

## 2. Orientierung: Das Zusammenspiel von Völkerrecht, EU-Recht und mitgliedstaatlichem Recht im Allgemeinen

### 2.1 Ausgangspunkt: Die EU als völkerrechtlicher Zusammenschluss

In den drei hier untersuchten Rechtsordnungen finden sich unterschiedliche Formen von Integrationsschranken für die Weiterentwicklung des Primärrechts sowie des Sekundärrechts der EU. Als eine unionsrechtliche Integrationsschranke kann wiederum Art 4 Abs 2 EUV betrachtet werden. Integrationsschranken, wo immer sie installiert werden, dienen dem Schutz mitgliedstaatlicher Souveränität, womit sich das vieldiskutierte Problemfeld der Autonomie des Unionsrechts und dessen Bedeutung für das mitgliedstaatliche Recht eröffnet. Historisch betrachtet hat der EuGH die Autonomie des Unionsrechts in erster Linie im Verhältnis zum Völkerrecht konstruiert.

Die Abhandlungen zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Unionsrecht, zwischen Unionsrecht und nationalem Recht sowie zwischen nationalem Recht und (europäisiertem) Völkerrecht sind heute fast unüberblickbar.<sup>43</sup> Basierend auf teilweise unterschiedlichen Ausgangsannahmen und differierenden Untersuchungsinteressen werden aus dem Normen- und Rechtsprechungsmaterial unterschiedliche Schlüsse gezogen. Die Frage, wie die EU und ihre Rechtsordnung damit umgehen, dass einige ihrer Mitgliedstaaten Bundesstaaten sind, ist aber eine Frage, die ohne Offenlegung einiger Grundannahmen zu genau diesen Verhältnissen rechtswissenschaftlich nicht adäquat beantwortet werden kann. Im Folgenden soll daher in aller Kürze und mit der gebotenen Präzision dargelegt werden, welches Verständnis des Zusammenspiels von Völkerrecht, Unionsrecht und nationalem Recht der vorliegenden Untersuchung zu Grunde liegt.

Ausgangspunkt für solche Überlegungen ist der Ursprung der Unionsrechtsordnung. Diese gründet bekanntlich auf völkerrechtlichen Verträgen ihrer Mitgliedstaaten,<sup>44</sup> welche ein gemeinsames Zusammenwirken zunächst im wirtschaftlichen Bereich und dann auch bezogen auf allgemein „politische“ Fragen bewirken sollten. Die letzten größeren Reformen der Struktur der Europäischen Union erfolgten durch die Beitritte Rumäniens und Bulgariens 2007, durch den

43 Siehe zB zum Verhältnis Völkerrecht zu EU-Recht die Sammlung bei Wouters/Nollkaemper/de Wet, *Europeanisation* 1 ff; zum Verhältnis EU-Recht zu nationalem Recht zB de Witte/Mayoral/Jaremba/Wind/Podstawa, *EU Law* 1 ff; weiters zB *Giegerich*, *Verfassung* 616 ff; *Wendel*, *Permeabilität* 371 ff. Anstelle einer – mit großer Wahrscheinlichkeit ohnehin unvollständigen – Aufzählung dieser Abhandlungen sei an dieser Stelle darüber hinaus lediglich auf die in den Fußnoten zu diesem Kapitel zitierten Werke verwiesen.

44 Dazu im Detail zB *de Witte*, *ZÖR* 2010, 143 ff.

Vertrag von Lissabon<sup>45</sup>, der im Jahr 2009 in Kraft trat, durch den Beitritt Kroatiens 2013 sowie durch den „Brexit“ im Jahr 2020. Der Modus des Zusammenschlusses der europäischen Staaten ist bis heute im Wesentlichen unverändert geblieben: Die EU basiert auf multilateralen völkerrechtlichen Verträgen. Diese Verträge verleihen den Vertragsparteien bestimmte Rechte und Pflichten und richten die EU darüber hinaus als eigenständige Entität mit Rechtsetzungsbefugnissen ein. Im Grunde genommen und ihrem Ursprung nach ist die EU also nichts anderes als eine internationale Organisation; die Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander sind völkervertragliche.

So betrachtet bestimmte sich das Verhältnis zwischen (zumindest primärem) EU-Recht und nationalem Recht so wie das Verhältnis zwischen nationalem Recht und Völkerrecht. Es wäre dann also insb davon abhängig, ob man einer dualistischen oder einer monistischen Sichtweise anhängt<sup>46</sup> und dabei jeweils entweder ein Primat des Völkerrechts oder ein solches des staatlichen Rechts annimmt – was jeweils sowohl aus einer abstrakten Perspektive als auch unter Berücksichtigung von in einzelnen Rechtsordnungen vorgesehenen Anordnungen beurteilt werden könnte. Konsequenzen hat die jeweilige Positionierung insb für die Beurteilung der Legitimität von Entscheidungen von Grenzorganen, va Höchstgerichten. Im Verhältnis zum Völkerrecht wäre (insb das primäre) Unionsrecht so zu behandeln wie sonstiges Völkervertragsrecht – es herrscht grundsätzlich<sup>47</sup> Gleichrangigkeit zwischen völkerrechtlichen Normen. Im Verhältnis verschiedener völkerrechtlicher Regelungsregime kommt es selten zur Konfrontation zwischen Grenzorganen, da es an einer zentralen Rechtsdurchsetzungsinstanz fehlt und bestehende Rechtsprechungsinstanzen idR nur für einen Teilbereich der Völkerrechtsordnung zuständig sind.

Die Bestimmung des Verhältnisses von Unionsrecht zu nationalem Recht sowie zum übrigen Völkerrecht stellt sich also, wie die vorangehenden skizzenhaften Ausführungen andeuten sollten, bereits dann als komplex und voraussetzungsreich dar, wenn man das (primäre) Unionsrecht als multilaterales Völkervertragsrecht qualifiziert.<sup>48</sup> Eine weitere Facette gewinnt die Problemstellung dadurch, dass sich das EU-Recht nach der (zumindest dem Grunde nach inzwischen weitgehend unbestrittenen) Judikatur des EuGH qualitativ vom übrigen

45 Zu den diesbezüglichen Entwicklungen zB *Orator/Thalmann/Vranes* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 21 ff.

46 Siehe zu diesen Konzepten zB *Behrendt/Bouhon*, Introduction 481 ff; *Potacs*, ZÖR 2010, 120 ff; vgl auch *Jestaedt* in Herzig, Europarecht 13 ff.

47 Mit der Ausnahme von *ius cogens* – zum Konzept von *ius cogens* und der Frage der Normenhierarchie im Völkerrecht *Schmalenbach* in Dörr/Schmalenbach, Art 53 VCLT Rz 18 ff, 43 f.

48 Vgl dazu zB *Kruis*, Anwendungsvorrang 5 ff; ein alternatives Deutungsmuster für das Verhältnis EU-Recht zu nationalem Recht vorschlagend *Burchardt*, Rangfrage 155 ff.

Völkerrecht unterscheidet.<sup>49</sup> Es handelt sich demnach beim Unionsrecht um eine autonome Rechtsordnung.

## 2.2 Weiterentwicklung: Das EU-Recht als autonome Rechtsordnung

Die These von der Autonomie der EU-Rechtsordnung<sup>50</sup> hat der EuGH recht früh, damals noch mit Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, entwickelt. In der Rs *Van Gend & Loos*<sup>51</sup> beurteilte der EuGH das Gemeinschaftsrecht als „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“<sup>52</sup> und schloss daraus, dass die innerstaatliche Wirkung einer Bestimmung des EWG-Vertrags nicht von den mitgliedstaatlichen verfassungsrechtlichen Bedingungen für die innerstaatliche Wirksamkeit eines „normalen“ völkerrechtlichen Vertrags abhängen könne. Der EWG-Vertrag sei mehr als ein Vertrag zur Begründung wechselseitiger Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten und darauf ausgerichtet, auch den Rechtsunterworfenen die Durchsetzung der vertraglichen Garantien vor nationalen Gerichten zu ermöglichen.<sup>53</sup>

Die besondere Stellung des Gemeinschaftsrechts wurde in der Rs *Costa/ENEL*<sup>54</sup> bestätigt. In dieser Entscheidung sprach der EuGH nicht mehr von der Gemeinschaftsrechtsordnung als neuer Rechtsordnung des Völkerrechts, sondern befand, dass der EWG-Vertrag „[z]um Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen [...] eine eigene Rechtsordnung geschaffen [hat], die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist“<sup>55</sup>. Der EuGH begründet dies damit, dass die EWG auf Grund der Dauer und der Intensität des durch sie bewirkten Zusammenschlusses ihrer Mitgliedstaaten zu einer Beschränkung der Souveränität der Mitgliedstaaten führe, die ua zur Konsequenz habe, dass das Gemeinschaftsrecht nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch für die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten bindend ist.<sup>56</sup> Der EuGH führt weiter aus, dass es mit dem besonderen Charakter der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht in Einklang stünde, wenn Mitgliedstaaten sich – etwa durch nachfolgende Gesetzge-

49 Wobei die vordergründig terminologische Frage, ob das EU-Recht damit eine „besondere“, weil spezifischen Regeln folgende Völkerrechtsordnung darstellt oder aber eine gänzlich andere Art der Rechtsordnung, hier offengelassen werden kann. Vgl dazu aber zB *de Witte*, ZÖR 2010, 147 ff.

50 Vgl dazu zB ausführlich *Burchardt*, Rangfrage 81 ff; *Grabenwarter* in von Bogdandy/Bast, Verfassungsrecht 123 ff; *Wahl*, Der Staat 2009, 591 ff.

51 EuGH 05.02.1963, Rs 26/62 (Van Gend & Loos) ECLI:EU:C:1963:1; dazu statt vieler *Kruis*, Anwendungsvorrang 44 ff; *Berger*, Anwendungsvorrang 9 ff.

52 EuGH 05.02.1963, Rs 26/62 (Van Gend & Loos) ECLI:EU:C:1963:1, 25.

53 EuGH 05.02.1963, Rs 26/62 (Van Gend & Loos) ECLI:EU:C:1963:1, 24 f.

54 EuGH 15.07.1964, Rs 6/64 (Costa/ENEL) ECLI:EU:C:1964:66; dazu statt vieler *Kruis*, Anwendungsvorrang 46 ff; *Alter*, Supremacy 18 f.

55 EuGH 15.07.1964, Rs 6/64 (Costa/ENEL) ECLI:EU:C:1964:66, 1269.

56 EuGH 15.07.1964, Rs 6/64 (Costa/ENEL) ECLI:EU:C:1964:66, 1269.

bungsakte – einseitig ihrer Verpflichtungen entledigen könnten.<sup>57</sup> Damit begründet der EuGH die Notwendigkeit des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht.<sup>58</sup>

Diesen Vorrang spezifizierte der EuGH einige Jahre später in der Rs *Simmenthal*<sup>59</sup>: Demnach gilt in den Mitgliedstaaten das Gemeinschaftsrecht unmittelbar; es bedarf also keines nationalen Aktes, um die Verbindlichkeit des Gemeinschaftsrechts auf nationaler Ebene zu bewirken.<sup>60</sup> Zudem kommt dem Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang zu;<sup>61</sup> entgegenstehendes nationales Recht darf von nationalen Gerichten oder Behörden also nicht angewendet werden. Auch die Einschaltung eines Zwischenverfahrens vor einem nationalen Gericht zur Klärung der Gemeinschafts- oder Verfassungsrechtswidrigkeit des nationalen Rechts ist unzulässig,<sup>62</sup> sofern durch ein derartiges Verfahren verhindert werden soll, dass ein Gericht in den Fällen des Art 267 AEUV jederzeit zur Vorlage an den EuGH befugt ist.<sup>63</sup>

Der Ansicht des EuGH zufolge sind die Geltungsvoraussetzungen und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, nunmehr des Unionsrechts, ausschließlich nach diesem selbst zu bestimmen.<sup>64</sup> Um die Einheitlichkeit der Anwendung und Auslegung des Unionsrechts im gesamten Gebiet der EU sicherzustellen, lässt der EuGH hier keinen Platz für nationale Spezifika – selbst wenn diese im nationalen Verfassungsrecht begründet sind.<sup>65</sup> Insofern ist das Unionsrecht gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen „autonom“. Gesichert wird die Autonomie des Unionsrechts insb durch das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol des EuGH, das sich aus Art 19 EUV sowie insb Art 263 und 267 AEUV ergibt.

Der EuGH betrachtet das Unionsrecht aber auch in einer anderen Hinsicht als autonom – und zwar gegenüber der Völkerrechtsordnung. Paradigmatisch dafür ist schon die Abgrenzung zur „gewöhnlichen“ Völkerrechtsordnung, die der EuGH in den gerade angesprochenen Rs *Van Gend & Loos* und *Costa/ENEL*

57 EuGH 15.07.1964, Rs 6/64 (*Costa/ENEL*) ECLI:EU:C:1964:66, 1269 f. Kritisch dazu zB *Wiederin* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 182; *Griller*, JRP 2000, 276 f.

58 Dazu statt vieler *Posch*, Vorrang 9 ff; *Kruis*, Anwendungsvorrang 44 ff; *Burchardt*, Rangfrage 67 ff; *Berger*, Anwendungsvorrang 13 ff; *Alter*, Supremacy 17 ff; *Claes* in Handbook 179 ff.

59 EuGH 09.03.1978, Rs 106/77 (*Simmenthal*) ECLI:EU:C:1978:49; dazu statt vieler *Kruis*, Anwendungsvorrang 54 ff; *Alter*, Supremacy 19 ff.

60 EuGH 09.03.1978, Rs 106/77 (*Simmenthal*) ECLI:EU:C:1978:49, Rz 14/16.

61 Die Aussagen des EuGH in der Rs *Simmenthal* sind mit Blick auf den Anwendungsvorrang noch insofern missverständlich, als er dort ausführt, dass „ein wirksames Zustandekommen innerstaatlicher Rechtsakte insofern verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären“ (17/18). Inzwischen ist es jedenfalls hL und Rsp, dass innerstaatliche unionsrechtswidrige Rechtsakte wirksam zustande kommen, aber eben (nur) nicht zur Anwendung gebracht werden dürfen; s nur *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 89 ff.

62 EuGH 09.03.1978, Rs 106/77 (*Simmenthal*) ECLI:EU:C:1978:49, Rz 21/23.

63 EuGH 22.06.2010, verb Rs C-188/10 und 189/10 (*Melki und Abdeli*) ECLI:EU:C:2010:363 Rz 41 ff.

64 Zur Frage, inwiefern diese Rsp durch die nationalen Gerichte akzeptiert wird, ausführlich und rechtsvergleichend *Kruis*, Anwendungsvorrang 57 ff; *Berger*, Anwendungsvorrang 67 ff.

65 Siehe auch EuGH 26.02.2013, Rs C-399/11 (*Melloni*) ECLI:EU:C:2013:107 Rz 60, 63. Dazu zB *Torres Pérez*, ECLR 2014, 308 ff; *de Boer*, CMLR 2013, 1083 ff.

vornimmt. In späteren Entscheidungen akzentuierte der EuGH die Autonomie des Unionsrechts gegenüber dem Völkerrecht noch stärker und nimmt auch in diesem Verhältnis eine Art Vorrang des Unionsrechts an. Als Beispiele für diese Entwicklung seien hier nur die Entscheidung *Kadi I*<sup>66</sup> und das Gutachten des EuGH zum Beitritt der EU zur EMRK<sup>67</sup> genannt.<sup>68</sup>

In *Kadi I* hatte der EuGH im Wesentlichen darüber zu entscheiden, ob ein auf Basis einer völkerrechtlichen Verpflichtung<sup>69</sup> ergangener Rechtsakt, mit dem Einzelpersonen sanktioniert wurden, denen Terrorismusfinanzierung unterstellt wurde, am Maßstab unionaler Grundrechte zu prüfen ist. Er bejahte dies; das Argument, wonach die Berücksichtigung der unionalen Grundrechte die Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtung im Wesentlichen verunmöglichen würde, hielt er nicht für schlagend. Es sei für den EuGH nämlich ausschließlich eine Beurteilung aus der Perspektive der „internen und autonomen Rechtsordnung der Gemeinschaft“<sup>70</sup> möglich, und aus dieser Perspektive stünden eine völkerrechtliche Verpflichtung – auch wenn sie aus der UN-Satzung stammt – sowie entsprechende Umsetzungsakte im Rang unter dem Primärrecht und könnten daher<sup>71</sup> an diesem gemessen werden. In dieser Entscheidung betont der EuGH also nochmals, dass die Unionsrechtsordnung aus seiner Perspektive nicht auf einer Ebene mit dem Völkerrecht stehe, sondern ein eigenes System bildet, in das sich das Völkerrecht einzuordnen hat.

Ähnlich zu beurteilen ist auch die Grundtendenz im Gutachten zum EMRK-Beitritt. Es reicht an dieser Stelle aus hervorzuheben, dass der EuGH insb auch das Konzept der Autonomie der Unionsrechtsordnung heranzieht, um die Primärrechtswidrigkeit einer auch nur partiellen Unterwerfung der Unionsrechtsordnung unter das EMRK-Regime, oder anders ausgedrückt, des EuGH unter den EGMR, zu begründen.<sup>72</sup>

Zusammengefasst qualifiziert der EuGH die Unionsrechtsordnung also als autonome Rechtsordnung. Das bedeutet für ihn zum einen, dass die Normen des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten Anwen-

66 EuGH 03.09.2008, verb Rs C-402/05 P und C-415/05 P (*Kadi*) ECLI:EU:C:2008:461. Dazu und zur relevanten Vorjudikatur umfassend zB *Witte*, ZÖR 2012, 679 ff; *Eckes*, ELJ 2012, 237 ff.

67 EuGH 18.12.2014, 2/13 (EMRK-Beitritt) ECLI:EU:C:2014:2454. Dazu aus Perspektive des Vorrangs des Unionsrechts zB *Lindeboom*, Oxford Journal of Legal Studies 2018 (38:2) 329 ff.

68 Eine Analyse weiterer Beispiele aus der EuGH Rsp bieten zB *de Witte*, ZÖR 2010, 149 ff; *Lock*, CMLR 2011, 1029 ff.

69 Im Wesentlichen zur Umsetzung eines Beschlusses des UN-Sicherheitsrates bzw dessen Sanktionsausschusses; s dazu das Urteil EuGH 03.09.2008, verb Rs C-402/05 P und C-415/05 P (*Kadi*) ECLI:EU:C:2008:461 Rz 13 ff.

70 EuGH 03.09.2008, verb Rs C-402/05 P und C-415/05 P (*Kadi*) ECLI:EU:C:2008:461 Rz 317.

71 Sofern der EuGH zur Prüfung des fraglichen Rechtsaktes zuständig ist – im Fall *Kadi* bezog sich diese Zuständigkeit freilich ausschließlich auf die fragliche Verordnung, nicht jedoch auf den Beschluss des UN-Sicherheitsrates.

72 EuGH 18.12.2014, 2/13 (EMRK-Beitritt) ECLI:EU:C:2014:2454 Rz 201 ff. Kritisch dazu zB *Kneibls* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 275 ff.

dungsvorrang genießen. Zum anderen heißt es, dass sich auch völkerrechtliche Normen, sofern sie in der Unionsrechtsordnung Geltung beanspruchen, dem unionalen Primärrecht unterwerfen und einer Prüfung am Maßstab ebendieser Rechtsschicht standhalten müssen.

Die jüngere Rsp des EuGH wird zwar teilweise als Rücknahme des umfassenden Vorranganspruchs qualifiziert.<sup>73</sup> Maßgeblich dafür ist va die sog „Taricco-Saga“<sup>74</sup>: Der EuGH befand in der Rs *Taricco*, dass italienische Verjährungsvorschriften unangewendet bleiben müssten, um effektive Sanktionen gegen Beeinträchtigungen finanzieller Interessen der EU zu gewährleisten.<sup>75</sup> Der mit dieser Entscheidung konfrontierte italienische Verfassungsgerichtshof bezweifelte aber, dass das Nichtanwenden der Verjährungsbestimmungen – und die dadurch bewirkte Erstreckung der Strafbarkeit – mit den Grundsätzen des nationalen Verfassungsrechts vereinbar war;<sup>76</sup> daher legte der Gerichtshof dem EuGH ua die Frage zur Entscheidung vor, ob das vom EuGH angesprochene Unangewendetlassen der Verjährungsvorschriften auch dann vom EU-Recht gefordert wird, wenn dies „mit den obersten Grundsätzen des Verfassungsrechts des Mitgliedstaats oder mit den in der Verfassung des Mitgliedstaats anerkannten unveräußerlichen Grundrechten unvereinbar ist“.<sup>77</sup> In seiner Entscheidung dazu in der Rs *M.A.S.* (zT auch *Taricco II* genannt) wich der EuGH dieser spezifischen Frage zur Verfassungsidentität aus; er vermied auch eine Bezugnahme auf Art 4 Abs 2 EUV,<sup>78</sup> relativierte seine Äußerungen aus der vorangehenden Entscheidung aber dahingehend, dass das Unangewendetlassen der nationalen Verjährungsvorschriften nicht gefordert sei, wenn die Nichtanwendung „wegen mangelnder Bestimmtheit der anwendbaren Rechtsnorm oder wegen der rückwirkenden Anwendung von Rechtsvorschriften, die strengere Strafbarkeitsbedingungen aufstellen als die zum Zeitpunkt der Begehung der Straftat geltenden Rechtsvorschriften, zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen [führt]“<sup>79</sup>. Der EuGH bemühte sich aber im Vorfeld darum, den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit auch als einen im Unionsrecht

73 So zumindest angedeutet bei *Burchardt*, EuR 2018, 248, 255 ff.

74 Diesen Ausdruck verwenden zB *Piccirilli*, ECLR 2018, 814 ff; *Burchardt*, EuR 2018, 249; *Lochmann*, EuR 2019, 62 und *Bonelli*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, 357. Bezeichnet werden damit zwei Entscheidungen des EuGH – EuGH 08.09.2015, Rs C-105/14 (*Taricco*) ECLI:EU:C:2015:555 (dazu *Timmerman*, CMLR 2016, 779 ff; *Lochmann*, EuR 2019, 61 ff) und EuGH 05.12.2017, Rs C-42/17 (*M.A.S.*) ECLI:EU:C:2017:936 (dazu ausführlich *Rauchegger*, CMLR 2018, 1521 ff) – und die in den entsprechenden Verfahren ergangenen Entscheidungen italienischer Gerichte.

75 EuGH 08.09.2015, Rs C-105/14 (*Taricco*) ECLI:EU:C:2015:555 Rz 58.

76 Corte Costituzionale (Italienisches Verfassungsgericht), Beschluss 24/2017, ECLI:IT:COST:2017:24. Ausführlich dazu *Bonelli*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, 361 ff.

77 EuGH 05.12.2017, Rs C-42/17 (*M.A.S.*) ECLI:EU:C:2017:936 Rz 21.

78 Dazu auch *Burchardt*, EuR 2018, 261 ff; *Rauchegger*, CMLR 2018, 1542.

79 EuGH 05.12.2017, Rs C-42/17 (*M.A.S.*) ECLI:EU:C:2017:936 Rz 62; vgl dazu zB *Rauchegger*, CMLR 2018, 1539 ff; *Burchardt*, EuR 2018, 250 f.

verankerten allgemeinen Grundsatz darzustellen.<sup>80</sup> Insofern kann die Entscheidung des EuGH nicht als Rücknahme des absoluten Vorranganspruchs zu Gunsten nationalen Rechts qualifiziert werden. Der EuGH bemühte sich vielmehr darum, den drohenden Grundsatzkonflikt mit dem italienischen Verfassungsgericht dadurch abzuwenden, dass er seine Vorjudikatur im Lichte des Unionsrechts relativierte. Es ist zwar sehr naheliegend, dass die drohende Aktivierung nationaler Kontrollvorbehalte bzw. Integrationsschranken („controlimiti“<sup>81</sup>) durch das nationale Gericht<sup>82</sup> den EuGH ganz maßgeblich zu dieser Neubewertung veranlasst haben;<sup>83</sup> aus der Begründung der Entscheidung selbst geht dies allerdings nicht hervor. Insofern kann trotz derartiger „Ausweichmanöver“ des EuGH festgehalten werden, dass der EuGH davon ausgeht, dass das EU-Recht absoluten Anwendungsvorrang genießt, insb auch gegenüber grundlegenden Strukturen des nationalen Verfassungsrechts.<sup>84</sup>

## 2.3 Entwicklungsbremse? – Integrationsschranken im nationalen Recht und im Unionsrecht

### 2.3.1 Allgemeines

Die Positionierung der Unionsrechtsordnung als „Super-Rechtsordnung“, die Vorrang gegenüber jedwedem nationalem Recht und eigentlich auch gegenüber dem Völkerrecht genießt, steht in einem gewissen Missverhältnis zu ihren völkerrechtlichen Wurzeln. So versuchen auch einige staatliche Rechtsordnungen sich gegen den Anspruch der Unionsrechtsordnung zur Wehr zu setzen. Dieser „Clash“ der Rechtsordnungen zeigt sich dabei va in der Judikatur nationaler Höchst- bzw. Verfassungsgerichte, die in ihrer Rechtsprechung Integrationsschranken etablieren.<sup>85</sup> Dabei können diese Gerichte sich teilweise auf entsprechende verfassungsrechtliche Normierungen ihrer nationalen Rechtsordnungen stützen.<sup>86</sup>

80 EuGH 05.12.2017, Rs C-42/17 (M.A.S.) ECLI:EU:C:2017:936 Rz 51 ff.

81 Dazu zB Piccirilli, ECLR 2018, 816 ff.

82 Dazu Bonelli, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, 362 ff.

83 So auch Rauegger, CMLR 2018, 1543; Bonelli, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, 365.

84 Wie hier Rauegger, CMLR 2018, 1542, 1547; für den Aspekt des Identitätsvorbehalts auch Burchardt, EuR 2018, 261 f.

85 Vgl dazu zB Donnarumma, Revue française de droit constitutionnel 2010, 726 ff; Faraguna, Brooklyn Journal of International Law 2016, 501 ff; Schönberger in JBÖR 2015, 45 f; Rousseau in JBÖR 2015, 91 ff.

86 Dazu und zu den verschiedenen Modellen solcher Integrationsschranken bzw. -ermächtigungen ausführlich Wendel, Permeabilität 145 ff.

Zu unterscheiden ist hinsichtlich solcher Integrationsschranken zwischen absoluten (unüberwindbaren) und relativen Schranken; zudem ist danach zu differenzieren, worauf sich die Schranken jeweils beziehen: Es bestehen unterschiedliche Schranken mit unterschiedlichen Konsequenzen für die Weiterentwicklung des Primärrechts durch völkerrechtlichen Vertrag,<sup>87</sup> Rechtsakte, die auf dem Primärrecht basieren (insb also Sekundärrecht) sowie schließlich Rechtsakte, die nur scheinbar auf dem Primärrecht basieren. Bei letzteren handelt es sich um sog „ultra-vires-Akte“. Im Folgenden soll das Konzept der Integrationsschranken anhand der Beispiele Österreichs, Deutschlands und Belgiens analysiert werden.<sup>88</sup> Die vergleichende Betrachtung dieser Rechtsordnungen zeigt sehr gut, wie unterschiedlich die Frage der Integrationsschranken in den Mitgliedstaaten beantwortet wird – und welche Probleme sich daraus für die (zumindest vom EuGH) angestrebte Einheit und Autonomie der Unionsrechtsordnung ergeben.

### 2.3.2 Absolute und relative Schranken für die Weiterentwicklung des Primärrechts

#### 2.3.2.1 *Deutschland: Absolute Schranken*

Wie bereits ausgeführt basiert das Unionsrecht auf völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten. Diese Verträge bilden das Primärrecht. Als souveräne Staaten sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich befugt, alle denkbaren Verpflichtungen einzugehen und entsprechend auch alle denkbaren Rechte und Befugnisse an die EU zu übertragen. Beschränkt wird diese allumfassende Kompetenz der Mitgliedstaaten zum einen durch völkerrechtliches *ius cogens* und durch bestehende völkervertragliche Verpflichtungen (zB die EMRK) sowie zum anderen durch das nationale Verfassungsrecht. So gibt es etwa Verfassungsbestimmungen, die einen Kernbereich an Aufgaben zwingend dem Staat zuordnen und für unübertragbar erklären. Außerdem wird die Übertragung von Aufgaben an die EU teilweise an die Einhaltung bestimmter Garantien, zB demokratischer oder rechtsstaatlicher Art, geknüpft.

Paradebeispiel für eine derartige Integrationsschrankenbestimmung ist Art 23 GG.<sup>89</sup> Dieser sieht zwar einen verfassungsrechtlichen Auftrag der Bundesrepublik

<sup>87</sup> Vgl dazu *Wahl*, Der Staat 2009, 588 ff.

<sup>88</sup> Keine vertiefte Berücksichtigung können hier aktuelle Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten finden, so problematisch diese auch sein mögen. Genügen möge hier ein Hinweis auf die Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichts vom 07.10.2021, K3/21, in der Bestimmungen des Unionsrechts mit der polnischen Verfassung für unvereinbar erklärt wurden, sowie auf die Ausführungen von *Jaraczewski*, 2021.

<sup>89</sup> Dazu zB *Sommermann* in HB Ius Publicum Europaeum Band II 20 ff; *Sommermann*, DÖV 1994, 596 ff; *Sommermann* in Giegerich/Gstrein/Zeitmann, EU 52 ff; ausführlich *Schmalenbach*, Europaartikel 32 ff; *Simon*, Grenzen 46 ff; einen rechtsvergleichenden Überblick über derartige Bestimmungen bietet *Wollenschläger* in Dreier, Art 23 GG Rz 20 ff; *Grabenwarter* in von Bogdandy/Bast, Verfas-



Deutschland vor, an der EU mitzuwirken. Diese EU soll aber „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet [sein] und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ gewährleisten. Eine in der deutschen Verfassung vorgesehene Bestimmung kann zwar nicht die Organe der EU oder die anderen Mitgliedstaaten binden, wohl aber die Organe der Bundesrepublik Deutschland.<sup>90</sup> Diesen kommt eine „Integrationsverantwortung“ zu,<sup>91</sup> deren Verletzung durch Nichtbeachtung der genannten Grundsätze beim Abschluss eines Vertrags zur Änderung des Primärrechts aus deutscher Perspektive die Verfassungswidrigkeit dieses Vertrags zur Folge hätte. Expliziert wird dies durch Art 23 Abs 1 3. Satz GG, der festlegt, dass Art 79 Abs 2 und 3 GG auch für Änderungen der vertraglichen Grundlagen der EU gelten. Eine durch einen solchen Vertrag bewirkte Änderung des Grundgesetzes müsste also nach Art 79 Abs 2 GG mit qualifizierter Mehrheit im Bundestag und Bundesrat beschlossen werden. Nach dem Grundgesetz gar nicht zulässig wäre hingegen eine Änderung der vertraglichen Grundlagen der EU, welche „die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze“ – also die Schutzobjekte der Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG – berührt. Bei den von Art 79 Abs 3 GG geschützten Grundsätzen der deutschen Verfassung<sup>92</sup> handelt es sich somit um absolute<sup>93</sup> Integrationsschranken des deutschen Verfassungsrechts, die – ohne Verfassungsbruch – nicht überwunden werden können.<sup>94</sup> Diskutiert wurde in der Judikatur des BVerfG<sup>95</sup> bisher insb, ob Änderungen der Verträge gegen das durch Art 79 Abs 3 und Art 20 GG geschützte Demokratieprinzip verstoßen.<sup>96</sup>

sungsrecht 140 ff. Allgemein zur Debatte um die Teilnahme Deutschlands an der europäischen Integration *Huber*, AöR 2016, 117 ff mwN.

90 Vgl *Wollenschläger* in Dreier, Art 23 GG Rz 64.

91 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 356; aktuell zB BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 102 ff, 140 ff; BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 106 ff. Zur Verwendung dieses Begriffs durch das BVerfG im Lissabon-Urteil ausführlich und mwN *Kottmann/Wohlfahrt*, ZaöRV 2009, 454 ff; weiters zB *Thym*, Der Staat 2009, 564; *Wiederin*, ÖJZ 2010, 400; vgl auch *Sommermann*, DÖV 1994, 602.

92 Zu diesen im Detail noch unten ab 6.1.4 (= 272).

93 Die Qualifikation als absolute Integrationsschranke bedeutet lediglich, dass die fragliche Schranke im Rahmen der jeweiligen Verfassungsrechtsordnung unüberwindbar ist. Damit ist nicht automatisch die Qualifikation als grundlegende Bestimmung des innerstaatlichen Rechts iSd Art 46 WVK verbunden. Selbst wenn man die aus Art 23 iVm Art 79 Abs 3 GG erwachsenden Schranken als unter Art 46 WVK fallend qualifiziert (was sich durchaus vertreten lässt), wird ein Verstoß gegen sie selten offenkundig sein. Die Subsumtion unter Art 46 WVK hat jedenfalls nichts mit der hier vorgenommenen Unterscheidung in absolute und relative Integrationsschranken zu tun – auch relative Integrations-schranken könnten als grundlegende Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts iSd Art 46 WVK zu qualifizieren sein.

94 Dazu zB *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 301; *Kirchhof* in HB StR § 214 318; *Wischmeyer*, AöR 2015, 438.

95 Zu dieser ausführlich statt vieler *Simon*, Grenzen 54 ff; *Polzin*, Verfassungsidentität 42 ff sowie unten bei 6.1.3.2 (= 264).

96 Vgl zB BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 341 ff; BVerfGE 89, 155 (Maastricht) 182 ff. Zur (unscharfen) Abgrenzung zwischen Verfassungsidentität und Demokratieprinzip *Rademacher*, EuR 2018, 148 ff.

### 2.3.2.2 Belgien: Schrankenmodell unklar und umstritten

Eine ähnliche Entwicklung wie in Deutschland zeichnet sich derzeit auch in Belgien ab: Die belgische Rechtsordnung wurde bisher überwiegend als sehr völkerrechts- und damit auch europarechtsfreundlich qualifiziert.<sup>97</sup> Dies ist vor allem auf die Entscheidung *Le Ski* bzw. den sog. „*Smeltkaasarrest*“ des belgischen Kassationshofs (Cour de Cassation/Hof van Cassatie) zurückzuführen;<sup>98</sup> in dieser erkannte das belgische Höchstgericht den Vorrang völkerrechtlicher Verträge sowie des Unionsrechts vor dem innerstaatlichen Recht an.<sup>99</sup> In Entscheidungen aus dem Jahr 2004 bezog das Gericht seine Aussagen auch explizit auf das belgische Verfassungsrecht, das demzufolge im Konfliktfall hinter (unmittelbar anwendbarem) Völkerrecht zurückzutreten hat.<sup>100</sup>

Dieser Judikatur stand seit den 1990er Jahren eine Rechtsprechungslinie des belgischen Verfassungsgerichts (GH) gegenüber, in welcher jenes betonte, dass der Gesetzgeber seine verfassungsrechtlichen Verpflichtungen nicht durch Zustimmung zum Abschluss (verfassungswidriger) völkerrechtlicher Verträge unterlaufen kann.<sup>101</sup> Dieser Vorbehalt des GH wurde in einer Entscheidung aus 2016<sup>102</sup> konkretisiert.<sup>103</sup> Die Integration Belgiens in die EU basiert auf Art 34 BV, der vorsieht, dass Hoheitsbefugnisse auf völkerrechtliche Einrichtungen übertragen werden können. In der Entscheidung 62/2016 hielt das belgische Verfassungsgericht in einem obiter dictum fest, dass diese Bestimmung materielle Bindungen des die Befugnisse übertragenden nationalen Hoheitsträgers<sup>104</sup> enthalte; es sei diesem nämlich nicht erlaubt, auf diskriminierende Art die nationale Identität, die in den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommt, zu beeinträchtigen.<sup>105</sup> Die vom belgischen Verfassungsgericht erwähnte Schranke der nationalen Identität findet in Art 34 BV keine explizite Erwähnung; es ist nicht nur unklar, was zur nationalen Identität in diesem Sinn zählt,<sup>106</sup> sondern ebenfalls, ob es sich dabei auch um eine vom

Zur Subjektivierung des Art 38 GG schon BVerfGE 89, 155 (Maastricht) 172; aktuell zB BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 122.

97 Siehe dazu *Gérard/Verrijdt*, ECLR 2017, 189 mwN.

98 Belgischer Kassationshof 27.05.1971, AC 1971, 959.

99 Dazu zB *Behrendt/Bouhon*, Introduction 495ff; *Vande Lanotte*, Belgisch Publikrecht Rz 186.

100 Belgischer Kassationshof 09.11.2004, Pas 2004, 1745 (1767); 16.11.2004, Pas 2004, 1759 (1801). Insb zur erstgenannten Entscheidung *Gors*, RBDC 2005, 507 ff.

101 GH 03.02.1994, 12/94, B.4; dazu zB *Behrendt/Bouhon*, Introduction 500 ff; *Vande Lanotte*, Belgisch Publikrecht Rz 189; zum vermittelnden Standpunkt des Staatsrates wiederum *Vande Lanotte*, Belgisch Publikrecht Rz 192 f. Ähnlich auch schon GH 16.10.1991, 26/91, B.2 f.

102 GH 28.04.2016, 62/2016.

103 Zur Entscheidung selbst sowie zum Verhältnis dieser Entscheidung zur vorangehenden Judikatur der verschiedenen belgischen Höchstgerichte *Sottiaux*, TBP 2017, 305 ff; vgl weiters *Alen*, TBP 2017, 366 ff.

104 Und des die Befugnisse ausübenden Hoheitsträgers, also des EU-Rechtsetzers.

105 GH 28.04.2016, 62/2016, B.8.7.

106 Auf diese Frage eingehend *Cloots*, TBP 2017, 312 ff.

belgischen Verfassungsgesetzgeber zu beachtende und damit absolute Integrations-schranke handeln soll. Letzteres ist aber im Lichte dessen, dass es nach der bisher überwiegenden Ansicht im belgischen Verfassungsrecht keine unabänderlichen Verfassungsinhalte gibt,<sup>107</sup> zu bezweifeln.<sup>108</sup> Insgesamt ist die Rsp des GH nur schwer im positiven Verfassungsrecht verankerbar, da Art 34 BV eben gerade keine Schranken für die Übertragung von Hoheitsrechten vorsieht.

### 2.3.2.3 Österreich: Relative Schranken

Nach der österreichischen Rechtslage beinhaltet das österreichische Verfassungsrecht nur relative, also im Rahmen der Verfassung überwindbare Integrations-schranken: Der EU-Beitritt Österreichs stellte eine Gesamtänderung der Bundesverfassung dar; eine solche kann nach Art 44 Abs 3 B-VG nur nach vorheriger (positiver) Volksabstimmung beschlossen werden. Weil allerdings beim Beitritt zur EU im Jahr 1995 nicht klar war, ob Art 44 Abs 3 B-VG unmittelbar auf völkerrechtliche Verträge bzw die Ratifikation solcher Verträge angewendet werden konnte,<sup>109</sup> wurde eine Volksabstimmung über die Erlassung eines EU-Beitritts-BVG<sup>110</sup> durchgeführt. Mit diesem gesamtändernden BVG wurden die nach der Verfassung dafür zuständigen Organe dazu ermächtigt, den Beitritt entsprechend dem Verhandlungsergebnis vorzunehmen (Art I); außerdem wurden verfahrensmäßig qualifizierte Ratifikationserfordernisse festgelegt (Art II).

Auf Grund dieser Vorgehensweise<sup>111</sup> war zunächst umstritten,<sup>112</sup> ob es in Österreich überhaupt Integrationsschranken gibt.<sup>113</sup> Anders als etwa in Deutschland mit Art 23 GG gibt es in Österreich keine vergleichbare Bestimmung über

107 Siehe dazu noch unten bei 7.1.4 (= 331).

108 Im Lichte dessen, dass eine Bindung (auch) des Verfassungsgesetzgebers eine wesentliche Beschränkung dieses demokratisch legitimierten Organs darstellt und die belgische Verfassung auch sonst an keiner Stelle unabänderliche Inhalte vorsieht, ist nach der hier vertretenen Ansicht eher nicht davon auszugehen, dass die vom GH postulierte Schranke der nationalen Identität auch an den Verfassungsgesetzgeber richtet. Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – davon ausgeht, dass die genannte Integrationsschranke eine Grundlage im belgischen Verfassungsrecht hat, so handelt es sich dabei iSd hier zu Grunde gelegten Terminologie nur um eine relative Integrations-schranke.

109 Vgl. *Öhlinger/Müller* in Korinek/Holoubek, Art 50 B-VG Rz 69; *Grabenwarter* in HB Ius Publicum Europaeum Band II 219 f.

110 BGBl 744/1994.

111 Und der daran anschließenden, bis BGBl 2008/2 dauernden Praxis, die Ermächtigung zu und Beschlussfassungserfordernisse für Änderungen der vertraglichen Grundlagen der EU jeweils mittels eigener Bundesverfassungsgesetze zu sanktionieren (BGBl I 76/1998 [Vertrag von Amsterdam]; BGBl I 120/2001 [Vertrag von Nizza]; BGBl I 53/2003 [„Osterweiterung“]; BGBl I 25/2006 [Beitritt Rumänien und Bulgarien]; BGBl I 12/2005 [Verfassungsvertrag]; alle aufgehoben durch Art 2 § 1 Abs 3 BGBl I 2/2008), s dazu *Öhlinger* in Hummer, Neueste Entwicklungen 629 ff.

112 Vgl dazu aktuell und mwN *Öhlinger*, *juridikum* 2019, 152 ff; *Potacs*, JRP 2019, 272.

113 Ausführlich zur diesbezüglichen Debatte *Palmstorfer* in FS Thaler 428 ff.

die Grenzen oder Bedingungen der Teilnahme an der europäischen Integration.<sup>114</sup> Dementsprechend wurde die im Beitritts-BVG normierte Ermächtigung zum EU-Beitritt zum Teil als umfassende Öffnung der österreichischen Rechtsordnung gegenüber dem Unionsrecht qualifiziert,<sup>115</sup> wenngleich die überwiegende Auffassung vom Bestehen impliziter Integrationsschranken ausgeht.<sup>116</sup> Seit der B-VG Novelle 2008<sup>117</sup> sieht das B-VG eigene Regeln für die Abänderung des Primärrechts der EU vor. „Staatsverträge, durch die die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union geändert werden“, sind nach Art 50 Abs 1 Z 2 B-VG iVm Art 50 Abs 4 B-VG von Nationalrat und Bundesrat mit qualifizierter Mehrheit zu ratifizieren. Art 50 Abs 4 B-VG sieht dafür qualifizierte Ratifikationserfordernisse „unbeschadet des Art 44 Abs 3“ B-VG vor.<sup>118</sup> Die Maßgeblichkeit von Art 44 Abs 3 B-VG für Änderungen des Primärrechts legt nahe, dass es in Österreich dafür zwar keine absoluten, aber relative, also überwindbare Integrationsschranken gibt.<sup>119</sup> Inhaltlich bestehen diese Integrationsschranken in den Grundprinzipien der Bundesverfassung, die durch das zum Stand des Beitritts bestehende System des Unionsrechts verändert wurden.<sup>120</sup>

### 2.3.2.4 Konsequenzen eines Verstoßes gegen Schranken für die Weiterentwicklung des Primärrechts

Die Konsequenzen eines Verstoßes gegen nationale Integrationsschranken sind vom jeweiligen nationalen Verfassungsrecht abhängig. Grundsätzlich bewirkt der Verstoß die Verfassungswidrigkeit des die Integrationsschranken missachtenden Rechtsaktes. In Österreich würde dies bedeuten, dass ein entsprechender völkerrechtlicher Vertrag nach Art 140a B-VG beim VfGH angefochten werden kann; dieser kann die Verfassungswidrigkeit des Vertrags feststellen, was zur Konsequenz hat, dass der Vertrag von der Vollziehung nicht mehr zur Anwendung gebracht werden darf. In Deutschland wäre das BVerfG mit der Frage der Verfassungskonformität des Zustimmungsgesetzes zum fraglichen Vertrag zu

114 Dies mit Blick auf das Beitritts-BVG und die eine andere Sprache sprechenden Materialien dazu als legistischen Mangel qualifizierend Griller, ZfRV 1995, 96.

115 Grabenwarter in HB Ius Publicum Europaeum Band II 224.

116 Zum Beispiel Griller, ZfRV 1995, 96; Baumgartner, JRP 2000, 86; Palmstorfer in FS Thaler 418 f mwN.

117 BGBl I 2/2008.

118 Fraglich ist, ob daraus geschlossen werden kann, dass Art 44 Abs 3 B-VG unmittelbar auf den das Primärrecht ändernden Staatsvertrag zur Anwendung kommen soll oder ob der Beschlussfassung über den Staatsvertrag ggf ein Verfahren zur Gesamtänderung der Verfassung voranzugehen hat. Die Materialien stellen auf die Erlassung eines (gesamtändernden) Ermächtigungs-BVG ab und sprechen daher für die zweite Variante; ErlRV 314 BlgNR XXIII GP 9. In der Literatur wird dies aber teils anders beurteilt; ausführlich Öhlinger in Hummer, Neueste Entwicklungen 641 ff, zu sonstigen Staatsverträgen 644.

119 So zB auch Öhlinger in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 122; Potacs in Hummer, Neueste Entwicklungen 113; vgl weiters zB Grabenwarter in HB Ius Publicum Europaeum Band II 231 f.

120 Vgl dazu Griller, ZfRV 1995, 96 f; Potacs, JRP 2019 272 ff.

befassen und hätte ggf dessen Nichtigkeit auszusprechen. Auch in Belgien könnte – wenn man davon ausgeht, dass Art 34 BV verfassungsrechtliche Integrations-schranken beinhaltet – letztlich der GH über die Verfassungskonformität eines Zustimmungsgesetzes entscheiden und dieses ggf für nichtig erklären.

Die innerstaatliche Aufhebung des Aktes der Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag kann aber in keinem Fall bewirken, dass der fragliche Staat von seiner völkerrechtlichen Verpflichtung befreit wird.<sup>121</sup> Die entsprechende Änderung des Primärrechts wäre völkerrechtlich also weiterhin verbindlich; die Unionsorgane könnten weiterhin Recht setzen, und die Nichtbeachtung des Vertrags und des durch die Vertragsorgane gesetzten Rechts durch den fraglichen Mitgliedstaat wäre eine Vertragsverletzung. Abgesehen von den schwerwiegenden politischen Implikationen einer solchen Konstellation wäre aus rechtlicher Perspektive aber anzunehmen, dass das in Art 4 Abs 3 EUV verankerte Loyalitätsgebot dem EU-Rechtsetzer in diesem Fall gebieten würde, zunächst keine weiteren Rechtsakte zu erlassen.<sup>122</sup>

### 2.3.3 Schranken für Rechtsakte, die auf dem Primärrecht beruhen

#### 2.3.3.1 Allgemein

Gerade wurde besprochen, ob die drei bundesstaatlichen Rechtsordnungen Deutschlands, Belgiens und Österreichs Schranken für die Weiterentwicklung des Primärrechts durch völkerrechtlichen Vertrag vorsehen. Von dieser Konstellation ist die Frage zu unterscheiden, ob es in den nationalen Verfassungsordnungen Schranken für auf dem Primärrecht beruhende Rechtsakte (insb Sekundärrechtsakte und Entscheidungen des EuGH) gibt.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass sich neben den nationalen Verfassungen auch im unionalen Primärrecht zahlreiche formelle und materielle Schranken für die Rechtsetzung auf Basis des Primärrechts finden. Es wäre aber terminologisch nicht zweckmäßig, die unionalen Grundrechte oder die Vorgaben für das unionale Gesetzgebungsverfahren als Integrationsschranken zu bezeichnen. Allerdings gibt es im Primärrecht eine Bestimmung, welche die Organe der Union spezifisch zur Achtung der nationalen Identität verpflichtet. Diese Bestimmung, Art 4 Abs 2 EUV, kann als unionales Spiegelbild der nationalen Integrations-schranken bezeichnet werden.<sup>123</sup> Sowohl die nationalen Integrations-schranken als

121 Vgl auch *Sauer*, EuR 2017, 193.

122 Vorausgesetzt, dass ein entsprechendes Loyalitätsgebot im neuen Vertrag enthalten und damit für die durch den Vertrag geschaffenen Organe verbindlich ist; bei Fehlen einer solchen Bestimmung ließe sich uU eine entsprechende Pflicht der anderen Mitgliedstaaten aus dem völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben ableiten.

123 *Hammer* spricht hinsichtlich der Vorgängerbestimmung davon, dass die Grundprinzipien des B-VG „mittelbar zum Bestandteil des Unionsrechts“ werden, *Hammer*, *juridikum* 2004, 113.

auch Art 4 Abs 2 EUV können also den Sekundärrechtsetzer binden. Trotz dieser Ähnlichkeit unterscheiden sich die genannten Bindungen, da an die Verletzung der nationalen Integrationsschranken andere Konsequenzen geknüpft sind als an die Missachtung des Art 4 Abs 2 EUV, wie im Folgenden dargelegt wird.

### 2.3.3.2 Nationale Schranken bei umfassender Öffnung?

Hinsichtlich der nationalen Integrationsschranken für auf dem Primärrecht beruhende Rechtsakte – insb also das Sekundärrecht, aber auch Entscheidungen des EuGH – ist zunächst ganz allgemein festzuhalten, dass das Bestehen solcher Schranken davon abhängig ist, unter welchen Bedingungen ein Mitgliedstaat das Primärrecht „akzeptiert“ bzw diesem zugestimmt hat. So erfolgte etwa in Österreich mit dem EU-Beitritt eine umfassende Öffnung für das EU-Recht;<sup>124</sup> auch nachfolgende Vertragsänderungen stehen – sofern sie im entsprechenden Verfahren, uU auch unter Beachtung von Art 44 Abs 3 B-VG ratifiziert wurden<sup>125</sup> – im Einklang mit dem österreichischen Verfassungsrecht. Mit der uneingeschränkten Akzeptanz des Primärrechts durch das österreichische Verfassungsrecht geht aber auch die Akzeptanz der darauf basierenden Rechtsakte, also etwa des Sekundärrechts, einher.<sup>126</sup> Dies gilt auch für primärrechtswidrige Rechtsakte: Denn im Primärrecht ist für solche Rechtsakte ein Fehlerkalkül vorgesehen; diese sind also grundsätzlich rechtswirksam, bis sie vom EuGH aufgehoben werden.<sup>127</sup> Auch dieses Fehlerkalkül und das Normverwerfungsmonopol des EuGH wurden aber durch die österreichische Rechtsordnung akzeptiert.<sup>128</sup> Es gibt daher im österreichischen Recht keine materiellen nationalen Integrationsschranken für auf dem Primärrecht basierende Rechtsakte.<sup>129</sup> Auf dem Primärrecht basierende Rechtsakte werden insb auch nicht durch Verletzung der von Art 44 Abs 3 B-VG geschützten Grundprinzipien „unanwendbar“;<sup>130</sup> sie sind dann aber möglicherweise auf Grund der Missachtung von Art 4 Abs 2 EUV primärrechtswidrig und aufhebbar.<sup>131</sup> Verortet man den Sitz eines Verstoßes gegen Art 44 Abs 3 B-VG hingegen im Primärrecht, so hätte die vertragliche Grundlage unter Einhaltung des Verfahrens nach Art 50 Abs 4 B-VG ratifiziert werden müssen und könnte, wenn dieses Gebot nicht eingehalten wurde, nach Art 140a B-VG vor dem VfGH

124 Vgl *Grabenwarter* in von Bogdandy/Bast, Verfassungsrecht 123 f.

125 Vgl zur Problematik *Thaler*, JRP 2000, 81; *Palmstorfer* in FS Thaler 423.

126 Vgl etwa *Baumgartner*, JRP 2000, 86; differenzierend *Öhlinger* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 123 f, der aber selbst auf die Relevanz von Art 4 Abs 2 EUV hinweist; mwN dazu auch *Palmstorfer* in FS Thaler 418 ff.

127 Vgl zB *Potacs*, ZÖR 2010, 131; *Wiederin*, ÖJZ 2010, 404.

128 *Griller*, ZfRV 1995, 99 f.

129 So im Ergebnis auch *Baumgartner*, JRP 2000, 86 (FN 22); *Griller*, JRP 2000, 279; *Griller*, ZfRV 1995, 100; *Palmstorfer* in FS Thaler 421 ff. AA zB *Öhlinger*, juridikum 2019, 152, 154.

130 So aber zB *Bußjäger*, JBl 2010, 280; *Bußjäger/Heißl*, ÖJZ 2008, 314.

131 Siehe dazu gleich unten 2.3.3.4 (= 58).

angefochten werden.<sup>132</sup> Gerade Art 4 Abs 2 EUV bietet aber die Möglichkeit, bei der Auslegung des sonstigen Primärrechts „identitätsschonend“ vorzugehen.<sup>133</sup>

### 2.3.3.3 Nationale Schranken bei bedingter Öffnung?

Etwas anders ist die Rechtslage in Deutschland<sup>134</sup> und neuerdings auch in Belgien<sup>135</sup> zu beurteilen – hier behalten sich das belgische Verfassungsgericht sowie das BVerfG vor, die auf dem Primärrecht basierenden Rechtsakte mittelbar<sup>136</sup> anhand der jeweiligen Maßstäbe des nationalen Verfassungsrechts zu überprüfen.<sup>137</sup>

Das BVerfG beansprucht dabei eine qualifizierte, ausnahmsweise vorzunehmende Grundrechtskontrolle sowie die sog „Identitätskontrolle“, die teilweise zusammenhängen.<sup>138</sup> So hat das BVerfG in der bekannten Entscheidung *Solange I* zunächst befunden, dass es auf Grund des GG zur Kontrolle unionaler Rechtsakte am Maßstab der deutschen Grundrechte berufen ist, solange es in der Unionsrechtsordnung keinen äquivalenten Grundrechtsschutz gibt.<sup>139</sup> Auf Grund der Weiterentwicklung des Unionsrechts wurde dieser Kontrollanspruch in *Solange II* wieder zurückgenommen, solange sichergestellt ist, dass der durch das Unionsrecht gewährleistete Grundrechtsschutz dem deutschen äquivalent ist.<sup>140</sup> Verdeutlicht wurde diese Rücknahme des Kontrollanspruchs in der Entscheidung zur Bananenmarktordnung, nach der Verfassungsbeschwerden, die eine Verletzung in Grundrechten durch Sekundärrecht behaupten, „von vornherein unzulässig [sind], wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nach Ergehen der Solange II-Entscheidung [...] unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei“.<sup>141</sup> Eine Grundrechtsverletzung durch Sekundärrecht kann also nur ausnahmsweise vor dem BVerfG geltend gemacht werden. Liegt sie aber vor, dann besteht gleichzeitig eine Verletzung der nach der Judikatur des BVerfG<sup>142</sup> durch Art 23 Abs 1 3. Satz iVm Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfas-

132 So zB auch *Wiederin* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 194.

133 Auch dazu unten bei 3.4 (= 76).

134 Dazu auch noch unten bei 6.1.3.2 (= 264).

135 Seit GH 28.04.2016, 62/2016; dazu schon oben bei 2.3.2.2 (= 50).

136 Aktuell zB BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 102.

137 Wobei teilweise eine unmittelbare Kontrolle der Sekundärrechtsakte stattfindet, teilweise aber nur ein mittelbarer Kontrollanspruch über die Kontrolle staatlichen Handelns oder Unterlassens ausgeübt wird; vgl zum Kontrollgegenstand des BVerfG *Simon*, Grenzen 214 ff; *Sauer*, EUR 2017, 189 f.

138 Prägnant zur Judikatur des BVerfG *Walter*, ZaöRV 2012, 181 ff; *Sommermann* in HB Ius Publicum Europaeum Band II 14 ff; *Huber*, AöR 2016, 124 ff; zur Verwendung des Identitätsbegriffs durch das BVerfG etwa *Ingold*, AöR 2015, 3 ff.

139 BVerfGE 37, 271 (Solange I); dazu *Simon*, Grenzen 56 f.

140 BVerfGE 73, 339 (Solange II).

141 BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung).

142 Begründet va in seiner Lissabon-Entscheidung, BVerfGE 123, 267 (Lissabon). Dazu zB *Simon*, Grenzen 64 ff; *Polzin*, Verfassungsidentität 48 ff; *Wahl*, Der Staat 2009, 612 ff; *Thym*, Der Staat 2009, 559 ff; *Schönberger*, Der Staat 2009, 535 ff; *Khushal Murkens*, Der Staat 2009, 517 ff; *Jestaedt*, Der



sungsidentität, die das BVerfG nach seiner Judikatur im Rahmen der Identitätskontrolle wahrzunehmen hat. Die deutsche Rechtsordnung hat sich demzufolge nur in dem Ausmaß geöffnet, wie Art 23 Abs 1 3. Satz GG dies zulässt – die von der Ewigigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG geschützten, identitätsstiftenden Grundsätze dürfen auch durch auf dem Primärrecht basierende Rechtsakte der Unionsorgane nicht unterlaufen werden. Zu diesen Grundsätzen zählen neben dem bundesstaatlichen Aufbau auch der Grundrechtsschutz – dabei wiederum insb der Schutz der Menschenwürde nach Art 1 GG – und das Demokratieprinzip.<sup>143</sup> Das BVerfG behält sich daher mit der Identitätskontrolle vor, auf dem Primärrecht basierende Akte wegen qualifizierter Verfassungswidrigkeit für unanwendbar zu erklären: Der Anwendungsvorrang soll nach dem BVerfG „nur kraft und im Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung“<sup>144</sup> gelten und wird – so die Formulierung im Haftbefehl-Urteil – „durch die in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt“<sup>145</sup>. Dies ist nach Ansicht des BVerfG auch durch Art 4 Abs 2 EUV – der insofern auch auf Art 79 Abs 3 GG verweist – geboten.<sup>146</sup>

Die Identitätskontrolle tritt nach dem BVerfG *neben* die ultra-vires-Kontrolle und hat als solche einen eigenen Kontrollmaßstab, nämlich die ausreichende Berücksichtigung der durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität.<sup>147</sup> Das BVerfG hat bereits in einigen Fällen eine Verletzung der Verfassungsidentität erwogen, im Ergebnis aber eine Beschränkung des Anwendungsvorrangs noch nie für notwendig erachtet:

Staat 2009, 497 ff; Grimm, Der Staat 2009, 475 ff; Walter, ZaöRV 2012, 182 ff; Schwarze, EuR 2010, 108 ff; Everling, EuR 2010, 91 ff; Lepsius in JBÖR 2015, 63 ff.

143 Vgl dazu zB Walter, ZaöRV 2012, 181 f.

144 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 354; s auch BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 397 („Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung“); BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 398 („Der europarechtliche Anwendungsvorrang lässt entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht in seinem Geltungsanspruch unberührt und drängt es nur in der Anwendung soweit zurück, wie es die Verträge erfordern und nach dem durch das Zustimmungsgesetz erteilten innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl auch erlauben“); auch BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 402 („Der Grund und die Grenze für die Geltung des Rechts der Europäischen Union in der Bundesrepublik Deutschland ist der im Zustimmungsgesetz enthaltene Rechtsanwendungsbefehl, der nur im Rahmen der geltenden Verfassungsordnung erteilt werden kann [...] der Vorrang des Unionsrechts gilt in Deutschland nur kraft des durch Zustimmungsgesetz zu den Verträgen erteilten Rechtsanwendungsbefehls. Der Anwendungsvorrang reicht für in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt nur so weit, wie die Bundesrepublik Deutschland dieser Kollisionsregel zugestimmt hat und zustimmen durfte“). Ebenso BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) 336; BVerfGE 142, 123 (OMT-Urteil) Rz 120.

145 BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) Rz 41.

146 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 354; BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) Rz 44. Da Art 4 Abs 2 EUV nach Ansicht des BVerfG auf derartige Fälle anwendbar ist, müsste das BVerfG bei entsprechenden Fragen zunächst dem EuGH vorlegen, bevor es einen Rechtsakt der EU für unanwendbar erklärt; so auch die Praxis des BVerfG, etwa in BVerfGE 134, 366 (OMT-Vorlagebeschluss); BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 314 ff.

147 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 353 f („Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht“).



In einer Entscheidung betreffend einen Europäischen Haftbefehl befasste sich das BVerfG mit dem strafrechtlichen Schuldprinzip als Teil der Verfassungsidentität, nahm aber im Ergebnis Übereinstimmung zwischen dem durch Art 1 GG geschützten Schuldprinzip im Strafverfahren und unionalen Grundrechten an, welche eine grundrechtskonforme Auslegung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl durch die nationalen Gerichte möglich mache und gebiete.<sup>148</sup> In seiner OMT-Entscheidung identifizierte das BVerfG die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestags als Teil des Demokratieprinzips und damit der Verfassungsidentität der Bundesrepublik, verneinte aber auch hier im Ergebnis nach Einholung einer Vorabentscheidung<sup>149</sup> die Verletzung der Verfassungsidentität durch das OMT-Programm der EZB.<sup>150</sup> In seiner Entscheidung zur Bankenunion stand im Hinblick auf die Identitätskontrolle vor allem zur Diskussion, ob die durch die einschlägigen Sekundärrechtsakte verlangte Einrichtung unabhängiger Behörden auf unionaler und nationaler Ebene, die vom BVerfG als „Vorgabe eines ministerialfreien Raums“<sup>151</sup> bezeichnet wurde, mit dem „durch Art. 20 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsatz der Volkssouveränität“<sup>152</sup> vereinbar sei. Das BVerfG bejahte dies gestützt auf die vorgesehenen weitreichenden Mechanismen – etwa Aufsichts- und Informationsrechte – zur Kompensation des durch die Unabhängigkeit bewirkten demokratischen Defizits.<sup>153</sup> In der PSPP-Entscheidung wurde zwar das Vorliegen eines ultra-vires-Aktes bejaht, eine Verletzung der Verfassungsidentität aber verneint.<sup>154</sup> Das BVerfG qualifizierte einige der verfahrensgegenständlichen Beschlüsse der EZB als ultra-vires, weil ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vorläge,<sup>155</sup> erachtete aber die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages als gewahrt und verneinte daher eine Verletzung der Verfassungsidentität.<sup>156</sup>

Konsequenterweise ist die Identitätskontrolle als Unterfall der ultra-vires-Kontrolle zu qualifizieren, wie es das BVerfG bspw in der Bankenunion-Entscheidung tut:<sup>157</sup> Wenn die Übertragung von Hoheitsrechten an die EU durch Art 23 Abs 1 3. Satz GG an die materielle Voraussetzung der Einhaltung des Art 79 Abs 3 GG

148 BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) insb Rz 84 und 107. Umfassend dazu zB *Burchardt*, ZaöRV 2016, 529 ff; *Hwang*, Der Staat 2017, 110 ff; kritisch ebenfalls *Classen*, EuR 2016, 30 ff.

149 EuGH 16.06.2015, Rs C-62/14 (Gauweiler) ECLI:EU:C:2015:400; zum Vorabentscheidungsersuchen des BVerfG zB *Claes/Reestman*, GLJ 2015, 918 ff.

150 BVerfGE 142, 123 (OMT-Urteil).

151 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 222.

152 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 222.

153 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 224 ff; 285 ff; 310.

154 BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 222.

155 BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 154 ff.

156 BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 222 ff.

157 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 203; vgl aber auch BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 115, 222 ff. Siehe zur Abgrenzung ausführlicher unten bei 6.1.3.2.1 (= 264).

geknüpft ist, dann ist jeder Rechtsakt, der sich nicht an diese Beschränkung hält, *ultra-vires*.<sup>158</sup>

Aus Perspektive des Art 4 Abs 2 EUV kann die Argumentation des BVerfG allerdings nicht überzeugen: Denn gerade die Einfügung von Art 4 Abs 2 EUV, der die Organe der EU zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten verpflichtet, entzieht die Aufgabe der Identitätskontrolle hinsichtlich der Sekundärrechtsakte der Allein- und va auch der Letztverantwortung der mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichte.<sup>159</sup> Nunmehr ist der EuGH befugt zu überprüfen, ob Sekundärrechtsakte die nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten achten und damit den Anforderungen des Art 4 Abs 2 EUV entsprechen.<sup>160</sup> Auf Basis des Primärrechts erlassene Sekundärrechtsakte sind daher nicht unmittelbar am Maßstab von Art 79 Abs 3 GG zu messen.<sup>161</sup>

Noch weniger konturiert ist die Judikatur des belgischen Verfassungsgerichts zu nationalen Schranken für auf dem Primärrecht basierende Rechtsakte. Das belgische Verfassungsgericht nimmt in seiner Entscheidung 62/2016 Bezug auf eine belgische nationale Identität, die durch unionale Rechtsetzer nicht in diskriminierender Weise beeinträchtigt werden dürfe. In der Literatur wird die Stoßrichtung dieser Entscheidung mit der Rsp des BVerfG zur deutschen Verfassungsidentität verglichen.<sup>162</sup> Auch die vom GH zur Integrationsschranke erhobene nationale Identität Belgiens wird aber durch Art 4 Abs 2 EUV geschützt. Die Beurteilung einer Missachtung der nationalen Identität durch einen Sekundärrechtsakt obliegt damit auch hier dem EuGH. Der GH könnte bestenfalls eine *ultra-vires*-Kontrolle vornehmen.<sup>163</sup>

#### 2.3.3.4 Unionsrechtliche Schranken aus Art 4 Abs 2 EUV

Art 4 Abs 2 EUV verpflichtet die Union zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Ungeachtet der Frage, wer wie bestimmt, was zur nationalen Identität gehört,<sup>164</sup> bedeutet dies, dass Unionsrechtsakte, mit denen die nationale Identität missachtet wird, primärrechtswidrig sind. Sie unterliegen dem Verwerfungsmonopol des EuGH; bis dieser solche Rechtsakte für nichtig erklärt, sind

158 So zB auch Klein in Niedobitek/Sommermann, Wertegemeinschaft 73; Hufeld in HB StR § 215 421 f.

159 Dazu zB Schwerdtfeger, EuR 2015, 310; Schwarze, EuR 2010, 115; Everling, EuR 2010, 100 f; vgl auch schon zur Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon Hammer, juridikum 2004, 112.

160 Die Qualifikation eines Rechtsaktes als „identitätsverletzend“ führt insb auch nicht dazu, dass dieser nicht wirksam entsteht, vgl Sauer, EuR 2017, 194.

161 Ausführlich Polzin, Verfassungsidentität 178 ff; so im Ergebnis auch Wiederin, ÖJZ 2010, 404 f.

162 ZB Gérard, TBP 2017, 351 ff; Gérard/Verrijdt, ECLR 2017, 182, 187.

163 Zu dieser gleich unten bei 2.3.4 (= 60).

164 Dazu gleich bei 3.4 (= 76).

sie für die Organe der Union und die Mitgliedstaaten verbindlich und genießen den unionsrechtlichen Anwendungsvorrang.<sup>165</sup> Der Ausschluss der Wirkung eines solchen Rechtsaktes durch Erklärung der Nichtanwendbarkeit seitens eines nationalen Gerichts unterläuft das Verwerfungsmonopol des EuGH und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts, dem dieses Monopol dient. Die Frage der Achtung der nationalen Identität durch einen Unionsrechtsakt ist eine Frage, die seine Gültigkeit betrifft und deren Aufkommen alle Gerichte iSd Art 267 AEUV zur Vorlage an den EuGH verpflichtet.<sup>166</sup>

Ob ein Unionsrechtsakt wegen Verletzung des Art 4 Abs 2 EUV für nichtig zu erklären ist, ist also eine Frage, die der EuGH zu klären hat. Bei der Klärung dieser Frage sind zwei unterschiedliche Ebenen zu unterscheiden: die eine betrifft die Frage, welche Teile einer Rechtsordnung die nationale Identität mitkonstituieren, was also der Maßstab dafür ist, dass etwas als identitätsstiftend gilt. Nachdem der Begriff der nationalen Identität in der unionsrechtlichen Norm des Art 4 Abs 2 EUV grundgelegt ist, handelt es sich bei diesem Begriff bzw bei dem relevanten Maßstab um einen unionsrechtlichen Begriff bzw Maßstab, der für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen zur Anwendung kommt.<sup>167</sup> Dies schließt aber nicht aus, dass die anhand des unionsrechtlichen Maßstabs geschützten Inhalte sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden. Die zweite zu stellende Frage ist dann, was der Inhalt einer konkreten mitgliedstaatlichen nationalen Identität ist und ob bzw wie sich diese mit einem konkreten Rechtsakt vereinbaren lässt. Dies lässt sich nur für jeden Mitgliedstaat und dessen jeweilige nationale Identität im Einzelnen beantworten.

Beides wird weiter unten vertieft.<sup>168</sup> Ziel der vorangehenden Ausführungen war es lediglich darauf hinzuweisen, dass es im Unionsrecht selbst Schranken für den unionalen Rechtsetzer gibt, die den im nationalen Verfassungsrecht aufgestellten Integrationsschranken stark ähneln.

### 2.3.3.5 Unterschied zwischen nationalen und unionalen Schranken: Konsequenzen der Verletzung

Art 4 Abs 2 EUV wird in der Literatur zum Teil als unionsrechtliche Anerkennung und Grundlage der den Verfassungsordnungen der meisten Mitgliedstaaten inhärenten Integrationsvorbehalte qualifiziert.<sup>169</sup> Umgekehrt werden auch die na-

165 Dazu ausführlich unten bei 3.6.7 (= 138).

166 Vgl dazu mwN insb aus der Rsp *Öblinger/Potacs*, EU-Recht 206 f.

167 Dazu im Detail unten ab 3.6.4.1 (= 110).

168 Siehe aber unten ab 3.4 (= 76).

169 *Walter*, ZaöRV 2012, 179 f; *von Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 707 ff; *von Bogdandy/Schill* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 25 ff; zu den bestehenden Integrationsvorbehalten bzw „Struktursicherungsklauseln“ im Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten s auch *Grabenwarter* in *von Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht 140 ff.

tionalen Integrationsvorbehalte in Verbindung zu Art 4 Abs 2 EUV gesetzt.<sup>170</sup> Dies gilt insb für die begrifflich ähnliche Konstruktion der Verfassungsidentität.<sup>171</sup> Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass eine Gleichsetzung der nationalen Integrationsvorbehalte mit Art 4 Abs 2 EUV nur bedingt richtig ist: Denn nationale Integrationsvorbehalte dienen, wie oben dargelegt, va der Einschränkung der Weiterentwicklung des Primärrechts durch völkerrechtliche Verträge. Eine solche Funktion kann Art 4 Abs 2 EUV nicht erfüllen,<sup>172</sup> da diese Bestimmung ja erst durch völkerrechtlichen Vertrag konstituiert wird und dadurch auch abgeändert werden kann.

Andererseits hat die Verletzung etwa des vom deutschen BVerfG formulierten Integrationsvorbehaltes zur Folge, dass der identitätsverletzende Rechtsakt in Deutschland nicht angewendet werden darf.<sup>173</sup> Im Gegensatz dazu sind Rechtsakte, die Art 4 Abs 2 EUV verletzen, bis zu ihrer Nichtigerklärung durch den EuGH sehr wohl anzuwenden.<sup>174</sup> Eine Aufhebung hat dann aber nicht nur für den Mitgliedstaat Relevanz, dessen Identität missachtet wird, sondern für die gesamte EU, da eine Nichtigerklärung durch den EuGH im gesamten Gebiet der Union gilt.

Unterschiedlich zu beurteilen ist hinsichtlich der nationalen und der unionalen Schranken auch die Letztentscheidungskompetenz: Während nationale Integrationsschranken letztendlich durch nationale Höchstgerichte auszulegen sind, obliegt die (Letzt-)Interpretation von Art 4 Abs 2 EUV dem EuGH. Dieser wird sich dabei freilich auf die bestehende Judikatur zu nationalen Integrationsschranken und verfassungsrechtlichen Gegebenheiten stützen müssen.

### 2.3.4 Schranken für Rechtsakte, die nur scheinbar auf dem Primärrecht beruhen – ultra-vires-Akte

In der Judikatur des BVerfG wird, wie oben bereits angedeutet, die Frage der nationalen Integrationsschranken im Zusammenhang mit der Kontrolle von ultra-vires-Akten der EU durch die nationalen Gerichte gestellt.<sup>175</sup> In der hier angelegten Dreiteilung handelt es sich bei ultra-vires-Akten um Akte, die sich nur

170 So insb hinsichtlich der neueren belgischen Judikatur, in der sich mit der Verwendung des Begriffs der nationalen Identität tatsächlich Ähnlichkeiten zu Art 4 Abs 2 EUV finden; in der vom belgischen Verfassungsgericht verwendeten Formel bestehen aber auch Unterschiede zu Art 4 Abs 2 EUV (zB das Abstellen auf einen diskriminierenden Eingriff), vgl dazu unten bei 7.1.5 (= 333).

171 Zur Unterscheidung zwischen Verfassungsidentität und nationaler Identität s ausführlich unten bei 3.6.2.3.4.2 (= 98).

172 So auch *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 56.

173 Zum Beispiel BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 354.

174 Vgl zB *Sauer*, EUR 2017, 194. Im Detail dazu unten bei 3.6.7 (= 138).

175 Vgl insb zur Honeywell-Entscheidung des BVerfG *Sauer*, EuZW 2011, 94 ff; zur Maastricht- und Lisabon-Entscheidung etwa *Thym*, Der Staat 2009, 568 ff; vgl auch *Hufeld* in HB StR § 215 148 ff.

scheinbar auf das Primärrecht stützen. So betrachtet sind sowohl die Problematik als auch ihre Auflösung leicht zu erfassen:

Ultra-vires-Akte der EU sind durch das Primärrecht und die dazu kraft Ratifikation des völkerrechtlichen Vertrags gegebene Zustimmung der Mitgliedstaaten nicht gedeckt. Sie sind als solche rechtlich unbeachtlich. Die Feststellung, dass ein ultra-vires-Akt vorliegt, kann letzten Endes nur von den mitgliedstaatlichen Gerichten vorgenommen werden.<sup>176</sup>

Im Detail stellt sich freilich die Frage, wann ein ultra-vires-Akt vorliegt. Hier ist daran zu erinnern, dass es auch im Unionsrecht ein Fehlerkalkül gibt<sup>177</sup> – rechtswidrige Akte sind nicht per se nichtig und unbeachtlich, sondern unterliegen der Verwerfungskompetenz des EuGH.<sup>178</sup> Wann ein ultra-vires-Akt vorliegt, ist also davon abhängig, wie weit das Fehlerkalkül geht, das die Mitgliedstaaten mit dem Abschluss der völkerrechtlichen Verträge, die das Primärrecht konstituieren, akzeptiert haben. Dabei ist zwischen Sekundärrechtsakten und darauf basierenden Rechtsakten auf der einen Seite und Rechtsakten, die vom EuGH gesetzt werden, auf der anderen Seite zu unterscheiden.

Das unionsrechtliche Fehlerkalkül umfasst auch die grobe Verletzung der nationalen Identität durch einen Sekundärrechtsakt oder einen Rechtsakt, der auf dem Sekundärrecht basiert, und zwar auch dann, wenn sich eine Rechtsordnung nur bedingt für die Unionsrechtsordnung geöffnet hat und die Identitätsverletzung gerade auf die Missachtung der etablierten nationalen Integrationssschranken zurückzuführen ist. Ein solcher Rechtsakt missachtet Art 4 Abs 2 EUV und ist daher primärrechtswidrig. Diese (Primär-)Rechtswidrigkeit ist vom EuGH wahrzunehmen. Ein Sekundärrechtsakt, der die durch die Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG geschützten Inhalte missachtet, ist also nicht schon allein deswegen als ultra-vires-Akt zu qualifizieren.<sup>179</sup> Dies lässt sich va damit begründen, dass ansonsten für ultra-vires-Akte je nachdem, aus der Perspektive welcher Rechtsordnung ein Rechtsakt beurteilt wird, andere Kriterien herangezogen werden müssten. Wenn sich aber die Mitgliedstaaten vertraglich darauf geeinigt haben, den Organen der EU bestimmte Befugnisse zu übertragen, welche diese unionsweit ausüben können sollen, dann dürfen die Grenzen, die diesen Organen durch den Vertrag gesetzt werden, grundsätzlich nicht davon abhängig sein, welche Vertragspartei den Vertrag auslegt.

176 Vgl dazu zB *Nettesheim* in von Bogdandy/Bast, Verfassungsrecht 403; *Kirchhof* in HB StR § 214 325. AA *Ress*, ZÖR 2009, 392 f, der darauf hinweist, dass die Mitgliedstaaten sich freiwillig in die fragile internationale Organisation (die EU) eingegliedert haben und aus dieser unter Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben auch wieder austreten können, etwa durch Kündigung des Vertrags. Dabei lässt *Ress* mE aber außer Acht, dass die Eingliederung in die EU ja – zumindest in manchen Mitgliedstaaten – nicht bedingungslos erfolgte.

177 ZB *Potacs*, ZÖR 2010, 131; *Wiederin*, ÖJZ 2010, 404.

178 Vgl dazu zB *Ress*, ZÖR 2009, 390; *Griller*, ZfRV 1995, 99.

179 So auch *Sauer*, EUR 2017, 194 f, 197.

Damit ein ultra-vires-Akt vorliegt, muss der fragliche Sekundärrechtsakt qualifiziert gegen das Primärrecht – insb also die primärrechtliche Kompetenzverteilung, aber eben auch Art 4 Abs 2 EUV oder die Grundrechte der GRC<sup>180</sup> – verstoßen. Dies zu beurteilen, ist Sache des EuGH.<sup>181</sup>

Allerdings kann auch der EuGH selbst rechtswidrige Entscheidungen treffen und im Extremfall auch ultra-vires handeln. Entscheidungen des EuGH sind dann als ultra-vires-Akte zu qualifizieren, wenn mit der Entscheidung ein qualifizierter Verstoß gegen das Primärrecht und die dem EuGH dadurch übertragenen Befugnisse erfolgt.<sup>182</sup> Die Beurteilung, wann eine Entscheidung des EuGH derart ultra-vires erfolgt ist, wird dadurch erschwert, dass dem EuGH eine weitreichende Kompetenz zur Rechtsfortbildung zukommt.<sup>183</sup>

Auch wenn abstrakt schwer zu definieren ist, wann eine Entscheidung des EuGH einen ultra-vires-Akt darstellt, kann festgehalten werden, dass es diese Möglichkeit gibt.<sup>184</sup> Nachdem ultra-vires-Akte keiner Nichtigerklärung oder Aufhebung bedürfen, sondern kraft ihrer Qualifikation als ultra-vires nicht Teil der (Unions-)Rechtsordnung sind, sind sie unbeachtlich. Nationale Behörden oder Gerichte müssen ultra-vires-Entscheidungen des EuGH bei ihrer Entscheidungsfindung außer Acht lassen.<sup>185</sup> Dass also auch nationale Gerichte, und nicht der EuGH, über das Vorliegen von ultra-vires-Akten – nämlich solche des EuGH – entscheiden, ist unvermeidlich.<sup>186</sup> Die von ihnen dabei zu stellende Frage ist, ob der EuGH seine Rechtsfortbildungsbefugnis überschritten hat oder nicht. Da die-

180 Vgl *Ress*, ZÖR 2009, 391; *Herdegen* in HB StR § 211 204, der angesichts der Unklarheit darüber, wann ein grober Verstoß vorliegt, im Wesentlichen von einer de facto schrankenlosen Befugnis des EuGH ausgeht.

181 Vgl dazu zB auch *Wiederin* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 194 f; *Potacs*, ZÖR 2010, 133 f; *Sauer*, EuZW 2011, 95. Der hier angenommenen Zuständigkeit des EuGH kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es sich bei einem ultra-vires-Akt ja definitionsgemäß nicht um einen Teil der Unionsrechtsordnung handle und dieser daher auch nicht in die Auslegungshoheit des EuGH falle. Zwar stimmt es, dass die Klärung der ultra-vires-Frage zur Folge haben kann, dass ein Akt nicht mehr als Teil der Unionsrechtsordnung qualifiziert werden kann, und es ist auch durchaus denkbar, dass diese Qualifikation ex tunc wirkt. Allerdings lässt sich die (alleinige) Zuständigkeit des EuGH mit Art 4 Abs 3 EUV begründen, der die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, etwaige Zweifel an der Zuordenbarkeit eines Rechtsakts zur EU-Rechtsordnung innerhalb der gemeinsamen EU-Rechtsordnung zu klären.

182 Vgl zB BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 353, 400; aktuell BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 151; BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 112 f.

183 ZB *Potacs*, ZÖR 2010, 132; *Potacs* in Hummer, Neueste Entwicklungen 114. Vgl weiters zB *Griller*, JRP 2000, 277, der die Vorrangrechtsprechung des EuGH als Rechtsfortbildung qualifiziert.

184 Und sie auch nicht ausgeschlossen werden kann; vgl *Thaler*, JRP 2000, 80.

185 Zum Beispiel *Potacs*, ZÖR 2010, 133; vgl auch *Palmstorfer* in FS Thaler 427 f.

186 *Wiederin*, ÖJZ 2010, 404. In der jüngeren Vergangenheit finden sich auch Beispiele für solche Entscheidungen, so zB durch das tschechische Verfassungsgericht; dazu ausführlich *Komárek*, ECLR 2012, 328 ff; *Zbiral*, CMLR 2012, 1475 ff; weiters *Bobek*, ECLR 2014, 54 ff, der die Begleitumstände der Entscheidung ausführlich darlegt und dabei aufzeigt, dass die Stoßrichtung der Entscheidung nicht jene einer „Revolte“ gegen den EuGH war, sondern stark durch die (unglücklichen) Umstände des nationalen Verfahrens bzw der nationalen Rechtslage bedingt war, und daher anrät, die Bedeutung der Entscheidung nicht zu überschätzen.

se Befugnis des EuGH ihre Grundlage im Primärrecht hat, muss die Beurteilung dieser Frage zumindest theoretisch unionsweit einheitlich ausfallen.<sup>187</sup>

Interessant ist dabei, dass über Art 4 Abs 2 EUV – wie weiter unten ausführlich dargelegt wird<sup>188</sup> – die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten zum primärrechtlichen Maßstab für Sekundärrecht werden. Fraglich ist nun, ob die grundsätzlich angenommene Rechtsfortbildungsbefugnis auch hinsichtlich dieser primärrechtlichen Anordnung gilt; oder anders formuliert: ob die Befugnis des EuGH, in seiner Rsp vom geltenden Unionsrecht abzuweichen und dieses weiterzuentwickeln, die mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten verbunden ist, die in der Rsp vorgenommene Weiterentwicklung zu akzeptieren.<sup>189</sup> Würde man dies verneinen, so würde jede Abweichung des EuGH von den durch nationales Verfassungsrecht (und die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte) determinierten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen die Qualifikation der fraglichen Entscheidung als *ultra-vires*-Akt nach sich ziehen. Da es sich bei den durch Art 4 Abs 2 EUV geschützten grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen aber um einen unionsrechtlichen Begriff handelt, kann auch diesbezüglich von einer Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH ausgegangen werden. Die Festlegung dessen, was mit Blick auf einen konkreten Mitgliedstaat als Teil der nationalen Identität zu qualifizieren ist, hat unter Berücksichtigung des nationalen Rechts stattzufinden; insofern kann eine Pflicht des EuGH angenommen werden, sich mit den – insb von den Vertreterinnen und Vertretern des fraglichen Mitgliedstaats – zur nationalen Identität vorgebrachten Argumenten ernsthaft auseinanderzusetzen.<sup>190</sup> Diese Pflicht kann freilich auch in anderen Verfahren und betreffend anderer Vorbringen als allgemeine rechtsstaatliche Anforderung qualifiziert werden und ist insofern keine Besonderheit der Beurteilung der nationalen Identität durch den EuGH.

## 2.4 Zwischenergebnis

In den nationalen Rechtsordnungen finden sich unterschiedliche Formen von Integrationsschranken für die Weiterentwicklung des Primärrechts sowie der da-

187 Sofern Art 4 Abs 2 EUV unter Berücksichtigung der uU von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlichen Bedeutung von „nationaler Identität“ von Relevanz ist.

188 Unten ab 3.4 (= 76).

189 Nicht weiter zu diskutieren, weil mE außer Frage steht, ob auch hinsichtlich Art 4 Abs 2 EUV ein Fehlerkalkül besteht, also Rechtsakte, die gegen Art 4 Abs 2 EUV verstoßen, Teil der Rechtsordnung (aber uU anfechtbar) werden.

190 Vgl dazu zB die Ausführungen zur diesbezüglichen „Plausibilitätskontrolle“ durch den GA in der Rs Taricco II, *Burchardt*, EuR 2018, 262 f.

rauf beruhenden Rechtsakte. Inhaltlich stellen diese Schranken auf grundlegende Wertungen der Verfassungsrechtsordnungen der jeweiligen Mitgliedstaaten ab.

Eine inhaltlich zumindest teilweise äquivalente Bestimmung findet sich mit Art 4 Abs 2 EUV, der die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten durch die Organe der EU anordnet, auch im Unionsrecht. Als nationale Identität eines Mitgliedstaates sind insb grundlegende verfassungsrechtliche Strukturen zu qualifizieren. Damit werden aber Fragen der ausreichenden Achtung der nationalen Identität durch Sekundärrechtsakte – anders formuliert: die Vereinbarkeit des Sekundärrechts mit dem grundlegenden Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten – zu unionsrechtlichen Fragen, die zunächst durch den EuGH zu beantworten sind, nicht durch die nationalen (Verfassungs-)Gerichte. Keinesfalls sind Sekundärrechtsakte, welche die grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen – die nationale Identität – eines Mitgliedstaates missachten, automatisch als ultra-vires-Akte zu qualifizieren.

Identitätsschützende nationale Integrationsvorbehalte können (in Ausnahmefällen) zur Qualifikation von EuGH-Entscheidungen als ultra-vires-Akte führen, wenn der EuGH in dieser Entscheidung seine – sich grundsätzlich auch auf Art 4 Abs 2 EUV beziehende – Rechtsfortbildungsbefugnis überschritten und den fraglichen Integrationsvorbehalt verletzt hat. Die schwierige Beurteilung, ob eine solche Konstellation vorliegt, obliegt wiederum den mitgliedstaatlichen Gerichten. Die Frage der Vereinbarkeit eines EU-Rechtsaktes mit den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen – der nationalen Identität – eines Mitgliedstaates stellt sich den mitgliedstaatlichen Gerichten daher nur in Ausnahmefällen und auch dann nur hinsichtlich Entscheidungen des EuGH.