

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 227

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Prof. Dr. Peter M. Huber

Professor an der Universität München
Bundesverfassungsrichter a.D.

Der Gerichtshof der Europäischen Union und das Bundesverfassungsgericht als Hüter der unionalen Kompetenzordnung

Referat im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“
Bonn, den 14. Oktober 2022

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

INHALTSVERZEICHNIS

I. Das Problem.....	1
1. Befund.....	1
2. Die deutsche Sicht - historische Pfandabhängigkeit	4
3. Sinn und Funktion einer vertikalen Kompetenzverteilung.....	7
II. Die Kompetenzordnung der Europäischen Union als Ausgangspunkt	9
1. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	9
a) Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV.....	11
b) Verhältnismäßigkeit	13
2. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in der Praxis.....	14
a) Missachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung	14
b) Verhältnismäßigkeit	17
c) Subsidiarität	18
d) Konstitutionalisierung.....	18
e) Zwischenfazit	21
III. Völker- und Verfassungsrechtliche Grundlegung der Europäischen Union	21
1. Die Sicht des EuGH	21
2. Die Sicht der Mitgliedstaaten.....	22
IV. Kooperations- und Kontrollfunktion der nationalen Verfassungs- und Höchstgerichte	
26	
1. Formelle Übertragungskontrolle	27
2. Identitätskontrolle	28
3. Ultra-vires-Kontrolle.....	32
a) Demokratierechtlicher Hintergrund	32
b) Verfassungsrechtliche Rekonstruktion des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.	33

II

c)	Konsequenzen für Akte von EU-Organen	34
d)	Sonderfall: Gerichtshof	36
e)	Tatbestandsvoraussetzungen der Ultra-vires-Kontrolle.....	38
V.	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ultra-vires-Kontrolle	39
VI.	Zusammenfassung und Ausblick	45

I. Das Problem¹

1. Befund

Die Europäische Union ist seit Jahrzehnten selbstverständlicher Bestandteil unseres Regierungssystems. Sie bestimmt unseren Alltag nicht weniger als Bund und Länder. Politiker überbieten sich mit immer neuen Vorschlägen, sie weiter zu entwickeln und zu vertiefen, und ihre Spitzenpolitiker in den Organen treten auf, als könnten sie vor Kraft nicht laufen. Sieht man genauer hin, so gibt es seit den 1990er Jahren freilich eine Reihe von Anzeichen dafür, dass die Akzeptanz der Europäischen Union gesunken ist und sich die zentrifugalen Kräfte mehren: Gescheiterte Referenden in Dänemark, Irland, Frankreich und den Niederlanden belegen dies ebenso wie der Brexit oder interne Absetzbewegungen zu einer „illiberalen“ bzw. populistischen Demokratie in Polen und Ungarn. In Frankreich und Italien waren integrationskritische Kräfte von links und rechts bei den letzten Wahlen ebenfalls in der Mehrheit.

Während die europäische Integration bis zur weitgehenden Vollendung des Binnenmarktes Anfang der 1990er Jahre nie ernsthaft umstritten war, weil die Zusammenarbeit der zunächst sechs, später neun und dann 15 Mitgliedstaaten² nicht nur grundlegende Kompromisse zwischen über Jahrhunderte verfeindeten und mentalitätsmäßig sehr unterschiedlichen Staaten bzw. Gesellschaften wie Deutschland und Frankreich ermöglichte, Vertrauen wachsen ließ und den Marktbürgerinnen und Marktbürgern ein nie da gewesenes Maß an Wohlstand bescherte, hat sich dies mit der Gründung

¹ Vgl. schon *Peter M. Huber*, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), 210 ff.

² Vgl. *Peter M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. 2002, § 3 Rn. 23, 29 und 45.

der Europäischen Union durch den Vertrag von Maastricht (1992/93) und seine Fortschreibungen durch die Verträge von Amsterdam (1997/99), Nizza (2000/03) und Lissabon (2007/09) grundlegend geändert. Mit ihnen wurde die Europäische Union in kürzester Zeit – ohne größere politische Debatte und ohne substantielle Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger³ – zu einem Staatenverbund, der heute in praktisch alle Lebensbereiche hineinwirkt und auch für viele unattraktive Seiten der Politik verantwortlich zeichnet: die Nichtbewältigung der illegalen Migration, die Umverteilung zwischen den Mitgliedstaaten, die Inflation, die Entdemokratisierung der nationalen Verwaltung, die Diskrepanz zwischen vollmundig formulierten Ansprüchen und eine dem widersprechende Wirklichkeit auf zahlreichen Politikfeldern - von der Finanzpolitik über die Energiepolitik und die Digitalisierung bis zur Impfstoffbeschaffung und der militärischen Unterstützung der Ukraine. Nicht zuletzt aber steht die Europäische Union auch für eine Entwicklung, die das ohnehin schon grenzwertig hohe Maß an Regulierung und Bürokratisierung weiter in die Höhe treibt. Das erstickt die Freiheit und kann, soll die Akzeptanz der Europäischen Union nicht weiter unterminiert werden, so auf Dauer nicht bleiben.

Umso wichtiger wäre es vor diesem Hintergrund, dass sich die Europäische Union möglichst effektiv um die ihr in den Verträgen tatsächlich zugewiesenen Aufgaben kümmert, aber auch nur um diese, und dass sie der Versuchung kurzfristiger Symbolpolitik und vermeintlicher Publicityerfolge widersteht, die letztlich nur weitere Enttäuschungen produzieren müssen.

³ *Dieter Grimm*, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (326): „Unter dem Deckmantel der wirtschaftlichen Integration vollzogen sich Veränderungen, die die Herstellung und Sicherung des gemeinsamen Marktes überschritten, aber öffentlich nicht wahrgenommen geschweige denn zum Gegenstand einer politischen Debatte gemacht wurden. Es war der Maastricht-Vertrag von 1992, der den Deckmantel von der Entwicklung wegzog und die Bürger der Mitgliedstaaten mit einem Integrationsgrad konfrontierte, zu dem sie nicht um ihre Meinung gefragt worden waren.“

Vielfach werden die EU-Organe jedoch ohne Rücksicht auf das Integrationsprogramm aufgrund eigener oder mitgliedstaatlicher Initiativen tätig, so dass es den Anschein hat, als reichten ihre Kompetenzen so weit, wie Parlament, Kommission und (Europäischer) Rat dies mit Blick auf die tagesspolitischen Bedürfnisse wünschenswert finden.⁴ Verletzungen oder Überdehnungen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV finden sich in nahezu allen Politikbereichen; das hat *Ernst Steindorff* schon vor 30 Jahren kritisiert;⁵ viel geändert hat sich insoweit offenbar nicht.

Das kontinuierlich um eine Ausdehnung seiner Zuständigkeiten bemühte Europäische Parlament⁶ und die im Rat geschnürten „Paketlösungen“ („*package-deals*“)⁷ begünstigen den „*competence creep*“ dabei ebenso wie die vor allem in Berlin anzutreffende Neigung, Vorhaben, die man auf nationaler Ebene nicht durchsetzen kann, gleichsam über die unionale Bande zu spielen.⁸

Die geringe Leistungsfähigkeit der unionalen Kompetenzordnung – das habe ich schon in meinem Münchner Habilitationsvortrag vor 32 Jahren ausgeführt – wird weiter dadurch geschwächt, dass der Gerichtshof der

⁴ Vgl. dazu schon die Bemerkung von *John Usher*, *The gradual widening of EC policy, in particular on the basis of articles 100 and 235 EEC Treaty*, in: Jürgen Schwarze/Henry Schermers, *Structure und Dimensions of European Community Policy*, 1988, S. 25 (36).

⁵ *Ernst Steindorff*, *Grenzen der EG-Kompetenzen*, Heidelberg, 1990, S. 25 ff. mit zahlreichen detaillierten Beispielen; *Peter M. Huber*, *Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung*, AöR 116 (1991), S. 210 (211).

⁶ Vgl. etwa zur Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12.4.1989, EuGRZ 1989, S. 204 ff., sowie *Karel De Gucht*, Bericht im Namen des Institutionellen Ausschusses über die Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten, EuGRZ 1989, S. 207 (211).

⁷ *Rudolf Streinz*, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1989, S. 338 m.w.N.

⁸ Krit. schon *Joseph H. Kaiser*, *Grenzen der EG-Zuständigkeit*, EuR 15 (1980), S. 97 (106 ff. mit zahlreichen Beispielen).

Europäischen Union in Kompetenzfragen tendenziell zugunsten der EU-Organen entscheidet und für sich ein politisches Mandat als „Motor der Integration“ in Anspruch nimmt.⁹ Auch daran hat sich wenig geändert, selbst wenn die Übergriffigkeit des Gerichtshofes¹⁰ heute unter der Flagge der „Werte“ der EU und der Konstitutionalisierung des Unionsrechts segelt.¹¹ Im Kompetenzkonflikt zwischen EU und Mitgliedstaaten scheint er eher Partei denn unabhängiger Schiedsrichter, obwohl ihm durch die Verträge zweifellos keine Rechtsprechungsgewalt zur unbegrenzten Kompetenzerweiterung übertragen ist.¹²

2. Die deutsche Sensibilität für die vertikale Kompetenzverteilung – Eine historische Pfadabhängigkeit

Noch vor dem Rechtsstaat ist der Föderalismus der wichtigste Beitrag Deutschlands zum freiheitlichen Verfassungsstaat westlicher Prägung. Seine Wurzeln reichen bis in das Hochmittelalter zurück, wo das *Statutum in favorem principum* (1231) und die *Goldene Bulle* (1356), später der

⁹ Ulrich Everling, *Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts*, EuR 22 (1987), S. 214 (235). Kritisch dazu Albert Bleckmann, *Politische Aspekte der europäischen Integration unter dem Vorzeichen des Binnenmarktes* 1992, ZRP 1990, S. 265 ff.; Eckardt Klein, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, VVDStRL 50 (1991), S. 12; Ulrich Everling, *Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft*, in: *Festschrift für Karl Doehring*, 1989, S. 179 (195 ff.).

¹⁰ EuGH, Urt. v. 8.5.2019 – C-450/17 P, ECLI:EU:C:2019:372, Rn. 44 ff. – Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank; krit. BVerfGE 151, 202 Rn. 212 – Europäische Bankenunion; EuGH, Urt. v. 11.12.2018 – C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss; krit. BVerfGE 154, 17 Rn. 116 ff. – PSPP; EuGH, Gutachten 2/15 v. 16.5.2017, ECLI:EU:C:2017:376 – Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur; krit. BVerfGE 160, 208 Rn. 129, 195) – CETA – Vorläufige Anwendung; EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Achmea.

¹¹ EuGH, Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 31 f. – Associação Sindical dos Juizes Portugueses; Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 48 f. – Minister for Justice and Equality (deficiencies in the Polish judicial system).

¹² BVerfGE 75, 223 (242 f.) – Kloppenburg.

Augsburger Religionsfriede (1555) und der *Westfälische Friede* (1648) die politische Fragmentierung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation nach und nach ins Werk gesetzt und damit den Boden für die föderalistische Gliederung Deutschlands bereitet haben. Es ist wohl auch kein Zufall, dass kein Geringerer als *Charles de Secondat, Baron de Montesquieu* nach einer ausgiebigen Reise durch Süddeutschland in der Mitte des 18. Jahrhunderts dieses Gebilde als *République fédérative d'Allemagne* beschrieben¹³ und den Weg dafür bereitet hat, dass auch die Federalists bei uns bzw. unseren Vorfahren wichtiges Anschauungsmaterial für die 1787 verabschiedete US-Verfassung gefunden haben.¹⁴

Dieses föderale Erbe hat sich über die Befreiungskriege, den Wiener Kongress und die Revolution von 1848/49 hinweg als so wirkmächtig erwiesen, dass seither alle deutschen Verfassungen – die Paulskirchenverfassung 1849, die Reichsverfassung 1871, die Weimarer Verfassung 1919 und das Grundgesetz 1949 – Deutschland, anders als das zeitgleich entstandene und in vielerlei Hinsicht vergleichbare Italien, selbstverständlich als Bundesstaat verfasst haben. Unterschiedlich war nur die Gewichtsverteilung zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten.

Diese historische Pfadabhängigkeit erhielt durch die Erfahrungen mit der Gleichschaltung der Länder unter dem NS-Regime zusätzliche Plausibilität, war mit der vertikalen Gewaltenteilung zwischen Reich und Ländern doch eine wichtige – zusätzliche – Vorkehrung gegen die Kumulation staatlicher Macht und ihren Missbrauch beseitigt worden. Dass die Alliierten von den

¹³ *Charles de Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, Bd. I, 1748, S. 174; *Charles de Montesquieu*, *Meine Reisen in Deutschland 1728–1729*. Ausgewählt, herausgegeben, kommentiert und eingeleitet von Jürgen Overhoff. Aus dem Französischen übersetzt von Hans W. Schumacher. Mit einem Nachwort versehen von Vanessa de Senarclens, 2014.

¹⁴ Vgl. *Alexander Hamilton*, *The Federalist No. 9, The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*, für das *Independent Journal* v. 21.11.1787.

Ministerpräsidenten der Länder in den Frankfurter Dokumenten daher die Ausarbeitung einer Verfassung des „föderalistischen Typs“ verlangten,¹⁵ war insoweit nur konsequent und erhielt durch die Einführung des „demokratischen Sozialismus“ in der DDR ab 1952 weiteres Gewicht.¹⁶

Vor dem Hintergrund dieser Geschichte normiert Art. 20 Abs. 1 GG den Verfassungsgrundsatz der Bundesstaatlichkeit, der durch die sog. Ewigkeitsgarantie gleich dreimal zum Teil der Verfassungsidentität des Grundgesetzes erklärt wird: Nach Art. 79 Abs. 3 GG ist eine Änderung des Grundgesetzes, durch die die Gliederung des Bundes in Länder, ihre grundsätzliche Mitwirkung bei der Gesetzgebung oder das in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegte Bundesstaatsprinzip berührt werden, unzulässig. Über Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG gilt dies auch mit Blick auf die europäische Integration.

Der Grundsatz der Bundesstaatlichkeit ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kontinuierlich entfaltet worden. Wichtige Regelungen des Bundes sind dabei immer wieder kassiert worden – die Deutschland Fernsehen GmbH,¹⁷ das Staatshaftungsgesetz,¹⁸ Teile des Altenpflegegesetzes¹⁹ oder – in jüngerer Zeit – große Teile des sog. Kommunalen Bildungspakets wegen Verstoßes gegen das Durchgriffsverbot in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG,²⁰ um nur einige markante Beispiele zu nennen.

¹⁵ Frankfurter Dokument Nr. 1, Bayerisches Hauptstaatsarchiv, Nachlass Hans Ehard, 1152 Bl. 3-5.

¹⁶ Vgl. etwa *Peter M. Huber*, Vom Aufbau der Staats- und Verwaltungsorganisation in Thüringen, ThürVBl. 1997, S. 49 (50).

¹⁷ BVerfGE 12, 205 ff. – 1. Rundfunkurteil.

¹⁸ BVerfGE 61, 149 ff. – StHG.

¹⁹ BVerfGE 106, 62 ff. – Altenpflegegesetz.

²⁰ BVerfGE 155, 310 ff. – Kommunales Bildungspaket.

3. Sinn und Funktion einer föderalen Kompetenzverteilung

Die föderale bzw. vertikale Kompetenzverteilung zwischen der zentralen Ebene und ihren Gliedern ist in keinem mehrstufigen Regierungssystem Selbstzweck – unabhängig davon, wie das Verhältnis zwischen den Ebenen im Einzelnen ausgestaltet ist. In einer repräsentativ-parlamentarischen Ordnung, als welche die Europäischen Union ebenso gelten kann (vgl. Art. 10 EUV),²¹ wie die Bundesrepublik Deutschland (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG), sind Demokratie und Volkssouveränität nicht nur formale Zurechnungsfiktionen, sondern die Verfassungswirklichkeit prägende Rechtsprinzipien. In ihnen erschöpfen sich Wahlen nicht in der Kreation eines Parlaments, sondern besitzen eine real- wie personalplebiszitäre Dimension, die sie als „Surrogat der unmittelbaren Demokratie im Flächenstaat“²² erscheinen lässt. Der Wahlakt ist insoweit Ausdruck der politischen Selbstbestimmung von Bürgerinnen und Bürgern,²³ mit dem sie – idealtypisch – eine Entscheidung für ein bestimmtes Programm in personeller wie inhaltlicher Hinsicht treffen, und damit auch für die politische (Grob-)Richtung, für die die von ihnen gewählten Parteien aus ihrer Sicht zu stehen scheinen.²⁴

²¹ Peter M. Huber, in: Rudolf Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 10 Rn. 22.

²² Peter Badura, in: Bonner Kommentar (Zweitbearb.), Art. 38 Rn. 26; ders., Parlamentarismus und parteienstaatliche Demokratie, in: FS für Karl Michaelis, 1972, S. 9, 22.

²³ Mit Blick auf die EU: vgl. BVerfGE 89, 155 (172) – Maastricht; 97, 350 (368) – Euro; 123, 267 (330) – Lissabon; 129, 124 (168) – EFSF und Griechenlandhilfe; 134, 366 Rn. 51 – OMT-Vorlage; 135, 317 Rn. 125 – ESM; 142, 123 Rn. 123 – OMT; 146, 216 Rn. 45 – PSPP-Vorlage; 154, 17 Rn. 99 – PSPP; mit Blick auf die Kommunen vgl. BVerfGE 47, 253 (275 ff.) – Gemeindeparlamente; 91, 228 (244) – Gleichstellungsbeauftragte; 138, 1 Rn. 52 – Sächsische Schulnetzplanung; 147, 185 Rn. 76 f. – KiföG LSA.

²⁴ Dem steht nicht entgegen, dass nach den Erkenntnissen der Politikwissenschaft die Wahlentscheidung i. d. R. negativ ausgerichtet ist, als Entscheidung gegen die jeweils amtierende Regierung und weniger prospektiv zur Durchsetzung bestimmter Ziele; vgl. den dahingehenden Befund bei *Morris P. Fiorina*, Retrospective Voting in American National Elections, 1981; *Edeltraut Roller*, Positions- und performanzbasierte Sachfragenorientierung und Wahlentscheidung: Eine theoretische und empirische Analyse aus Anlaß der Bundestagswahl 1994, in: Max Kaase/ Hans-Dieter Klingemann, Wahlen und Wähler, 1998, S. 173 ff; *Sabrina J. Mayer*, How negative partisanship affects voting behaviour in Europe. Evidence from an analysis of 17 European multi-party systems with proportional voting, *Research and Politics* 4 (2017), S. 1 ff.

Voraussetzung für die Vermittlung demokratischer Legitimation in einer repräsentativen Demokratie ist, dass das Parlament über klar identifizierbare Kompetenzen verfügt, um die im Wahlakt getroffene Richtungsentscheidung der Bürgerinnen und Bürger entsprechend den Mehrheitsverhältnissen in die Tat umsetzen zu können.²⁵ Das Demokratieprinzip widerstreitet deshalb Entwicklungen und Zuständen, in denen Wahlen und Abstimmungen zum inhaltslosen Ritual degenerieren, weil mit ihnen keine politisch-inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten verbunden sind. Wahlen zu Repräsentativkörperschaften, die über keine ausreichenden oder keine identifizierbaren Kompetenzen verfügen, dienen konsequenterweise nicht der demokratischen Teilhabe.²⁶ Über Inhalt und Leistungsfähigkeit der Demokratie entscheidet m. a. W. das Kompetenzarsenal der zu wählenden Repräsentativkörperschaft.

Das grundgesetzliche Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und mit ihm der materielle Gehalt des Wahlrechts bzw. des Rechts auf politische Selbstbestimmung der Deutschen (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG), erodieren daher, wenn mit der Wahl des Bundestages die Grundlinien der Politik in und für Deutschland nicht mehr entscheidend bestimmt werden können. Über die Demokratie in Deutschland entscheidet daher nicht zuletzt das Kompetenzarsenal des Deutschen Bundestages.

Dass man in Deutschland als einem von nur drei Bundesstaaten in der Europäischen Union besonders sensibel für die vertikale Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten ist, liegt

²⁵ BVerfGE 89, 155 (171 f., 182) – Maastricht; *Paul Kirchhof*, Das Parlament als Mitte der Demokratie, S. 237 (242 f.); *Winfried Kluth*, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, S. 61.

²⁶ *Peter M. Huber*, Deutschland in der Föderalismusfalle?, 2003, S. 16; *Winfried Kluth*, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, S. 61 Fn. 100.

vor dem Hintergrund unserer Geschichte wie auch angesichts der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Grundgesetzes auf der Hand.

II. Die Kompetenzordnung der Europäischen Union

1. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Die Europäische Union ist eine Rechtsgemeinschaft der in ihr zusammengeschlossenen Mitgliedstaaten (Art. 2 Satz 1 EUV).²⁷ Dabei beruhen die vom Gerichtshof der Europäischen Union anzuwendenden und von ihm entwickelten Methoden richterlicher Rechtskonkretisierung auf den gemeinsamen (Verfassungs-)Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten (vgl. auch Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 340 Abs. 2 AEUV), wie sie sich nicht zuletzt in der Rechtsprechung ihrer Verfassungs- und Höchstgerichte sowie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach und nach herausgebildet haben.²⁸

Insofern haben jedenfalls der Wortlaut einer Norm, die freilich in mehreren Sprachfassungen verbindlich ist (Art. 55 EUV, Art. 358 AEUV; Art. 1 VO Nr. 1/58 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft),²⁹ der von ihr verfolgte Regelungszweck (*effet utile*)³⁰ und

²⁷ EuGH, Urt. v. 23.4.1986 – C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 – Les Verts/Parlament.

²⁸ Vgl. *Koen Lenaerts / Gutiérrez-Fons*, EUI Working Papers AEL 2013/9, S. 35 ff.; *Thomas von Danwitz*, *Fordham International Law Review* 37 (2014), S. 1311 (1317 ff.).

²⁹ VO Nr. 1/1958 (ABI P 17 v. 6.10.1958, S. 385); siehe *Elisabeth Schübel-Pfister*, *Sprache und Gemeinschaftsrecht*, 2004, S. 122 ff.; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 2, 3. Aufl. 2012, Rn. 9 ff.; *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, 2013, S. 337 ff.

³⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.3.2007 – C-44/06, EU:C:2007:153, Rn. 28 – Gerlach; Urt. v. 21.10.2015 – C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710, Rn. 45 – Gogova.

der systematische Kontext, in dem sie steht, besonderes Gewicht.³¹ Ausnahmevorschriften sind eng auszulegen.³² In materiell-rechtlicher Hinsicht hat der Gerichtshof etwa den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung,³³ den Bestimmtheitsgrundsatz³⁴ und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit³⁵ als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts anerkannt. Etabliert sind ferner Beurteilungs- bzw. Ermessensspielräume der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, denen freilich materielle und verfahrensrechtliche Grenzen gesetzt sind.³⁶

Die Handhabung dieser Methoden und Grundsätze kann und muss - wie das Bundesverfassungsgericht in seinem OMT-Urteil vom 21. Juni 2016 ausgesprochen hat – derjenigen durch innerstaatliche Gerichte nicht vollständig entsprechen; sie kann sich über diese aber auch nicht ohne weiteres hinwegsetzen.³⁷ Die Eigentümlichkeiten des Unionsrechts bedingen allerdings nicht unbeträchtliche Abweichungen hinsichtlich der Bedeutung

³¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – C-26/62, Slg. 1963, S. 3 (24) – van Gend en Loos; Urt. v. 21.2.1973 – C-6/72, Slg. 1973, S. 215 (244) – Europemballage Corporation und Continental Can Company/Kommission.

³² Vgl. EuGH, Urt. v. 28.10.1975 – C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137, Rn. 26, 28 – Rutili; Urt. v. 17.6.1981 – C-113/80, ECLI:EU:C:1981:139, Rn. 7 – Kommission/Irland; Urt. v. 17.3.2016 – C-40/15, ECLI:EU:C:2016:172, Rn. 20 – Aspiro.

³³ EuGH, Urt. v. 22.3.1961 – verb. Rs. C-42/59 u. C-49/59, Slg. 1961, S. 111 (172) – SNUPAT/Hohe Behörde; Urt. v. 21. 9.1989 – verb. Rs. C-46/87 u. C-227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 19 – Hoechst/Kommission; Urt. v. 17.10.1989 – C-97-99/87, ECLI:EU:C:1989:380, Rn. 16 – Dow Chemical Ibérica/Kommission; vgl. auch Art. 263 Abs. 1 Satz 1 AEUV.

³⁴ EuGH, Urt. v. 9.7.1981 – C-169/80, ECLI:EU:C:1981:171, Rn. 17 – Gondrand und Garancini.

³⁵ EuGH, Urt. v. 17.5.1984 – C-15/83, ECLI:EU:C:1984:183, Rn. 25 – Denavit/Niederlande; Urt. v. 18.6.2015 – C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403, Rn. 28 – Estland/Parlament und Rat; vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV.

³⁶ EuGH, Urt. v. 18.6.2015 – C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403, Rn. 29 – Estland/Parlament und Rat.

³⁷ BVerfGE 142, 123 Rn. 160 – OMT, unter Hinweis auf *Pierre Pescatore*, Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, RIDC 32 (1980), S. 337 (352 ff.); *Koen Lenaerts*, Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law,

und Gewichtung der unterschiedlichen Interpretationsmittel.³⁸ Eine offenkundige Außerachtlassung der im europäischen Rechtsraum etablierten Auslegungsmethoden oder allgemeiner, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamer Rechtsgrundsätze (Art. 6 Abs. 3 EUV), ist vom Mandat des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV allerdings nicht umfasst.

a) Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV

Als Rechtsgemeinschaft ist die Europäische Union insbesondere durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 EUV)³⁹ und die europäischen Grundrechtsgewährleistungen (Art. 6 EUV) gebunden. Zudem achtet sie die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten, auf denen sie beruht (vgl. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV).⁴⁰ Das Unionsrecht bleibt – auch soweit es als autonome (Teilrechts-)Ordnung bezeichnet wird – von einer vertraglichen Ermächtigung der Europäischen Union durch die Mitgliedstaaten abhängig. Auch wenn mit den Verträgen eine eigenständige (Teil-)Rechtsordnung begründet worden ist, ist diese doch – anders als es der Gerichtshof der Europäischen Union mantrahaft wiederholt – nicht autonom. Rechtlich (und politisch) gesehen bleibt die Europäische Union ein Geschöpf ihrer Mitgliedstaaten, die, wie es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zutreffend heißt, „Herren

ICLQ 52 (2003), S. 873 (878 ff.); *ders./Jose Gutiérrez-Fons*, EUI Working Papers AEL 2013/9, S. 35 ff.

³⁸ *Bernhard Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 Rn. 28.

³⁹ Vgl. BVerfGE 75, 223 (242) – Kloppenburg; 89, 155 (187 f., 192, 199) – Maastricht; 123, 267 (349) – Lissabon; vgl. auch BVerfGE 58, 1 (37) – Eurocontrol; 68, 1 (102) – Atomwaffenstationierung; 77, 170 (231) – Lagerung chemischer Waffen; 104, 151 (195) – NATO-Konzept; 118, 244 (260) – Afghanistan-Einsatz; 126, 286 (302) – Honeywell; 134, 366 Rn. 26 – OMT-Vorlage; 142, 123 Rn. 144, 185 f. – OMT.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell.

der Verträge“⁴¹ sind und bleiben. Sie entscheiden auf der Basis ihrer unionsrechtlichen Verpflichtungen durch einen nationalen Rechtsanwendungsbefehl darüber, inwieweit das Unionsrecht in ihrer (Teil-)Rechtsordnung Geltung und Vorrang vor dem nationalen Recht beanspruchen kann und können diesen – wie das Beispiel des Brexit zeigt – auch widerrufen (Art. 50 EUV).

Für die Erweiterung ihrer Befugnisse bleiben die Organe, Einrichtungen und Stellen der Europäischen Union daher auf Vertragsänderungen angewiesen, die von den Mitgliedstaaten nach Maßgabe ihrer verfassungsrechtlichen Bestimmungen angenommen und verantwortet werden müssen (vgl. insbesondere Art. 48 Abs. 4 UAbs. 2, Abs. 6 UAbs. 2 Satz 3, Abs. 7 UAbs. 3 EUV).⁴²

Auslegung und Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV einschließlich der Bestimmung der dabei anzuwendenden Methode sind daher zuvörderst Aufgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union. In den Grenzen des methodisch Vertretbaren ist er dazu berufen, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV zu konkretisieren und dabei sicherzustellen, dass dabei die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität beachtet werden (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 und 4 EUV).

⁴¹ BVerfGE 75, 223 (242) – Kloppenburg; 89, 155 (190) – Maastricht; 123, 267 (348f., 381ff.) – Lissabon; 126, 286 (302f.) – Honeywell; 134, 366 Rn. 26 – OMT-Vorlage; *Peter M. Huber*, Strukturen in der nationalen und europäischen Verfassung, AöR 148 (2023), S. 25 (38); für Österreich *Theodor Öhlinger*, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, S. 165 (185).

⁴² BVerfGE 142, 123 Rn. 144 – OMT.

b) Verhältnismäßigkeit

Geradezu ein siamesischer Zwilling des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ist nicht nur ein allgemeiner, in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV kodifizierter Rechtsgrundsatz des Unionsrechts, der seine Wurzeln im Common Law⁴³ ebenso wie im deutschen (Polizei-)Recht (§ 10 II 17 PrALR 1794) hat⁴⁴ und von hier aus in die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte,⁴⁵ des Gerichtshofs der Europäischen Union und sodann in alle europäischen (Teil-)Rechtsordnungen gefunden hat.⁴⁶ Er ist auch für die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten von nicht zu überschätzender Bedeutung, weil allein die durch ihn vorgegebene Abwägung in der Lage ist, die uferlose Weite der mit der Tech-

⁴³ Vgl. *William Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 4. Aufl. 1899, S. 115; *Matthias Klatt/Moritz Meister*, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, *Der Staat* 2012, S. 159 (160 f.); *Johannes Saurer*, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Der Staat* 2012, S. 3 (4); *Anne Peters*, Drei Versionen der Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht, in: Festschrift für Daniel Thürer, 2015, S. 589 f.; *Takis Tridimas*, The Principle of Proportionality, in: Robert Schütze/ders., *Oxford Principles of European Union Law*, 2018, S. 243.

⁴⁴ Vgl. auch *Peter M. Huber*, The Principle of Proportionality, in: Werner Schroeder, *Strengthening the Rule of Law in Europe*, 2016, S. 98 (99); grundlegend insoweit BVerfGE 3, 383 (399) – Gesamtdeutscher Block; *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht – zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961 (Nachdruck 1999), S. 19 ff.

⁴⁵ Vgl. *Thomas v. Danwitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, S. 394 (400).

⁴⁶ Vgl. *Kaarlo Tuori*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland, in: Armin v. Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber, *Ius Publicum Europaeum* VI, 2016, § 98 Rn. 84; vgl. auch *Nicholas Emiliou*, The principle of proportionality in European Law, 1996, S. 169; *Paul Craig*, Proportionality, Rationality and Review, *New Zealand Law Review* 2010, S. 265 (267); zur Rezeption in Übersee *Stylianos-Ioannis Koutnatzis*, Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee, VRÜ 2011, S. 32 (41 ff.); *Alec Stone Sweet/Jud Mathews*, *Proportionality Balancing & Constitutional Governance*, 2019, S. 35.

nik der finalen Aufgabenzuweisungen auf das für die Zielerreichung Erforderliche und die Kompetenzen der Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 1 EUV schonendste Maß zu begrenzen.⁴⁷

2. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in der Praxis

Der Gerichtshof hat das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in den vergangenen 70 Jahren allerdings ebenso stiefmütterlich behandelt bzw. ignoriert wie die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität und so gut wie jeden Kompetenzkonflikt zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten zugunsten der europäischen Ebene entschieden.⁴⁸

a) Missachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV, Art. 2 ff. AEUV), die zentrale Vorschrift der unionalen Kompetenzordnung, hat in der Realität der Europäischen Union damit bis heute keine nennenswerte Rolle gespielt. Wenn die europäischen Institutionen (und die Mitgliedstaaten) etwas regeln wollten, haben sie die passende Begründung bislang noch immer gefunden. In der Praxis ist der Grundsatz der

⁴⁷ Verica Trstenjak/Erwin Beysen, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 47 (2012), S. 265 (276); Peter M. Huber, The Principle of Proportionality, in: Werner Schroeder, Strengthening the Rule of Law in Europe, 2016, S. 98 (108 f.).

⁴⁸ Vgl. aus der unüberschaubaren Fülle der Beispiele nur EuGH, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 42 – Kommission/Deutschland; Urt. v. 22.1.2014 – C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 42 – Vereinigtes Königreich/Rat und Parlament; Urt. v. 4.5.2016 – C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, Rn. 58 – The Queen/Secretary of State; Gutachten 2/15 v. 16.5.2017, ECLI:EU:C:2017:376 – Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur; Urt. v. 8.5.2019 – C-450/17 P, ECLI:EU:C:2019:372, Rn. 36 ff. – Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank.

begrenzten Einzelermächtigung bislang bloßes „*law in the books*“, kein „*law in action*“.⁴⁹

Dafür trägt neben den anderen Organen vor allem der Gerichtshof der Europäischen Union Verantwortung, der sich der Rolle eines fairen Schiedsrichters zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten bislang verweigert hat. Zwar hat er eine Reihe von Rechtsakten des Sekundär- und Tertiärrechts für nichtig erklärt;⁵⁰ die Verbandskompetenz der Europäi-

⁴⁹ Siehe etwa das sog. Patentpaket, das auch ausschließlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallende Gegenstände betrifft; VO (EU) Nr. 1257/2012, ABl. EU 2012 Nr. L 361/1 ff.; VO (EU) Nr. 1260/2012, ABl. EU 2012 Nr. L 361/89 ff. und Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht ABl. EU 2013 Nr. C 175/1 ff. Auch beim sog. Six-Pack gibt es einzelne Zweifel an der Kompetenzkonformität, dazu VO (EU) Nr. 1173/2011; VO (EU) Nr. 1174/2011; VO (EU) Nr. 1175/2011; VO (EU) Nr. 1176/2011; VO (EU) Nr. 1177/2011 und RL 2011/85/EU, alle ABl. EU 2012 Nr. L 361/1 ff.

⁵⁰ Verhältnismäßigkeit und Grundrechte vgl. EuGH, Urt. v. 30.5.2006 – verb. Rs. C-317/04 u. C-318/04, ECLI:EU:C:2006:346, Rn. 67 – Parlament/Rat und Kommission; Urt. v. 10.2.2009 – C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68, Rn. 56 – Irland/Parlament und Rat; Urt. v. 9.11.2010 – verb. Rs. C-92/09 u. C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 – Schecke GbR und Eifert. In diese Kategorie gehört auch das Gutachten über die geplante Übereinkunft zum EMRK-Beitritt der Union, die gegen einzelne Bestimmungen des Unionsrechts verstoßen soll; siehe EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 – EMRK-Beitritt; Rechtsgrundlage: vgl. EuGH, Urt. v. 25.2.1999 – verb. Rs. C-164/97 u. C-165/97, ECLI:EU:C:1999:99, Rn. 20 – Parlament/Rat; Urt. v. 7.7.1992 – C-295/90, ECLI:EU:C:1992:294, Rn. 20 – Parlament/Rat; Urt. v. 26.3.1987 – C-45/86, ECLI:EU:C:1987:163, Rn. 21 – Kommission/Rat; Begründungserfordernis: Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 12.11.1996 – C-84/94, ECLI:EU:C:1996:431, Rn. 37 – Vereinigtes Königreich/Rat. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Rechtsakt nur dann ordnungsgemäß begründet, wenn er die Rechtsgrundlage, auf die er gestützt ist, angibt. Gibt er eine Rechtsgrundlage an, überprüft der EuGH den Rechtsakt ausschließlich am Maßstab dieser Rechtsgrundlage, nicht aber anderer Rechtsgrundlagen, die ebenfalls in Betracht kommen, sofern die Absicht, eine andere Rechtsgrundlage zu wählen, nicht anderweitig erkennbar ist; siehe EuGH, Urt. v. 10.9.2015 – C-363/14, ECLI:EU:C:2015:579, Rn. 23 ff. – Parlament/Rat.

schen Union und ihrer Vorläuferinnen hat er in den 70 Jahren seines Wirkens jedoch nur ganze vier Mal verneint.⁵¹ Statt als Hüter der Kompetenzordnung zu wirken,⁵² versteht er sich - wie in den 1950er und 1960er Jahren, den Anfangszeiten des europäischen Projekts - als „Motor der Integration“.⁵³ Als solcher unterstützt und fördert er die Tendenz der Organe zur politischen Selbstverstärkung⁵⁴ in der Regel durch eine großzügige Kompetenzauslegung im Sinne der *implied powers*-Doktrin oder des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*).⁵⁵ Den gemeinschaftlichen Besitzstand (*acquis communautaire*) verteidigt er dagegen rigoros. Das stößt in den Mitgliedstaaten zwar auf wachsenden Widerstand;⁵⁶ dass dies in Luxemburg wahrgenommen wird, erscheint jedoch fraglich. Zu einem Umdenken hat es bislang jedenfalls nicht geführt.

⁵¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.1986 - C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 51 ff. - Les Verts/Parlament; Urt. v. 9.7.1987 - verb. Rs. C-281, C-284-285 u. C-287/85, ECLI:EU:C:1987:351, Rn. 9 ff., 36 - Deutschland u. a./Kommission und Parlament; Urt. v. 5.10.2000 - C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, Rn. 76 ff. - Deutschland/Parlament und Rat, mit anderem Ergebnis jedoch Urt. v. 12.12.2006 - C-380/03, ECLI:EU:C:2006:772, Rn. 36 ff. - Deutschland/Parlament und Rat (Tabakwerbung); Urt. v. 30.5.2006 - verb. Rs. C-317/04 u. C-318/04, ECLI:EU:C:2005:190, Rn. 67 - Parlament/Kommission. In einer die Europäischen Schulen betreffenden Vorabentscheidung hat der Gerichtshof seine Zuständigkeit für die Auslegung der betreffenden Rechtsakte bejaht, für die Beantwortung von Einzelfragen, die einer Beschwerdekammer der Europäischen Schulen vorbehalten ist, dagegen verneint; siehe EuGH, Urt. v. 11.3.2015 - C-464/13 u. a., Rn. 28 ff. - Europäische Schulen München.

⁵² *Peter M. Huber*, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), S. 210 ff.

⁵³ *Ulrich Everling*, Zur Funktion des Gerichtshofs bei der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Festschrift für Rudolf Lukes, 1989, S. 361 (374); *Christian Calliess*, 70 Jahre Grundgesetz und europäische Integration: „Take back control“ oder „Mehr Demokratie wagen“?, NVwZ 2019, S. 684 (687).

⁵⁴ Vgl. den Sachverhalt BVerfGE 134, 366 Rn. 1 ff. - OMT-Vorlage.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 123, 267 (351 f.) - Lissabon.

⁵⁶ Dazu schon BVerfGE 89, 155 (210) - Maastricht; 142, 123 Rn. 183 - OMT; kritisch schon *Albert Bleckmann*, Politische Aspekte der europäischen Integration unter dem Vorzeichen des Binnenmarktes, ZRP 1990, S. 265 ff.; *Ulrich Everling*, Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft, in: Festschrift für Karl Doehring, 1989, S. 179 (195 ff.); *Christian Hillgruber*, Unmittelbare Wirkung von Rahmenbeschlüssen im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen, JZ 2005, S. 841 (844); *Peter M. Huber*, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), S. 210 (213); *Eckart Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1990), S. 56 (72).

b) Verhältnismäßigkeit

In der unionalen Kompetenzordnung werden die Regelungsbefugnisse der Europäischen Union trotz der Typisierungs- und Kategorisierungsversuche in den Art. 3 bis 6 AEUV bekanntlich nicht konditional durch bestimmte Materien umrissen, sondern final durch Ziele und Aufgaben.⁵⁷ Das erschwert eine rechtssichere Abgrenzung,⁵⁸ würde aber dadurch aufgefangen, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV die EU, ihre Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen darauf verpflichten, bei der Ausübung ihrer Einzelermächtigungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Ihre Maßnahmen müssen zur Erreichung des mit einer Regelung verfolgten Ziels geeignet sein und dürfen nicht über die Grenzen dessen hinausgehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist.⁵⁹ Dahinter steht die Vorstellung, dass eine großzügige Zuweisung finaler Einzelermächtigungen durch eine substantielle Verhältnismäßigkeitskontrolle bis zu einem gewissen Grad eingefangen und Kollateralschäden für die Kompetenzen der Mitgliedstaaten auf ein erträgliches Maß reduziert werden können. Dass dies oftmals nicht überzeugend gelingt, zeigt der Fall des PSPP-Programms der Europäischen Zentralbank und seine Überprüfung durch den Gerichtshof;⁶⁰ er ist aber beileibe kein Einzelfall, sondern steht paradigmatisch für die Defizite der unionalen Kompetenzordnung.

⁵⁷ Ulrich Everling, *Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts*, EuR 1987, S. 214.

⁵⁸ BVerfGE 142, 123 Rn. 185 – OMT; vgl. auch EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 30 – EMRK-Beitritt; vgl. ferner die Erklärung Nr. 42 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zu Art. 352 AEUV. Im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik (Art. 218 Abs. 1 AEUV) etwa wissen derzeit weder die Kommission noch Bundestag und Bundesregierung, wo die Grenze zwischen unionalen und nationalen Zuständigkeiten im Einzelnen verläuft, BVerfGE 143, 65 Rn. 52 ff. – CETA Vorläufige Anwendung eA; wenig überraschend weiter EuGH, Gutachten 2/15 v. 16.5.2017, ECLI:EU:C:2017:376 – Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur.

⁵⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2015 – C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 67 – Gauweiler; BVerfGE 154, 17 Rn. 128 – PSPP.

⁶⁰ BVerfGE 154, 17 Rn. 123 ff. – PSPP; 158, 89 ff. – PSPP-Vollstreckungsanordnung.

c) Subsidiarität

Als zahnloser Tiger hat sich schließlich auch das 1993 vertraglich verankerte unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip und seine verfahrensrechtliche Absicherung im Frühwarnmechanismus (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV, Art. 3 Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union und Art. 4 ff. Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit) erwiesen. Kein einziger Rechtsakt ist bislang an diesem Verfassungsgrundsatz gescheitert.⁶¹ Auch eine erfolgreiche Subsidiaritätsrüge durch die nationalen Parlamente hat es bislang nicht gegeben. Die verfahrensrechtlichen Anforderungen sind zu hoch, die Fristen zu kurz, die Rechtsfolgen zu trivial.

d) Konstitutionalisierung

Unbeeindruckt von der offenkundigen zentralistischen Schlagseite bei der Umsetzung des Integrationsprogramms treiben Europäische Kommission und Gerichtshof seit Jahren die Konstitutionalisierung der Europäischen Union voran und versuchen, durch die „Erfindung“ von Rechtsinstituten wie der „Autonomie der Unionsrechtsordnung“ und eines schrankenlosen Vorrangs die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ Schritt für Schritt beiseite zu schieben.⁶² Dazu gehört auch die seit einiger Zeit geübte Praxis, Verordnungen im Sinne von Art. 288 Abs. 2 AEUV in Anlehnung an das US-

⁶¹ Exemplarisch EuGH, Urt. v. 8.6.2010 – C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 79 – Vodafone.

⁶² Jüngst *Martin Nettesheim*, Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und Mitgliedstaaten, ZRP 2021, S. 222 ff.

amerikanische Verfassungsrecht „Acts“ zu nennen.⁶³ Sprache soll hier legitimationsstiftend wirken – für die meisten Unionsbürgerinnen und –bürger allerdings eine Fremdsprache. Bei manchem weckt das freilich eher Assoziationen an Britisch-Indien.

Wie *Dieter Grimm* zutreffend festgestellt hat, hat sich der Gerichtshof durch eine methodologische Vorentscheidung das Tor zu einem Verständnis der Verträge geöffnet, das es ihm gestattet, „die Verträge nicht so auszulegen, wie bei internationalem Recht üblich, also orientiert am Willen der vertragsschließenden Parteien und eng, sofern damit Souveränitätseinbußen verbunden sind, sondern wie nationale Verfassungen, also vom historischen Willen des Vertragsgebers weitgehend gelöst und an einem objektivierten Zweck orientiert.“⁶⁴

Mit der Behauptung einer Autonomie der Unionsrechtsordnung hat er zudem einen Weg gefunden, um die Herrschaft der Mitgliedstaaten über die Verträge zu relativieren.⁶⁵ Die damit geschaffene Macht nutzt er, um den nationalen Regelungsraum immer weiter zu verengen und im Wege extensiver Interpretation der Verträge auch in Kompetenzbereiche vorzudringen, welche sich die Mitgliedstaaten vorbehalten haben.⁶⁶

⁶³ Vgl. etwa den *Digital Service Act*, vulgo Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. EU L Nr. 277/1.

⁶⁴ *Dieter Grimm*, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (328 ff.).

⁶⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 4.10.2018 – C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811 – Kommission/Frankreich; Urt. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-202/18 u. C-238/18, ECLI:EU:C:2019:139 – Rimšēvičs/Lettland; Instrukтив *Aude Bouveresse*, How autonomy can lead to subordination, in: ECB Legal Conference 2019, S. 104 ff.; *Wolfgang Schön*, Selektivität schlägt Souveränität. Zur Transformation des Beihilfenverbots in einen europäischen Supergleichheitssatz, *ZHR* 183 (2019), S. 393.

⁶⁶ *Dieter Grimm*, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (328 ff.).

Das zeigt etwa der strategisch geplante Kontrollzugriff auf die Gerichtsorganisation der Mitgliedstaaten. Obwohl diese in die institutionelle und verfahrensmäßige Autonomie der Mitgliedstaaten fällt und die Europäische Union für sie nicht den Hauch einer Zuständigkeit besitzt, ist der Gerichtshof auf dem Weg zur Höchstinstanz des kontinentalen Gerichtsgefüges doch ein ganzes Stück vorangekommen. Den Versuch, über Art. 19 Abs. 1 Satz 2 und Art. 2 EUV die Kontrolle über die gesamte Justiz in Europa an sich zu reißen,⁶⁷ rechtfertigt er als Beitrag zur Rettung des Rechtsstaats in Polen und Ungarn und hat ihn damit geschickt gegen jegliche berechtigte Kritik imprägniert. Hält man sich zudem die *Dworkin'sche* Einsicht vor Augen, dass „*fitting what judges did is more important than fitting what they said*“,⁶⁸ so zeigt sich, dass der wesentliche praktische Ertrag dieser Rechtsprechung weniger in der Rettung des Rechtsstaats in Polen oder Ungarn liegt, denn in ihren Kollateralschäden für die Justizsysteme anderer Mitgliedstaaten.⁶⁹ Einmal mehr hat ein Organ der Europäischen Union damit eine Gelegenheit beim Schopf gepackt, um die unionale Kompetenzordnung zu seinen Gunsten zu verschieben, treu dem Motto „*never waste a good crisis*“.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 31 f. – Associação Sindical dos Juízes Portugueses; Urt. v. 6.3.2018 – C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 36 – Achmea; Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 48 f. – Minister for Justice and Equality (deficiencies in the Polish judicial system).

⁶⁸ *Ronald Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 247 f.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – verb. Rs. C-508/18 und C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 – OG (Parquet de Lübeck); Urt. v. 16.11.2021 – C-748/19, ECLI:EU:C:2021:931, Rn. 79 könnte dagegen die Abordnungspraxis in der deutschen Justiz ebenso gefährden wie das Institut des Proberichters.

e) Zwischenfazit

Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, dass sich in den Mitgliedstaaten Widerspruch regt und Institute wie die Ultra-vires- oder die Identitätskontrolle zunehmend Konjunktur haben.⁷⁰

III. Völker- und Verfassungsrechtliche Grundlegung der Europäischen Union

Dass die Verfassungs- und Höchstgerichte der Mitgliedstaaten vor diesem Hintergrund besonders gefordert sind, die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Integration ihres jeweiligen Mitgliedstaates zu verteidigen, und mit ihnen die Integrität ihrer Verfassung als „*supreme law of the land*“, liegt auf der Hand. Aber ist die Verfassung eines Mitgliedstaates der Europäischen Union tatsächlich noch das „*supreme law of the land*“?

1. Die Sicht des Gerichtshofs

Wie dargelegt, hat sich der Gerichtshof schon in den 1960er Jahren den Weg zu einer vom historischen Willen des Vertragsgebers weitgehend ge-

⁷⁰ **Dänemark:** Højesteret, Urt. v. 19.4.2016 – No. 15/2014 – Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A; **Deutschland:** BVerfGE 134, 366 ff. – OMT-Vorlage; 142, 123 ff. – OMT; 143, 146 – PSPP-Vorlage; BVerfGE, 151, 202 – Europäische Bankenunion; 154, 17 ff. – PSPP; **Frankreich:** Conseil d’Etat, Entsch. v. 21.4.2021 – Nr. 393099, par. 5 – Data France; **Tschechien:** Ústavní Soud, Urt. v. 31.1.2012 – Pl. ÚS 5/12, Abschn. VII. – *Holoubec*; vgl. Ferner aus rechtshistorischer Perspektive **Großbritannien:** R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v The Secretary of State for Transport and another [2014] UKSC 3, *Lord Neuberger* and *Lord Mance* with whom Lady Hale, Lord Kerr, Lord Sumption, Lord Reed and Lord Carnwath agree.

lösten und an einem objektivierten Zweck orientierten Auslegung des Unionsrechts eröffnet.“⁷¹ Mit der Behauptung einer – in den Verträgen weder ausdrücklich geregelt noch der Sache nach angelegten⁷² – Autonomie der Unionsrechtsordnung meint er zudem einen Weg gefunden zu haben, um die Herrschaft der Mitgliedstaaten über die Verträge kontinuierlich zu unterminieren.⁷³

2. Die Sicht der Mitgliedstaaten

Für Deutschland findet die vom Grundgesetz ermöglichte und vom Integrationsgesetzgeber ins Werk gesetzte Öffnung der deutschen Rechtsordnung für das Unionsrecht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ihre Grundlage heute in Art. 23 Abs. 1 GG. Die Rechtsprechung der letzten 60 Jahre zusammenfassend heißt es im Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2021 in Sachen Einheitliches Patentgericht II e. A.:

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG zugleich ein Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen für das Unionsrecht [...], zu dem auch gehört, dem Unionsrecht im Zustimmungsgesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG einen Anwendungsvorrang vor nationalem Recht einzuräumen [...]. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht gilt nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich auch mit Blick auf entgegenstehendes nationales Verfassungsrecht und führt bei einer Kollision im konkreten Fall in aller Regel zu dessen Unanwendbarkeit [...]. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts besteht allerdings nur kraft und im Rahmen der ver-

⁷¹ *Dieter Grimm*, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (328 ff.).

⁷² Vgl. *Peter M. Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, 2. Bericht, *VVDStRL* 60 (2001), S. 194 (213 ff., insb. 221 ff.).

⁷³ Siehe oben II.2.d.

fassungsrechtlichen Ermächtigung [...]. Daher findet die vom Grundgesetz ermöglichte und vom Integrationsgesetzgeber ins Werk gesetzte Öffnung der deutschen Rechtsordnung für das Unionsrecht ihre Grenzen nicht nur in dem vom Gesetzgeber verantworteten Integrationsprogramm, sondern auch in der ebenso änderungs- wie integrationsfesten Identität der Verfassung (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG). Der Anwendungsvorrang reicht nur soweit, wie das Grundgesetz und das Zustimmungsgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten erlauben oder vorsehen [...]. Nur in diesem Umfang ist die Anwendung von Unionsrecht in Deutschland demokratisch legitimiert [...].⁷⁴

Verfassungsrechtliche Grenzen für das Unionsrecht insgesamt und für die Handhabung von Art. 5 Abs. 1 bis 4 EUV ergeben sich daher zum einen aus dem vom deutschen Gesetzgeber verantworteten Integrationsprogramm und zum andern aus der ebenso änderungs- wie integrationsfesten Identität der Verfassung (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG). Der (ungeschriebene), im deutschen Zustimmungsgesetz enthaltene Anwendungsvorrang des Unionsrechts kann daher konsequenterweise auch nur soweit reichen, wie das Grundgesetz und das Zustimmungsgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten erlauben oder vorsehen. Nur in diesem Umfang ist die Anwendung von Unionsrecht in Deutschland demokratisch legitimiert.⁷⁵ So gesehen ist es nur folgerichtig, dass Unionsrecht, d. h. Rechtsakte von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, in Deutschland nur dann zur Anwendung gelangen können, wenn sie im Rahmen des durch die verfassungsmäßige Ordnung Erlaubten verbleiben.

⁷⁴ BVerfGE 158, 210 Rn. 73 – Einheitliches Patentgericht II eA, unter Hinweis auf BVerfGE 37, 271 (279 f.) – Solange I; 58, 1 (30 f.) – Eurocontrol; 73, 339 (375 f.) – Solange II; 75, 223 (242) – Kloppenburg; 89, 155 (190) – Maastricht; 123, 267 (348 ff., 402) – Lissabon; 126, 286 (302) – Honeywell; 129, 78 (99); 134, 366 Rn. 26 – OMT-Vorlage; 140, 317 Rn. 40 – Identitätskontrolle I; 142, 123 Rn. 120 – OMT; 154, 17 Rn. 109 – PSPP.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 142, 123 Rn. 120 – OMT.

Es ist auch kein Zufall, dass der EU-Vertrag und der AEU-Vertrag keine Festlegung zum Vorrang des Unionsrechts enthalten. Zwar findet sich im Subsidiaritätsprotokoll zum Vertrag von Amsterdam⁷⁶ insoweit ein – allerdings auslegungsfähiger und -bedürftiger – Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Vorrang des Unionsrechts; eine ausdrückliche Anerkennung eines schrankenlosen und unbedingten Vorrangs des Unionsrechts findet sich dort jedoch nicht; sie fand auf der Regierungskonferenz auch keine Zustimmung. Aus denselben Gründen wurde auch in den Vertrag von Lissabon – in Abkehr vom gescheiterten Verfassungsvertrag⁷⁷ – eine entsprechende Regelung bewusst nicht aufgenommen; sie wäre in einer Reihe von Mitgliedstaaten auch verfassungswidrig gewesen.⁷⁸ Die verschwurbelte und in jeder Hinsicht auslegungsfähige Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte von Lissabon hält denn auch lediglich fest, dass sich am seinerzeitigen Status quo ante nichts ändere.⁷⁹ Nur deshalb gab es an dieser Erklärung aus Sicht der Mitgliedstaaten verfassungsrechtlich auch nichts zu erinnern.⁸⁰

Nicht von ungefähr hat der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts in den meisten Mitgliedstaaten Gefolgschaft, Widerhall oder Nachbilder gefunden.⁸¹ Mit Nuancen im Detail gehen so gut wie alle anderen Mitgliedstaaten

⁷⁶ Vgl. Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit ABl EG 1997 Nr. C 340 v. 10.11.1997, S. 105 unter Nr. 2.

⁷⁷ Vgl. Art. I-6 Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004, ABl EU Nr. C 310/12.

⁷⁸ Vgl. Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, ABl EU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 346.

⁷⁹ Vgl. insoweit BVerfGE 158, 210 Rn. 78 f. – Einheitliches Patentgericht II eA; BT.-Drucks. 19/22847, 1. 10; BR-Plenarprotokoll Nr. 998 v. 18.12.2020, S. 524 mit Protokollerklärung der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern.

⁸⁰ Vgl. nur BVerfGE 123, 267 (401 f.) – Lissabon; ferner Conseil Constitutionnel, Entsch. v. 19.11.2004 – Nr. 2004-505 DC, Rn. 9 ff.; *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess/ders., EUV/AEUV, Art. 1 AEUV Rn. 16 f.

⁸¹ Siehe den Überblick bei *Peter M. Huber*, Offene Staatlichkeit. Vergleich, in: Armin v. Bogdandy/ders., *Ius Publicum Europaeum* II, 2008, § 26 Rn. 29 ff. m. w. N.

ebenfalls davon aus, dass das Unionsrecht bei ihnen nicht kraft einer Autonomie „*ex nihilo*“ gilt, sondern aufgrund des jeweiligen nationalen Rechtsanwendungsbefehls,⁸² dass dabei die Anforderungen des nationalen Verfassungsrechts zu beachten sind und dies im Einzelfall auch zu einer Einschränkung des dem Unionsrecht grundsätzlich zugestandenen Anwendungsvorrangs führen kann.⁸³ Die Existenz von Konfliktlinien zwischen nationalem Verfassungsrecht und Unionsrecht ist vor diesem Hintergrund ein gemeineuropäischer Befund und lässt sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – in der Rechtsprechung des belgischen Verfassungsgerichtshofes,⁸⁴ des dänischen *Højesteret*,⁸⁵ des estnischen Obersten Gerichts,⁸⁶ des französischen *Conseil Constitutionnel*,⁸⁷ des irischen *Supreme Court*,⁸⁸ der italienischen *Corte Costituzionale*⁸⁹ ebenso nachweisen, wie in der Judikatur

⁸² Peter M. Huber, Offene Staatlichkeit. Vergleich, in: Armin v. Bogdandy/ders., *Ius Publicum Europaeum* II, 2008, § 26 Rn. 30.

⁸³ Peter M. Huber, Offene Staatlichkeit. Vergleich, in: Armin v. Bogdandy/ders., *Ius Publicum Europaeum* II, 2008, § 26 Rn. 32 f., 34.

⁸⁴ Belg. Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 28.4.2016 – Nr. 62/2016, Rn. B.8.7.

⁸⁵ *Højesteret*, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997, Abschn. 9.8.; Urt. v. 6.12.2016 – No. 15/2014 – Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A.

⁸⁶ Riigikohus, Urt. v. 12.7.2012 – 3-4-1-6-12, Abs.-Nr. 128, 223.

⁸⁷ *Conseil Constitutionnel*, Entsch. v. 27.7.2006 – Nr. 2006-540 DC, 19. Erwägungsgrund; Entsch. v. 9.6.2011 – Nr. 2011-631 DC, 45. Erwägungsgrund; Entsch. v. 31.7.2017 – Nr. 2017-749 DC, Rn. 9 ff.; *Conseil d'État*, Entsch. v. 21.4.2021 – Nr. 393099, Rn. 5.

⁸⁸ *Supreme Court of Ireland*, Urt. v. 9.4.1987 – 1986 No. 12036P, I.R. 713 (783) – Crotty v. An Taoiseach; Urt. v. 19.12.1989, I.R. 753 (765) – S.P.U.C. Ireland Ltd. v. Grogan; Urt. v. 11.11.2022 – No. 2021/1282, ECLI:S:AP:IE:2021:000124 – Costello v. The Government of Ireland, Ireland and the Attorney General (CETA).

⁸⁹ Art. 139 Cost.; *Corte Costituzionale*, Urt. v. 18.12.1973 – No. 183/1973 – Frontini; Beschl. v. 8.6.1984 – No. 170/1984 – Granital; Urt. v. 13.4.1989 – No. 232/1989 – Fragnò; Urt. v. 8.4.1991 – No. 168/1991; Urt. v. 23.3.1994 – No. 117/1994 – Zerini; Beschl. v. 23.11.2016 – No. 24/2017; Urt. v. 10.4.2018 – No. 115/2018, ECLI:IT:COST:2018:115 – *Taricco II*.

des kroatischen,⁹⁰ lettischen,⁹¹ österreichischen,⁹² polnischen,⁹³ spanischen⁹⁴ und tschechischen⁹⁵ Verfassungsgerichts.

IV. Kooperations- und Kontrollfunktion der nationalen Verfassungs- und Höchstgerichte

Das Bundesverfassungsgericht gewährleistet die verfassungsrechtlichen Grenzen der Integration im Interesse des Rechts der Bürgerinnen und Bürger auf demokratische Selbstbestimmung aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG vor allem mit Hilfe der Formellen Übertragungs-, der Identitäts- und der Ultra-vires-Kontrolle. Die ihnen zugrunde liegenden Anforderungen des Grundgesetzes binden alle Verfassungsorgane der Bundesrepublik Deutschland und dürfen weder relativiert noch unterlaufen werden und stehen einem uneingeschränkten Anwendungsvorrang des Unionsrechts entgegen.⁹⁶

⁹⁰ Ustavni Sud, Entsch. v. 21.4.2015 – U-VIIR-1158/2015, Rn. 60.

⁹¹ Satversmes tiesa, Urt. v. 7.4.2009 – 2008-35-01, Abs.-Nr. 17.

⁹² Subtil Öster. Verfassungsgerichtshof, Erkenntnis v. 16.12.2021 – G 390/2020-18, Rn. 52 ff. – Akkreditierungsagenturen, wohl auch mit Blick auf den unionalen Gesetzgeber.

⁹³ Vor der politischen Gleichschaltung: Trybunal Konstytucyjny, Urt. v. 11.5.2005 – K 18/04, Rn. 4.1., 10.2.; Urt. v. 24.11.2010 – K 32/09, Rn. 2.1. ff.; Urt. v. 16.11.2011 – SK 45/09, Rn. 2.4., 2.5., m.w.N.

⁹⁴ Tribunal Constitucional, Erklärung v. 13.12.2004 – DTC 1/2004.

⁹⁵ Ústavní Soud, Urt. v. 31.1.2012 – Pl. ÚS 5/12, Abschn. VII – Holoubec.

⁹⁶ Vgl. BVerfGE 142, 123 Rn. 153 – OMT; 153, 74 Rn. 166 – Einheitliches Patentgericht; 154, 17 Rn. 234 – PSPP.

1. Formelle Übertragungskontrolle

In seinem Beschluss vom 13. Februar 2020 zum Einheitlichen Patentgericht, in dem es vor allem darum ging, ob der Vertrag über die Errichtung dieses Gerichts von Bundestag und Bundesrat mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit ratifiziert werden musste, und ob die Nichterreicherung des Quorums von den Bürgerinnen und Bürgern auf der Grundlage von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann, hat der Zweite Senat die sog. Formelle Übertragungskontrolle gewissermaßen als erste Stufe der verfassungsgerichtlichen Kontrollvorbehalte benannt:

„Im Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 GG schützt Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG die Wahlberechtigten darüber hinaus davor, dass die formellen Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 GG für eine Übertragung von Hoheitsrechten, die den Gesetzgeber im Prozess der europäischen Integration auch prozedural stärker als nach Art. 24 Abs. 1 GG einhegen sollten [...], nicht eingehalten werden (formelle Übertragungskontrolle). Während eine Verfassungsänderung mit entsprechenden Mehrheiten rückgängig gemacht werden kann, sind Kompetenzen, die einem anderen Völkerrechtssubjekt übertragen werden, in aller Regel ‚verloren‘ und können aus eigener Kraft nicht ohne Weiteres ‚zurückgeholt‘ werden. Im Kontext der Europäischen Union kommt hinzu, dass sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV die Pflicht ergeben kann, eine einmal erteilte Zustimmung nicht mehr zurückzuziehen [...], woraus sich eine zusätzliche spezifische Gefährdungslage für den zukünftigen Inhalt des Rechts auf demokratische Selbstbestimmung ergeben könnte. Vor allem aber fehlte ohne wirksame Übertragung von Hoheitsrechten jeder dennoch erlassenen Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union oder einer supranationalen Organisation eine demokratische Legitimation.

Damit ist der Kern des in Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verankerten, verfassungsbeschwerdefähigen Rechts auf demokratische Selbstbestimmung betroffen, der nicht zur Disposition

steht. Ohne die Möglichkeit, die objektiven Grundsätze des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG in ihrem durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kern überprüfen zu lassen, verlöre der demokratische Kerngehalt von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG seinen Sinn [...].⁹⁷

2. Identitätskontrolle

In der Sache sind die Verfassungsgerichte vor allem für den Schutz und die Integrität ihrer jeweiligen Verfassung zuständig. Deren Identität, d. h. die in Art. 1 und 20 GG garantierten Grundsätze, sind in Deutschland ausweislich von Art. 79 Abs. 3 GG nicht nur einer Verfassungsänderung entzogen, sondern nach der ausdrücklichen Anordnung des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG auch mit Blick auf die Europäische Union und damit auch bei der Anwendung des Unionsrechts unantastbar.

Soweit Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union diese Grundsätze daher – unmittelbar oder mittelbar – berühren, gehen sie über die der offenen Staatlichkeit Deutschlands gezogenen Grenzen hinaus. Das Bundesverfassungsgericht hat schon 1974 im Solange I-Beschluss festgestellt, dass Art. 24 Abs. 1 GG – die damals maßgebliche Grundlage für die Teilnahme Deutschlands am europäischen Integrationsprozess – nicht dazu ermächtige, „die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht, ohne Verfassungsänderung [...] zu ändern“ und dass eine Änderung des Vertrages, „die die Identität der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in die sie konstituierenden Strukturen aufheben würde“, an Art. 24 GG scheitere.⁹⁸

⁹⁷ BVerfGE 153, 74 Rn. 137 f. – Einheitliches Patentgericht, unter Hinweis auf *Sven Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 108.

⁹⁸ BVerfGE 37, 271 (279 f.) – Solange I.

Im Solange II-Beschluss vom 22. Oktober 1986 heißt es dann noch kategorischer, dass Art. 24 GG nicht dazu ermächtigt, „im Wege der Einräumung von Hoheitsrechten für zwischenstaatliche Einrichtungen die Identität der geltenden Verfassungsordnung durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen, aufzugeben“.⁹⁹ Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung später in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG kodifiziert, das Bundesverfassungsgericht sie im Maastricht-¹⁰⁰ und im Lissabon-Urteil¹⁰¹ sowie in seinen Entscheidungen zur Staatsschulden- und Eurokrise,¹⁰² zur Identitätskontrolle I,¹⁰³ zum OMT- und PSPP-Programm der EZB,¹⁰⁴ zu CETA¹⁰⁵ sowie zur Europäischen Bankenunion¹⁰⁶ fortgeführt und konkretisiert.

In den meisten anderen Mitgliedstaaten finden sich vergleichbare oder ähnliche verfassungsrechtliche Vorkehrungen. In Belgien sind die Grenzen des Art. 34 BelgVerf. zwar noch nicht im Einzelnen ausbuchstabiert; dass es sie gibt, hat der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 28. April 2016 zum Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKSV) jedoch deutlich gemacht.¹⁰⁷ In Dänemark ist das Erfordernis der souveränen Staatlichkeit unantastbar,¹⁰⁸ in

⁹⁹ BVerfGE 73, 339 (375 ff.) – Solange II.

¹⁰⁰ BVerfGE 89, 155 (182 ff.) – Maastricht.

¹⁰¹ BVerfGE 123, 267 (343 ff.) – Lissabon.

¹⁰² BVerfGE 129, 124 (177) – EFSF und Griechenlandhilfe; 132, 195 Rn. 109 f. – e. A. ESM; 135, 317 ff. – ESM.

¹⁰³ BVerfGE 140, 317 ff. – Identitätskontrolle I.

¹⁰⁴ BVerfGE 142, 123 – OMT; 154, 17 ff. – PSPP.

¹⁰⁵ BVerfGE 143, 65 ff. – eA. CETA.

¹⁰⁶ BVerfGE 151, 202 ff. – Europäische Bankenunion.

¹⁰⁷ Belg. Verfassungsgerichtshof, Urt. v. 28.4.2016 – No. 62/2016.

¹⁰⁸ Højesteret, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, S. 49 Rn. 9.8; *Fredrik Thomas*, Das Maastricht-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. April 1998, *ZaöRV* 58 (1998), S. 879 (898).

Frankreich die Garantie der republikanischen Staatsform (Art. 89 CF), wo-
runter mehr verstanden wird, als ein Monarchieverbot,¹⁰⁹ und in Griechen-
land die Menschenrechte, die Grundlagen der demokratischen Staatsord-
nung (Art. 28 Abs. 2 und 3 GriechVerf.) und die in Art. 110 Abs. 1 Griech-
Verf. aufgeführten Schutzgüter.¹¹⁰ In Italien hat die *Corte Costituzionale*
die sog. „*Controlimiti*“-Doktrin entwickelt,¹¹¹ und in Österreich markieren
die „*Baugesetze der Bundesverfassung*“ nach Art. 44 Abs. 3 B-VG in der
Form, die sie durch das EU-BeitrittsB-VG 1994 erhalten haben, die öster-
reichische Verfassungsidentität.¹¹² Die schwedische Verfassung benennt
„die Prinzipien betreffend den Zustand des Staates“ als Grenze für die In-
tegration (Kapitel 10 Art. 6 Satz 1 RF), wozu das Schrifttum vor allem die
Druckfreiheitsverordnung, die Transparenz und den Zugang zu Dokumen-
ten zählt,¹¹³ während das *Tribunal Constitucional* in Spanien auf einen

¹⁰⁹ Conseil Constitutionnel, Entsch. v. 2.9.1992 – No. 92-312, EuGRZ 1993, S. 193 (194)
– Maastricht II; Entsch. v. 27.7.2006 – No. 2006-540, par. 19; Entsch. v. 9.6.2011 – No.
2011-631, par. 45; Conseil d'État, Entsch. v. 8.2.2007, EuR 2008, S. 57 (60 f.) – Société
Arcelor Atlantique et Lorraine; Conseil Constitutionnel, Entsch. v. 31.7.2017 – No. 2017-
749, par. 14 – CETA; *Jean-François Flauss*, Rapport français, in: Jürgen Schwarze, Die
Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, S. 25 (79).

¹¹⁰ Zu den Auslegungsproblemen *Julia Iliopoulos-Strangas*, Offene Staatlichkeit. Grie-
chenland, in: Armin v. Bogdandy/Pedro Cruz Villalon/Peter M. Huber, *Ius Publicum Euro-
paeum II*, 2008, § 16 Rn. 41 ff.

¹¹¹ Art. 139 Cost.; Corte Costituzionale, Urt v. 18.12.1973 – No. 183/1973 – Frontini;
Beschl. v. 20.6.1984 – No. 170/1984 – Granital; Urt. v. 13.4.1989 – No. 232/1989 –
Fragd; Urt. v. 8.4.1991 – No. 168/1991; Urt. v. 23.3.1994 – No. 117/1994 – Zerini; Bes-
chl. v. 23.11.2016 – No. 24/2017; Urt. v. 10.4.2018, Nr. – 115/2018 – Taricco II.

¹¹² *Christoph Grabenwarter*, Offene Staatlichkeit. Österreich, in: Armin v. Bogdandy/Pedro
Cruz Villalon/Peter M. Huber, *Ius Publicum Europaeum II*, 2008, § 20 Rn. 34, 55; *Theodor
Öhlinger*, Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue
Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen
Union, 1999, S. 165 (179); ders., Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrages von Am-
sterdam in Österreich, in: Waldemar Hummer, Die Europäische Union nach dem Vertrag
von Amsterdam, 1998, S. 297 (300 f.); vgl. nun auch in Bezug auf das Demokratieprinzip
Öster. Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 16.12.2021 – G 390/2020-18, Rn. 52 ff. – Ak-
kreditierungsagenturen, wohl auch mit Blick auf den unionalen Gesetzgeber.

¹¹³ *Joakim Nergelius*, Offene Staatlichkeit. Schweden, in: Armin v. Bogdandy/Pedro Cruz
Villalon/Peter M. Huber, *Ius Publicum Europaeum II*, 2008, § 22 Rn. 19, 34.

„Kern“ von integrationsfesten „Werten und Prinzipien“ der Verfassung erkannt, deren genauere Konturierung jedoch offen gelassen hat.¹¹⁴ Entscheidungen zur Verfassungsidentität bzw. zu den Grenzen einer Übertragung von Souveränitätsrechten auf die Europäische Union finden sich ferner in Estland,¹¹⁵ Irland,¹¹⁶ Lettland,¹¹⁷ Polen¹¹⁸ und Tschechien.¹¹⁹

Die den Verfassungs- und Höchstgerichten damit aufgegebenen Identitätskontrolle widerspricht nicht nur nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 3 EUV. Sie ist in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV sogar angelegt und ist eine logische Konsequenz aus den institutionellen Gegebenheiten der Europäischen Union. Diese findet, wie bereits mehrfach erwähnt, ihre Grundlage unverändert in den völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten, die – unbeschadet ihrer vertraglichen bzw. unionsrechtlichen Verpflichtungen – als „Herren der Verträge“ grundsätzlich durch eigene Anordnungen darüber entscheiden, ob und wie das Unionsrecht in der jeweiligen (Teil-)Rechtsordnung Geltung und Vorrang beanspruchen kann.¹²⁰

¹¹⁴ Tribunal Constitucional, Urt. v. 22.3.1991 – STC 64/1991, ECLI:ES:TC:1991:64; Erklärung v. 13.12.2004 – DTC 1/2004, par. 2; Urt. v. 13.2.2014 – STC 26/2014, ECLI:ES:TC:2014:26, par. 3; *Antonio López Castillo*, Offene Staatlichkeit. Spanien, in: Armin v. Bogdandy/Pedro Cruz Villalon/Peter M. Huber, *Ius Publicum Europaeum* II, 2008, § 24 Rn. 21, 63 ff.

¹¹⁵ Riigikohus, Urt. v. 12.7.2012 – 3-4-1-6-12, Rn. 128 und 223.

¹¹⁶ Supreme Court of Ireland, Urt. v. 9.4.1987 – 1986 No. 12036P, I.R. 713 (783) – *Crotty v. An Taoiseach*; Urt. v. 19.12.1989, I.R. 753 (765) – *S.P.U.C. Ireland Ltd. v. Grogan*; Urt. v. 11.11.2022 – No. 2021/1282, ECLI:S:AP:IE:2021:000124 – *Costello v. The Government of Ireland, Ireland and the Attorney General (CETA)*.

¹¹⁷ Satversmes tiesa, Urt. v. 7.4.2009 – 2008-35-01, Rn. 17.

¹¹⁸ Trybunał Konstytucyjny, Urt. v. 11.5.2005 – K 18/04, Rn. 4.1. und 10.2.; Urt. v. 24.11.2010 – K 32/09, Rn. 2.1. ff.; Urt. v. 16.11.2011 – SK 45/09, Rn. 2.4. und 2.5. m.w.N.

¹¹⁹ Ústavní Soud, Urt. v. 8.3.2006 – Pl. ÚS 50/04, Abschn. VI.B.; Urt. v. 3.5.2006 – Pl. ÚS 66/04, Rn. 53; Urt. v. 26.11.2008 – Pl. ÚS 19/08, Rn. 97, 113 und 196; Urt. v. 3.11.2009 – Pl. ÚS 29/09, Rn. 110 ff.; Urt. v. 31.1.2012 – Pl. ÚS 5/12, Abschn. VII; Urt. v. 31.1.2012 – Pl. ÚS 5/12, Abschn. VII – *Holoubec*.

¹²⁰ BVerfGE 142, 123 Rn. 136 ff. – OMT.

Dass die Berufung auf die Verfassungsidentität auch missbraucht werden kann, ist insoweit kein Argument.¹²¹ Missbrauchsmöglichkeiten bietet jedes Rechtsinstitut, die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten insoweit nicht anders als der Vorrang oder die angebliche Autonomie des Unionsrechts.¹²²

3. Ultra-vires-Kontrolle

a) Demokratierechtlicher Hintergrund

Demokratie und Volkssouveränität im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und 2 GG statuieren – wie eingangs dargelegt – nicht nur formale Zurechnungsfiktionen, sondern die Verfassungswirklichkeit prägende Rechtsprinzipien. Die Wahlen zum Bundestag wie auch zu den Landtagen dürfen sich deshalb nicht in der Kreation der Parlamente erschöpfen, sondern müssen eine real- wie personalplebiszitäre Dimension besitzen, die sie als „Surrogat der unmittelbaren Demokratie im Flächenstaat“¹²³ erscheinen lässt. Voraussetzung für die Vermittlung demokratischer Legitimation in einer repräsentativen Demokratie ist darüber hinaus, dass das Parlament über klar umrissene Kompetenzen verfügt, um die im Wahlakt getroffene Richtungsentscheidung der Bürgerinnen und Bürger auch in die Tat umsetzen zu können.¹²⁴ Der materielle Gehalt des Wahlrechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG

¹²¹ Zur Unterscheidung einer legitimen und einer missbräuchlichen Geltendmachung verfassungsrechtlicher Kontrollvorbehalte *Monika Polzin*, Pandora oder Montesquieu?, AÖR 146 (2021), S. 1 ff.

¹²² Vgl. BVerfGE 123, 267 (349) – Lissabon; Antwortschreiben der Bundesregierung v. 3.8.2021 an die Europäische Kommission im Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland, EuGRZ 2022, S. 169 f.

¹²³ *Peter Badura*, in: Bonner Kommentar (Zweitbearb.), Art. 38 Rn. 26; *ders.*, Parlamentarismus und parteienstaatliche Demokratie, in Festschrift für Karl Michaelis, 1972, S. 9 (22).

¹²⁴ BVerfGE 89, 155 (171 f., 182) – Maastricht; *Paul Kirchhof*, Das Parlament als Mitte der Demokratie, 2004, S. 237, 242 f.; *Winfried Kluth*, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, S. 61.

und mit ihm das grundgesetzliche Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) erodieren daher, wenn mit der Wahl des Bundestages die Grundlinien der Politik in Deutschland nicht mehr bestimmt werden können. Dies auch in Ansehung der offenen Staatlichkeit Deutschlands und seiner Mitwirkung an der Europäischen Union zu verhindern, ist vor allem Sache des Parlaments (Art. 23 Abs. 1 GG).

b) Verfassungsrechtliche Rekonstruktion des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung

Die Europäische Union ist, wie dargelegt, eine Rechtsgemeinschaft (Art. 2 Satz 1 EUV)¹²⁵ und findet ihre Grundlage in den von den Mitgliedstaaten geschlossenen Verträgen, dem Primärrecht, das zugleich ihre Verfassung darstellt. Sie ist insbesondere durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 EUV)¹²⁶ und die europäischen Grundrechtsgewährleistungen gebunden und achtet die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten, auf denen sie beruht (vgl. im Einzelnen Art. 4 Abs. 2 Satz 1, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 EUV).¹²⁷ In diesem Sinne ist das unionsrechtliche Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung Ausdruck der vertraglichen Grundlegung der Unionsgewalt.¹²⁸

¹²⁵ EuGH, Urt. v. 23.4.1986 – C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 – Les Verts/Parlament.

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 75, 223 (242) – Kloppenburg; 89, 155 (187 f., 192, 199) – Maastricht; 123, 267 (349) – Lissabon; vgl. auch BVerfGE 58, 1 (37) – Eurocontrol; 68, 1 (102) – Atomwaffenstationierung; 77, 170 (231) – Lagerung chemischer Waffen; 104, 151 (195) – NATO-Konzept; 118, 244 (260) – Afghanistan-Einsatz; 126, 286 (302) – Honeywell; 134, 366 Rn. 26 – OMT-Vorlage.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell.

¹²⁸ BVerfGE 142, 123 Rn. 185 – OMT.

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist damit nicht nur ein unionsrechtlicher Grundsatz, sondern zugleich ein Transmissionsriemen mitgliedstaatlicher Verfassungsprinzipien.¹²⁹ Die Wahrung der kompetenzzielen Grundlagen der Europäischen Union hat entscheidende Bedeutung für die Gewährleistung des demokratischen Prinzips des Grundgesetzes (und darüber hinaus). Sie ist die maßgebliche Sicherung für den mit der Ausübung öffentlicher Gewalt durch die Europäische Union verbundenen Einflussknick,¹³⁰ der nicht nur objektive Grundprinzipien der Verfassung (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG) berührt, sondern auch das Recht auf demokratische Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG). Insbesondere darf die Finalität des Integrationsprogramms nicht dazu führen, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als eines der Fundamentalprinzipien der Europäischen Union faktisch außer Kraft gesetzt wird.¹³¹

c) Konsequenzen für Akte von EU-Organen

Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union sind nur zulässig, wenn sie sich auf eine Ermächtigung in

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 123, 267 (350) – Lissabon.

¹³⁰ Zum Begriff vgl. BVerfGE 142, 123 Rn. 131, 166 – OMT; 146, 216 Rn. 103 – PSPP-Vorlagebeschluss; 151, 202 Rn. 126, 130 f. – Europäische Bankenunion; BVerfGE 142, 123 Rn. 131 – OMT; 146, 216 Rn. 59 – PSPP-Vorlage; *Peter M. Huber*, Die entfesselte Verwaltung, StWStP 8 (1997), S. 423 (424); *ders.*, Weniger Staat im Umweltschutz, DVBl 1999, S. 489 (495); *ders.*, Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand. Ein verwaltungsrechtliches Phänomen vor der Neubewertung, in Festschrift für Peter Badura, 2004, S. 897 (902); *ders.*, Demokratie in Europa – Zusammenfassung und Ausblick, in: Hartmut Bauer/*ders.*/Karl-Peter Sommermann, Demokratie in Europa, 2005, S. 491 (500); der Begriff geht in seinem verwaltungswissenschaftlichen Kern zurück auf *Frido Wagener*, Typen der verselbständigten Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in: *ders.*, Verselbständigung von Verwaltungsträgern, 1976, S. 40 ff.

¹³¹ Vgl. Art. 3 Abs. 6, Art. 4 Abs. 1 EUV, Art. 7 AEUV; siehe auch EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 30 – EMRK-Beitritt; vgl. ferner die Erklärung Nr. 42 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zu Art. 352 AEUV, dazu auch BVerfGE 123, 267 (350) – Lissabon.

den Verträgen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV stützen können. Üben sie öffentliche Gewalt aus, für die die Verträge keine Einzelermächtigung vorsehen, verletzen sie nicht nur das Primärrecht; ihren Maßnahmen fehlt auch die notwendige demokratische Legitimation durch das von Bundestag und Bundesrat gebilligte Zustimmungsgesetz.¹³²

Kompetenzüberschreitungen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union verletzen daher – wie das Bundesverfassungsgericht im OMT-Urteil vom 21. Juni 2016 erstmals im Einzelnen dargelegt hat¹³³ – den Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) und das in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltene Recht des Einzelnen, keiner Hoheitsgewalt ausgesetzt zu werden, die er nicht legitimieren und auf die er nicht in Freiheit und Gleichheit Einfluss nehmen kann. Der mit einem Ultra-vires-Handeln verbundene Einflussknick ist damit nichts anderes als die verfassungsrechtliche Kehrseite des unionsrechtlichen Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.

Steht aber einer Verletzung des Grundsatzes der Volkssouveränität – eines im Sinne von Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 GG integrationsfesten Teils der Verfassungsidentität des Grundgesetzes – im Raum, ist es Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Einhaltung des im Zustimmungsgesetz niedergelegten Integrationsprogramms zu überprüfen und ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau bei dessen Vollzug sicherzustellen.¹³⁴

¹³² BVerfGE 142, 123 Rn. 132 – OMT.

¹³³ BVerfGE 142, 123 Rn. 145 f. – OMT.

¹³⁴ Vgl. *Hans-Georg Dederer*, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle, JZ 2014, S. 313 (315); *Karsten Schneider*, Der Ultra-vires-Maßstab im Außenverfassungsrecht. Skizze sicherer Vollzugszeitumgebungen für zwischenstaatliche und supranationale Integrationsprozesse, AöR 139 (2014), S. 196 (209 ff.); *Martin Morlok*, in: Horst Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 59 ff.

Die Ultra-vires-Kontrolle ist im Hinblick auf Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 23 Abs. 1 Satz 3 und Art. 79 Abs. 3 GG insoweit nicht verzichtbar.¹³⁵

d) Sonderfall: Gerichtshof

Diese Grundsätze gelten auch mit Blick auf den Gerichtshof der Europäischen Union. Ausweislich von Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV ist es zwar in erster Linie seine Sache, über die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten zu entscheiden, und d. h. zu wachen. Diese Befugnis besteht jedoch nur im Rahmen der Ermächtigung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV, bei der Auslegung und Anwendung der Verträge das Recht im Rahmen des methodisch Vertretbaren zu sichern.

Es kann vor diesem Hintergrund nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts oder anderer Verfassungs- und Höchstgerichte sein, bei Auslegungsfragen im Unionsrecht, die auch bei methodengerechter Bewältigung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen zu verschiedenen Ergebnissen führen können, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen.¹³⁶ Es muss eine richterliche Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof vielmehr auch dann respektieren, wenn dieser zu einer Auffassung gelangt, der sich mit gewichtigen Argumenten entgegenstellen ließe, solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint. Mit der in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV enthaltenen Aufgabenzuweisung, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern, ist – wie es in der

¹³⁵ BVerfGE 134, 366 Rn. 26 – OMT-Vorlage; 142, 123 Rn. 144 f. – OMT.

¹³⁶ BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell; 142, 123 Rn. 161 – OMT.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielleicht etwas undiplomatisch und besserwisserisch, in der Sache aber zutreffend heißt – auch ein Anspruch auf Fehlertoleranz verbunden.¹³⁷

Zu willkürlicher Rechtsbildung und -fortbildung ermächtigt Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV allerdings nicht. Überschreitet der Gerichtshof diese Grenze, ist sein Handeln vom Mandat des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz nicht mehr gedeckt, sodass seiner Entscheidung jedenfalls in Deutschland das gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation fehlt.¹³⁸ Seine Entscheidung ist dann – wie das Urteil *Weiss*¹³⁹ – zwar nicht unwirksam oder ungültig, aber in Deutschland unanwendbar. Für die anderen Mitgliedstaaten mag Vergleichbares gelten, wenn ihre Verfassungs- und Höchstgerichte ebenfalls auf einen Ultra-Vires-Akt erkennen.

Die Annahme einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung setzt allerdings nicht voraus, dass keine unterschiedlichen Rechtsauffassungen zu der in Rede stehenden Frage vertreten werden. Dass Stimmen im Schrifttum, in der Politik oder den Medien einer Maßnahme Unbedenklichkeit attestieren, kann unterschiedliche – auch sachfremde – Gründe haben und hindert die Feststellung einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung grundsätzlich nicht. „Offensichtlich“ kann die Kompetenzüberschreitung

¹³⁷ Vgl. BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell; 142, 123 Rn. 149 – OMT; 154, 17 Rn. 112 – PSPP; dazu schon *Peter M. Huber*, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), S. 210 (219).

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 142, 123 Rn. 149 – OMT; 151, 202 Rn. 151 – Europäische Bankenunion; 154, 17 Rn. 113 – PSPP.

¹³⁹ EuGH, Urt. v. 11.12.2018 – C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss.

vielmehr auch dann sein, wenn ihre Annahme das Ergebnis einer sorgfältigen und detailliert begründeten Auslegung ist.¹⁴⁰ Insoweit gelten im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle die allgemeinen Grundsätze für die Abgrenzung von Europa- bzw. Fachrecht auf der einen und spezifischem Verfassungsrecht auf der anderen Seite.¹⁴¹

e) Tatbestandsvoraussetzungen der Ultra-vires-Kontrolle

Die Voraussetzungen der Ultra-vires-Kontrolle sind mittlerweile geklärt.¹⁴² Sie setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union offensichtlich ist und innerhalb des Kompetenzgefüges zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen führt. Letzteres ist der Fall, wenn die Kompetenzüberschreitung im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt. Davon ist auszugehen, wenn die Inanspruchnahme der Kompetenz durch das Organ, die Einrichtung oder sonstige Stelle der Europäischen Union eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erforderte, in Deutschland also ein Tätigwerden des Gesetzgebers, sei es nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, sei es nach Maßgabe des Integrationsverantwortungsgesetzes.¹⁴³

¹⁴⁰ Vgl. BVerfGE 82, 316 (319 f.) – Beitrittsbedingte Grundgesetzänderungen; 89, 243 (250) – Kandidatenaufstellung; 89, 291 (300) – Wahlprüfungsverfahren; 95, 1 (14 f.) – Südumfahrung Stendal; 103, 332 (358 ff.) – Naturschutzgesetz Schleswig-Holstein; 142, 123 Rn. 150 – OMT.

¹⁴¹ Vgl. BVerfGE 152, 202 Rn. 152 – Europäische Bankenunion.

¹⁴² Vgl. BVerfGE 126, 286 (302 ff.) – Honeywell; 134, 366 Rn. 22 ff. – OMT-Vorlage; 142, 123 Rn. 143 ff. – OMT; 151, 202 Rn. 140 ff. – Europäische Bankenunion.

¹⁴³ Vgl. BVerfGE 151, 202 Rn. 153 – Europäische Bankenunion; 154, 17 Rn. 110 – PSPP; ferner EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 30 – EMRK-Beitritt.

V. Ultra-vires-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. Überblick

Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält zahlreiche Fälle, in denen ein Ultra-vires-Handeln von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union zumindest im Raume stand: das Verfahren, das das OMT-Programm der EZB zum Gegenstand hatte,¹⁴⁴ die Entscheidungen über die vorläufige Anwendung von CETA,¹⁴⁵ die Errichtung der Europäischen Bankenunion mit Aufsichts- und Abwicklungsmechanismus,¹⁴⁶ das Verfahren zum PSPP-Programm der EZB¹⁴⁷ oder der Aufbau- und Resilienzfonds Next Generation EU.¹⁴⁸ Weitere Fälle stehen zur Entscheidung an: Achmea, JEFTA und EUFSTA oder das PEPP der EZB.

2. Das PSPP-Urteil vom 5. Mai 2020

Mit dem viel beachteten Urteil vom 5. Mai 2020 zum PSPP-Programm der EZB hat der Zweite Senat bekanntlich erstmals festgestellt, dass Bundesregierung und Deutscher Bundestag die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG verletzt haben, soweit sie es unterlassen haben, geeignete Maßnahmen dagegen zu ergreifen, dass die Europäische Zentralbank im Beschluss

¹⁴⁴ BVerfGE 134, 366 Rn. 55 ff.> – OMT-Vorlage; 142, 123 Rn. 181 ff., 205 ff. – OMT.

¹⁴⁵ BVerfGE 143, 65 Rn. 51 ff. – CETA Vorläufige Anwendung eA; 160, 208 Rn. 178 ff. – CETA – Vorläufige Anwendung.

¹⁴⁶ BVerfGE 151, 202 Rn. 157 ff. – Europäische Bankenunion.

¹⁴⁷ BVerfGE 146, 216 Rn. 114 ff. – PSPP-Vorlage; 154, 17 ff. – PSPP.

¹⁴⁸ BVerfGE 157, 332 ff. – ERatG – eA; BVerfG, Urt. v. 6.12.2022 – 2 BvR 547/21, NJW 2023, 425 ff. – ERatG.

(EU) 2015/774, geändert durch die Beschlüsse (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 und (EU) 2017/100 weder geprüft noch dargelegt hat, dass die beschlossenen Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Der Beschluss (EU) 2015/774 und die ihn ändernden Beschlüsse stellen deshalb, d. h. wegen des vollständigen Ausfalls einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die diesen Namen verdient, eine qualifizierte, weil offensichtliche und strukturell bedeutsame Überschreitung der der EZB in Art. 119, Art. 127 ff. AEUV und Art. 17 ff. ESZB-Satzung zugewiesenen Kompetenzen dar:

„Ein Programm des ESZB zum Ankauf von Staatsanleihen wie das PSPP, das erhebliche wirtschaftspolitische Auswirkungen hat, muss verhältnismäßig sein [...]. Das setzt neben seiner Eignung zur Erreichung des angestrebten Ziels und seiner Erforderlichkeit voraus, dass das währungspolitische Ziel und die wirtschaftspolitischen Auswirkungen benannt, gewichtet und gegeneinander abgewogen werden. Zwar ist das währungspolitische Ziel des PSPP grundsätzlich (noch) nicht zu beanstanden [...]. Dessen unbedingte Verfolgung unter Ausblendung der mit dem Programm verbundenen wirtschaftspolitischen Auswirkungen missachtet jedoch offensichtlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV [...]. Der Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist strukturell bedeutsam, sodass das Handeln der EZB als Ultra vires-Akt zu qualifizieren ist [...].¹⁴⁹

Dass der Gerichtshof dem Beschluss in seinem Urteil in der Rs. *Weiss* vom 11. Dezember 2018 kompetenzrechtlich Unbedenklichkeit attestiert hatte, stand dem nicht entgegen, da dieses Urteil – allerdings nur soweit es die Verhältnismäßigkeitsprüfung anging – schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar und insoweit ultra vires ergangen ist. Zur Begründung heißt es insoweit:

¹⁴⁹ BVerfGE 154, 17 Rn. 165 – PSPP.

„Die Auslegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die darauf gestützte Bestimmung des Mandats des ESZB im Urteil des Gerichtshofs vom 11. Dezember 2018 überschreiten offensichtlich das ihm in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV erteilte Mandat (1) und bewirken eine strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten (2). Es stellt sich deshalb als Ultra-vires-Akt dar, der das Bundesverfassungsgericht in dieser Frage nicht bindet (3).

(1) Das Urteil des Gerichtshofs vom 11. Dezember 2018 überschreitet, soweit es die Verhältnismäßigkeit des PSPP bejaht, aus den oben [...] genannten Gründen das ihm in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV erteilte Mandat offensichtlich.

Die Selbstbeschränkung des Gerichtshofs darauf, ob ein ‚offensichtlicher‘ Beurteilungsfehler der EZB vorliegt [...], ob eine Maßnahme ‚offensichtlich‘ über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgeht [...] oder ob deren Nachteile ‚offensichtlich‘ außer Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehen [...], vermag die auf die Währungspolitik begrenzte Zuständigkeit der EZB nicht einzuhegen. Sie gesteht ihr vielmehr selbstbestimmte, nicht sofort ins Auge springende – schleichende – Kompetenzerweiterungen zu oder erklärt diese jedenfalls für gerichtlich nicht oder nur in sehr begrenztem Umfang überprüfbar. Diese Kombination eines weiten Ermessens des handelnden Organs und einer Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte auf offensichtliche Kompetenzüberschreitungen mag in anderen Bereichen des Unionsrechts der überkommenen Rechtsprechung entsprechen. Sie trägt dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung offensichtlich nicht hinreichend Rechnung [...], und eröffnet den Weg zu einer kontinuierlichen Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten.

(2) Im geschilderten Umfang folgt aus dem Urteil zugleich eine strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zulasten der Mitgliedstaaten [...]. Sie birgt die Gefahr einer kontinuierlichen – durch die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge politisch nicht mehr steuerbaren – Erosion ihrer Kompetenzen im Bereich der Wirtschafts- und Fiskalpolitik und einer weiteren Schwächung der demokratischen Legitimation der durch das Eurosystem ausgeübten öffentlichen Gewalt, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar wäre [...].

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist nicht nur ein unionsrechtlicher Grundsatz, sondern nimmt mitgliedstaatliche Verfassungsprinzipien auf [...]. Es bildet die maßgebliche Rechtfertigung für den Einschnitt in das demokratische Legitimationsniveau der durch die Europäische Union ausgeübten öffentlichen Gewalt, der in Deutschland nicht nur objektive Grundprinzipien der Verfassung (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG) berührt, sondern auch das Wahlrecht der Bürgerinnen und Bürger und ihren Anspruch auf Demokratie gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG [...]. Die Wahrung der kompetenziellen Grundlagen der Europäischen Union hat daher entscheidende Bedeutung für die Gewährleistung des demokratischen Prinzips. Daher darf auch die Finalität des Integrationsprogramms nicht dazu führen, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als eines der Fundamentalprinzipien der Union faktisch außer Kraft gesetzt oder unterlaufen wird [...].

Die Abgrenzung von Wirtschafts- und Währungspolitik betrifft eine über den Einzelfall hinausgehende politische Grundentscheidung, die mit erheblichen Konsequenzen für die Verteilung von Macht und Einfluss in der Europäischen Union verbunden ist. Die Zuordnung einer Maßnahme zur Währungs- statt zur Wirtschafts- oder Fiskalpolitik berührt nicht nur die Frage der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten; sie entscheidet zugleich über das demokratische Legitimationsniveau und die Kontrolle des entsprechenden Politikbereichs, weil die Währungspolitik dem nach Art. 130, Art. 282 AEUV unabhängigen ESZB übertragen ist [...].

Die weitgehende Entleerung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der damit verbundene Verzicht auf eine wertende Gesamtbetrachtung besitzen ein für das Demokratieprinzip und den Grundsatz der Volkssouveränität erhebliches Gewicht. Sie sind [...] geeignet, die kompetenziellen Grundlagen der Europäischen Union zu verschieben und so das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu unterlaufen [...]. Der Erlass wirtschaftspolitischer Maßnahmen durch das ESZB erforderte eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV [...], sodass der Gesetzgeber tätig werden müsste [...].

Nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 11. Dezember 2018 wäre eine Unterscheidung von Wirtschafts- und Währungspolitik in weitem Umfang nicht möglich. Dieser Umstand gefährdet zugleich die in Art. 130 AEUV garantierte Unabhängigkeit der EZB, weil sich diese politischem Druck ausgesetzt sehen kann, die ihr von der Rechtsprechung eröffneten Spielräume auch zu nutzen. Je weiter ihr Mandat reicht und je stärker es in den der Wirtschafts- und Fiskalpolitik vorbehaltenen Bereich ausgreift, umso größer ist das Risiko, dass interessierte Stellen auf die EZB Einfluss zu nehmen versuchen [...].

(3) In seinem Urteil vom 11. Dezember 2018 hat der Gerichtshof die Unterscheidung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik weitgehend aufgegeben, weil er sich bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des PSPP mit dem von der EZB angegebenen Ziel und der Angabe begnügt hat, weniger belastende Mittel stünden nicht zur Verfügung. Damit gestattet er dem ESZB Wirtschaftspolitik mit dem Ankauf von Staatsanleihen zu betreiben. Das findet im Primärrecht keine Grundlage.

In der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung des währungspolitischen Mandats der EZB liegt ein Eingriff in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Wirtschafts- und Fiskalpolitik. Von Ausnahmen abgesehen [...], ist die Europäische Union im Bereich der Wirtschaftspolitik jedoch im Wesentlichen auf eine Koordinierung von Maßnahmen der Mitgliedstaaten beschränkt (Art. 119 Abs. 1 AEUV). Das ESZB soll die allgemeine Wirtschaftspolitik ‚in‘ der Union daher lediglich unterstützen (Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 2 AEUV; Art. 2 Satz 2 ESZB-Satzung), ohne selbst zu einer eigenständigen Wirtschaftspolitik ermächtigt zu sein. Soweit das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Weiss* der EZB der Sache nach die Kompetenz zu einer eigenständigen Wirtschaftspolitik mit den Mitteln eines Anleihekaufprogramms zuspricht und eine effektive Kompetenzkontrolle am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ablehnt, die die wirtschafts- und fiskalpolitischen Wirkungen mit der währungspolitischen Zielsetzung des PSPP abwägend in den Blick nimmt, geht das Urteil des Gerichtshofs über die Ermächtigung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV hinaus [...]. Der

Gerichtshof hat damit ultra vires gehandelt, sodass sein Urteil in Deutschland insoweit keine Bindungswirkung entfaltet.“¹⁵⁰

Ob das PSPP und die ihm zugrunde liegenden Beschlüsse den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV in der Sache genügten, ließ der Senat dagegen offen. Auch die Auslegung von Art. 123 AEUV durch die EZB und den Gerichtshof hielt er – trotz erheblicher Bedenken im Detail – für noch im Rahmen des methodisch Vertretbaren und daher nicht für willkürlich.¹⁵¹

Die Europäische Zentralbank hat ihre Beschlüsse zum PSPP am 3./4. Juni 2020 einigermaßen lustlos nachgebessert, Bundesregierung und Bundestag haben diese Nachbesserung nicht weniger lustlos für ausreichend befunden.¹⁵² Ein angedachtes Vertragsverletzungsverfahren hat die Kommission – wie schon nach dem Solange I-Beschluss 1975 – eingestellt.¹⁵³ Es hätte zu nichts geführt.

3. Bewertung

Auch wenn der Konflikt um das PSPP-Programm der EZB und die problematische Rolle des Gerichtshofs damit beigelegt ist; das strukturelle Problem einer unzureichenden Entfaltung der unionalen Kompetenzordnung bleibt. Dass es hier noch eine Menge Sprengstoff gibt, wenn sich der Gerichtshof dem auch um den Preis einer Selbstbescheidung widmet, mögen

¹⁵⁰ BVerfGE 154, 17 Rn. 154 ff. – PSPP.

¹⁵¹ BVerfGE 154, 17 Rn. 180 ff. – PSPP.

¹⁵² BVerfGE 158, 89 ff. – PSPP-Vollstreckungsanordnung.

¹⁵³ Vgl. mit tendenziösem Framing EuGRZ 2022, S. 169.

drei Beispiele zeigen: Das EMRK-Gutachten, das den primärrechtlichen Auftrag der Verträge in Art. 6 Abs. 2 EUV schlichtweg ignoriert, die die Bankenabgabe betreffende Rs. ICCREA,¹⁵⁴ die sich nicht nur über die Grenzen von Art. 114 und Art. 311 AEUV hinwegsetzt, sondern auch über das Regelwerk der SRM-Verordnung und des Übereinkommens vom 21. Mai 2014 über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge (Übereinkommen – IGA),¹⁵⁵ sowie das EUFSTA-Gutachten, dessen Kompetenzabgrenzung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten sich mit dem Wortlaut der Verträge kaum in Übereinstimmung bringen lässt.¹⁵⁶

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Die Rechtsstaatskrise in Polen und Ungarn und andere Krisen verdecken, dass der Gerichtshof der Europäischen Union in mancherlei Hinsicht nicht nur Teil der Lösung, sondern mitunter auch Teil des Problems ist. Es gibt jedenfalls Anhaltspunkte dafür, dass der Brexit auch auf die Unzufriedenheit selbst proeuropäischer Kräfte in Großbritannien mit der als zu aktivistisch, zentralistisch und nicht vorhersehbar empfundenen Rechtsprechung

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 3.12.2019 – C-414/18, ECLI:EU:C:2019:1036, Rn. 77ff. - Iccrea.

¹⁵⁵ BGBl II S. 1298.

¹⁵⁶ Vgl. EuGH, Gutachten 2/15 v. 16.5.2017, ECLI:EU:C:2017:376 – Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Singapur; BVerfGE 143, 65 Rn. 52 ff. – CETA Vorläufige Anwendung eA; 160, 208 Rn. 129, 195 – CETA – Vorläufige Anwendung.

aus Luxemburg und dem damit einher gehenden Kontrollverlust zurückzuführen ist.¹⁵⁷ In der Tat kann man etwa in der Rechtsprechung des *UK Supreme Courts* der letzten Jahre Belege finden,¹⁵⁸ die man als Ringen um eine verlässlichere vertikale Kompetenzverteilung in der Europäischen Union deuten kann und als eine – leider zu späte – Annäherung an die Rechtsprechung anderer Verfassungs- und Höchstgerichte, die die Luxemburger kompetenzielle Rechtsprechung schon länger konstruktiv-kritisch begleiten. Unvergessen ist dem Verfasser insoweit ein Ausspruch des früheren Chief Justice *Lord Neuberger*, der auf einem bilateralen Treffen mit dem Bundesverfassungsgericht im Frühjahr 2015 in diesem Sinne äußerte: „*We want to become as muscular as you are*“.

Angesichts der praktischen Unmöglichkeit, Fehlentwicklungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs mit Blick auf das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung durch den Vertragsgeber oder den unionalen Gesetzgeber zu korrigieren, erweisen sich allein die Verfassungs- und Höchstgerichte in der Lage, die Macht des Gerichtshofs und sein durchaus eigennütziges institutionelles Interesse als „Motor der Integration“ ein Stück weit zu begrenzen.¹⁵⁹

Checks and balances ergeben sich mit Blick auf die unionale Gerichtsbarkeit weniger aus der (theoretischen) Möglichkeit einer Vertragsänderung (Art. 48 EUV) oder den kaum weniger theoretischen Chancen von Europäischer Kommission, Rat und Europäischem Parlament, eine missliebige

¹⁵⁷ Vgl. etwa *Jochen Zenthöfer*, FAZ v. 4.5.2020, S. 16 unter Hinweis auf *Lars Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, 2019.

¹⁵⁸ High Court, Urt. v. 18.2.2002 – *Thoburn v. Sunderland City Council*, EWHC 195 (Admin), Abs.-Nr. 69; UK Supreme Court, Urt. v. 22.1.2014 – *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v. The Secretary of State for Transport*, UKSC 3, Abs.-Nr. 79, 207; Urt. v. 25.3.2015, *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, UKSC 19, Abs.-Nr. 54, 58, 72 bis 92.

¹⁵⁹ Näher *Peter M. Huber*, Warum der EuGH Kontrolle braucht, 2022.

Rechtsprechung des Gerichtshofs zu korrigieren, denn aus der – gegebenenfalls auch streitigen – Kooperation im Verfassungsgerichtsverbund.¹⁶⁰ Weil das „letzte Wort“ dabei definitionsgemäß in der Schwebe bleibt, kann der Gerichtshof die Position der Verfassungs- und Höchstgerichte der Mitgliedstaaten nicht systematisch ignorieren, wenn er seine Autorität und deren Folgebereitschaft nicht riskieren will. Vor allem wenn mehrere Verfassungs- und Höchstgerichte – möglicherweise sogar in engem zeitlichem Zusammenhang – unionsrechtliche Rechtsprechungslinien entwickeln, die letztlich auf den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und nicht auf dem Postulat einer imaginären Autonomie¹⁶¹ gründen, kann dies die Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht unberührt lassen.

Belege für eine fruchtbare Kooperation im Verfassungsgerichtsverbund, die durchaus zu einer Modifizierung der Rechtsprechung des Gerichtshofs führen kann, finden sich durchaus. So handelt es sich etwa bei den Entscheidungen des Gerichtshofs in den Rs. *Aranyosi und Căldăraru*¹⁶² oder *Taricco*¹⁶³ um den vorläufigen Abschluss eines längeren Klärungsprozesses mit dem Bundesverfassungsgericht bzw. der *Corte Costituzionale*, von dem

¹⁶⁰ Weiterführend *Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber/Rajko Knez/Ineta Ziemele*, *The Role of Constitutional Courts in the European Judicial Network*, EPL 27 (2021), S. 43 ff.

¹⁶¹ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 158 – EMRK-Beitritt II; EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 32 – Achmea; EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 109 f. – CETA; vgl. dazu auch *Wolfgang Weiß*, *Die externe Autonomie des Unionsrechts als Schranke für den Investitionsschutz, und weit darüber hinaus? – Zum CETA-Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden verfassungsrechtlichen Anforderung*, EuR 2020, S. 621 (626 ff.).

¹⁶² EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11, ECLI:EU:2013/107 – Melloni; sodann: BVerfGE 140, 317 ff. – Identitätskontrolle I; sodann: EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 – Aranyosi und Căldăraru.

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 5.12.2017 – C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 – Taricco II; sodann: Corte Costituzionale, Urt. v. 10.4.2018 – No. 24/2017, 115/2018 – Taricco II.

der europäische Verfassungsverbund insgesamt profitiert hat. Dabei handelt es sich zwar keineswegs um Einzelfälle;¹⁶⁴ sie alle aber betrafen Fragen des Grundrechtsschutzes, nicht der Kompetenzverteilung.

Für letztere tragen somit alle Mitglieder des Verfassungsgerichtsverbundes eine besondere Verantwortung. Für die Verfassungs- und Höchstgerichte gründet diese, über den eigenen Zuständigkeitsbereich im engeren Sinne hinausweisende, Mitverantwortung für das Ganze in ihrer (verfassungsrechtlichen) Integrationsverantwortung,¹⁶⁵ und für den Gerichtshof der Europäischen Union in Art. 19 EUV. Die ihnen aufgebene Kooperation ist anspruchsvoll, missbrauchsanfällig und natürlich auch abhängig von persönlichen Eitelkeiten. Kurzfristig kann sie für die Rechtssicherheit sogar abträglich sein; auf mittlere und lange Sicht aber ist sie im Interesse eines geordneten, nachhaltigen und allgemein akzeptierten Integrationsprozesses und der Sicherstellung eines Mindestmaßes an Kontrolle unverzichtbar.

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 14.10.2004 – C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 – Omega Spielhallen/OB Bonn; Urt. v. 12.6.2014 – C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756 – Digibet und Albers digibet; siehe weiter *Peter M. Huber*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 194 (232) m.w N. Fn. 301.

¹⁶⁵ Für Deutschland vgl. BVerfGE 134, 366 Rn. 44 ff. – OMT-Vorlage; 135, 317 Rn. 146 – ESM; 142, 123 Rn. 99 – OMT; 151, 202 Rn. 101 – Europäische Bankenunion; 152, 216 Rn. 67 – Recht auf Vergessen II; 158, 1 Rn. 71 – Ökotox-Daten.

Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn

Center for European Economic Law, University of Bonn

Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung:

Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M.

Prof. Dr. Matthias Herdegen

Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)

Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt

Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn

Telefon: 0228 / 73 95 59

Telefax: 0228 / 73 70 78

E-Mail: zew@uni-bonn.de

URL: www.zew.uni-bonn.de

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, *European Private Law*, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, *Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwältin beim Europäischen Gerichtshof*, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?*, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, *Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen*, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, *Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind*, 2006

- Nr. 157 Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008

- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010

- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruoff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011

- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012

- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012
- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschafts-steuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuering, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012
- Nr. 200 Sammelband: 22. Europa-Symposium – Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht
- Nr. 201 Roberth Rebhahn, Entwicklung im Arbeitsrecht der EU, 2012
- Nr. 202 Peter-Christian Müller-Graff, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union

- Nr. 203 Walter Bayer, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht
- Nr.204 Torsten Körber, Europäisches Kartellverfahren in der rechtspolitischen Kritik
- Nr. 205 Ulrich Schlie, Europa als Sicherheitspartner der Vereinigten Staaten - Perspektiven für NATO und EU sowie innerstaatliche Konsequenzen für politisches Handeln in Deutschland
- Nr. 206 Rüdiger Stotz, Effektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union
- Nr. 207 Viktoria Kickingger, Die fabel - hafte Welt des Aufsichtsrats
- Nr. 208 Jürgen Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, 2014
- Nr. 209 Peter Hilpold, Die Unionsbürgerschaft – Entwicklung und Probleme, 2014
- Nr. 210 Robert Rebhahn, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014
- Nr. 211 Winfried Tilmann, Das EU-Patent und das einheitliche Patentgericht – Meilensteine in der Entwicklung des Europäischen Rechts des geistigen Eigentums, 2014

- Nr. 212 Heike Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, 2013
- Nr. 213 Andreas Heinemann, Google als kartellrechtliches Problem? 2015
- Nr. 214 Matthias Ruffert, Europäische Währungspolitik als Herausforderung für das Recht, 2015
- Nr. 215 Christoph Kumpan, EU Vorgaben für related party transactions – Eine kritische Analyse der vorgeschlagenen Regelungen nach der Abänderung durch das Europäische Parlament, 2015
- Nr. 216 Bernt Hugenholtz, The future of Copyright Law in the Digital Single Market: extending the Satellite & Cable Directive to content services online, 2015
- Nr. 217 Johannes Laitenberger, Die Rolle des EU-Wettbewerbsrechts für die weitere Entwicklung und Vertiefung des EU-Binnenmarktes, 2016
- Nr. 218 Klaus Ferdinand Gärditz, Terrorbekämpfung im EU-Recht, 2016
- Nr. 219 Gregor Thüsing, Whistleblowing: deutsche und europäische Perspektiven, 2017

- Nr. 220 Karl-Philipp Wojcik, Bankenunion, Brexit und EU-Aufsicht über die Finanzmärkte: Wie verhindern wir die nächste Finanzkrise?, 2017
- Nr. 221 Oliver Mörsdorf, Der Entwurf einer Richtlinie für grenzüberschreitende Umwandlungen – Meilenstein oder Scheinriese?, 2018
- Nr. 222 Gregor Thüsing, Kirche und Europa: Zur Zukunft des kirchlichen Arbeitsrechts, 2018
- Nr. 224 Ulrich Kelber, Datenschutz: Europäische Herausforderung – Nationale Umsetzung, 2019
- Nr. 225 Matthias Lehmann, Lässt sich die Rechtsetzungsmethode der EU reformieren? Der Versuch eines Europäischen Wirtschaftsgesetzbuches, 2020
- Nr. 226 Akademische Feier und Symposium zum Gedächtnis an Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter, 2022