

Ambivalenz der Offensichtlichkeit – Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BVerfGs vom 5. Mai 2020

Philip M. Bender*

Inhalt	
A. Einleitung	410
B. Das Urteil	411
I. Der rechtliche Rahmen	412
II. Der Verfahrensgang	413
III. Die Reaktionen	414
C. Zustimmung: Konvergenz der Zurückhaltung	415
I. <i>Solange</i> -Vorbehalt	416
II. Identitätskontrolle i.e.S.	416
III. <i>Ultra-vires</i> -Kontrolle	417
D. Kritik: Kommunikative Dimension des Rechts	418
I. Angriff auf die Autonomie des Unionsrechts	419
II. Zu wenig oder zu viel Zurückhaltung	420
III. Inkohärenz	421
E. Gegenvorschlag: Zurückhaltung ohne Offensichtlichkeit	422
I. Substantieller Standard I: Strukturelle Bedeutsamkeit	422
II. Substantieller Standard II: Unionsrechtsfreundlichkeit	423
III. Verfahrensmäßige Regel: Einstimmigkeit	424
F. Schluss	425

Abstract

Ausgehend vom jüngsten Urteil des BVerfGs, das die Ultra-vires-Kontrolle erstmals für Deutschland aktiviert hat, analysiert der Beitrag eines ihrer Qualifikationsmerkmale: den Begriff der Offensichtlichkeit und seine Konkretisierung durch objektive Willkür. Beide Konzepte dienen insofern einem berechtigten Anliegen, als sie die gebotene Zurückhaltung des BVerfGs mit Blick auf die Prüfung von Unionsrecht konkretisieren. Aber sie sind ungeeignet, dieses legitime Ziel zu erreichen, indem sie

* LL.M. (Yale), Maître en droit (Paris II) Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, Lehrbeauftragter im Examinatorium der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Deutschland und Visiting Fellow am Information Society Project (Yale Law School), USA.

die kommunikative Dimension des Rechts verkennen, entweder zu wenig oder zu viel Zurückhaltung mit sich bringen und miteinander inkompatibel sind. Stattdessen sollte die Zurückhaltung in substantieller Hinsicht über die unbestimmten Rechtsbegriffe (Standards) der strukturellen Bedeutsamkeit und der Unionsrechtsfreundlichkeit und in prozeduraler Hinsicht durch ein regelförmiges Einstimmigkeitserfordernis justizierbar gemacht werden.

Ambivalence of Obviousness - At the same time comment on the decision of the BVerfG of 5 May 2020

Based on the recent ruling of the German Federal Constitutional Court, which activated *ultra vires* control for Germany for the first time, the article analyses one of its qualifying characteristics: the concept of obviousness and its concretisation through objective arbitrariness. Both concepts serve a legitimate concern in that they conceptualise the necessary restraint of the BVerfG with regard to the examination of EU law. However, they are unsuitable for achieving this legitimate objective by misjudging the communicative dimension of law, by entailing either too little or too much restraint and by being incompatible with each other. Instead, the restraint should be made justiciable in substantive terms by means of the vague legal concepts (standards) of structural importance and EU law compatibility, and in procedural terms by means of a rule-based unanimity requirement.

Keywords: EU law, German Federal Constitutional Court (BVerfG), *ultra vires*, PSPP

A. Einleitung

Mit seinem Urteil vom 5. Mai 2020¹ hat sich das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erstmals in seiner Geschichte² gegen den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gestellt. Der EuGH habe das Recht „offensichtlich“ falsch angewendet – seine Ausführungen seien „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ und „objektiv willkürlich“.³

Mit diesen Formulierungen wendet das BVerfG den Begriff der Offensichtlichkeit an, der im Rahmen der *Ultra-vires*-Kontrolle die Funktion eines Qualifikationsmerkmals wahrnimmt.⁴ Um die Überprüfung unionaler Rechtsakte entsprechend dem Grundsatz der Unionsrechtsfreundlichkeit, wie er sich aus Art. 23 GG ergibt und eine

1 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP).

2 Der dänischer Højesteret [Oberster Gerichtshof], Urt. v. 06.12.2016, 15/2014 (*Ajos*) gegen EuGH, Rs. C-441/14, *Ajos*, ECLI:EU:C:2016:278, und das Tschechisches Ústavní soud [Verfassungsgericht], Urt. v. 14.02.2012, Pl. ÚS 5/12 (*Holubec*) (mit krit. Anm. *Faix*, EuGRZ 2012, S. 597) gegen EuGH, Rs. C-399/09, *Landtová*, ECLI:EU:C:2011:415, haben dem EuGH bereits in früheren Verfahren widersprochen.

3 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 116–118.

4 BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010, 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*), BVerfGE 126, 286, 304 f., Rn. 61.

Entsprechung in Art. 4 III EUV findet, zurückhaltend auszuüben und dem EuGH einen „Anspruch auf Fehlertoleranz“⁵ zuzuerkennen, führt es zur Qualifikation etwaiger Rechtsverstöße eine besonders drastische Sprache ein. Diese besonders drastische Sprache klingt im Normalfall respektvoll, weil sie rein abstrakt und hypothetisch bleibt. Dann nämlich wird niemandem ein Vorwurf gemacht. Es geht einzig um die Zurückhaltung. Wie die sprachlichen Barrieren genau aussehen, spielt dabei gar keine Rolle. Hauptsache, sie sind hoch. Wenn aber der Ausnahmefall eintritt, in dem die Sprache plötzlich konkret und real wird, wenn sie tatsächlich gegen den EuGH gerichtet wird, dann rückt die Struktur der sprachlichen Barrieren in das Zentrum der Wahrnehmung. Je höher die sprachliche Barriere der Zurückhaltung zunächst aus Gründen des Respekts errichtet wurde, desto tiefer ist der Fall, wenn sie übersprungen wird. Die im Geist der Unionsrechtsfreundlichkeit errichtete Barriere wirkt dann paradoxerweise feindselig. In diesem Zusammenspiel von Normalfall und Ausnahmefall zeigt sich die Ambivalenz des Begriffs der Offensichtlichkeit: Er dient für den Normalfall dem berechtigten Anliegen, den Respekt des BVerfGs vor der Unionsrechtsordnung zu konzeptualisieren, aber er erweist sich im Ausnahmefall dazu als ungeeignet. Die folgenden Ausführungen sind der Frage gewidmet, wie das BVerfG das berechnete Anliegen der Zurückhaltung für den Normalfall wahren und gleichzeitig eine respektvolle Sprache im Ausnahmefall finden kann.

In dem der Einleitung folgenden Teil wird zunächst kurz der vorliegende Fall rekapituliert, der das Qualifikationsmerkmal der Offensichtlichkeit zwar nicht etabliert, aber erstmals bejaht und damit den Fokus auf dessen Ambivalenz gelenkt hat (II.). Der dritte Teil dient der Herausarbeitung des berechtigten Anliegens der Offensichtlichkeit. Dazu wird die Integrationskontrolle des BVerfGs nach aktuellem Stand skizziert, um deutlich zu machen, dass gerade im Fall der *Ultra-vires*-Kontrolle ein besonderes Kriterium der Zurückhaltung notwendig ist. Indem die Offensichtlichkeit diese Zurückhaltung konzeptualisiert, dient sie als Konvergenzvehikel (III.). Der vierte Teil zeigt auf, warum der Begriff der Offensichtlichkeit mit seiner Konkretisierung durch objektive Willkür ungeeignet ist, dieses Ziel gerade unter Beachtung der kommunikativen Dimension des Rechts zu erreichen (IV.). In einem fünften Teil wird daher ein Alternativmodell für die Konzeptualisierung der Zurückhaltung vorgestellt, das in substantieller Hinsicht auf den Begriffen der Strukturrelevanz und Unionsrechtsfreundlichkeit und in verfahrensmäßiger Hinsicht auf einem Einstimmigkeitsanfordernis beruht (V.). Der Schlussteil ist einem Ausblick gewidmet (VI.).

B. Das Urteil

Es soll zunächst der rechtliche Rahmen dargestellt werden, um die Grundproblematik des Falles verständlich zu machen (I.). Anschließend kann der Verfahrensgang betrachtet werden (II.). Auf dieser Grundlage können schließlich die heftigen Reaktionen auf das Urteil relativiert werden (III.).

5 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 112.

I. Der rechtliche Rahmen

Die Kläger haben im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht, das Unterlassen der Bundesregierung und des Bundestages mit Blick auf eine etwaige Verhinderung des *Public Sector Asset Purchase Programme* (PSPP) der Europäischen Zentralbank (EZB) verletze sie in ihrem subjektiven Recht auf Demokratie. Diese Konstruktion lässt sich in fünf Schritten erklären: (i) Das Wahlrecht aus Art. 38 I 1 GG schützt vor Maßnahmen der öffentlichen Hand, die außerhalb der mit dem Wahlakt beginnenden, ununterbrochenen Kette demokratischer Legitimation liegen. Es subjektiviert insofern das Demokratieprinzip.⁶ (ii) Die demokratische Legitimation des Unionsrechts und dessen Rechtsqualität innerhalb der deutschen Rechtsordnung folgen aus dem seinerseits demokratisch legitimierten, deutschen Rechtsanwendungsbefehl, der in Art. 23 I GG zusammen mit dem Kompetenzen übertragenden Gesetz zu finden ist.⁷ (iii) Handeln Organe der Europäischen Union (EU) außerhalb der ihnen übertragenen Kompetenzen, also *ultra vires*, so ist ihr Handeln nicht mehr vom deutschen Rechtsanwendungsbefehl gedeckt und damit auch nicht demokratisch legitimiert, sodass das subjektive Recht auf Demokratie verletzt wird. (iv) Das Demokratieprinzip verlangt, dass die Bundesregierung und der Bundestag ihre sog. Integrationsverantwortung wahrnehmen, also auf die Wahrung der Kompetenzen der EU achten. Konkret müssen sie *ex ante* durch die Wahrnehmung ihrer eigenen Kompetenzen darauf hinwirken, dass die EU ihre Kompetenzen nicht überschreitet und *ex post* von der Mitwirkung an einem kompetenzwidrigen Akt absehen, zum Beispiel indem sie deutsche Gelder zurückhalten.⁸ (v) Die EZB verletzt mit dem PSPP ihre Kompetenzen und damit verletzen Bundesregierung und Bundestag gleichzeitig das subjektive Recht auf Demokratie der Kläger.

Obwohl die Verfassungsbeschwerde damit unmittelbar gegen Bundesregierung und Bundestag gerichtet war, ging es mittelbar um das *Public Sector Asset Purchase Programme* (PSPP) der Europäischen Zentralbank (EZB). Nach diesem Programm kauft das Eurosystem – vereinfachend gesprochen – Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt an, um die Inflationsrate auf knapp unter 2 % anzuheben.⁹ Bei der Überprüfung des PSPP hat das BVerfG insbesondere zwei Problemkreise vertieft: (i) Zum einen ist es der Frage nachgegangen, ob das PSPP kompetenzwidrig ist, weil der EZB (und der Union insgesamt) nur ein *währungspolitisches*, nicht aber ein *wirtschaftspolitisches* Mandat zukommt (vgl. insb. Art. 3 I lit. c, Art. 119 II, 127 ff. AEUV). Besondere Bedeutung hat es dabei dem bei der Abgrenzung beider Bereiche zu be-

6 BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 et al. (OMT), BVerfGE 142, 123, 189 – 194, Rn. 123 – 135.

7 Vgl. BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 111; BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 et al. (Lissabon), BVerfGE 123, 267, passim (z.B. 355, Rn. 242, oder 400, Rn. 339).

8 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 86.

9 Vgl. Beschluss (EU) 2015/774 der Europäischen Zentralbank vom 4. März 2015 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2015/10), ABl. L 121 v. 14.05.2015, S. 20, insbesondere 22, Artikel 1; BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 8 ff.

achtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 5 I 2, IV EUV zukommen lassen.¹⁰ (ii) Zum anderen hat es einen Verstoß gegen das Verbot der monetären Staatsfinanzierung aus Art. 123 AEUV geprüft.¹¹

II. Der Verfahrensgang

Drei gerichtliche Entscheidungen haben den Verfahrensgang geprägt. Zunächst hat das BVerfG entsprechend dem Grundsatz der Unionsrechtsfreundlichkeit mit einem Vorlagebeschluss das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV aktiviert, mit dem es dem EuGH seine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des PSPP mitgeteilt und ihn zur Überprüfung des PSPP und der Einhegung der Kompetenzen der EZB eingeladen hat.¹²

Sodann ist das Urteil des EuGHs ergangen.¹³ Nach Ansicht des EuGHs ist das PSPP rechtmäßig. Zum einen sei kein Verstoß gegen die Kompetenzordnung festzustellen, weil das Programm als Währungspolitik einzuordnen sei. Insofern komme es auf die Ziele und die eingesetzten Mittel an. Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei nicht verletzt, weil den Unionsorganen insofern ein weites Ermessen zukomme und lediglich mittelbare tatsächliche wirtschaftliche Auswirkungen außer Betracht bleiben müssten. Zum anderen verstoße das Programm auch nicht gegen das Verbot der monetären Staatsfinanzierung. Eine Vorlagefrage hat der EuGH sogar als rein hypothetisch angesehen und damit für unzulässig erklärt.

Am 5. Mai hat schließlich das BVerfG sein Urteil gefällt. Das BVerfG ist dem EuGH mit Blick auf Art. 123 AEUV gefolgt, nicht jedoch hinsichtlich der Beachtung des kompetenziellen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus Art. 5 I 2, IV EUV.¹⁴ Es sei offensichtlich fehlerhaft, die tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen des PSPP aus der Prüfung der Verhältnismäßigkeit, die eine Gesamtbetrachtung fordere, auszuklammern. Insofern sei sowohl das PSPP als auch das dieses bestätigende Urteil des EuGHs *ultra vires* ergangen. Dazu, ob das PSPP auch unter Beachtung dieser tatsächlichen Auswirkungen rechtswidrig ist, hat sich das BVerfG allerdings nicht geäußert. Es steht also ein Fehler inmitten, der in der Terminologie des Planungsrechts einem Abwägungsdefizit¹⁵ entspricht und dem durch Nachholung der Begründung innerhalb der nächsten drei Monate grundsätzlich beizukommen ist.¹⁶

10 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 117–179.

11 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 180–221.

12 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2017, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP-Vorlagebeschluss), BVerfGE 146, 216.

13 EuGH, Rs. C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000.

14 Im Vorfeld inhaltlich krit. Ludwigs, NJW 2017, S. 3563; Karpenstein, EuZW 2019, S. 705; Gentzsch, EuR 2019, S. 279.

15 Zur (bauplanungsrechtlichen) Abwägungsfehlerlehre etwa Dirnberger in: BeckOK BauGB, § 1 Rn. 136.

16 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 179, 235.

III. Die Reaktionen

Die Entscheidung ist heftig kritisiert und bisweilen sogar als „Kriegserklärung“¹⁷ interpretiert worden. Sie liefere nützliche Argumente für die zunehmend national-autoritären Regierungen in Polen oder Ungarn und lasse europäische Solidarität in einem Moment der Krise vermissen, in dem sie besonders gebraucht werde. Gerade eine derartige Deutung der Entscheidung ist allerdings weder hilfreich noch zutreffend. Sie sollte vielmehr als ein Baustein im Dialog zwischen den Gerichten verstanden werden,¹⁸ der die EU nicht schwächt, sondern stärkt. Anstatt national-autoritären Regimen Argumente zu liefern, nimmt es ihnen den Wind aus den Segeln, indem es die Sorge, niemand würde die sich selbst Kompetenzen anmaßende EU kontrollieren, als unbegründet entlarvt. Es fordert zudem nicht weniger, sondern mehr europäische Kontrollen, also nicht weniger europäischen Rechtsstaat, sondern mehr. Anstatt europäische Solidarität aufzukündigen, fordert und schafft es einen klaren Rechtsrahmen für zukünftige Solidaritätsmaßnahmen wie etwa Corona-Bonds. Auch das PSPP wurde ja nicht *per se* für rechtswidrig erklärt.

Darüber hinaus ist das BVerfG durchaus auf Diplomatie bedacht: Erstens folgt es dem EuGH mit Blick auf Art. 123 AEUV, obwohl es – wie es anklingen lässt – selbst wohl zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre.¹⁹ Zweitens setzt es sich intensiv mit den Argumenten des EuGHs auseinander und begründet sein Abweichen detailliert.²⁰ Drittens hat es den EuGH keineswegs überrascht, sondern ihm im Rahmen des Vorlageverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.²¹ Viertens muss auch bedacht werden, dass das BVerfG bereits im ähnlich gelagerten OMT-Verfahren klar gemacht, dass es dem EuGH insofern nur gerade noch folgen könne;²² dass das Kooperationsverhältnis nicht kontinuierlich zu Gunsten eines Partners ausgehen kann, liegt bei einem Dialog auf Augenhöhe nahe. Fünftens wurde die Bejahung des *Ultra-vires*-Aktes auf einen Verstoß gestützt, der – wie erwähnt – die Struktur eines Abwägungsdefizits aufweist und vor diesem Hintergrund leicht korrigiert werden kann. Sechstens ist schließlich zu bedenken, dass sich auch das BVerfG im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens mit einer nicht durchweg freundlichen Sprache des

17 So krit. Mayer im Interview von Kirchner, „Es ist eine offene Kriegserklärung“, SZ, 07.05.2020, <https://www.sueddeutsche.de/politik/karlsruhe-etz-urteil-1.4900042> (05.08.2020).

18 Das ist auch die Selbstwahrnehmung des BVerfGs, vgl. BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 111; anders im Vorfeld Dietz, EuZW 2019, S. 925, 933 (der Diskurs wäre „im Streit beendet“).

19 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 180 ff.

20 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 119 ff.

21 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2017, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP-Vorlagebeschluss), BVerfGE 146, 216.

22 BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 et al. (OMT), BVerfGE 142, 123, 217 – 221, Rn. 181–189 (zu den „gewichtigen Einwänden“), 221–225, Rn. 190–196 (zur Verneinung der Offensichtlichkeit ungeachtet dessen); zum allg. Kontext Dietz, EuZW 2019, S. 925.

EuGHs konfrontiert sah, in dem – wie erwähnt – eine Vorlagefrage sogar in wenigen Sätzen als rein hypothetisch für unzulässig erklärt wurde.²³

Wie also kommt es, dass das BVerfG als feindselig wahrgenommen wird? Die Antwort lässt sich zumindest zum Teil in dem Begriff der Offensichtlichkeit und seiner Konkretisierung durch objektive Willkür finden. Das BVerfG trägt mit einer derartigen Begrifflichkeit der kommunikativen Dimension des Rechts²⁴ nicht hinreichend Rechnung, die gerade dann, wenn das BVerfG ein Gericht der Bürger sein will, nicht zu vernachlässigen ist.²⁵ Zunächst aber soll das berechnigte Sachanliegen herausgearbeitet werden, das hinter dem Begriff der Offensichtlichkeit steht: Es geht um eine Konvergenz der Zurückhaltung bei der Überprüfung des Unionsrechts.

C. Zustimmung: Konvergenz der Zurückhaltung

Seit jeher widersprechen sich die Auffassungen des EuGHs und des BVerfGs zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts: Der EuGH geht davon aus, dass über Unionsrecht allein er entscheide und dieses allem nationalen Recht vorgehe, um so dessen einheitliche Anwendung zu gewährleisten.²⁶ Das BVerfG ist hingegen der Ansicht, dass diese Auffassung der Stellung der Mitgliedstaaten als den „Herren der Verträge“ widerspricht.²⁷ Es sieht sich daher befugt, von der deutschen Rechtsordnung nicht gebilligten Kompetenzerweiterungen im Rahmen der sog. Integrationskontrolle²⁸ entgegenzutreten. Die materielle Seite²⁹ dieser Integrationskontrolle besteht aus dem *Solange*-Vorbehalt (I.), der Identitätskontrolle i.e.S. (II.) und der *Ultra-vires*-Kontrolle (III.). Aus der Gesamtbetrachtung dieser Integrationskontrolle wird der Zweck des Begriffs der Offensichtlichkeit erkennbar: Er dient im Rahmen der *Ultra-vires*-Kontrolle der Zurücknahme der Prüfungsintensität, die damit an die Prüfungsintensität im Rahmen der anderen beiden Säulen der Integrationskontrolle angenähert wird. Insofern kommt dem Begriff der Offensichtlichkeit die Funktion eines Konvergenzvehikels zu.

23 EuGH, Rs. C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 165 ff. (die Frage sei rein „hypothetisch“).

24 Vgl. *Sunstein*, U. Pa. L. Rev. 144 (1996), S. 2021 („expressive function of law“).

25 Zu Akzeptanz und Kommunikation von Recht vgl. auch *Tyler*.

26 EuGH, Rs. C-6/64, *Costa v. E.N.E.L.*, 1964 E.C.R. 593 (allgemein); EuGH, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 1970 E.C.R. 01125 (auch für Verfassungsrecht).

27 Vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 et al. (Lissabon), BVerfGE 123, 267, passim (z.B. 349, Rn. 231); ebenso BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 111.

28 *Bender*, ZJS 2016, S. 260, 261 ff.; ders., R.A.E. – L.E.A. 2016, S. 93; vgl. ferner *Payandeh*, C.M.L.R. 48 (2011), S. 9.

29 Zur sog. „formellen Übertragungskontrolle“ des Art. 79 II GG vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.02.2020, 2 BvR 739/17 (Europäisches Patentübereinkommen), Rn. 97 ff. (dagegen allerdings die Richterinnen König und Langenfeld und der Richter Maidowski in ihrer abweichenden Meinung).

I. Solange-Vorbehalt

Die erste Säule ist in dem *Solange*-Vorbehalt zu sehen.³⁰ Danach nahm das BVerfG zunächst für sich in Anspruch, auch Unionsrechtsakte anhand der deutschen Grundrechte zu kontrollieren, solange das Unionsrecht keinen gleichwertigen Grundrechtsschutz gewährleistet (*Solange I*).³¹ Dann ging es davon aus, dass es von einer grundrechtlichen Prüfung absieht, solange das Unionsrecht generell einen gleichwertigen Grundrechtsschutz gewährleistet (*Solange II*).³² In einer jüngeren Entscheidung (*Recht auf Vergessenwerden II*) hat das BVerfG präzisiert, dass sich die generelle Betrachtung auf das jeweilige Grundrecht des Grundgesetzes bezieht.³³ Grundsätzlich findet daher eine Überprüfung unionsrechtlich determinierter Rechtsakte an den Grundrechten des Grundgesetzes nicht mehr statt. Vielmehr werden insofern auch vom BVerfG die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab herangezogen.³⁴ Der *Solange*-Vorbehalt ist aber keinesfalls abgeschafft. Vielmehr hebt das BVerfG seine Eigenständigkeit hervor³⁵ und betont, dass die Grundrechte des Grundgesetzes „dahinterliegend ruhend in Kraft“³⁶ bleiben.

II. Identitätskontrolle i.e.S.

Die zweite Säule ist die Identitätskontrolle i.e.S. Sie richtet sich gegen die Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union durch den Gesetzgeber, die gegen den über Art. 79 III GG geschützten deutschen Verfassungskern verstoßen, also gegen die Menschenwürde aus Art. 1 GG oder gegen Art. 20 GG. In dieser Stoßrichtung ist sie gegen unionales Primärrecht und Sekundärrecht gerichtet. Die Identitätskontrolle hat wiederum zwei Unteraspekte: einen institutionellen und einen grundrechtlichen. In *institutioneller* Hinsicht schützt sie die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG,³⁷ die

30 Für einen Überblick über die Rechtsprechung in diesem Kontext vgl. *Bobić*, Ger. L. J. 21 (2020), S. 31.

31 BVerfG, Beschl. v. 29.05.1974, 2 BvL 52/71 (*Solange I*), BVerfGE 37, 271, 285, Rn. 38.

32 BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986, 2 BvR 197/83 (*Solange II*), BVerfGE 73, 339, 387, Rn. 117; konkretisiert in BVerfG, Beschl. v. 07.06.2000, 2 BvL /97 (*Bananenmarktordnung*), BVerfGE 102, 147, 164, Rn. 63 (eine generelle Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes fordernd).

33 BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 276/17 (*Recht auf Vergessenwerden II*), Rn. 47.

34 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 276/17 (*Recht auf Vergessenwerden II*); dazu generell darstellend Burchardt, Ger. L. J. 21 (2020), S. 1; zustimmend *Avbelj*, Ger. L. J. 21 (2020), S. 27; kritisch *Schneider*, Ger. L. J. 21 (2020), S. 19.

35 BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 276/17 (*Recht auf Vergessenwerden II*), Rn. 49, 91.

36 BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 276/17 (*Recht auf Vergessenwerden II*), Rn. 47.

37 Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 et al. (*Lissabon*), BVerfGE 123, 267, 347 ff., Rn. 226 ff.; BVerfG, Urt. v. 18.03.2014, 2 BvE 6/12 et al. (*ESM*), BVerfGE 135, 317, 399 ff., Rn. 159 ff.; BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 et al. (*OMT*), BVerfGE 142, 123, 195 ff., Rn. 137–139; vgl. auch bereits BVerfG, Urt. v. 18.07.2005, 2 BvR 2236/04 (*Europäischer Haftbefehl I*), BVerfGE 113, 273, 299, Rn. 75 („nationale Identität und Staatlichkeit“).

sich über ihren Menschenwürdegehalt (restriktiv) konkretisieren lassen.³⁸ Besondere Bedeutung kommt dabei dem Demokratieprinzip zu. Dieses würde jedenfalls durch eine Entleerung der Kompetenzen des Parlaments und die damit einhergehende Entwertung des Wahlaktes verletzt. Gewisse Kompetenzen, insbesondere das Budgetrecht, müssen daher auf nationaler Ebene verbleiben.³⁹ Die Verletzung des Demokratieprinzips ist über das Wahlrecht aus Art. 38 I GG subjektiviert.⁴⁰ In *grundrechtlicher* Hinsicht schützt die Identitätskontrolle die Menschenwürde aus Art. 1 GG,⁴¹ worüber jedoch (extensiv) auch der Menschenwürdegehalt eines jeden Grundrechts geschützt wird. Das BVerfG gewährleistet insofern einen einzelfallbezogenen, menschenwürderadizierten Grundrechtsschutz.⁴² Indem für beide Kontrollstränge die Menschenwürde eine Rolle spielt, sie also ins Zentrum der Verfassungsidentität rückt, harmonisiert die Identitätsprüfung mit der Konkretisierung des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, wie er im Parteiverbotsverfahren des Art. 21 II GG eine Rolle spielt.⁴³

III. *Ultra-vires*-Kontrolle

Die dritte Säule der Integrationskontrolle bildet die *Ultra-vires*-Kontrolle,⁴⁴ die in der vorliegenden Entscheidung aktiviert wurde. Danach prüft das Bundesverfassungsgericht Kompetenzüberschreitungen von Unionsorganen (*Ultra-vires*-Akte), sofern der Verstoß gegen die Kompetenzordnung hinreichend qualifiziert, also offensichtlich und strukturell bedeutsam ist.⁴⁵ Offensichtlich ist der Verstoß, wenn er methodisch nicht mehr vertretbar, also objektiv willkürlich ist. Strukturell bedeutsam ist er, wenn er eine Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten herbeiführt, die eigentlich eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erfordern würde.⁴⁶ Begründet wird auch die *Ultra-vires*-Kontrolle mit dem über Art. 38 I 1 GG subjektivierten und über Art. 79 III GG geschützten Demokratieprinzip aus Art. 20 GG; insofern ist sie Teil der Identitätskontrolle i.w.S.

38 Besonders deutlich BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 et al. (OMT), BVerfGE 142, 123, 190, Rn. 126. Auch diese Menschenwürderadizierung könnte theoretisch als Anknüpfungspunkt für eine Subjektivierung genommen werden.

39 Vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 18.03.2014, 2 BvE 6/12 et al. (ESM), BVerfGE 135, 317, 401, Rn. 164.

40 BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 et al. (OMT), BVerfGE 142, 123, 189, Rn. 123.

41 BVerfG, Urt. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 (Europäischer Haftbefehl II), BVerfGE 140, 317, 341, Rn. 48 f.; dazu Bender, ZJS 2016, S. 260, 264; ders., R.A.E. – L.E.A. 2016, S. 93.

42 Bender, ZJS 2016, S. 260; ders., R.A.E. – L.E.A. 2016, S. 93, 100 ff.

43 BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BvB 1/13 (NPD-Verbotsverfahren), BVerfGE 144, 20, 206, Rn. 538.

44 Vgl. BVerfG, Urt. v. 12.10.1993, 2 BvR 2134/92 et al. (Maastricht), BVerfGE 89, 155, 187 f., Rn. 106; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), BVerfGE 126, 286, 303–307, Rn. 58–66; BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 et al. (OMT), BVerfGE 142, 123, 198 – 203, Rn. 143–153.

45 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 112, 116 ff.

46 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 110.

Sie ist allerdings ein eigenständiger Zweig neben der Identitätskontrolle i.e.S.⁴⁷ insofern ist die *Ultra-vires*-Kontrolle enger als die Identitätskontrolle i.e.S., weil sie sich nur gegen Sekundärrechtsakte richtet, und zumindest im Ansatz weiter als diese, weil grundsätzlich jede (strukturell bedeutsame) Kompetenzüberschreitung zu einer Verletzung des Demokratieprinzips führt. Diese Weite führt also im Prinzip zu einer Ausdehnung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfangs auf nicht spezifisch verfassungsrechtliche Fragen. Das nötigt genauso wie im Fall des nationalen Fachrechts zu Einschränkungen, denn auch hinsichtlich des Unionsrechts darf das BVerfG nicht zur „Superrevisionsinstanz“⁴⁸ werden.

Aus dieser Warte wird die Funktion des Qualifikationsmerkmals der aus dem Grundsatz der Unionsrechtsfreundlichkeit abgeleiteten Offensichtlichkeit deutlich: es führt als Konvergenzvehikel zu einer Harmonisierung der zurückgenommenen Kontrolle: Die *Solange*-Rechtsprechung hat aus der Perspektive einer Integrationskontrolle ohnehin lediglich Nachwächterfunktion. Im täglichen Dialog der Gerichte kommt die einheitlich zurückhaltend ausgeübte Identitätskontrolle i.w.S. zum Zug. Sofern es darum geht, ob hätte übertragen werden dürfen, geht es um die Identitätskontrolle i.e.S.⁴⁹ (Art. 23 I 3 GG in Verbindung mit Art. 79 III GG) mit ihrer institutionellen (Art. 20 GG) und grundrechtlichen (Art. 1 GG) Komponente. Sie wird schon aufgrund ihrer Struktur zurückhaltend ausgeübt. Sofern es darum geht, ob übertragen wurde, geht es um die *Ultra-vires*-Kontrolle (Art. 23 I 2 GG in Verbindung mit dem Kompetenzen übertragenden Gesetz). Die Zurückhaltung ergibt sich hier erst aus dem Konvergenzvehikel der Offensichtlichkeit.

D. Kritik: Kommunikative Dimension des Rechts

Die Konvergenz der Integrationskontrolle und ihr einheitlich zurückgenommener Prüfungsmaßstab ist in der Sache durchaus zu begrüßen. Sprachlich-konzeptionell ist allerdings ein anderer Weg vorzugswürdig. Zwar leitet sich das Kriterium der Offensichtlichkeit und seine Konkretisierung durch objektive Willkür aus dem Grundsatz der Unionsrechtsfreundlichkeit ab. Der vorliegende Fall zeigt aber, dass das Kriterium dann, wenn es ausnahmsweise als erfüllt erachtet wird, zu mehr Feindschaft als Freundschaft führt. Es trägt der kommunikativen Dimension des Rechts nicht hinreichend Rechnung. Konkret führt erstens die objektivierende Sprache zu einer unnötigen Infragestellung nicht nur des Anwendungsvorrangs, sondern auch der Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung (I.). Zweitens treffen bei genauerer Betrachtung

47 BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 (OMT), BVerfGE 142, 123, 203, Rn. 153; Burchardt, ZaöRV 2016/76, S. 544 ff. m.w.N.

48 Etwa BVerfG, Beschl. v. 24.10.1999, 2 BvR 1821/99, Rn. 5; grundlegend zur Problematik vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.09.1952, 1 BvR 612/52, BVerfGE 1, 418, 420 (zur Prüfung spezifischen Verfassungsrechts); BVerfG, Beschl. v. 10.06.1964, 1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85, 92, Rn. 21 f. (sog. Heck'sche Formel), sowie aus dem unionsrechtlich relevanten Kontext BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessenwerden II), Rn. 95, 111.

49 Besonders klar BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 (OMT), BVerfGE 142, 123, 203, Rn. 153.

weder der Begriff der Offensichtlichkeit noch seine Konkretisierung durch objektive Willkür das richtige Maß an Zurückhaltung (II.). Aufgrund dieser unterschiedlichen Maßstäbe erweist sich die Konkretisierung der Offensichtlichkeit durch objektive Willkür schließlich auch als inkonsistent (III.).

I. Angriff auf die Autonomie des Unionsrechts

Indem das BVerfG von objektiver Willkür spricht und sich zur Methodenlehre des Unionsrechts äußert,⁵⁰ trifft es eine konzeptionelle Aussage, die besonders problematisch ist: Es versteht das Unionsrecht als Teil der deutschen Rechtsordnung und den EuGH als in Personalunion geführtes Fachgericht der Mitgliedstaaten. Dadurch aber greift das BVerfG nicht nur den absoluten Anwendungsvorrang des Unionsrechts an, sondern auch die Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung,⁵¹ die in dieser Konzeption nur als Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und aufgrund deren Rechtsanwendungsbefehle⁵² existiert. Es stellt also nicht nur *Costa v. E.N.E.L.*,⁵³ sondern auch *Van Gend & Loos*⁵⁴ in Frage.

Diese konzeptionelle Provokation ließe sich jedoch ohne Weiteres durch eine Subjektivierung und Selbstbezüglichkeit der Sprache vermeiden. Das BVerfG könnte die Perspektive des Internationalen Privatrechts einnehmen und die Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung, für die der EuGH das höchste Gericht ist, anerkennen. Es könnte von einer Aussage dazu absehen, welche Methoden innerhalb der Unionsrechtsordnung sachgerecht sind. Genauso wie bei der Aufnahme von ausländischen Rechtsakten eine Kontrolle am deutschen *ordre public* üblich ist,⁵⁵ könnte das BVerfG unter Bezugnahme auf die deutsche Verfassung entscheiden, welche *Ultra-vires*-Akte es noch tolerieren kann und welche nicht. Eine solche sprachlich-konzeptionelle Ausrichtung wäre auch keineswegs neu. Vielmehr ging das BVerfG diesen auf der Annahme von zwei Rechtsordnungen beruhenden Weg in der als Motor der europäischen Grundrechtsentwicklung gefeierten *Solange I*-Entscheidung.⁵⁶ In Analogie dazu hätte das BVerfG feststellen können, dass es *Ultra-vires*-Akte anhand des nach deutschen Methodengrundsätzen Vertretbaren beurteilt, solange der europäische Methodenrahmen keinen äquivalenten Schutz vor ausbrechenden Rechtsakten gewährleistet. Dagegen lässt sich auch nicht die Gefahr der Zersplitterung der Unionsrechtsordnung anführen: Das Problem einer minimal divergierenden Auffassung hinsichtlich der Kompetenzen der EU ist in der *Ultra-vires*-Kontrolle und dem mit ihr potentiell verbundenen Widerspruch zu dem für die Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung zu-

50 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 112, 118 ff.

51 EuGH, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos*, 1963 E.C.R. 1.

52 BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 et al. (Lissabon), BVerfGE 123, 267, passim (z.B. 396 f., Rn. 333 f.); vgl. ferner *Bender*, ZJS 2016, S. 260, 261 ff.; ders., R.A.E. – L.E.A. 2016, S. 93 ff.

53 EuGH, Rs. C-6/64 *Costa v. E.N.E.L.*, 1964 E.C.R. 593.

54 EuGH, Urt. v. 05.02.1963, C-26/62 (*Van Gend & Loos*), 1963 E.C.R. 1.

55 Vgl. etwa *v. Hein* in: MüKo EGBGB, Art. 6, Rn. 132 ff.

56 BVerfG, Beschl. v. 29.05.1974, 2 BvL 52/71 (*Solange I*), BVerfGE 37, 271, 278, Rn. 23 f.

ständigen EuGH angelegt.⁵⁷ Anders gewendet: sie ist *institutionell* bedingt und ließe sich auch durch eine objektivierende Sprache, die an eine etwaige gemeinsame oder spezifisch europäische Methodentradition anknüpft, nicht verhindern, sondern allenfalls verschleiern. Wie sonst auch führt der Respekt des anderen als eigenständig auch im Dialog zwischen dem BVerfG und dem EuGH somit zu einem mehr an freundschaftlicher Kooperation als der Anspruch auf objektive Einheit.

II. Zu wenig oder zu viel Zurückhaltung

Es ist aber nicht nur die objektivierende Sprache und die damit verbundene konzeptionelle Aussage über die Unionsrechtsordnung, die vorliegend besonders unglücklich ist. Die Begriffe der Offensichtlichkeit und der objektiven Willkür knüpfen an Sprachtraditionen an, die jeweils nicht das richtige Maß an Zurückhaltung treffen. Während der Begriff der Offensichtlichkeit bei genauerer Betrachtung zu gar keiner Zurückhaltung führt, ist der Begriff der objektiven Willkür zu zurückhaltend.

Das BVerfG will mit dem Begriff der Offensichtlichkeit die „allgemeinen Grundsätze“ zur Anwendung bringen.⁵⁸ Damit bezieht es sich in erster Linie auf die zu § 24 S. 1 BVerfGG⁵⁹ bzw. zum inhaltlich übereinstimmenden § 6 Ia Nr. 3 WPrüfG a.F.⁶⁰ entwickelten Grundsätze, die konkretisieren, unter welchen Umständen eine Verfassungsbeschwerde durch Beschluss, also ohne mündliche Verhandlung und grundsätzlich ohne Begründung, verworfen werden kann. Erforderlich sind insofern in *substantieller* Hinsicht die Unzulässigkeit oder offensichtliche Unbegründetheit der Verfassungsbeschwerde und in *verfahrensmäßiger* Hinsicht Einstimmigkeit. Zu diesen Vorschriften hat das BVerfG festgestellt, dass die Prüfung durch das BVerfG erfolgt, sodass etwaige andere Rechtsauffassungen irrelevant sind, und dass die offensichtliche Unbegründetheit nicht auf der Hand liegen muss, sondern vielmehr auch das Ergebnis einer sorgfältigen und detaillierten Prüfung sein kann. Der Begriff der Offensichtlichkeit ist vor diesem Hintergrund gar kein Begriff, der die Zurückhaltung gegenüber einem Dritten konzeptualisieren soll, weil alleine die Prüfung durch das BVerfG maßgeblich ist. Er ist zudem nur im Zusammenspiel mit dem Begriff der Einstimmigkeit überhaupt verständlich. Für die Qualifizierung der *Ultra-vires*-Kontrolle ist er vor diesem Hintergrund ungeeignet.

57 Vgl. EuGH Pressemitteilung Nr. 58/20, im Nachgang zum Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 (08.05.2020).

58 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 113; vgl. bereits BVerfG, Urt. v. 30.07.2019, 2 BvR 2641/14 (Bankenunion), NJW 2019, S. 3204, 3210, Rn. 152; BVerfG, Urt. v. 21.06.2016, 2 BvE 13/13 et al. (OMT), BVerfGE 142, 123, 201, Rn. 150.

59 BVerfG, Beschl. v. 18.09.1990, 2 BvE 2/90 (Wiedervereinigung), BVerfGE 82, 316, 319 f., Rn. 7, 8; BVerfG, Beschl. v. 17.07.1996, 2 BvF 2/93 (Südumfahrung Stendal), BVerfGE 95, 1, 14 f., Rn. 41; BVerfG, Beschl. v. 07.05.2001, 2 BvK 1/00 (Landesnaturenschutzgesetz Schleswig-Holstein), BVerfGE 103, 332, 358, Rn. 87, sowie 383, Rn. 163.

60 BVerfG, Beschl. v. 20.10.1993, 2 BvC 2/91 (Kandidatenaufstellung), BVerfGE 89, 243, 250, Rn. 35; BVerfG, Beschl. v. 23.11.1993, 2 BvC 15/91 (Wahlprüfungsverfahren), BVerfGE 89, 291, 300, Rn. 41.

In einer ganz anderen Sprachtradition steht hingegen der Begriff der objektiven Willkür. Er wird vom BVerfG zum einen verwendet, um die „nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft“⁶¹ zu beschreiben, zu der das Grundgesetz als Gegenentwurf zu verstehen ist. Zum anderen erlaubt die Willkürformel eine Kontrolle von fehlerhaften Entscheidungen der Fachgerichte anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG. Der Maßstab ist hier extrem zurückgenommen: Die Entscheidung dürfe nicht nur falsch sein. Hinzukommen müsse vielmehr, dass die Fehler bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen.⁶² Ob das Urteil des EuGHs diese hohe Hürde reißt, ist mehr als fraglich. Im Rahmen der tatsächlichen Subsumtion scheint also ein weniger zurückhaltender Maßstab zur Anwendung gekommen zu sein als der deklarierte Willkürmaßstab. Indem das strenge, sprachlich angekündigte Prüfprogramm nicht zur tatsächlich durchgeführten Prüfung passt, wirkt der im Ergebnis liegende sprachliche Vorwurf besonders beleidigend. Allein aufgrund dieses Kommunikationsproblems ist die Banalisierung des Willkürbegriffs durch Verfassungsgerichte, um ihre Prüfung auf Bereiche des einfachen Rechts zu erstrecken,⁶³ zu vermeiden. Dass das BVerfG letztendlich nicht alle Implikationen der Sprachtradition der Willkür mit Blick auf den EuGH explizit macht – der Vorwurf der „sachfremden Erwägungen“ ging selbst dem BVerfG zu weit, sodass sich eine derartige Formulierung im Rahmen der *Ultra-vires*-Kontrolle nicht findet – und es sich auf die Relativität der Rechtsbegriffe berufen könnte, ändert an dieser Kritik nichts. Denn die Bedeutung von Begriffen und ihre Rezeption steht nicht vollständig im Belieben des Sprechenden. Beim Rezipienten steht insofern die Einheit der Rechtsordnung im Vordergrund. Der Sprachtradition der objektiven Willkür und ihrem ungeeigneten Prüfungsprogramm, das zwischen Nationalsozialismus, Korruption und Ignoranz oszilliert, kann das BVerfG daher nicht entgehen, wenn es sich dieses Begriffes bedient.

III. Inkohärenz

Der vorangehende Abschnitt hat gezeigt, dass der Begriff der Offensichtlichkeit und der Begriff der objektiven Willkür an ganz unterschiedliche Sprachtraditionen anknüpfen: während derjenige der Offensichtlichkeit nicht genug Zurückhaltung mit sich bringt, führt derjenige der objektiven Willkür, wenn er ernst genommen wird, zu

61 BVerfG, Urt. v. 04.11.2009, 1 BvR 2150/08 (Wunsiedel), BVerfGE 124, 300, passim (z.B. 331, Rn. 68).

62 BVerfG, Beschl. v. 01.07.1954, 1 BvR 361/52 (Bindung durch Rechtsinstanz), BVerfGE 4, 1, 7, Rn. 23; ebenso BVerfG, BVerfG, Beschl. v. 23.01.2017, 2 BvR 2584/12, NJW 2017, 1731, 1734, Rn. 27.

63 Vgl. etwa die Rspr. des BayVerfGH, Urt. v. 13.09.2012, Vf. 16-VII-11, VerfGHE BY 65, 152, juris Rn. 81 (zur Überprüfung von Verstößen gegen Bundesrecht über das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 3 I BV bei Offensichtlichkeit und Krassheit) und Rn. 91 ff. (zur Überprüfung von Normsetzungsermessen über das Willkürverbot aus Art. 118 I BV; BayVerfGH, Urt. v. 22.07.2008, Vf. 11-VII-7, VerfGHE BY 61, 172, juris Rn. 34 ff. (für die Überprüfung eines Bebauungsplans auf Willkür).

einem Übermaß an Zurückhaltung. Daraus folgt aber nicht nur, dass beide Begriffe jeweils für sich genommen ungeeignet sind, die notwendige Zurückhaltung des BVerfGs zu konzeptualisieren, sondern auch, dass der Ansatz des BVerfGs, den Begriff der Offensichtlichkeit durch denjenigen der objektiven Willkür zu konkretisieren, inkohärent ist. Beide Begrifflichkeiten sind inkompatibel.

Das BVerfG wendet nun eigentlich den wenig zurückgenommenen Maßstab des verfahrensmäßigen Begriffs der Offensichtlichkeit an. Gleichzeitig nimmt es zur Konkretisierung des Begriffs der Offensichtlichkeit auf die Sprachtradition der objektiven Willkür Bezug, die eine viel stärkere Zurücknahme der Prüfungsintensität fordern würde. Wie bereits erwähnt ist die Banalisierung des Willkürbegriffs durch Verfassungsgerichte zwar immer problematisch, aber nicht außergewöhnlich. Außergewöhnlich ist vielmehr, dass schon im Prüfungsprogramm zwei inkompatible Maßstäbe angekündigt werden. Methodenehrlichkeit, die kommunikative Dimension des Rechts und Fairness im Dialog der Gerichte erfordern es, dass ein kohärentes Prüfungsprogramm angekündigt und entsprechend seiner Ankündigung auch angewendet wird.

E. Gegenvorschlag: Zurückhaltung ohne Offensichtlichkeit

Die Probleme des Begriffs der Offensichtlichkeit und seiner Konkretisierung durch den Begriff der objektiven Willkür lassen sich aber vermeiden, ohne das Ziel der Zurückhaltung im Rahmen der *Ultra-vires*-Kontrolle aufgeben zu müssen. Zunächst kann dem Qualifikationsmerkmal der strukturellen Bedeutsamkeit in der Prüfung ein prominenterer Platz eingeräumt werden (I.). Sodann ist es möglich, Zurückhaltung unter unmittelbarem Rückgriff auf das sie rechtfertigende Prinzip der Unionsrechtsfreundlichkeit zu üben, ohne den Umweg über den Begriff der Offensichtlichkeit zu gehen (II.). Schließlich können diese beiden substantiellen Kriterien, die unbestimmte Rechtsbegriffe (Standards) darstellen und damit immer Raum für die im Einzelfall richtige Konkretisierung lassen, durch das prozedurale Erfordernis der Einstimmigkeit ergänzt werden, das sich in Regelform fassen lässt (III.).⁶⁴

I. Substantieller Standard I: Strukturelle Bedeutsamkeit

In erster Linie ließe sich Zurückhaltung durch eine schärfere Konturierung des Begriffs der strukturellen Bedeutsamkeit erreichen. Die strukturelle Bedeutsamkeit ist gegeben, wenn der *Ultra-vires*-Akt eine Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten herbeiführt, die eigentlich eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erfordern würde.⁶⁵ Über dieses Kriterium ließe sich (neben dem bisher alleine angeführten Kriterium der Unionsrechtsfreundlichkeit) begründen, warum vor Annahme eines *Ultra-vires*-Aktes eine Vorlage zum EuGH geboten ist: Nur dann, wenn der EuGH einen *Ultra-vires*-Akt bestätigt, droht

⁶⁴ Zur Unterscheidung von Standards (unbestimmten Rechtsbegriffen) und Regeln (bestimmten Rechtsbegriffen) vgl. *Kaplow*, *Duke L. J.* 1992/42, S. 557, 560.

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 110.

eine fallrechtliche Verfestigung, die einer Vertragsänderung gleich kommt. Entscheidend soll es hier aber darum gehen, das Kriterium als substantiellen Standard zu schärfen: Insofern erlaubt er letztendlich eine Einschränkung der *Ultra-vires*-Akte auf solche, die die Verbandskompetenz zu Lasten der Mitgliedstaaten verletzen.⁶⁶ Nur diejenigen Akte, so ließe sich in Anlehnung an den üblichen Einstieg in eine Urteilsverfassungsbeschwerde sagen, sind spezifisch verfassungsrechtlich relevant,⁶⁷ weil nur insofern eine Aushöhlung des Demokratieprinzips droht. Nicht erfasst sind damit erstens Kompetenzüberschreitungen zugunsten der Mitgliedstaaten. Zweitens sind solche Rechtsakte auszusondern, die nicht die Verbandskompetenz, sondern die Organkompetenz zu Lasten eines anderen Unionsorgans überschreiten. Drittens fallen solche Rechtsakte heraus, deren Rechtswidrigkeit aus einer Grundrechtsverletzung folgt; diese Rechtsakte werden vielmehr nach dem Grundsatz des einzelfallbezogenen, menschenwürderadizierten Grundrechtsschutzes vom BVerfG geprüft.⁶⁸ Ebenfalls ausgeklammert sind viertens reine Verfahrensverstöße wie etwa die Verletzung rechtlichen Gehörs. Schließlich sind fünftens durchaus auch andere Vorschriften auszu-klammern, die nicht unmittelbar dem Schutz der Souveränität der Mitgliedstaaten dienen, sondern die andere Zwecke verfolgen. Das in der Entscheidung thematisierte Verbot der monetären Staatsfinanzierung aus Art. 123 AEUV ließe sich dieser vierten Kategorie zuordnen, weil es auch außerhalb des Mehrebenensystems mit dem Gedanken der Preisstabilität und der Gewährleistung des Marktmechanismus begründet werden kann.⁶⁹ Das BVerfG überprüft die Argumentation des EuGHs zwar auch hinsichtlich des Art. 123 AEUV am Maßstab der Offensichtlichkeit, verneint diese aber und folgt im Ergebnis dem EuGH. Es dürfte kein Zufall sein, dass der *Ultra-vires*-Akt gerade bei der Überprüfung der Kompetenztitel und nicht hinsichtlich des Art. 123 AEUV bejaht wurde. Bei restriktiver Handhabung des Kriteriums der strukturellen Bedeutsamkeit hätte sich das gleiche Ergebnis ohne Ausführungen zur Offensichtlichkeit begründen lassen.

II. Substantieller Standard II: Unionsrechtsfreundlichkeit

Das Problem der Zurückhaltung ist damit bereits auf die Kompetenztitel der Verträge beschränkt. Auch insofern bedarf es allerdings des Kriteriums der Offensichtlichkeit nicht, um Zurückhaltung zu üben. Vielmehr kann unter unmittelbarem Rückgriff auf den Grundsatz der Unionsrechtsfreundlichkeit oder Offenheit, wie er sich aus Art. 23 GG ergibt und eine Entsprechung im Prinzip der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 III EUV findet, auch das Unionsrecht einer unionsrechtsfreundlichen Ausle-

66 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPF), Rn. 110.

67 So die gängige Eingangsformulierung für die Urteilsverfassungsbeschwerde, vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.09.1952, 1 BvR 612/52, BVerfGE 1, 418, 420 (zur Prüfung spezifischen Verfassungsrechts); BVerfG, Beschl. v. 10.06.1964, 1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85, 92, Rn. 21 f. (sog. Heck'sche Formel), sowie aus dem unionsrechtlich relevanten Kontext BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessenwerden II), Rn. 95, 111.

68 Bender, ZJS 2016, S. 260; ders., R.A.E. – L.E.A. 2016, S. 93, 100 ff.

69 Vgl. Häde, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 123, Rn. 1.

gung unterworfen werden. Warum sollte das BVerfG den Umweg über das fragwürdige Kriterium der Offensichtlichkeit gehen, wenn es das gleiche Ergebnis unter unmittelbarem Rückgriff auf dessen Geltungsgrund erzielen kann? Das BVerfG würde in diesem Fall in zwei Schritten verfahren: In einem ersten Schritt würde es entsprechend der im Rahmen der Kritik geforderten Subjektivierung nach den eigenen Auslegungsgrundsätzen danach fragen, welche Auslegungsergebnisse in Betracht kommen, also verfassungsrechtlich vertretbar sind. Dabei mag es zum Beispiel durchaus sein, dass es unter Zugrundelegung eines subjektiv-teleologischen Ansatzes zu dem Schluss kommen würde, ein Kompetenztitel sei eng auszulegen, es aber ebenfalls vertretbar erscheint, ihn unter Zugrundelegung eines objektiv-teleologischen Ansatzes weit auszulegen. In einem zweiten Schritt prüft es sodann, ob sich die vom EuGH gewählte Auslegungsvariante innerhalb dieses Spektrums bewegt. Ist das der Fall, folgt es ihm entsprechend dem Grundsatz der Unionsrechtsfreundlichkeit. Es ist also im Zweifel diejenige Auslegungsvariante zu wählen, die die Gültigkeit des Unionsrechts erhält. Im Ergebnis dürfte dieser Maßstab dem vom BVerfG aktuell praktizierten Standard nahekommen. Er vermeidet aber das sprachliche Konfliktpotential. Offensichtlichkeit und objektive Willkür sind damit durch Unionsrechtsfreundlichkeit oder Offenheit zu ersetzen.

III. Verfahrensmäßige Regel: Einstimmigkeit

Die beiden *substantiellen Standards* der strukturellen Bedeutsamkeit und der Unionsrechtsfreundlichkeit sollten allerdings um eine harte *prozedurale Regel* ergänzt werden. Dadurch ließe sich zeigen, dass die Zurückhaltung nicht nur ein Lippenbekenntnis ist. Nur wenn sich alle acht Richter eines Senats einig sind, sollte er sich gegen den EuGH stellen. Im vorliegenden Fall, der mit 7: 1 Stimmen entschieden wurde,⁷⁰ wäre die Annahme eines *Ultra-vires*-Aktes damit ausgeschlossen. Als Regel bedarf das Einstimmigkeitserfordernis – anders als die Standards der strukturellen Bedeutsamkeit und der Unionsrechtsfreundlichkeit – weitgehend keiner Konkretisierung.⁷¹ Es ist vor diesem Hintergrund geeignet, das Vertrauen im Dialog der Gerichte in besonderer Weise zu stärken. Zwar scheint eine derartige Regel auf den ersten Blick ungewohnt. Sie ist es aber bei genauerer Betrachtung nicht.

Zum einen lässt sich das Einstimmigkeitserfordernis in dem bereits zitierten § 24 S. 1 BVerfGG finden, an den auch das BVerfG anknüpft – nur eben mit Blick auf das Kriterium der Offensichtlichkeit, das nicht geeignet ist, Zurückhaltung zu konzeptualisieren und ohne das Erfordernis der Einstimmigkeit ohnehin nicht sinnvoll gehandhabt werden kann. Wenn das BVerfG also an § 24 S. 1 BVerfGG anknüpfen will, dann sollte es dessen Einstimmigkeitserfordernis auf die *Ultra-vires*-Kontrolle übertragen und nicht den Begriff der Offensichtlichkeit.

⁷⁰ BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 237.

⁷¹ Zur Unterscheidung von Standards (unbestimmten Rechtsbegriffen) und Regeln (bestimmten Rechtsbegriffen) vgl. *Kaplow*, *Duke L. J.* 1992/42, S. 557, 560.

Zum anderen finden sich ähnliche Verfahrensqualifikationen im Rechtskreis der Vereinigten Staaten. Der *Jury*-Ausspruch muss im Anwendungsbereich des Sechsten und Siebten *Amendments* zur US-amerikanischen Verfassung einstimmig ergehen.⁷² So wird der Angeklagte im Strafverfahren und der Beklagte im Zivilprozess vor den harten Konsequenzen eines gegen ihn ergehenden Urteils geschützt. Auf die gleiche Weise könnte der EuGH vor einem *Ultra-vires*-Verdikt durch das BVerfG geschützt werden. Im Übrigen wird in den USA *de lege ferenda* immer wieder eine besonders qualifizierte Mehrheit im *US Supreme Court* gefordert, wenn er Bundesgesetze für verfassungswidrig zu erklären beabsichtigt. Die Vorschläge reichen die von einer Zwei-Drittel-Mehrheit bis hin zur Einstimmigkeit reicht.⁷³ So soll die Vermutung für die Verfassungsgemäßheit der Bundesgesetze und die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers verfahrensmäßig abgesichert werden. Die Verfassungen von North Dakota und Nebraska unterwerfen bereits *de lege lata* ihre Obersten Gerichtshöfe einer entsprechend qualifizierten Mehrheit, wenn sie über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entscheiden.⁷⁴

F. Schluss

Der Begriff der Offensichtlichkeit führt zu einer zurückgenommenen Ausübung der *Ultra-vires*-Kontrolle. Er ist insofern Konvergenzvehikel, weil er die Prüfungsintensität der *Ultra-vires*-Kontrolle an diejenige der Identitätskontrolle i.e.S. anpasst. Die sich so ergebende Prüfungsstruktur verdient der Sache nach Zustimmung. Sprachlich-konzeptionell allerdings ist die *Ultra-vires*-Rechtsprechung kritikwürdig. Das zeigt sich besonders deutlich erst mit dieser Entscheidung, in der das BVerfG dem EuGH punktuell die Gefolgschaft versagt hat. Um der kommunikativen Dimension des Rechts Rechnung zu tragen und den Respekt im Dialog auch im Ausnahmefall zu wahren, sollte das BVerfG im Rahmen der *Ultra-vires*-Kontrolle jede objektivierende

72 Vgl. z.B. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Urt. v. 31.05.1995, 55 F.3d 1445 (*Murray v. Laborers Union Local*) (zum Siebten *Amendment*, das auf qualifizierte Zivilverfahren vor Bundesgerichten Anwendung findet); US Supreme Court, Urt. v. 20.04.2020, 15-5924 (*Ramos v. Louisiana*) (zum Sechsten *Amendment*, das unmittelbar nur für Strafverfahren vor Bundesgerichten gilt, dessen Garantien – einschließlich des Einstimmigkeitserfordernisses, wie der *US Supreme Court* in dieser Entscheidung unter Änderung seiner Rechtsprechung entschieden hat – aber über das Vierzehnte *Amendment* auch auf die Gerichte der Gliedstaaten angewendet werden).

73 *Nackenoff*, Maryland L. Rev. 2007/67, S. 62, 65–68 (eine qualifizierte Mehrheit von Zwei-Dritteln vorschlagend); *Chaminker*, Indiana L. J. 2003/78, S. 73 (allgemein eine qualifizierte Mehrheit zur Absicherung der *presumption of constitutionality* beziehungsweise der *clear-mistake rule* vorschlagend); vgl. bereits die Äußerung von Rep. *Ramsay* vom 16.05.1935, Cong. Rec. 1935/79, S. 7729, 7730, zu dem von ihm eingebrachten Gesetzesentwurf, der für Entscheidungen des *US Supreme Courts*, die Bundesgesetze für ungültig erklären, eine qualifizierte Mehrheit von 7 der 9 Stimmen vorgesehen hätte: "*Such decisions by the Court should be unanimous or by such a preponderance of the Court, so that no reason for doubt of the correctness and fairness of the decision could be left in the minds of the average citizen.*"; wiederholt in einer Äußerung vom 22.01.1936, Cong. Rep. 1936/80, S. 850, 856.

74 *Chaminker*, Indiana L. J. 2003/78, S. 73, 92–94.

durch eine subjektivierende Sprache ersetzen und in diesem Sinne sowohl die Anknüpfung an den Begriff der Offensichtlichkeit als auch an denjenigen der objektiven Willkür vermeiden. Beide Begriffe treffen nicht die richtige Prüfungsintensität, weil sie entweder zu wenig oder zu sehr Zurückhaltung mit sich bringen. Sie sind zudem inkompatibel. Stattdessen könnte das BVerfG in einem ersten Schritt ermitteln, was nach deutschen Methodenmaßstäben vertretbar erscheint. In einem zweiten Schritt könnte es die hier vorgeschlagenen Instrumente der Zurückhaltung zur Anwendung bringen: (i) Das BVerfG hat seine Prüfung in substantieller Hinsicht auf solche Rechtsverletzungen zu beschränken, die das eng zu fassende Kriterium der strukturellen Bedeutsamkeit erfüllen. (ii) Sodann hat es ebenfalls in substantieller Hinsicht entsprechend dem Grundsatz der Unionsrechtsfreundlichkeit diejenige Auslegungsvariante zur Anwendung zu bringen, die die Gültigkeit des Unionsrechts erhält. (iii) In prozeduraler Hinsicht hat es seine Entscheidung einstimmig zu fällen, um die Zurückhaltung durch eine harte Regel ohne Wertungsspielraum glaubhaft zu vermitteln.

Trotz der sprachlichen Altlasten vorangegangener Entscheidungen, die vielleicht von der Hoffnung beseelt waren, die Offensichtlichkeit nie bejahen zu müssen, wird das Urteil Europa nicht schwächen, sondern gerade in der Krise stärken. Der Dialog zwischen den Gerichten wird jedenfalls nicht nur in anderen Verfahren weitergehen,⁷⁵ sondern unter Umständen auch in diesem: Vielleicht schon bald erhält der EuGH im Rahmen des von der Kommission erwogenen Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 258 AEUV) gegen Deutschland Gelegenheit zur (erneuten) Stellungnahme. Wie dieser Konflikt, der Ausnahmefall des offenen Widerspruchs, rein faktisch gelöst wird, kann im Übrigen als Indiz dafür angesehen werden, welche Auffassung der Realität näherkommt: diejenige vom Vorrang des Verfassungskerns oder vom absoluten Vorrang des Unionsrechts – diejenige vom Staatenverbund⁷⁶ oder vom Bundesstaat. Es ist der Ausnahme- und Konfliktfall, der die Aufmerksamkeit auf die Frage der Souveränität lenkt und Aussagen über diese ermöglicht.⁷⁷

BIBLIOGRAPHIE

AVBELJ, MATEJ, *The Federal Constitutional Court Rules for a Bright Future of Constitutional Pluralism*, German Law Journal, 2020, Ausg. 21, S. 27-30

75 Vgl. etwa die noch nicht abgeschlossene Entscheidungsserie BAG, Urt. v. 08.09.2011, 2 AZR 543/10, BAGE 139, 144; BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014, 2 BvR 661/12 (Chefarzt), BVerfGE 137, 273; EuGH, Urt. v. 11.9.2018, C-68/17 (Egenberger), ECLI:EU:C:2018:696 (zum kirchlichen Arbeitsrecht). Auch zwischen EuGH und BGH wird der Dialog derzeit intensiv geführt, vgl. insb. EuGH, Rs. C-66/19 *Kreissparkasse Saarlouis*, ECLI:EU:C:2020:242; BGH, Urt. v. 31.03.2020, XI ZR 198/19, WM 2020, S. 838 (zur Zulässigkeit der Kaskadenverweisung im Rahmen der Widerrufsbelehrung).

76 BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 et al. (Lissabon), BVerfGE 123, 267, juris Rn. 229, 250, Rn. 233, und 379, Rn. 294. In letzter Zeit ist vom „Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund“ die Rede, vgl. BVerfG, Urt. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 (Europäischer Haftbefehl II), BVerfGE 140, 317, 338, Rn. 44, sowie in BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, 2 BvR 859/15 et al. (PSPP), Rn. 111.

77 Zu Souveränität und Ausnahmezustand vgl. auch *Schmitt*, S. 13.

- BENDER, PHILIP, *BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 (Einzelfallbezogener, menschenwürderadizierter Grundrechtsschutz im Rahmen der Identitätskontrolle)*, Zeitschrift für das Juristische Studium, 2016, S. 260-265
- BOBIĆ, ANA, *Developments in The EU-German Judicial Love Story: The Right To Be Forgotten II*, German Law Journal, 2020, Ausg. 21, S. 31-39
- BURCHARDT, DANA, *Backlash against the Court of Justice of the EU? The Recent Jurisprudence of the German Constitutional Court on EU Fundamental Rights as a Standard of Review*, German Law Journal, 2020, Ausg. 21, S. 1-18
- BURCHARDT, DANA, *Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2016, S. 527-552
- CAMINKER, EVAN, *Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule: Lessons from the Past*, Indiana Law Journal, 2003, Ausg. 78, S. 73-122
- DIETZ, SARA, *Die gerichtliche Kontrolle der EZB durch den EuGH und das BVerfG – ein Konfliktfall im Verfassungsgerichtsverbund und Eurosystem?*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2019, S. 925-932
- DIRNBERGER, FRANZ, § 1 BauGB, in: Spannowsky, Willy/Uechtritz, Michael (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BauGB, 49. Aufl., 2020
- FAIX, MARTIN, *Genesis eines mehrpoligen Justizkonflikts: Das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik wertet ein EuGH-Urteil als Ultra-vires-Akt*, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2012, S. 597-605
- GENTZSCH, MARKUS, *Gerichtliche Kontrolle geldpolitischer Entscheidungen der EZB am Beispiel des Public Sector Purchase Programme*, Europarecht, 2019, S. 279-301
- HÄDE, ULRICH, Art. 123, in: Callies, Christian; Ruffert, Matthias, EUV/AEUV : das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta : Kommentar, 5. Aufl., München, 2016
- HEIN, JAN VON, Art. 6 EGBGB, in: Hein, Jan von (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 12, 7. Aufl., 2018
- KAPLOW, LOUIS, *Rules versus standards: an economic analysis*, Duke Law Journal, 1992, Ausg. 42, S. 557-629
- KARPENSTEIN, ULRICH, *Zu Nebenwirkungen und Risiken: Das EZB-Anleihenkaufprogramm vor dem BVerfG*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2019, S. 705-706
- LUDWIGS, MARKUS, *Die Krisenpolitik der EZB zwischen Verfassungs- und Unionsrecht*, Neue Juristische Wochenschrift, 2017, S. 3563-3566
- NACKENOFF, CAROL, *Constitutional Reforms to Enhance Democratic Participation and Deliberation: Not All Clearly Trigger the Article V Amendment Process*, Maryland Law Review, 2007, Ausg. 67, S. 62-84

- PAYANDEH, MEHRDAD, *Constitutional review of EU law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice*, *Common Market Law Review*, 2011, Aug. 48, S. 9-38
- SCHMITT, CARL, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 9. Aufl., Berlin, 2009
- SCHNEIDER, CARSTEN, *The Constitutional Status of Karlsruhe's Novel "Jurisdiction" in EU Fundamental Rights Matters: Self-inflicted Institutional Vulnerabilities*, *German Law Journal*, 2020, Aug. 21, S. 19-26
- SUNSTEIN, CASS, *On the expressive function of law*, *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, Aug. 144, S. 2021-2053
- TYLER, TOM, *Why People Obey the Law*, 2. Aufl., Princeton, Oxford, 2006