach Art. 258 AEUV vorgehen kann, obwohl die nationalen Gerichte nach Art. 19 EUV unabhängig sind, s. *Karen Kaiser/Heiko Sauer*, § 24: Rechtsschutz im Bereich der Geldpolitik der Union, in: Hufeld/Ohler (Fn. 4), 1109–1147 (Rn. 31). Es ist vielmehr zu unterscheiden, ob eine nationale Zentralbank in Ausübung der

Die Prinzipien der Trennung und der Kooperation, die herkömmliche Verbundstrukturen kennzeichnen, gelten damit für das ESZB nicht. Es gibt keine Trennung zwischen Zuständigkeiten der Union und der Mitgliedstaaten, nach der die Union das Recht setzt und die Mitgliedstaaten es, gegebenenfalls im Verbund mit Unionsstellen, vollziehen. Vielmehr liegen die währungspolitischen Regelungs- und Vollzugszuständigkeiten im Ausgangspunkt bei der Union. Soweit die nationalen Zentralbanken im Rahmen des ESZB handeln, leiten sie ihre Vollzugsspielräume von der Union ab.¹⁵⁴ Anstelle wechselseitiger Kooperation wird die notwendige Effektivität des Verwaltungshandelns des ESZB durch hierarchische Unterordnung sichergestellt.¹⁵⁵ Verfehlt ist deshalb die Sicht einzelner nationaler Zentralbanken, nach der sich aus der verfassungsunmittelbaren Aufgabenzuweisung an das ESZB eine Legitimation für eigenständiges Handeln der nationalen Zentralbanken und eine Entscheidung zugunsten von Autonomieräumen innerhalb des Systems ablesen lasse.¹⁵⁶ In der Konsequenz besitzt ein der ESZB/EZB-Satzung vermeintlich zu entnehmendes „Dezentralitätsprinzip“ keinen normativen Status, der dem des Subsidiaritätsprinzips in einem Bereich geteilter Kompetenz entspricht, sondern beschreibt lediglich eine tatsächliche Leistungsgrenze zentralisierter Verwaltung.¹⁵⁷

Aufgaben des ESZB oder ihrer Residualaufgaben gehandelt hat. Im ersten Fall ist ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission unstatthaft, da das unionsrechtswidrige Handeln der Union zuzurechnen ist (dazu zugleich), so dass eine Klage gegen den Mitgliedstaat als Rechtsträger nicht passt. Im zweiten Fall ist ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission hingegen statthaft.

154 a.A. *Frauke Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, Berlin: Duncker & Humblot 1997, 306.

155 *Christian Waldhoff*, in: Siekmann (Fn. 43), Preliminary Notes to Articles 127–133: Monetary Policy, Rn. 3 und 7.

156 Für ein Dezentralitätsprinzip argumentierend *Francisco Javier Priego/Fernando Conlledo*, The Role of the Decentralisation Principle in the Legal Construction of the European System of Central Banks, in: ECB (Hrsg.), Legal Aspects of the European System of Central Banks: Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli, Frankfurt a.M.: ECB 2005, 189–198; *Bernd Krauskopf/Christine Steven*, The Institutional Framework of the European System of Central Banks: Legal Issues in the Practice of the First Ten Years of Its Existence, CML Rev. 46 (2009), 1143–1175 (1159 ff.); *Julian Langner*, ESCB/Eurosystem/National Central Banks, in: Fabian Amtenbrink/Christoph Herrmann (Hrsg.), EU Law of Economic and Monetary Union, Oxford: OUP 2020, 389–427, Rn. 15.12–15.16.

157 Ähnlich *Zilioli/Selmayr*, The Law of the European Central Bank (Fn. 139), 70 ff.

c) Deutungsvorschlag: eine Einrichtung der Union eigener Art

Nach der hier vorgeschlagenen Deutung nennt der EuGH das ESZB zu Recht „hochintegriert“¹⁵⁸ und hebt seinen originären Charakter hervor, weil beide Systemebenen *im Namen der Union* handeln. Die nationalen Zentralbanken sind, soweit sie im Rahmen des ESZB handeln, nicht nur funktional, sondern auch in Bezug auf die Verantwortungszurechnung als Teil der Union anzusehen. Zwar bleiben sie körperschaftlich eine nationale Behörde mit eigener Rechtspersönlichkeit, aber eine, die von einem Unionsorgan, der EZB, zentral gesteuert wird und deren Handeln deshalb als letzter Punkt einer Zurechnungskette als Handeln der Union zu konzipieren ist. In der Terminologie der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft formuliert, handelt es sich um eine *verfassungsunmittelbare, auf Dauer angelegte Organleihe der Mitgliedstaaten an die Union*. Rechtsträgerschaft und Verantwortungszurechnung fallen hier systematisch auseinander, wie es für eine Organleihe typisch ist.¹⁵⁹ Dies entspricht spiegelbildlich der Situation, in der Unionsorgane auf der Grundlage eines völkerrechtlichen inter-se-Abkommens der Mitgliedstaaten tätig werden und folglich ihr Handeln nicht der Union zugerechnet wird und nicht die Rechtsnatur des Unionsrechts teilt.¹⁶⁰ Das ESZB lässt sich damit verfassungsrechtlich als *eine Einrichtung der Union* eigener Art begreifen, die durch ihre zentralen und dezentralen Systembestandteile in verteilter Rechtsträgerschaft handelt.¹⁶¹ Dass diese Einrichtung im Verhältnis zu Dritten über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, steht dieser Qualifizierung nicht entgegen, sondern stellt den Regelfall für Handlungseinheiten der Union dar.

Mit diesem Verständnis wird die kompetenzdogmatische Konzeption des EuGH, die im *Gauweiler*-Urteil ihren Anfang genommen hat, verständlich.¹⁶² Der EuGH spricht, abweichend von der Terminologie des Art. 127

158 EuGH, *Rimšēvičs u. EZB/Lettland* (Fn. 137), Rn. 70.

159 *Niedobitek* (Fn. 72), Rn. 338; für das deutsche Verfassungs- und Verwaltungsrecht vgl. BVerfGE 32, 145 (154); 63, 1 (31); BVerwGE 17, 87 (91).

160 EuGH, Urteil v. 20.9.2016, verb. Rs. C-8/15 P bis C-10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701, Rn. 54 – *Ledra Advertising*; davon zu unterscheiden sind die prozessrechtlichen Fragen, dazu sogleich.

161 In diese Richtung *Bernhard Kempen* in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2018, Art. 282 AEUV, Rn. 4; für die verbreitete Gegenansicht *Ulrich Häde*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 282 AEUV, Rn. 3: „eine Art Dach oder Sammelbezeichnung für seine Bestandteile“.

162 EuGH, *Gauweiler* (Fn. 29).

AEUV, von „Befugnissen des ESZB“¹⁶³ und erklärt das ESZB – und nicht allein die EZB – zum Adressaten des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, was impliziert, dass auch das Handeln der nationalen Zentralbanken in Wahrnehmung von Aufgaben des ESZB der Union zuzurechnen ist. Folgerichtig reklamiert der EuGH für sich eine Rechtskontrollbefugnis gegenüber „Handlungen des ESZB“ (sic!), obwohl die Verträge derartige Handlungen des nicht körperschaftlich verfassten Systems nicht vorsehen. In der Sache liegt darin die Behauptung einer Zuständigkeit des EuGH, sowohl Handlungen der EZB als auch einer nationalen Zentralbank, soweit sie Befugnisse des Systems ausübt, für nichtig erklären zu können. Hier wird deutlich, dass ein orthodoxes Verständnis des vollzugsföderalen *dédoublement fonctionnel*, wonach die nationalen Behörden, die das Unionsrecht vollziehen, organisatorisch Teil der Mitgliedstaaten bleiben und ihre Handlungen diesen zugerechnet werden, auf das ESZB nicht passt.¹⁶⁴

Üblicherweise weisen die Verträge den Mitgliedstaaten „Aufgaben“ zu oder verpflichten sie zu Verfolgung von „Zielen“ (im Sinne von materiellen Verpflichtungen),¹⁶⁵ verleihen ihnen jedoch keine „Befugnisse“ oder „Zuständigkeiten“. Diese kommen den Mitgliedstaaten vielmehr originär zu.¹⁶⁶ Für die währungspolitischen Befugnisse gilt aber nach Art. 282 Abs. 1 S. 2 AEUV etwas anderes. Hier sind bestimmte nationale Behörden, die in der Trägerschaft eines Mitgliedstaats stehen, für die Erfüllung bestimmter Aufgaben nicht nur funktional, sondern auch kompetenzrechtlich aus dem Staatsverband herausgelöst. Ihr Handeln wird unmittelbar als Ausübung einer Befugnis der Union konzipiert und der Union zugerechnet.

163 Ebd., Überschrift vor Rn. 34 und insbesondere Rn. 41.

164 Vor diesem Hintergrund ist es nicht konsistent, dass das EuG davon ausgeht, Vollzugshandlungen von geldpolitischen Beschlüssen der EZB (konkret die Ankäufe von Staatsanleihen) durch die nationalen Zentralbanken könnten „unter Umständen“ vor den nationalen Gerichten angegriffen werden, s. EuG, Urteil v. 10.12.2013, Rs. T-492/12, ECLI:EU:T:2013:702, Rn. 47 – *von Storch/EZB*. Überzeugend argumentiert das EuG hingegen, dass die nationalen Zentralbanken keine sonstigen Stellen der Union im Sinne von Art. 263 Abs. 1 S. 2 AEUV sind, wenn sie Aufgaben außerhalb des ESZB ausüben (konkret: die Pensionen ihrer Angestellten kürzen), s. Beschluss v. 20.4.2023, Rs. T-598/22, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 9 u. 11 – *RD/Österreichische Nationalbank*.

165 Z.B. Art. 151 Abs. 1 AEUV.

166 Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 EUV, und EuGH, *Pringle* (Fn. 15), Rn. 72 f.

d) Dogmatische Folgerungen, insbesondere für Rechtsschutz und Haftung

Einige der dogmatischen Folgerungen, die sich aus der Deutung des ESZB als eine Einrichtung der Union ergeben, hat der EuGH bereits explizit anerkannt. Die Präsidenten der nationalen Zentralbanken handeln in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des EZB-Rats und des Erweiterten Rats nicht als „Vertreter der Mitgliedstaaten, die an den Arbeiten der Organe der Union teilnehmen“ (Art. 10 des Protokolls [Nr. 7]), sondern genießen für Handlungen, die sie in dieser Eigenschaft vornehmen, dieselbe Befreiung von der staatlichen Gerichtsbarkeit wie die Beamten und sonstigen Bediensteten der Union.¹⁶⁷ Entsprechend sind auch nicht nur die Dokumente, die die EZB in Ausübung der Aufgaben des ESZB erstellt hat und von ihr gehalten werden, sondern auch die Dokumente, die die nationalen Zentralbanken in Ausübung dieser Aufgaben erstellt haben und von ihnen gehalten werden, vom Archivschutz des Art. 2 des Protokolls (Nr. 7) umfasst und damit dem staatlichen Zugriff entzogen.¹⁶⁸

Noch nicht geklärt ist, wie das Auseinanderfallen von Rechtsträgerschaft und Verantwortungszurechnung im Rechtsschutzsystem zu bewältigen ist. Es liegt nahe, dass Rechtsschutz gegen Handlungen des ESZB und damit der Union ausschließlich vor den Unionsgerichten zu suchen ist. Handlungen der nationalen Zentralbanken in Ausübung der Befugnisse des ESZB können demnach nicht von nationalen Gerichten für ungültig oder unanwendbar erklärt werden: als Handlungen des Unionsrechts haben sie Anteil an dessen autonomer Geltung. Für die Zwecke des EU-Prozessrechts sind sie vorzugsweise als „Handlungen der ... Europäischen Zentralbank“ zu qualifizieren (Art. 263 Abs. 1 S. 1 AEUV), da den nationalen Zentralbanken die Prozessführungsbefugnis vor dem EuGH fehlt. Eine Deutung als „sonstige Stellen“ der Union im Sinne von Art. 263 Abs. 1 S. 2 AEUV wäre systematisch schwer zu rechtfertigen und passt nicht zu ihrer Stellung als weisungsgebundene dezentrale Komponente des Systems. Anders als in herkömmlichen Verbundstrukturen kommt es für die Zuständigkeit der Unionsgerichte jedenfalls nicht darauf an, dass die konkrete Handlung einer nationalen Zentralbank im Sinne der Dogmatik zur unmittelbaren Betroffenheit nach Art. 263 Abs. 4 AEUV durch die EZB weitgehend de-

167 EuGH, LR *Çenerâlprokuratūra* (Fn. 84), Rn. 43.

168 EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-316/19, ECLI:EU:C:2020:1030, Rn. 76 ff. – *Kommission/Slowenien* (Archive der EZB).

terminiert ist.¹⁶⁹ Es ist die Handlung der nationalen Zentralbank und nicht eine dahinterstehende Handlung der EZB, die Gegenstand der Nichtigkeitsklage ist. Für die prozessrechtliche Verantwortlichkeit der EZB ist es nicht relevant, ob und inwieweit eine Weisung der EZB erfolgt ist, sondern dass eine solche jederzeit erfolgen könnte, weil die nationalen Zentralbanken innerhalb des ESZB lückenlos dem steuernden Zugriff der EZB unterliegen.

Auch Schaden, den die nationalen Zentralbanken in Wahrnehmung der Aufgaben des ESZB verursachen, ist der EZB im Außenverhältnis zuzurechnen und von ihr nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts zu ersetzen (Art. 340 Abs. 3 AEUV). Art. 35.3 S. 2 ESZB/EZB-Satzung ist einschränkend dahingehend auszulegen, dass sich die Haftung der nationalen Zentralbanken nur dann nach nationalem Recht richtet, wenn sie in Ausübung ihrer Residualaufgaben tätig geworden sind. Die Schadenersatzklage ist gegen die EZB zu richten (Art. 268 AEUV); ein Ausgleich findet gegebenenfalls im Innenverhältnis, d.h. innerhalb des ESZB statt.

e) Muss die Prämisse der Autonomie der Rechtsordnungen aufgegeben werden?

Die verfassungsunmittelbare Zuweisung von Aufgaben an das ESZB hat zu besonderen verfassungsrechtlichen Absicherungen geführt. Erstens kann die Rechtmäßigkeit einer nationalen Maßnahme, mit der ein Präsident einer nationalen Zentralbank aus seinem Amt entlassen wird, von dem betroffenen Präsidenten oder dem EZB-Rat nach Art. 14.2 UAbs. 2 ESZB/EZB-Satzung vor dem EuGH angefochten werden. Der EuGH kann die nationale Maßnahme daraufhin für nichtig erklären.¹⁷⁰ Zweitens können Residualaufgaben, die den nationalen Zentralbanken außerhalb des ESZB zugewiesen sind, vom EZB-Rat nach Art. 14.4 S. 1 ESZB/EZB-Satzung unmittelbar untersagt werden, wenn sie nicht mit den Zielen und Aufgaben des ESZB vereinbar sind.

Die Prämisse der Autonomie der Rechtsordnungen muss trotz dieser besonderen verfassungsrechtlichen Absicherungen nicht aufgegeben wer-

169 Vgl. EuGH, Urteil v. 5.5.1998, Rs. C-386/96 P, ECLI:EU:C:1998:193, Rn. 43 f. – *Dreyfus/Kommission* m.w.N.

170 EuGH, *Rimšēvičs u. EZB/Lettland* (Fn. 137), Rn. 76.

den.¹⁷¹ Eine kassatorische Befugnis der Unionsgerichte, Akte von nationalen Zentralbanken, die im Rahmen des Systems ergangen sind, für ungültig zu erklären, ist mit dieser Prämisse ohne Weiteres vereinbar, wenn man diese als Handlungen der Union versteht. Die hier vorgelegte Deutung zur Rechtsnatur des ESZB vermag auch zu erklären, warum es ausnahmsweise¹⁷² dazu kommt, dass ein Akt einer nationalen Stelle außerhalb des ESZB vom EuGH für nichtig erklärt werden kann und es im Übrigen beim Anwendungsvorrang des Unionsrechts bleibt. Zwar fehlt es dem EuGH grundsätzlich an der Rechtsmacht, auf die Geltung nationalen Rechts zuzugreifen, weil es mit dem Unionsrecht in keinem Rechtserzeugungszusammenhang steht. Die nationale Entlassungsmaßnahme greift jedoch unmittelbar in die personelle Zusammensetzung eines Beschlussorgans der Union ein. Für Entlassungen von Mitgliedern eines Beschlussorgans der Union ist folgerichtig der EuGH zuständig (Art. 228 Abs. 2, Art. 274 AEUV, Art. 11.4 ESZB/EZB-Satzung).¹⁷³

Auch Art. 14.4 S. 1 ESZB/EZB-Satzung ist nicht dahingehend zu verstehen, dass Unionsrecht und nationale Rechtsordnungen nicht mehr als wechselseitig autonom zu verstehen wären. Ist die Ausübung von Residualaufgaben außerhalb des ESZB nicht mit den Zielen und Aufgaben des ESZB vereinbar, ist die EZB nicht darauf angewiesen, ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH anstrengen (Art. 271 lit. d AEUV) und die Anordnung einer einstweiligen Maßnahme zu beantragen. Der EZB-Rat ist vielmehr ausnahmsweise ermächtigt, die Verpflichtung der nationalen Zentralbanken, die Ausübung von Residualaufgaben zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele und Aufgaben des ESZB gefährden könnten, unmittelbar durchzusetzen.¹⁷⁴ Da die Residualaufgaben der nationalen Zentralbanken den Aufgaben des ESZB zu ähnlich sind, als dass negative

171 Hierzu bereits *Jürgen Bast*, *Autonomy in Decline? A Commentary on Rimšēvičs and ECB v Latvia*, VerfBlog (13.5.2019).

172 Vgl. auch *Michael Dougan*, *The Primacy of Union Law Over Incompatible National Measures: Beyond Disapplication and Towards a Remedy of Nullity*, CML Rev. 59 (2022), 1301–1332 (1329), nach dem die Auswirkungen der Nichtigerklärung der Entlassung des Präsidenten einer nationalen Zentralbank anders als bei einem allgemein anwendbaren Rechtsakt in sich geschlossen sind.

173 Nach einer vorzugswürdigen Deutung geht es bei der Nichtigerklärung der nationalen Entlassungsmaßnahme durch den EuGH *nicht* um eine Aufhebung, sondern um eine konstitutiv wirkende Freigabe für die sofortige Fortführung der Amtsgeschäfte des Präsidenten einer nationalen Zentralbank: *Kaiser/Sauer* (Fn. 153), Rn. 33.

174 Es gibt wenige Residualaufgaben. In der Praxis konditioniert der EZB-Rat vornehmlich die Gewährung von Notfall-Liquiditätshilfen (engl. *Emergency Liquidity*

Auswirkungen auf das Handeln der Union von vornherein ausgeschlossen werden könnten, wirkt die Unionsebene als Folge der starken Verdichtung des ESZB auch dort auf die nationale Ebene über, wo die nationalen Zentralbanken nicht im Namen der Union handeln.

Art. 282 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 AEUV stellen damit die durch Art. 1 EUV etablierte Grundstruktur des europäischen Verfassungsrechts, die von einem Dualismus von Union und Mitgliedstaaten mit je eigenen Rechtsordnungen ausgeht, nicht in Frage. Die verfassungsrechtlichen Absicherungen in Art. 14 ESZB-Satzung verschieben die Grenzlinie zwischen den autonomen Rechtsordnungen, heben sie aber nicht auf.

3. Die instrumentell-finale Determinierung der Befugnisse der EZB

Die zentrale Frage für die Stellung der EZB im Gewaltenteilungsregime der Union ist schließlich, mit welchen Befugnissen sie als Organ ausgestattet ist. Art. 282 AEUV enthält dazu zwei zentrale Aussagen, die im folgenden kompetenzdogmatisch eingeordnet werden sollen. Erstens betreibt das ESZB nach Art. 282 Abs. 1 AEUV unter der Leitung des EZB die Währungspolitik der Union. Zweitens ist es gemäß Art. 282 Abs. 2 AEUV (und wortgleich nach Art. 127 Abs. 1 AEUV und Art. 2 ESZB/EZB-Satzung) dessen vorrangiges Ziel, die Preisstabilität zu gewährleisten und, soweit es ohne Beeinträchtigung des Ziels der Preisstabilität möglich ist, die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union zu unterstützen.

Bei der Rekonstruktion dieser Grundaussagen sind die eingangs (unter I.2.) ausgewiesenen Interpretationsmaximen eines kernverfassungsrechtlichen Ansatzes besonders gefordert: verfassungsdogmatisches Mainstreaming, ordnungspolitische Öffnung, Verfassungsentwicklung im Horizont der republikanischen Verfassungsprinzipien. Als Testfall für die kompetenzdogmatische Verortung der EZB dient die umstrittene Frage, ob sie dazu befugt ist, ihre geldpolitischen Instrumente zur Bekämpfung des Klimawandels, konkret: zur Dekarbonisierung der europäischen Ökonomie einzusetzen.¹⁷⁵

Bevor im Folgenden geklärt wird, wie im Fall der EZB die dogmatischen Kategorien „Ziele“, „Instrumente“ und „Befugnisse“ zusammenhängen (un-

Assistance oder ELA) durch nationale Zentralbanken an solvente Finanzinstitute mit vorübergehenden Liquiditätsproblemen.

175 Skeptisch z.B. Daniel Nees, Klimaschutz durch die EZB? Reichweite und Grenzen des Mandats der EZB in Bezug auf den Erwerb sogenannter „grüner“ Anleihen, EuR 2021, 119–137.

ter b), ist zunächst abzuschichten, wie sich die Befugnisse der EZB zur währungspolitischen Zuständigkeit der Union verhalten, die in Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV als eine ausschließliche charakterisiert wird (a). Auf dieser Grundlage kann das Verhältnis des „Primärziels“ des ESZB (Gewährleistung von Preisstabilität) zu dem „Sekundärziel“ des Systems (Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik) erörtert werden (c). Hieran schließt sich die Frage an, in wessen Verantwortungsbereich es fällt, die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union festzulegen (d).

a) Die währungspolitische Kompetenz der Union und die Befugnisse der EZB: keine Deckungsgleichheit

Die Verträge verwenden zur Umschreibung der Aufgaben des ESZB (Art. 282 Abs. 1 S. 2 AEUV) und für eine Materie der ausschließlichen Kompetenz der Union (Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV) gleichermaßen den Begriff „Währungspolitik“.¹⁷⁶ Der Schluss liegt nahe, das kompetenzdogmatische Profil der EZB über das Merkmal der Exklusivität ihrer Befugnisse zu bestimmen. Das erweist sich bei näherer Analyse als Trugschluss bzw. übermäßige Vereinfachung. Die EZB ist vielmehr in ein komplexes Geflecht von Kompetenzen eingebunden, die anderen Trägern zugewiesen sind, sowohl auf der Ebene der Mitgliedstaaten als auch der Union. Dies gilt auch dann, wenn man mit der hier vertretenen Deutung das ESZB als eine Einrichtung der Union ansieht.¹⁷⁷

Nicht alle Befugnisse, die der EZB in den Verträgen zugewiesen sind, fallen a priori in die ausschließliche währungspolitische Verbandskompetenz

176 Die deutsche Vertragsfassung differenziert in Art. 127 AEUV zwischen „Währungspolitik“ (Abs. 1) und „Geldpolitik“ (Abs. 2); die englische und die französische Fassung benutzen unterschiedslos den Begriff *monetary policy* bzw. *politique monétaire*. Die terminologische Unterscheidung zwischen Währungspolitik im engen Sinne, die auf die operative Dimension der Währungspolitik – oder in der deutschen Terminologie die Geldpolitik – beschränkt ist, und Währungspolitik im weiten Sinne, die auch das in legislativen Verfahren gesetzte Währungsrecht umfasst, ist zweckmäßig, um eine dogmatische Unterscheidung abzubilden, dazu sogleich noch im Text.

177 Im Weiteren ist aus Gründen der Vereinfachung nur von der EZB als Unionsorgan die Rede. Die Ausübung geldpolitischer Befugnisse des ESZB durch nationale Zentralbanken muss jeweils mitgedacht werden.

der Union. Die von der EZB in ihren Stellungnahmen¹⁷⁸ vertretene Gegenansicht, wonach Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV als Verweis auf die Bestimmungen des AEUV über die Währungspolitik in ihrer Gesamtheit zu verstehen sei, ist zu pauschal. Vielmehr ist nach Art. 2 Abs. 6 AEUV für jede Rechtsgrundlage gesondert zu prüfen, ob sie in die ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV fällt. Dabei bildet die geteilte Zuständigkeit der Union nach Art. 4 Abs. 1 AEUV den verfassungsrechtlichen Normalfall, sodass die Reichweite einer vertragsunmittelbaren Sperrwirkung für mitgliedstaatliches Handeln gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV im Zweifel eng zu verstehen ist.¹⁷⁹

Die Bestimmungen des AEUV über die Währungspolitik sind in Titel VIII („Die Wirtschafts- und Währungspolitik“) des Dritten Teils des Vertrags enthalten. Aus Art. 119 Abs. 2 AEUV, der am Anfang des Titels steht, ergibt sich, dass die Währungspolitik drei wesentliche Elemente umfasst, nämlich eine einheitliche Währung, den Euro, die Festlegung und Durchführung einer einheitlichen Geldpolitik sowie die Festlegung und Durchführung einer einheitlichen Wechselkurspolitik. Aus dem Wortlaut („einheitlich“) ergibt sich, dass die folgenden Befugnisse der EZB in die ausschließliche währungspolitische Kompetenz der Union fallen: erstens die Befugnis, die Ausgabe des Euro zu genehmigen (Art. 128 und Art. 282 Abs. 3 S. 2 AEUV), zweitens die Befugnis, die Geldpolitik der Union festzulegen und auszuführen (Art. 127 Abs. 2, 1. Spiegelstrich AEUV),¹⁸⁰ und drittens die Befugnis, Devisengeschäfte durchzuführen (Art. 127 Abs. 2, 2. Spiegelstrich AEUV). Könnten die Mitgliedstaaten in diesen Bereichen ebenfalls tätig werden, wäre die Einheitlichkeit der Währung, der Geldpolitik und der Wechselkurspolitik in Frage gestellt.

Hingegen fallen andere Befugnisse der EZB mangels gegenteiliger Indikatoren in die geteilte Zuständigkeit der Union, z.B. die Befugnis, die offiziellen Währungsreserven der Mitgliedstaaten zu halten und zu verwalten

178 Stellungnahme v. 19.9.2003 zum Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa (CON/2003/20), Rn. 9; Stellungnahme v. 6.4.2016 zu einem Vorschlag für einen Beschluss des Rates über Maßnahmen zur schrittweisen Einrichtung einer einheitlichen Vertretung des Euro-Währungsgebiets im Internationalen Währungsfonds (CON/2016/22), Rn. 2.1.3; ähnlich *Martin Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 13), Art. 3 AEUV, Rn. 16.

179 Hierfür sind starke funktionale Argumente erforderlich, *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 13), Art. 5 EUV, Rn. 39.

180 EuGH, *Gauweiler* (Fn. 29), Rn. 34 f.; *Weiss* (Fn. 81), Rn. 46 f.

(Art. 127 Abs. 2, 3. Spiegelstrich AEUV)¹⁸¹ oder die Befugnis, das reibungslose Funktionieren der Zahlungssysteme zu fördern (Art. 127 Abs. 2, 4. Spiegelstrich AEUV). Für die bankenaufsichtsrechtlichen Befugnisse der EZB folgt der geteilt-konkurrierende Charakter der Verbandskompetenz bereits daraus, dass sie durch einen Gesetzgebungsakt gemäß Art. 127 Abs. 6 AEUV erst begründet werden. Bestimmte Rechtsetzungsbefugnisse der EZB fallen in die geteilt-parallele Kompetenz der Union. Der Umstand, dass die EZB z.B. in Art. 5.1 ESZB/EZB-Satzung ermächtigt wird, die zur Wahrnehmung der Aufgaben des ESZB erforderlichen statistischen Daten einzuholen, bedeutet nicht, dass es den Mitgliedstaaten verwehrt ist, entsprechende Daten zu erheben.¹⁸²

Die ausschließliche währungspolitische Kompetenz der Union ist auch deshalb nicht deckungsgleich mit den Befugnissen der EZB, weil sie nicht das einzige Organ mit Befugnissen im Bereich der Währungspolitik ist. Neben der operativen Dimension der Währungspolitik (Geldpolitik) hat der Begriff der Währungspolitik auch eine normative Dimension, die nicht nur das von der EZB zur Festlegung der Geldpolitik gesetzte Recht enthält, sondern auch das Währungsrecht im weiteren Sinne, die sog. *lex monetae*.¹⁸³ So sind das Europäische Parlament und der Rat befugt, die Maßnahmen, die für die Verwendung des Euro als einheitliche Währung erforderlich sind, zu erlassen (Art. 133 AEUV), und der Rat, förmliche Vereinbarungen über ein Wechselkurssystem für den Euro gegenüber den Währungen von Drittstaaten zu treffen (Art. 219 Abs. 1 und 2 AEUV). Da diese Befugnisse die einheitliche Währung, den Euro, und die Festlegung und Durchführung einer einheitlichen Wechselkurspolitik betreffen, fallen auch sie in die ausschließliche Zuständigkeit der Union.¹⁸⁴ Hinzu kommt,

181 Dies ergibt sich aus Art. 127 Abs. 3 AEUV.

182 Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 29.2.2024, verb. Rs. C-758/22 und C-759/22, ECLI:EU:C:2024:191, Rn. 34 – *Bayerische Ärzteversorgung*.

183 Anschaulich Generalanwalt Pitruzzella, Schlussanträge v. 29.9.2020, verb. Rs. C-422/19 und C-423/19, ECLI:EU:C:2020:756, Rn. 57 – *Hessischer Rundfunk*.

184 So zu Art. 133 AEUV EuGH, Urteil v. 26.1.2021, verb. Rs. C-422/19 und C-423/19, ECLI:EU:C:2021:63, Rn. 50 f. – *Hessischer Rundfunk*; Urteil v. 20.4.2023, Rs. C-772/21, ECLI:EU:C:2023:305, Rn. 56 – *Brink's Lithuania*. Ähnliche Überlegungen lassen sich für das auswärtige Handeln auf dem Gebiet der einheitlichen Wechselkurspolitik anstellen (Art. 219 Abs. 1 und 2 AEUV). Hingegen folgt aus Art. 219 Abs. 3 und 4 AEUV, dass das auswärtige Handeln in Fragen der Wirtschafts- und Währungspolitik im Übrigen, d.h. soweit es über die ausschließliche Innen- und damit auch Außenkompetenz hinausgeht, eine geteilte Unionskompetenz dar-

dass einige Organkompetenzen der EZB von der Mitwirkung anderer Verfassungsorgane abhängig sind. Beispielsweise kann die EZB natürliche und juristische Personen nur innerhalb der Grenzen und unter den Bedingungen verpflichtet, die zuvor der Rat nach dem Verfahren des Art. 129 Abs. 4 AEUV festgelegt hat.¹⁸⁵

Die Analyse zeigt: Die EZB ist konstitutionell in ein Geflecht mit anderen Kompetenzträgern eingebunden, vertikal ebenso wie horizontal. Ihre Stellung im Gewaltenteilungsgefüge der Union kann nicht allein vom Paradigma der Wahrnehmung ausschließlicher Kompetenzen her verstanden werden. Eine Deckungsgleichheit besteht nur hinsichtlich der operativen Dimension der einheitlichen Währungs- und Wechselkurspolitik.

b) Zur dogmatischen Struktur einer EZB-Befugnis: finale Weite und instrumentelle Enge

Weitere Schwierigkeiten bei der dogmatischen Erfassung der Befugnisse der EZB ergeben sich aus der erläuterungsbedürftigen Regelungstechnik der Verträge. Die Frage, welche Befugnisse mit dem Ziel (engl. *objective*), die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union zu unterstützen, einhergehen, beantwortet sich erst aus dem Zusammenspiel mit anderen Bestimmungen der Verträge.

Art. 127 Abs. 2 AEUV weist dem ESZB und damit der EZB eine nicht abschließende Liste von „Aufgaben“ (*tasks*) zu, insbesondere die der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik der Union. Für sich genommen werden auch damit noch keine Befugnisse (*powers*) der EZB i.S.d. Art. 282 Abs. 3 S. 2 AEUV begründet.¹⁸⁶ Eine andere Lesart würde zu dem systemsparenden Ergebnis führen, dass die EZB eine umfassende geldpolitische Rechtssetzungs- und Entscheidungsbefugnis besäße, zumal diese Materie in

stellt. Für die Sperrwirkung gegenüber mitgliedstaatlichem Handeln (sekundäre Ausschließlichkeit kraft Kompetenzausübung) gelten die allgemeinen Regeln der AETR-Doktrin, die in Art. 3 Abs. 2 AEUV kodifiziert sind.

185 Der Rat hat bereits kurz nach Entstehung der EZB entsprechende Verordnungen auf der Grundlage von Art. 132 Abs. 3 AEUV, Art. 5.4 und Art. 19.2 ESZB/EZB-Satzung erlassen. Für eine Verordnung auf der Grundlage von Art. 20.2 ESZB/EZB-Satzung gab es bisher keinen Anlass.

186 Michael Rodi, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2018, Art. 127 AEUV, Rn. 7.

den Verträgen nicht genau definiert ist.¹⁸⁷ Der Aufgaben-Begriff ist hier eher im Sinne einer Bezeichnung von Handlungsfeldern zu verstehen, ähnlich wie der Begriff Tätigkeiten (*activities*) in Art. 3 EG-Vertrag bis zum Lissabonner Vertrag.

Ihre maßgebliche Konkretisierung und Begrenzung erfahren die Befugnisse der EZB dadurch, dass ihr zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben ein enumeriertes Set von Handlungsinstrumenten zur Verfügung steht. Der Vertragsgesetzgeber hat die EZB mit zentralbanktypischen Instrumenten ausgestattet, die in Kapitel IV der ESZB/EZB-Satzung aufgeführt sind, in erster Linie solche nicht-hoheitlicher Art wie die Durchführung eigener Offenmarkt- und Kreditgeschäfte. Die ESZB/EZB-Satzung bezeichnet sie generisch als „Operationen“ (*operations*) bzw. „Instrumente“ (*operational methods*).¹⁸⁸ Die Liste dieser Instrumente – nicht aber die Ziele und Aufgaben, denen sie dienen – kann nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 20 ESZB/EZB-Satzung bzw. in einem vereinfachten Vertragsänderungsverfahren erweitert werden (Art. 129 Abs. 3 AEUV), was ihren grundsätzlich abschließenden Charakter unterstreicht.

Einige EZB-Befugnisse sind aufgrund dieser instrumentell-aufgabenbezogenen Regelungstechnik bereits hinreichend bestimmt. So darf die EZB, um das reibungslose Funktionieren von Zahlungssystemen zu fördern (Art. 127 Abs. 2, 4. Spiegelstrich AEUV), eine entsprechende Infrastruktur bereitstellen und Regelungen erlassen (Art. 22 ESZB/EZB-Satzung).¹⁸⁹ Solche Befugnisse dienen bei systematischer Lektüre ebenfalls den Zielen des Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV, den Zielen kommt hier aber kein kompetenzbegründender Charakter zu.¹⁹⁰ Genau diese Verknüpfung von Zielen und Instrumenten zeichnet aber die dogmatische Struktur der EZB-Befugnisse typischerweise aus, namentlich bei ihrer Kern-Aufgabe der Geldpolitik.¹⁹¹ Zur Beurteilung der Frage, ob eine Maßnahme zur Geldpoli-

187 EuGH, *Gauweiler* (Fn. 29), Rn. 42; *Weiss* (Fn. 81), Rn. 50; *Hessischer Rundfunk* (Fn. 184), Rn. 34.

188 Überschrift Kapitel IV bzw. Art. 20 ESZB/EZB-Satzung.

189 *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast*, Scope and Limits of ECB Powers in the Field of Securities Settlement: An Analysis in View of the Proposed „TARGET2-Securities“ System, *Euredia: Revue européenne de Droit bancaire et financier* 2006, 365–409.

190 EuG, Urteil v. 4.3.2015, Rs. T-496/11, ECLI:EU:T:2015:133, Rn. 89 – *Vereinigtes Königreich/EZB*.

191 Etwa in Art. 18.1 ESZB/EZB-Satzung: „Zur Erreichung der Ziele des ESZB und zur Erfüllung seiner Aufgaben können die EZB und die nationalen Zentralbanken ... auf den Finanzmärkten tätig werden“.

tik gehört, ist „hauptsächlich“ auf ihre Ziele abzustellen, so der EuGH.¹⁹² Weder das betroffene soziale Feld noch die eingesetzten Instrumente sind für sich genommen konstitutiv für die Kompetenz,¹⁹³ sondern erst die Ausrichtung des Handelns auf bestimmte vorgegebene Ziele, nämlich die Preisstabilität zu gewährleisten und, unbeschadet dieses Ziels, die allgemeine Wirtschaftspolitik zu unterstützen.

Damit ist eine EZB-Befugnis grundsätzlich instrumentell-final determiniert – eine für die Kompetenzordnung der Union durchaus vertraute Regelungstechnik der Verträge (vgl. Art. 114 Abs. 1 AEUV), mit der Besonderheit, dass die Maßnahmen, zu denen die Unionsorgane ermächtigt werden, in anderen Rechtsgrundlagen des AEUV regelmäßig solche der Gesetzgebung sind.¹⁹⁴ In diesem Sinne kommt den Zielen der Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV also unmittelbar kompetenzbegründender Charakter zu.¹⁹⁵ Der finalen Weite der währungspolitischen Kompetenz der Union steht eine instrumentelle Enge gegenüber, indem die EZB nur über zentral-banktypische Handlungsinstrumente überwiegend nicht-imperativer Art verfügt. Die EZB kann keinen CO₂-Preis vorschreiben, um Anreize für grüne Investitionen zu schaffen, aber sie kann die Verwendung eines solchen Preises mit ihren Mitteln unterstützen, wenn dies den währungspolitischen Zielen dient.¹⁹⁶

192 EuGH, *Gauweiler* (Fn. 29), Rn. 46; *Weiss* (Fn. 81), Rn. 53.

193 Vgl. in diesem Sinne EuGH, *Gauweiler* (Fn. 29), Rn. 46, und *Weiss* (Fn. 81), Rn. 53, wonach die in Kapitel IV der ESZB/EZB-Satzung aufgeführten Instrumente „ebenfalls erheblich“ seien, um die Kompetenzmaterie zu bestimmen.

194 Vgl. *Martin Nettesheim*, Kompetenzen, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin: Springer 2009, 389–439 (421).

195 In der Sache ist dies auch das Verständnis der EZB. Sie spricht insoweit untechnisch von ihrem „Mandat“, strenggenommen nur von einem Preisstabilitätsmandat, z.B. EZB, *Die Geldpolitik der EZB*, 3. Aufl., Frankfurt a.M.: EZB 2011, 9, 14, 62, 91, 94 und 95. Ein entsprechender Begriff für das Ziel, die Wirtschaftspolitik in der Union zu unterstützen, wird nicht verwendet.

196 Die EZB kann den Anteil der Vermögenswerte begrenzen, die von Unternehmen mit einem hohen CO₂-Fußabdruck ausgegeben werden und von den Geschäftspartnern des ESZB als Sicherheit für Kreditgeschäfte verpfändet werden können. Allerdings hängt das Ausmaß, in dem die EZB „grüne“ Vermögenswerte akzeptieren und damit den Anteil „brauner“ Vermögenswerte begrenzen kann, davon ab, dass die Mitgliedstaaten einen CO₂-Preis vorschreiben und damit Anreize für grüne Investitionen setzen.

c) Zum Verhältnis der Ziele: Gleichrangigkeit bei materiell-rechtlichem Vorrang der Preisstabilität

Aus der konstitutiven Bedeutung der Ziele der Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV für die Begründung der Befugnisse der EZB ergibt sich eine dogmatische Frage von großer praktischer Bedeutung, nämlich wie das Verhältnis der Ziele der EZB, die Preisstabilität zu gewährleisten *und* die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union zu unterstützen, zu verstehen ist. Hier gilt es, frühere Engführungen bei der Deutung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der EZB zu überwinden und den Möglichkeitsraum, den die Verträge post-Lissabon eröffnen, neu zu vermessen. Nach dem hier unterbreiteten Deutungsvorschlag sind beide Ziele verfassungsrechtlich gleichrangig, bei einem materiell-rechtlichen Vorrang der Preisstabilität im Falle eines Zielkonflikts.

(1) Art. 127 Abs. 1 und Art. 282 Abs. 2 AEUV bzw. ihre Vorgänger im EG-Vertrag verkörpern ein Kernelement des Verfassungskompromisses von Maastricht, wonach die Gewährleistung der Preisstabilität einerseits nicht das einzige Ziel ist, in dessen Dienst die Befugnisse der EZB treten sollen (keine Exklusivität des Ziels der Preisstabilität), die EZB andererseits jedoch im Gegensatz zu dem *Federal Reserve System* nicht frei zwischen ihren Zielen wählen können soll (primäres Ziel der EZB ist die Preisstabilität).¹⁹⁷ Die hegemoniale Deutung des Maastrichter Vertrags hat diesen Kompromisscharakter tendenziell ignoriert, indem dem Doppelmandat des *Federal Reserve System*, Preisstabilität und hoher Beschäftigungsgrad, das Einzelmandat der EZB, Preisstabilität, gegenübergestellt worden ist.¹⁹⁸ Das ist umso bemerkenswerter, als sich die Formulierung des EG-Vertrags eng an diejenige anlehnt, die sich von jeher im Bundesbankgesetz fand.¹⁹⁹ Interpretationsleitend war jedoch – dem wirtschaftspolitischen Zeitgeist und den Präferenzen der ersten Generation von Organwaltern der EZB entsprechend – die Praxis der früheren Bundesbank, nicht ihre rechtliche Grundlage. Preisstabilität mutierte bei manchen Interpreten zu einer Me-

197 Zur Entstehungsgeschichte *Carel Cornelis Abraham van den Berg*, *The Making of the Statute of the European System of Central Banks: An Application of Checks and Balances*, Amsterdam: Dutch University Press 2005, 51–71.

198 Exempl. *Ioannis N. Kallianiotis/Iordanis Petsas*, *The Effectiveness of the Single Mandate of the ECB and the Dual of the Fed*, *Journal of Applied Finance & Banking* 10 (2002), 215–269.

199 § 3 und § 12 BBankG: „Die Bundesbank ist verpflichtet, unter Wahrung ihrer Aufgabe die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung zu unterstützen ...“.

tanorm der Wirtschafts- und Währungsunion, die alle anderen Textelemente überlagert.²⁰⁰ Diese vermeintlichen Gewissheiten sind erst in jüngerer Zeit aufgebrochen. Zeitgleich zum *European Green Deal* sind neue Direktoriumsmitglieder ernannt worden, die sich einer grüneren Geldpolitik verschrieben haben.²⁰¹

(2) Grundlegend für das Verständnis der Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV ist zunächst, dass diese Norm keine vertikale Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten leistet. Es geht jeweils um Ziele, die das ESZB als Einrichtung der Union bzw. die EZB als Unionsorgan verfolgen; sie stellen alternative tatbestandliche Anknüpfungspunkte für eine Kompetenz *der Union* dar.²⁰² Die hier diskutierte Fragestellung ist also zu unterscheiden von derjenigen, ob eine Maßnahme der Mitgliedstaaten in die ausschließliche währungspolitische Kompetenz der Union eingreift (Urteil *Pringle*) bzw. ob eine Maßnahme der EZB ihre geldpolitischen Befugnisse zulasten der Mitgliedstaaten überschreitet (Urteil *Gauweiler*). Eine Maßnahme der EZB, die das Ziel der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik verfolgt und hierfür geldpolitische Instrumente einsetzt, ist nicht Wirtschaftspolitik, sondern Geldpolitik nach Art. 127 Abs. 2, 1. Spiegelstrich AEUV und fällt in die ausschließliche währungspolitische Kompetenz der Union nach Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV. Es handelt sich weder um eine Unterstützungskompetenz im Sinne des Art. 6 AEUV noch eine Koordinierungskompetenz, die unter Art. 5 AEUV fallen würde.²⁰³

Nicht nur hinsichtlich der Rechtsfolge, sondern auch hinsichtlich des tatbestandlichen Anknüpfungspunkts der „Wirtschaftspolitik“ darf die dogmatische Rekonstruktion des Art. 282 Abs. 2 S. 3, Art. 127 Abs. 1 S. 2 AEUV nicht enggeführt werden auf eine föderale Konfliktlage. Wirtschaftspolitik im Sinne dieser Vorschrift ist kein Kompetenzreservat der Mitgliedstaaten, sondern bezieht eine Vielzahl unionaler Kompetenzen geteilter oder koor-

200 Herdegen (Fn. 3), 15 f.

201 Alle Reden, die z.B. Frank Elderson im ersten Jahr nach seiner Ernennung am 15. Dezember 2020 gehalten hat, thematisieren grüne Geldpolitik und Bankenaufsicht.

202 Der EuGH verweist zutreffend auf das institutionelle Gleichgewicht, in dessen Rahmen die EZB beide Ziele verfolgt: Weiss (Fn. 81), Rn. 60 f.; ähnlich *Gauweiler* (Fn. 29), Rn. 59.

203 Im letzteren Sinne wohl BVerfGE 134, 366–438 (Rn. 68) – *OMT-Beschluss*. Ohne Grundlage in den Verträgen auch BVerfGE 154, 17 – *PSPP-Programm*, wonach Währungspolitik, die die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union unterstützt, sachlich auf den Umfang der koordinierenden Verbandskompetenzen der Union begrenzt sei (Rn. 127 u. 163).

dinierender Natur ein. Die inklusive Formel „in der Union“ ist bewusst gewählt und trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei „Wirtschaftspolitik“ nicht um eine geschlossene Kompetenzmaterie handelt, die einem bestimmten Hoheitsträger zugewiesen wäre.²⁰⁴ Das wird unterstrichen durch die Entstehungsgeschichte der Norm, die im Entwurfsstadium sogar allein von „der Gemeinschaft“ sprach, bevor sie mit der schließlich gewählten Formulierung „in der“ auch die mitgliedstaatliche Handlungsebene einbezog.

Ein methodengerechtes Vorgehen, das den Wortlaut der Bestimmungen ernst nimmt, ergibt, dass keines der beiden Ziele der Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV im Entschließungsermessen der EZB steht.²⁰⁵ Vielmehr verpflichten die kompetenzbegründenden Ziele die EZB, ihre Instrumente gleichermaßen zur Wahrung der Preisstabilität und zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union einzusetzen. Hätte der Vertragsgesetzgeber etwas anderes intendiert, wäre es ein Leichtes gewesen, das Ziel der Unterstützung der Wirtschaftspolitik mit dem Hilfsverb „may“ zu qualifizieren anstelle des imperativen Hilfsverbs „shall“. Man mag die Unterstützung der Wirtschaftspolitik, in Anlehnung an die englische Bezeichnung des Preisstabilitätsziels als *primary objective*, als „sekundäres“ Ziel bezeichnen – optional oder weniger relevant ist seine Verfolgung deshalb nicht.

Das erste Ziel der Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV ist in seiner tatbestandlichen Struktur übersichtlich und in seinem wesentlichen Gehalt nicht umstritten: Die EZB muss das Ziel der Preisstabilität „vorrangig“ verfolgen; dabei verfügt sie hinsichtlich der Frage, wie sie dieses Ziel operationalisiert und wie sie ihre Instrumente zu seiner Verfolgung einsetzt, über ein weites Ermessen.²⁰⁶ Das zweite Ziel dagegen kombiniert zwei Tatbestandsmerkmale, ein positives (Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik) und ein negatives (keine Beeinträchtigung des Ziels der Preisstabilität). Während das positive Merkmal Fragen danach aufwirft, in wessen Zuständigkeit die Konkretisierung der betreffenden Politik fällt (dazu sogleich, unter d), verlangt das negative Merkmal Einschätzungen,

204 Selmayr, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 28), Art. 282 AEUV, Rn. 48.

205 Jens van 't Klooster/Nik de Boer, What to Do with the ECB's Secondary Mandate, JCMS 61 (2023), 730–746 (734); anders Alexander Thiele, Die Europäische Zentralbank, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 77, allerdings mit der weiterführenden Forderung nach einer nachvollziehbaren Darlegung der Gründe.

206 EuGH, Weiss (Fn. 81), Rn. 55–57.

die nur von der EZB selbst vorgenommen werden können, will man ihre unabhängige Aufgabenwahrnehmung nicht gefährden. Die hier geforderte Kompatibilitätsprüfung kann im Sinne der ersten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung verstanden werden. Dies bedeutet, dass eine Maßnahme aus materiell-rechtlichen Gründen von vornherein ungeeignet ist zur Erreichung des Ziels der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik, wenn sie das Ziel der Preisstabilität beeinträchtigt. In *diesem* Sinne besteht zwischen beiden Zielen der Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV ein „normatives Stufenverhältnis“²⁰⁷ in Gestalt einer Kollisionsregel.

Nach dem hier unterbreiteten Deutungsvorschlag sind beide Ziele der Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV dagegen kompetenzrechtlich gleichrangig und müssen grundsätzlich gleichzeitig verfolgt werden. In der eingeführten Terminologie des Währungsrechts formuliert, verfügt die EZB weder über ein „Einzelmandat“ noch ein „Hierarchiemandat“²⁰⁸ sondern ebenso wie das *Federal Reserve System* über ein „Doppelmandat“. Während das *Federal Reserve System* jedoch frei wählen kann, welchem seiner Ziele es für den Fall, dass es sie nicht gleichzeitig verfolgen kann, den Vorrang gibt, hat der Vertragsgesetzgeber entschieden, dass die EZB für einen solchen Fall der Preisstabilität Vorrang vor der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union einräumen muss.

(3) Aus dieser dogmatischen Rekonstruktion ergeben sich praktische Folgerungen für die zentrale Aufgabe der EZB, nämlich die Geldpolitik der Union festzulegen und durchzuführen. Aufgrund der kompetenzrechtlichen Gleichrangigkeit beider Ziele des Art. 282 Abs. 2 AEUV ist die EZB zunächst verpflichtet, das Ziel der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union in einer holistischen Ausgestaltung der Geldpolitik immer mitzudenken.²⁰⁹ Sie muss beurteilen, ob der Inflationsausblick von dem Ziel, mittelfristig ein Inflationsziel von 2 % anzustreben,²¹⁰ abweicht und falls ja, welcher geldpolitische Kurs erforderlich ist, um eine

207 Thiele, Die Europäische Zentralbank (Fn. 205), 76.

208 Laurence H. Meyer, Inflation Targets and Inflation Targeting, *The North American Journal of Economics and Finance* 13 (2002), 147–162; Christy Ann Petit, The ECB Mandate: A Comparative Constitutional Perspective, in: Beukers/Fromage/Monti (Fn. 14), 361–391 (366).

209 Einzelne geldpolitische Maßnahmen der EZB dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden, sondern stehen komplementär zueinander, s. Kaiser/Sauer (Fn. 153), Rn. 22 u. 56.

210 EZB, Erklärung zur geldpolitischen Strategie, Rn. 5, abrufbar unter: https://www.ecb.europa.eu/home/search/review/html/ecb.strategyreview_monpol_strategy_state_ment.de.html.

derartige Abweichung zu beseitigen. Sie darf sich aber nicht darauf beschränken. Die EZB ist vielmehr verpflichtet, die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union zu berücksichtigen, wenn und soweit sich diese Berücksichtigung neutral oder positiv zur Wahrung der Preisstabilität verhalten würde. Sie darf jedoch keine geldpolitischen Maßnahmen treffen, die allein die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union unterstützen, ohne diese in Beziehung zur Preisstabilität zu setzen.

Dieser Verpflichtung kommt die EZB nach, wenn sie erstens das Ziel der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union in der Konkretisierung der Preisstabilität selbst Rechnung trägt,²¹¹ zweitens das Ziel der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union als relevantes Interesse in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einer geldpolitischen Maßnahme, die das Ziel der Preisstabilität verfolgt, einstellt und diese Maßnahme so ausgestaltet, dass die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union unterstützt wird,²¹² drittens geldpolitische Maßnahmen trifft, die selbst originär das Ziel der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union verfolgen und kompatibel sind mit den anderen geldpolitischen Maßnahmen, die das Ziel der Preisstabilität verfolgen, und wenn sie viertens im Wege der Organleihe für komplementärrechtliche Einrichtungen, namentlich für den Europäischen Stabilitätsmechanismus, tätig wird.²¹³

d) Wer definiert die Ausrichtung der allgemeinen Wirtschaftspolitik?

Als weiterer Unterschied zum *Federal Reserve System* kommt hinzu, dass das „Doppelmandat“ der EZB in Bezug auf die weiteren Ziele inhaltlich unbestimmt ist, wie der Plural in der englischen Vertragsfassung unterstreicht (*general economic policies*). Sie umfassen potenziell auch im Kontext der Union Wirtschaftswachstum und Vollbeschäftigung als „klassische“ Ziele der Geldpolitik.²¹⁴ Die Formulierung „allgemeine Wirtschaftspolitik“ um-

211 Das Konzept der Mittelfristigkeit schließt eine übermäßig aggressive Reaktion zur Wiederherstellung von Preisstabilität innerhalb sehr kurzer Zeit bei gesamtwirtschaftlichen Schocks aus, weil es das Risiko erheblicher Kosten von Produktions- und Beschäftigungsschwankungen mit sich brächte, s. EZB (Fn. 195), 72.

212 Z.B. Ankauf von grünen Anleihen oder Verkauf von nicht-grünen Unternehmensanleihen des Nicht-Finanzsektors im Rahmen der Ankaufprogramme der EZB.

213 EuGH, *Pringle* (Fn. 15), Rn. 165.

214 *Ohler* (Fn. 11), 305.

fasst aber potenziell auch qualitative wirtschaftspolitische Ziele wie das der Dekarbonisierung.²¹⁵ Das kompetenzbegründende Sekundärziel der Unterstützung dieser Politik bedarf mithin erst der inhaltlichen Determinierung, bevor es sich als Maßstab der Geldpolitik eignet – was wiederum politische Wertungsentscheidungen und Prioritätensetzungen erfordert.

Auf diesen Mangel an Objektivität bei der inhaltlichen Ausrichtung der Wirtschaftspolitik und ihren legitimerweise umstrittenen Charakter geht wohl die verbreitete Skepsis gegenüber einer Aktivierung des Sekundärziels und die bisherige Zurückhaltung der EZB, sich auf dieses bei ihren Maßnahmen zu berufen, zurück. Diese Sorge einer Politisierung der EZB ist in vollem Umfang als berechtigt anzukennen und entspricht den legitimierungstheoretischen Überlegungen, die wir oben (unter III.3.) angestellt haben: Eine EZB, die ihr eigenes wirtschaftspolitisches Programm verkündet, müsste alsbald um ihre Unabhängigkeit fürchten.

Der Einwand geht jedoch von einer unzutreffenden dogmatischen Prämisse aus, nämlich dass die EZB bei der Wahl der von ihr unterstützten Ziele der Wirtschaftspolitik über ein eigenes Ermessen verfügt, oder anders formuliert: ein solches Verständnis der Art. 282 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 AEUV stünde im Widerspruch zu Art. 2 EUV, Art. 10 Abs. 1 EUV und der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für die Unabhängigkeit der EZB, die in Art. 282 Abs. 3 AEUV niedergelegt ist. Vielmehr ist das „Doppelmandat“ der EZB so zu verstehen, dass sie bei der unabhängigen Ausübung ihrer Befugnisse jeweils an extern vorgegebene Ziele gebunden ist: im Fall der Preisstabilität ist es eine verfassungsrechtlich fixierte Vorgabe, im Fall der Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik sind es variable Vorgaben, die durch politisch verantwortliche Organe gesetzt werden müssen. Ein Konkretisierungsersuchen der EZB ist lediglich bei der Übersetzung dieser Vorgaben in konkretes geldpolitisches Handeln anzuerkennen. Zudem besteht eine Einschätzungsprärogative, ob die materiell-rechtliche Voraussetzung der Nichtbeeinträchtigung des Ziels der Preisstabilität erfüllt ist.

Nach dem hier vertretenen Verständnis ermöglichen es Art. 127 Abs. 1 S. 2 und Art. 282 Abs. 2 S. 3 AEUV der EZB somit nicht, unmittelbar auf die Hauptziele der Union i.S.d. Art. 3 EUV zuzugreifen und nach eigener Prioritätensetzung Handlungsbeiträge zu deren Verwirklichung zu leisten.²¹⁶ Die Bezugnahme auf die „Ziele der Union“ in diesen Bestimmungen hat

215 Zilioli/Ioannidis (Fn. 17), 373.

216 So etwa Ohler (Fn. 11), 305.

für die EZB keine tatbestandliche Relevanz; sie verdeutlicht lediglich den arbeitsteiligen Zusammenhang, in den sich das Handeln des ESZB als Unionseinrichtung und der EZB als Unionsorgan einfügt. Kompetenzbegründend ist vielmehr das Ziel, die allgemeine Wirtschaftspolitik zu unterstützen, und diese Politik muss von politisch verantwortlichen Organen formuliert werden, je nach Kompetenzlage der Union oder der Mitgliedstaaten.²¹⁷ Dieses Arrangement dient der Erfüllung der übergreifenden Ziele der Union, ohne dass diese Vertragsziele selbst geldpolitische Ziele für die EZB begründen.²¹⁸

Art. 127 Abs. 1 S. 2 und Art. 282 Abs. 2 S. 3 AEUV sind somit als Auftrag zur Konzertierung mit demokratischer Politik in der Union und zur Anerkennung ihrer Führungsrolle zu verstehen. Hierfür sind verfahrensrechtliche Arrangements auf der Ebene der Union erforderlich, die die notwendige Abstimmung bei der eigenständigen Aufgabenwahrnehmung zwischen den politischen Organen und der EZB erleichtern.²¹⁹ Jenseits des allgemeinen Loyalitätsprinzips in den Interorganbeziehungen bestehen dafür keine verfassungsrechtlichen Vorgaben; die Suche nach geeigneten Formaten ist einstweilen der Selbstorganisation der Organe überantwortet.²²⁰ Angesichts der fragmentierten Kompetenzlage im Bereich der Wirtschaftspolitik und der polyzentrischen Organisationsverfassung der Union ist dies keine einfache Aufgabe. Ein bislang ungenutztes Potential haben in diesem

217 Das *Gauweiler-Urteil* (Fn. 29), Rn. 47–56, kann deshalb nicht dahingehend ausgelegt werden, dass das Ziel der Preisstabilität als Zwischenziel allgemein die Herstellung von angemessenen wirtschaftlichen Bedingungen umfasst. Das Verhältnis der Ziele des Art. 127 Abs. 1 und Art. 282 Abs. 2 AEUV würde sich zugunsten des Ziels der Preisstabilität auflösen und die EZB müsste, da sie sich im Rahmen des Ziels der Preisstabilität bewegt, keine Führungsrolle demokratischer Politik anerkennen.

218 *Zilioli/Ioannidis* (Fn. 17), 371, die darauf hinweisen, dass es sich begrifflich um ein Sekundärziel handelt und nicht, durch den Verweis auf Art. 3 EUV, um mehrere Sekundärziele; anders etwa *Waldhoff*, in: Siekmann (Fn. 43), Article 127 TFEU, Rn. 32; *van 't Klooster/de Boer* (Fn. 205), 739.

219 In diesem Sinne *van 't Klooster/de Boer* (Fn. 205), 739–742; *Armin Steinbach*, *The Greening of the Economic and Monetary Union*, CML Rev. 59 (2022), 329–362 (349): „soft policy coordination“.

220 Dazu allg. *Jelena von Achenbach*, *Verfassungswandel durch Selbstorganisation*, *Der Staat* 55 (2016), 1–39 (1–4); s. etwa den „Exchange of letters“ zwischen den Präsidentinnen der EZB und des Europäischen Parlaments vom Juni 2023 über ein „common understanding on the arrangements between the European Parliament and the European Central Bank (ECB) for structuring the practices for interaction in the area of central banking“, verfügbar unter https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Exchange_of_Letters_ECB_European_Parliament_central_banking230605~87aa8ed4a3.en.pdf (22.6.2024).

Zusammenhang die „Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union“, die gemäß Art. 121 und 136 AEUV in einem dialogischen Verfahren ausgearbeitet werden. Jedenfalls eignen sich – legitimationstheoretisch, aber auch rechtlich – nur solche konkreten wirtschaftspolitischen Ziele als Anknüpfungspunkt für die Befugnis, die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union mit den Mitteln der Geldpolitik zu unterstützen, die zwischen den politischen Entscheidungsträgern in der Union hinreichend konsentiert sind. Dass das Dekarbonisierungsziel diese Anforderung erfüllt, dürfte außer Zweifel stehen.

V. Die konstitutionell eingebundene Unabhängigkeit der EZB – eine Bilanz

Im Rückblick erweisen sich die Jahre 2002 bis 2009, vom Europäischen Konvent und dem OLAF-Urteil bis zum Lissabonner Vertrag, als eine Periode des Übergangs. Es gelang, die verfassungsrechtlichen Grundlagen der EZB zu konsolidieren, bevor die Währungsunion und die EZB selbst in schweres Fahrwasser gerieten – ökonomisch, politisch, rechtlich. Das neue *constitutional settlement*, in das der Statusstreit mündete, scheint für alle Parteien zu funktionieren. Auch die EZB selbst hat ihre Rolle als Organ, das in den Verfassungsrahmen der Union eingebunden und den allgemeinen Regeln des Organisationsverfassungsrechts unterworfen ist, offenbar angenommen. Zu Recht: Die Erwartung loyaler Zusammenarbeit zwischen den Verfassungsorganen nivelliert nicht ihre in Art. 282 AEUV niedergelegten Besonderheiten, sondern wirkt umgekehrt bei Bedarf als Schutzverstärker für ihre konstitutionell garantierte Unabhängigkeit.

Das von Art. 13 EUV geforderte *constitutional mainstreaming* der EZB ist gewiss noch nicht zum Abschluss gekommen. Der vorliegende Beitrag hat für einige der offenen Konstruktionsfragen – die Rechtsnatur des ESZB, die dogmatische Struktur ihrer Befugnisse – Deutungsvorschläge unterbreitet. Die detaillierte Analyse des organisationsverfassungsrechtlichen Profils der EZB hat zudem Punkte zu Tage gefördert, in denen ihre im einfachen Primärrecht normierten Autonomieräume im Spannungsverhältnis zu den Grundlagenbestimmungen der Verträge stehen. Das transformative Programm der Verträge, die Umstellung des Integrationstelos auf die republikanischen Verfassungsprinzipien des Art. 2 EUV, verlangt schließlich nach einer post-funktionalistischen Interpretation der Befugnisse der EZB. Ironischerweise reicht es dazu an einer Schlüsselstelle – der Ermächtigung und Verpflichtung zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik

von Union und Mitgliedstaaten – aus, den ursprünglichen Verfassungskompromiss von Maastricht zur Geltung zu bringen und seiner interpretativen Revision entgegenzuwirken.

Von wesentlicher Bedeutung für das Projekt, die EZB im Modell der Gewaltenkooperation einer Union zu verorten, die sich an den Verfassungsprinzipien des Art. 2 EUV ausrichtet, ist die Frage, wie die konstitutionell garantierte Unabhängigkeit der EZB verfassungstheoretisch rekonstruiert werden kann. Die Autor:innen dieses Beitrags verstehen die demokratische Grundentscheidung zugunsten eines unabhängigen Zentralbanken-Systems der Union nicht als eine szientistisch oder expertokratisch legitimierte Ausnahme vom Grundsatz der repräsentativen Demokratie, sondern als integralen Bestandteil des demokratischen Konstitutionalismus in der Union. Dies rechtfertigt einerseits, um der Integrität des demokratischen Systems willen, Teilaufgaben zu definieren, die einer unabhängigen Wahrnehmung zugewiesen sind, verlangt aber andererseits eine Führungsrolle repräsentativer Organe für die ergebnisoffene demokratische Willensbildung. Konstitutionell garantierte Unabhängigkeit ist nur tragfähig als konstitutionell eingebundene, kooperativ ausgeübte Unabhängigkeit.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Jelena von Achenbach ist Professorin für Öffentliches Recht und Grundlagen des Rechts an der Universität Erfurt.

Jürgen Bast ist Professor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

Armin von Bogdandy ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg und Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Philipp Dann ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Anuscheh Farahat ist Professorin für Öffentliches Recht in seinen europäischen Bezügen an der Universität Wien.

Claudio Franzius ist Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht und Umweltrecht an der Universität Bremen.

Matthias Goldmann ist Professor für Internationales Recht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht und Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Dr. Michael Ioannidis ist Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und Rechtsberater im Juristischen Dienst der Europäischen Zentralbank.

Stefan Kadelbach ist Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Dr. Karen Kaiser ist Rechtsberaterin im Juristischen Dienst der Europäischen Zentralbank.

Dr. Hannes Krämer ist Rechtsberater im Juristischen Dienst der Europäischen Kommission.

Dr. Christoph Krenn ist Habilitand am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und Mitarbeiter des Verfassungsdienstes im Bundeskanzleramt der Republik Österreich.

Dr. Isabelle Ley ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit Eigener Stelle (DFG) und Habilitandin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Anna Katharina Mangold ist Professorin für Europarecht an der Europa-Universität Flensburg.

Christoph Möllers ist Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht, und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Mehrdad Payandeh ist Professor für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht an der Bucerius Law School.

Dr. Giacomo Rugge ist Rechtsberater im Juristischen Dienst des Rates der EU.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Robert Schütze ist Professor für Europarecht an der Durham University und für Verfassungsvergleichung an der LUISS, Rom.

Dr. Luke Dimitrios Spieker ist Postdoktorand am DFG-Graduiertenkolleg DynamInt, Humboldt-Universität zu Berlin, und Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Dr. Ferdinand Weber ist Akademischer Rat a.Z. am Institut für Völkerrecht und Europarecht und Habilitand an der Georg-August-Universität Göttingen.

Mattias Wendel ist Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht, Migrationsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Leipzig.