

# Konturen des kooperativen Verfassungspluralismus in Europa

von Sven Simon

*Das erste Vorlageverfahren des BVerfG an den EuGH kann im Ergebnis als Beispiel eines gelungenen „kooperativen Verfassungspluralismus“ in die Geschichte der europäischen Rechtsprechung eingehen. Im Kern geht es in der Rechtssache zunächst um zwei bekannte Problemkreise, die in dem folgenden Beitrag aufgegriffen werden. Es ging erneut um Argumentationselemente zur Ableitung der Ultra-vires-Lehre aus den demokratischen Teilhaberechten und um das Rangverhältnis bei der Klärung unionsrechtlicher Fragen. Schließlich wartete das deutsche Gericht mit einer Innovation auf, die – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Eilanträge in Sachen CETA – Wissenschaft und Praxis noch lange beschäftigen wird.*

*The European Court of Justice’s first preliminary ruling initiated by the German Constitutional Court can now find its place in the history of European jurisprudence as a successful example of “cooperative constitutional pluralism”. The proceedings concern two legal problems which this article will focus on. First, the constitutional court’s ruling addressed the foundations of the Ultra-Vires-Doctrine and the question of hierarchy of norms with regards to German constitutional law and the law of the European Union. Second, the German Court offered an innovation to its jurisprudence which – especially with a view to the “CETA”-proceedings – might be subject to substantial debate for both academia and practitioners in the near future.*

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Am 21. Juni 2016 hat das BVerfG sein lang erwartetes Urteil zum Beschluss des EZB-Rates vom 06. September 2012 (OMT-Beschluss) verkündet. Nach längerer Dramaturgie kann das erste Vorlageverfahren des deutschen Verfassungsgerichts im Ergebnis als Beispiel eines gelungenen „kooperativen Verfassungspluralismus“<sup>2</sup> in die Geschichte der europäischen Rechtsprechung eingehen. Die Konturen des „Kooperationsverhältnisses“ zwischen Karlsruhe und Luxemburg sind

- 1 Der Beitrag nimmt u. a. Bezug auf Simon, S.: Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, Tübingen, 2016 und erweitert dies um eine Bewertung der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG in der Rechtssache OMT, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016.
- 2 Ausführlich zum Begriff Mayer, F. C.: Verfassung im Nationalstaat, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 75 (2016), 7–64, hier 28 ff.

klarer geworden. Das Gericht beschäftigt sich im Kern zunächst mit zwei bekannten Problemkreisen, die in dem folgenden Beitrag aufgegriffen werden. Sie werden auch in Zukunft von Bedeutung sein, wie die Entscheidung über die Eilanträge in Sachen CETA<sup>3</sup> zeigt.

In der Rechtssache OMT ging es zum einen erneut um Argumentationselemente zur Ableitung der Ultra-vires-Lehre aus den demokratischen Teilhaberechten der Art. 20 Abs. 1 und 2 sowie Art. 38 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG. Zum anderen stellte sich nochmal die Frage nach dem Rangverhältnis bei der Klärung unionsrechtlicher Fragen, die gleichzeitig von der Verfassung geschützte Rechte betreffen. Und wenn das Gericht schließlich davon spricht, dass „(d)ie Verfassungsorgane (...) aufgrund der ihnen obliegenden Integrationsverantwortung die Verpflichtung (trifft), Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, die eine Identitätsverletzung bewirken oder einen Ultra-vires-Akt darstellen, entgegenzutreten“<sup>4</sup>, wartet es zudem mit Innovationen auf, die den Beleg dafür liefern, dass es sich bei seinem ersten Vorlagebeschluss eben nicht um eine „Wüstenwanderung“<sup>5</sup> handelte, die zu keiner Quelle führte, sondern um einen klar tenorierbaren Handlungsauftrag an die deutschen Verfassungsorgane und in diesem Fall auch an die Deutsche Bundesbank. Dass Handlungsanweisungen des BVerfG im Extremfall das konkrete Problem – hier der unbegrenzte Ankauf von Staatsanleihen durch ausländische Notenbanken oder die EZB – nicht lösen, kann dem Gericht nicht vorgeworfen werden.

## II. Verfassungsgerichtlicher Zugriff

Bezüglich des ersten Problemkreises formuliert das BVerfG denkbar klar: „Zur Sicherung seiner demokratischen Einflussmöglichkeiten im Prozess der europäischen Integration hat der Bürger grundsätzlich ein Recht darauf, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten nur in den vom Grundgesetz dafür vorgesehenen Formen der Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3, Art. 79 Abs. 2 GG erfolgt.“<sup>6</sup>

### 1. Kontrollaufgabe des BVerfG

Zur Beurteilung der Frage, worin die Kontrollaufgabe des BVerfG besteht und wo die Grenzen seines durch das Grundgesetz vorgegebenen Kontrollauftrages im

3 *BVerfG*, Urt. v. 13.10.2016, CETA-Eilantrag.

4 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, 3. Leitsatz.

5 So die abweichende Meinung von Richterin *Lübbe-Wolff*: *BVerfGE* 134, 366 ff. – OMT-Vorlagebeschluss, Rn. 23.

6 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, 1. Leitsatz.

europäischen Integrationsprozess verlaufen, sind zunächst die Ursprünge der rechtsdogmatischen Konstruktion seines Zugriffs auf die Materie in Erinnerung zu rufen.<sup>7</sup>

### *Ursprünge des Kontrollauftrags*

Einer „ursprünglich kühnen, inzwischen etablierten Rechtsprechung zufolge“<sup>8</sup> kann unter Berufung auf Art. 38 Abs. 1 GG die vertragsgesetzliche Abgabe von Hoheitsrechten an die Europäische Union von jedem einzelnen Bürger mit der Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG vor dem BVerfG angegriffen werden. Das Gericht beansprucht seit der Maastricht-Entscheidung eine eigene Prüfungskompetenz für die Situation der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Ebene der Europäischen Union, die dazu geeignet ist, das in Art. 38 Abs. 1 GG enthaltene Wahlrecht zu entleeren.<sup>9</sup> Jeder Bürger soll das Recht haben, mit der Verfassungsbeschwerde geltend zu machen, dass ein Hoheitsakt verfassungswidrig sei, weil er gegen den durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten unabänderlichen Verfassungskern verstoße.<sup>10</sup> Diese im Maastricht-Urteil erstmals vorgenommene und in weiteren Entscheidungen bestätigte und konkretisierte<sup>11</sup> Verbindung zwischen dem Wahlrecht in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG ist maßstabsbildend für die Rechtsprechungslinie des BVerfG zur europäischen Integration geworden. Den subjektiven Gehalt von Art. 38 Abs. 1 GG, der über die Aufnahme der Vorschrift in den Katalog des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG grundsätzlich anerkannt ist, hat das Gericht letztlich dahingehend interpretiert, dass die in Art. 23 Abs. 1 GG genannten Grundsätze gleichfalls rügefähig sind.<sup>12</sup>

### *Kritik des Schrifttums*

Diese Rechtsprechung sah sich von Anfang an erheblicher Kritik ausgesetzt.<sup>13</sup> Kern der Kritik ist die Subjektivierung des Demokratieprinzips, die aus dem

7 Siehe hierzu auch *Ludwigs, M.*: Der Ultra-vires-Vorbehalt des BVerfG: Judikative Kompetenzzmaßung oder legitimes Korrektiv?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 50/9 (2015), 537–543, hier 538 f. und *Simon, S.*, a. a. O., 97 ff.

8 Abweichende Meinung Richterin *Lübbe-Wolff*, a. a. O., Rn. 15.

9 *BVerfGE* 89, 155 (171 f.) – Maastricht.

10 *BVerfGE* 123, 267 ff. – Lissabon.

11 Vgl. nur *BVerfGE* 123, 267 (330 ff., 340 ff.) – Lissabon; 129, 124 (167 ff.) – EFSF.

12 Vgl. näher dazu *Simon, S.*, a. a. O., 98 f.

13 Anschaulich die Kontroverse zwischen *Murswiek* und *Schönberger*, siehe *Murswiek, D.*: Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, in: *Juristenzeitung*, 65/14 (2010), 702–708 sowie *Schönberger, C.*: Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht: Zu Dietrich Murswiek *JZ* 2010, 702, in: *Juristenzeitung*, 65/23 (2010), 1160–1164; vgl. zur aktuellen Diskussion stellvertretend *Tomuschat, C.*: Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 12.09.2012 –BvR 1390/122 – u. a. – Verhinderung der Ratifikation

Grundgesetz dogmatisch nicht hergeleitet und begründet werden könne. Das BVerfG habe im Kontext der europäischen Integration „die Unterscheidung zwischen staatsorganisationsrechtlicher Frage und individualrechtlicher Rüge völlig aufgegeben“<sup>14</sup>. „Jedermann“ könne seine demokratischen Beteiligungsrechte geltend machen und damit eine vollständige Überprüfung der Zustimmungsgesetze und der darauf beruhenden Handlungen von Organen der Union durch das BVerfG veranlassen. Die aus dem deutschen Grundrechtsschutz bekannte „Subjekt-Objekt-Verknüpfung“ führe dazu, dass ein Antragsteller „nicht mehr nur seine eigenen subjektiven Rechte, sondern jeden objektiv-verfassungsrechtlichen Einwand gegen den Integrationsprozess richten“<sup>15</sup> könne, soweit das Demokratieprinzip – und damit der änderungsfeste Verfassungskern – vom gerügten Verfahrensgegenstand betroffen sei.<sup>16</sup>

### *Reaktion des BVerfG*

Das BVerfG hat das Urteil zu Griechenlandhilfe und Europäischer Finanzstabilisierungsfazilität zum Anlass genommen, die Kritik zurückzuweisen. In ungewohnt dialogischer Form antwortet das Gericht auf die im Schrifttum geäußerten Einwände.<sup>17</sup> Hinter der Rechtsprechung des BVerfG steht letztlich ein aus seiner Sicht „spezifisches deutsches Demokratiekonzept“<sup>18</sup>, das darauf hinausläuft, in der Gewährleistung des Demokratieprinzips und der Volkssouveränität in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG den in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) wurzelnden Anspruch auf politische Selbstbestimmung zu sehen. *Peter M. Huber* begründet diese „besondere Konzeption der Demokratie in Deutschland“ historisch. Sie sei „eine Konsequenz der spezifisch deutschen ‚Juridifizierung‘ von Politik“. Demokratie in Deutschland sei „eben nicht nur das Ringen um politische Mehrheiten, sondern auch Problembewältigung mit Hilfe des Rechts.“<sup>19</sup>

von ESM-Vertrag und Fiskalpakt überwiegend erfolglos, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 127/22 (2012), 1431–1434.

14 *Möllers, C.*: Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt, M./Lepsius, O./Möllers, C./Schönberger, C. (Hg.): Das entgrenzte Gericht, Berlin, 2011, 281–422, hier 407.

15 *Ibid.*, hier 404.

16 *Simon, S.*, a. a. O., hier 102 f.

17 *BVerfGE* 129, 124 (167 ff.) – EFSF.

18 *Huber, P. M.*: Das Verständnis des Bundesverfassungsgerichts vom Kompetenzgefüge zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, in: Möllers, J./Zeitler, F.-C. (Hg.): Europa als Rechtsgemeinschaft: Währungsunion und Schuldenkrise, Tübingen, 2013, 229–259, hier 236.

19 Alle drei Zitate *ibid.*, 237 mit Hinweis auf *Kant, I.*: Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, in: Weischedel, W. (Hg.): Werke in Zwölf Bänden, Bd. 8 v. 1797, 13. Aufl., Frankfurt a. M., 2003, hier 642: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“

*Verbindung von Wahlrecht und Demokratieprinzip*

Im Kern überwacht das BVerfG die Einhaltung der in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsätze jedenfalls auch dann, wenn die Überprüfung auf Antrag eines Bürgers oder einer Bürgerin erfolgen soll. Über diese Vorgehensweise versucht sich das Gericht aus dem Dilemma zu befreien, das durch die grundgesetzliche Vorgabe entstanden ist, bei der europäischen Integration mitzuwirken, ohne dadurch undemokratische oder grundrechtswidrige Zustände entstehen zu lassen (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und 3 GG).<sup>20</sup> Die dogmatisch naheliegende Herleitung der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde müsste normativ über Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 sowie Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG erfolgen. Bei den Staatsstrukturmerkmalen in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG handelt es sich zwar um nach Art. 79 Abs. 3 GG unveränderbare Grundsätze, einen individuell einklagbaren Anspruch darauf sieht das Grundgesetz aber unmittelbar nicht vor. Die in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Staatsstrukturmerkmale finden sich nicht in den möglichen Beschwerdegründen für die Verfassungsbeschwerde. Deshalb lässt sich die Beschwerdebefugnis dogmatisch nur über die Hilfskonstruktion des Art. 38 GG herleiten.

Diese Herleitung ist aufwendig, weil das BVerfG die objektiven Verfassungsmerkmale zu subjektiven Rechten werden lässt. Soweit ist den Kritikern zuzustimmen. Die Verbindung von Wahlrecht und Demokratieprinzip lässt sich aber über Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GG tatsächlich herstellen.<sup>21</sup> Denn das in Art. 38 GG enthaltene subjektive Wahlrecht setzt das objektive demokratische Institutionengefüge notwendig voraus. Eine Regelung, die dazu führt, dass der Bundestag an Rechten vollkommen entleert wird, verletzt nicht nur das objektiv-rechtliche Demokratieprinzip, sondern zugleich auch das subjektiv-rechtliche Wahlrecht. Unabhängig von der Frage, ob der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert ist<sup>22</sup> und der subjektive Anspruch des Bürgers aus der Verbindung von Demokratieprinzip und Menschenwürde herrührt, ist der Einsicht des BVerfG zumindest insofern zu folgen, dass das Wahlrecht dann seine Bedeutung verliert, wenn es nur mehr dazu genutzt werden kann, ein Parlament zu wählen, das keine Kompetenzen mehr hat; das Wahlrecht also zu einer leeren Hülse verkümmert. Der Gedanke der

20 Vgl. Möllers, C., a. a. O. hier 404.

21 Vgl. hierzu insbesondere Gärditz, K. F.: Beyond Symbolism: Towards a Constitutional *Actio Popularis* in EU Affairs?, in: German Law Journal, 15/2 (2014), 183–202, hier 188 f., und Simon, S., a. a. O., hier 106 ff.

22 So BVerfGE 123, 267 (341) – Lissabon.

Wahl, nach dem der Mensch als politisch selbstbestimmtes Wesen auch sein politisches Schicksal bestimmen kann, wäre sinnentleert, wenn der Bürger Abgeordnete in ein Parlament wählt, die nichts zu entscheiden haben.<sup>23</sup> Von der politischen Selbstbestimmung bleibt dann nämlich nichts übrig. Die zentrale Erkenntnis, dass es nicht nur das formale Ankreuzen des Stimmzettels ist, sondern dass „Wählen auch zählen muss“<sup>24</sup>, führt über das Wahlrecht zu einer prozessualen Subjektivierung des Demokratieprinzips. Das Wahlrecht zu einem Deutschen Bundestag, der sämtlicher substanzieller Kompetenzen „entkleidet“ wäre, müsste vom Wähler als „Farce“ empfunden werden.<sup>25</sup> Art. 38 GG subjektiviert also einen Teil des Demokratieprinzips und macht es so „verfassungsbeschwerdefähig“.<sup>26</sup>

Das BVerfG bedient sich damit übrigens eines Kunstgriffs, der ursprünglich vom EuGH entwickelt wurde.<sup>27</sup> Der Gerichtshof hatte die subjektiven Rechte gestärkt, um den Bürger zur dezentralen Durchsetzung des Unionsrechts durch Individualrechtsschutz zu befähigen. Die Neuerung in *Van Gend & Loos*<sup>28</sup> lag vor allem darin, dass die vier Grundfreiheiten, die im Vertrag als verbindliche Vorgaben formuliert waren, welche durch Gesetzgebung verwirklicht werden sollten, als unmittelbar geltende subjektive Rechte der privaten Wirtschaftsakteure interpretiert wurden, die diese vor den nationalen Gerichten gegen ihre Staaten einklagen können.<sup>29</sup>

### *Zwischenergebnis*

Als Zwischenergebnis lassen sich zwei zentrale Elemente der Rechtsprechung des BVerfG, nämlich ein individuelles grundrechtsgleiches Recht auf demokratische Teilhabe und die Kompetenz des Gerichts, ein „Hüter“ dieses Grundrechts zu sein, nachvollziehbar begründen. Es handelt sich bei dem in Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG geschützten Demokratieprinzip nicht nur um einen objektivrechtlichen Verfassungsgrundsatz, sondern auch um einen subjektiven Anspruch des Bürgers aus der Verfassung. Zum Ausdruck kommt dies in Art. 38 GG.

23 Simon, S., a. a. O., hier 106.

24 Huber, P. M.: Vortrag bei L'État, c'est quoi? Staatsgewalt im Wandel: 54. Assistententagung Öffentliches Recht, 11.-15.02.2014 in Graz, v. 13.02.2014.

25 Cremer, H.-C.: Rügbarkeit demokratiewidriger Kompetenzverschiebungen im Wege der Verfassungsbeschwerde?, in: Neue Justiz, 49/1 (1995), 5–7, hier 7.

26 *Ibid.*

27 Vgl. Gärditz, K. F./Hillgruber, C.: Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen: Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: Juristenzeitung, 64/18 (2009), 872–881, hier 872; Simon, S., a. a. O., hier 109.

28 EuGH, Rs. 26/62, van Gend&Loos, Slg. 1963, 1.

29 Grimm, D.: Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie, in: Franzius, C./Mayer, F. C./Neyer, J. (Hg.): Grenzen der europäischen Integration: Herausforderung für Recht und Politik, Bd. 3, Baden-Baden, 2014, 27–50, hier 38.

Darin enthalten ist das subjektive grundrechtsgleiche Recht auf Teilnahme an der Wahl des Deutschen Bundestages, welches seinerseits Demokratieprinzip und Wahlrecht im Sinne eines schutzverstärkenden *status activus processualis*<sup>30</sup> zu einem individuellen Recht auf Teilhabe an der demokratischen Selbstbestimmung des Volkes verbindet.<sup>31</sup> Die in der Literatur geäußerte Kritik daran kann sich zwar auf den Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 GG berufen, der nichts anderes regelt als das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag.<sup>32</sup> Allerdings kann das in Art. 38 Abs. 2 GG enthaltene subjektive Wahlrecht nicht losgelöst vom Demokratieprinzip gesehen werden. Der Bürger hat das Wahlrecht, um gleichberechtigt an der demokratischen Legitimation der öffentlichen Gewalt mitzuwirken. Also kann er in diesem Recht verletzt werden, wenn die vom Grundgesetz unabänderlich vorgegebenen Prinzipien demokratischer Legitimation entweder ganz beseitigt oder in einer solchen Weise gestört werden, dass dies mit Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG nicht vereinbar ist.

## 2. Konsequenz für den materiellen Prüfungsanspruch des BVerfG

Von der Zulässigkeitsfrage zu unterscheiden ist die Frage, wie weit das BVerfG im Rahmen einer zulässigen Verfassungsbeschwerde den Prüfungsmaßstab in der Begründetheitsprüfung erstreckt. Denn die Funktion von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG erschöpft sich darin, ein subjektives Abwehrrecht gegenüber Beeinträchtigungen des unantastbaren Kerns des in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Demokratieprinzips zu begründen und so dem Gericht die Prüfungskompetenz zu eröffnen.<sup>33</sup> Die Frage, welche Kompetenzen die zuständigen Organe auf eine andere Ebene übertragen dürfen und wie das BVerfG mit einer Situation umzugehen hat, in der nicht übertragene Kompetenzen in Anspruch genommen werden, ist materiell-rechtlich davon zu unterscheiden. Das BVerfG hätte die Verfassungsbeschwerde in den konkret zu entscheidenden Fällen (Maastricht, Lissabon, ESM und auch OMT) auch als unzulässig abweisen können, wenn es davon ausgegangen wäre, dass von

30 Häberle, P.: Grundrechte im Leistungsstaat: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 30 (1972), 43–132, hier 86 ff.

31 Gärditz, K. F./Hillgruber, C., a. a. O., hier 872.

32 Vgl. etwa zum Maastricht-Urteil *Tomuschat, C.*: Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 20/20-21 (1993), 489–496, hier 491; zum Lissabon-Urteil *Schönberger, C.*: Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot: Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat, 48/4 (2009), 535–558, hier 539.

33 Ähnlich *Bogdandy, A.*: Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung: Gängige Missverständnisse des Maastricht-Urteils und deren Gründe, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 83/3-4 (2000), 284–297, hier 287.

einem „Totalverlust der Bedeutung des Bundestages“ – und damit des Wahlrechts – „schon im Ansatz nicht die Rede sein“<sup>34</sup> kann. Dies zu klären ist aber grundsätzlich eine Frage der materiell-rechtlichen Prüfung und keine Frage der Zulässigkeit.

### III. Erweiterung des verfassungsgerichtlichen Zugriffs im OMT-Verfahren

Die Beurteilung der Vorgehensweise der EZB in der Rechtssache OMT stellte das BVerfG zusätzlich vor ein neues Problem. Die Konstellation bei Maßnahmen im Bereich der Europäischen Währungsunion ist insofern besonders, als für Entscheidungen im Rahmen der Geldpolitik ausschließlich die EZB zuständig ist. Die Geldpolitik für die Länder, deren Währung der Euro ist, legt der EZB-Rat verbindlich fest. Eine Umsetzung der unionalen Entscheidung erfolgt nicht. Es ergab sich somit die Frage, was eigentlich der Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist.

#### 1. Unterlassen deutscher Staatsorgane als Beschwerdegegenstand

Eigentlicher Gegenstand des OMT-Verfahrens vor dem BVerfG ist der OMT-Beschluss. Das BVerfG ist sich aber bewusst, dass dieser Beschluss – unabhängig von der Frage der normativen Qualität<sup>35</sup> des Ankaufs von Staatsanleihen bzw. der Ankündigung dieses Vorgangs – grundsätzlich kein zulässiger Verfahrensgegenstand vor dem BVerfG sein kann,<sup>36</sup> weil es keine Jurisdiktionsgewalt über Unionsorgane hat. Die Verfassungsbeschwerden waren dementsprechend unzulässig, soweit sie sich gegen den Beschluss der EZB über das OMT-Programm richteten.<sup>37</sup> „Bei verständiger Würdigung ihrer Anträge“<sup>38</sup> haben sich die Beschwerdeführer der Verfassungsbeschwerden und die Antragstellerin des Organstreitverfahrens deshalb zum einen gegen die Mitwirkung der Deutschen Bundesbank an der Umsetzung des Beschlusses und zum anderen dagegen gewandt, dass die Bundesregierung und der Deutsche Bundestag in Ansehung dieses Beschlusses untätig geblieben sind.

Das BVerfG ist der Auffassung, dass der Bundestag und die Bundesregierung einen Ultra-vires-Akt durch Organe der Europäischen Union „nicht einfach

34 *Bryde, B.-O.*: Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, 1993, hier 5. Allein Normenkontrolle oder Organstreitverfahren wären zulässig gewesen.

35 *Klement, J. H.*: Der Euro und seine Demokratie: Zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.01. und 18.03.2014, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 29/2 (2014), 169–196, hier 189.

36 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, Rn. 95 ff. – OMT; *Gärditz, K. F.*, a. a. O., 191.

37 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, Rn. 95 ff. – OMT.

38 Zur Kritik daran siehe *Heun, W.*: Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung: Der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14.01.2014, in: *Juristenzeitung*, 69/7 (2014), 331–337, hier 331.

geschehen lassen“<sup>39</sup>, sondern aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verpflichtet sind, „etwas dagegen zu unternehmen“<sup>40</sup>. Der Wahrung dieser Integrationsverantwortung diene unter anderem der besondere Gesetzesvorbehalt des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG.<sup>41</sup> Über die Einhaltung des Integrationsprogramms hätten Bundestag und Bundesregierung zu wachen. Bei „offensichtlichen und strukturell bedeutsamen“ Kompetenzverstößen durch EU-Organe hätten sie nicht nur Mitwirkungs- und Umsetzungsmaßnahmen zu unterlassen, sondern gegebenenfalls „aktiv auf die Einhaltung des Integrationsprogramms hinzuwirken“. Wäre das Handeln der EZB ein Kompetenzverstoß von der vom BVerfG im Vorlagebeschluss zunächst angenommenen Bedeutung, ergäben sich insofern aus der Integrationsverantwortung Handlungspflichten der deutschen Verfassungsorgane, die im Wege der Verfassungsbeschwerde bzw. eines Organstreitverfahrens durchsetzbar sind.

#### *Abwehrende Bedeutung der Integrationsverantwortung*

Die Möglichkeit einer auf Art. 38 Abs. 1 GG gestützten Ultra-vires-Rüge wurde in der Rechtssache OMT erstmalig genutzt. Daneben stellt die Annahme, dass grundsätzlich nicht nur Kompetenzübertragungsakte deutscher Bundesorgane, sondern – bei hinreichend qualifizierten Übergriffen der Europäischen Union – auch eine bloße Untätigkeit des Bundestages angegriffen werden kann, um eine Weiterentwicklung<sup>42</sup> der bisherigen Judikatur dar.<sup>43</sup> Bislang hatte das BVerfG auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG für Bundestag und Bundesrat lediglich eine Integrationsverantwortung bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Ebene der Europäischen Union begründet. Eine darüberhinausgehende Funktion hatte das Gericht dem Bundestag nicht zugeordnet. Mit der Entscheidung vom 14. Januar 2014 hat sich dies geändert. Der Idee der Integrationsverantwortung wird eine abwehrende Bedeutung zugeschrieben. Nach den Ausführungen in der OMT-Entscheidung ist davon auszugehen, dass das Gericht in Zukunft von einem „schutzpflichtähnlichen Anspruch“ ausgehen wird. Die Integrationsverantwortung verpflichte die Verfassungsorgane, den grundrechtlichen Schutzpflichten nicht unähnlich, sich dort schützend und fördernd vor die durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in

39 *BVerfGE* 134, 366(394) – OMT-Vorlagebeschluss.

40 *Klement, J. H.*, a. a. O., 189.

41 *BVerfGE* 134, 366(395 ff.) – OMT-Vorlagebeschluss.

42 *Ukrow, J.*: Von Luxemburg lernen heißt Integrationsgrenzen bestimmen, in: *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 17/2 (2014), 119–139, hier 127 ist der Meinung, es handle sich nicht um eine Weiterentwicklung, sondern eine Abkehr von der bisherigen Judikatur des BVerfG; vgl. dazu auch *Hillgruber, C.*: Die verfassungsprozessuale Dimension des Outright Monetary Transactions (OMT)-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: *Juristische Arbeitsblätter*, 46/8 (2014), 635–368, hier 637 f.

43 Vgl. dazu *Simon, S.*, a. a. O., hier 219.

Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Rechtspositionen des Einzelnen zu stellen, wo dieser nicht selbst für ihre Integrität sorgen könne.<sup>44</sup> Wie eine grundrechtliche Schutzpflicht kann sich nach Auffassung des BVerfG auch die Integrationsverantwortung unter bestimmten rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zu einer konkreten Handlungspflicht verdichten.<sup>45</sup>

### *Kritik*

Diese Neuerung im OMT-Vorlagebeschluss ist von den abweichenden Meinungen scharf angegriffen worden. Richterin *Lübbe-Wolff* führt in ihrem abweichenden Votum aus, die Frage, wie Bundestag und Bundesregierung auf Kompetenzüberschreitungen der Union zu reagieren haben, sei „nicht sinnvoll im Sinne der Auferlegung bestimmter positiver Handlungspflichten verregelbar.“<sup>46</sup> Nach Ansicht von Richter *Gerhardt* besteht hinsichtlich der Frage, ob und von welchem Gewicht ein Kompetenzverstoß vorliege, ein „politisches Ermessen“ der Verfassungsorgane. Verlange man mit dem Senat eine objektiv gegebene Kompetenzüberschreitung, werde dieses Ermessen einem „diesem unangemessenen rechtlichen Maßstab unterworfen.“<sup>47</sup> Die Entscheidung darüber, wie die Bundesrepublik Deutschland auf Souveränitätsverletzungen reagiere, stehe grundsätzlich im politischen Ermessen der zuständigen Verfassungsorgane, namentlich der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages. Ausschließlich sie selbst hätten zunächst darüber zu befinden, ob ein Völkerrechtsverstoß vorliege und welches Gewicht ihm gegebenenfalls beizumessen sei.

### *Stellungnahme*

In der Kontinuität der Rechtsprechung des BVerfG ist es zunächst folgerichtig, Ultra-vires-Akte grundsätzlich als taugliche Gegenstände einer Verfassungsbeschwerde in Betracht zu ziehen.<sup>48</sup> Insbesondere in Fällen unionsunmittelbaren Handelns stellt sich darüber hinaus die Frage, ob das Unterlassen des Bundestages bzw. der Bundesregierung ein zulässiger Beschwerdegegenstand sein kann. Das Unterlassen eines Staatsorgans kann grundsätzlich nur dann zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht werden, wenn sich aus dem Grundgesetz eine Handlungspflicht des Staates ableiten lässt, deren Missachtung behauptet wird.<sup>49</sup>

44 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, Rn. 166 – OMT.

45 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, Rn. 172 – OMT.

46 Abweichende Meinung Richterin *Lübbe-Wolff*, a. a. O., Rn. 49.

47 Abweichende Meinung Richter *Gerhardt*: *BVerfGE* 134, 366 ff. – OMT-Vorlagebeschluss.

48 Vgl. dazu *Simon*, S., a. a. O., hier 221 ff.

49 *Peterek, J.*: Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht gegen Maßnahmen im Zusammenhang mit der „Eurorettung“, in: Becker, Y./Lange, F. (Hg.): *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 3, Berlin, 2014, 553–582, hier 560; mit Hinweis auf *BVerfGE* 46, 160 (164 f.) – Schleyer.

Echtes gesetzgeberisches Unterlassen sah das BVerfG bislang nur dann als gegeben an, wenn ein ausdrücklicher Auftrag des Grundgesetzes besteht, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen bestimmt.<sup>50</sup> Das BVerfG hat solche Handlungspflichten aus den Grundrechten hergeleitet und den Staat verpflichtet, sich dort schützend und fördernd vor die betroffenen Interessen des Einzelnen zu stellen, wo dieser nicht selbst für ihre Integrität sorgen kann. Wenn die Existenz von Schutzpflichten für die Grundrechte der Art. 1 bis 19 GG anerkannt ist, kann für das grundrechtsgleiche Recht des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG nichts grundlegend anderes gelten.<sup>51</sup>

Dem schutzpflichtähnlichen Anspruch des wahlberechtigten Bürgers steht auch nicht entgegen, dass dem Grundgesetz in der Regel keine konkreten Handlungsanweisungen zu entnehmen sind.<sup>52</sup> Konkrete Anforderungen an die Art und das Maß des gebotenen Schutzes lassen sich den Grundrechten regelmäßig nicht entnehmen.<sup>53</sup> Die Tatsache, dass den zuständigen (Verfassungs-)Organen ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, ändert nichts daran, dass grundsätzlich eine Schutzpflicht besteht. Eine Verletzung der Schutzpflicht liegt freilich erst dann vor, wenn überhaupt keine Schutzvorkehrungen getroffen werden, die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben. Bestehende Risiken sind in die Erwägungen der zuständigen (Verfassungs-)Organe einzubeziehen und letztlich politisch zu verantworten.

Wenn der Bundestag bei Ablehnung einer zumindest möglich erscheinenden Handlungspflicht mit einfacher Mehrheit faktisch eine Situation aufrechterhalten könnte, die er nach dem Grundgesetz nur mit Zweidrittelmehrheit (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 2 GG) und nur im Zusammenspiel mit anderen Verfassungsorganen überhaupt hätte herbeiführen können, ist die Ultra-vires-Situation identisch mit dem Moment der Kompetenzübertragung.<sup>54</sup> Die grundsätzliche Verneinung einer Handlungspflicht und die Bejahung eines „politischen Ermessens“ im Bereich der Zulässigkeit würde „die Möglichkeit zur Umgehung verfassungs-

50 *BVerfGE* 56, 54 (70) – Fluglärm; 55, 37 (53) – Bremer Modell; 59, 360 (375 f.) – Schülerberater.

51 *Simon, S.*, a. a. O., hier 222.

52 *BVerfG*, Urt. v. 21.06.2016, Rn. 168 – OMT.

53 Vgl. *BVerfGE* 92, 26 (46) – Zweitregister; 96, 56 (64) – Vaterschaftsauskunft; 117, 202 (227) – Vaterschaftsfeststellung; 125, 39 (79) – Adventssonntage.

54 *Gött, H.*: Die ultravires-Rüge nach dem OMT-Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: *Europarecht*, 5 (2014), 514–541, hier 525.

rechtlich vorgeschriebener Verfahren, Beteiligungen und Formen<sup>55</sup> eröffnen. Die Anerkennung einer Handlungspflicht aus der Integrationsverantwortung kann einer solchen Umgehung entgegenwirken. Schließlich wäre es widersprüchlich, wenn der Bundestag auf der einen Seite aufgrund seiner Integrationsverantwortung die Pflicht hat, „bei der Übertragung von Kompetenzen auf die EU seinen Einfluss etwa dann sicherzustellen, wenn die EU im Verfahren nach Art. 48 Abs. 6 und 7 EUV ihre Kompetenzen in *rechtmäßiger* Weise erweitert, dies auf der anderen Seite aber nicht der Fall sein soll, wenn die EU ihre Kompetenzen ohne vorherige Kompetenzübertragung<sup>56</sup> in möglicherweise *rechtswidriger* Weise überschreitet.<sup>57</sup> Vor diesem Hintergrund ist eine „staatliche Schutzpflicht denkbar, wenn die Substanz des Wahlrechts von dritter Seite – etwa von Organen der Europäischen Union – bedroht oder beeinträchtigt wird“<sup>58</sup>. In evidenten<sup>59</sup> Ausnahmefällen ist eine das Parlament in Pflicht nehmende erfolgreiche „Untätigkeits-Verfassungsbeschwerde“ zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen.

## 2. Ultra-vires-Prüfung im vorbeugenden Rechtsschutz

In prozessualer Hinsicht stellte sich im OMT-Verfahren ferner das Problem, dass der OMT-Beschluss – gegen den Bundestag und Bundesregierung hätten vorgehen sollen – noch gar nicht (außen-)wirksam zustande gekommen war.<sup>60</sup> Im Rahmen des OMT-Programms ist es nie zu einem Ankauf von Staatsanleihen gekommen. Die EZB hat das OMT-Programm lediglich angekündigt. Der EZB-Rat beabsichtigt, dies zu tun, sofern die Anleihekäufe aus „geldpolitischer Sicht geboten sind und solange die mit den Programmen verbundene Konditionalität vollständig erfüllt ist.“<sup>61</sup> Deshalb wurde bezweifelt, dass die Verfassungsbeschwerde einen tauglichen Beschwerdegegenstand i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG hatte und die Vorlage mangels Vorlagegegenstand i. S. d. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV unzulässig war.<sup>62</sup> Das BVerfG ließ die Ankündigung der EZB ausreichen, um einen beschwerdefähigen Eingriff in Art. 38 GG im Sinne eines vorbeugenden Rechtsschutzes anzunehmen.<sup>63</sup> Und tatsächlich dient der vorbeu-

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 Simon, S., a. a. O., hier 223.

58 Peterek, J., a. a. O.

59 BVerfGE 56, 54 (80) – Fluglärm; vgl. auch BVerfGE 77, 170 (214 f.) – Lagerung chemischer Waffen; 92, 26 (46) – Zweitregister.

60 Vgl. dazu Simon, S., a. a. O., hier 223 ff.

61 EZB: Technical features of Outright Monetary Transactions, Pressemitteilung, v. 06.09.2012.

62 So Pernice, I.: Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxemburg, Verfassungsblog, v. 10.02.2014, siehe unter <http://www.verfassungsblog.de/karlsruhe-wagt-schritt-nach-luxemburg-2>.

63 BVerfGE 134, 366(391) – OMT-Vorlagebeschluss.

gende Rechtsschutz im Verfassungsrecht zur Vermeidung nicht mehr korrigierbarer Folgen.<sup>64</sup> Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das BVerfG sowohl im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens als auch im Rahmen eines Organstreitverfahrens einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Zwar ist der Vollzug des OMT-Beschlusses noch nicht erfolgt, der grundsätzliche Beschluss des EZB-Rates hat deshalb noch keine Außenwirkung. Es ist aber zutreffend, dass ein konkreter Beschluss zum Ankauf von Staatsanleihen kurzfristig erfolgen kann und von diesem nicht mehr korrigierbare Folgen ausgehen können. Die Zulässigkeit im Rahmen des vorbeugenden Rechtsschutzes ist deshalb zu bejahen.

### 3. Rügbarkeit demokratiewidriger Kompetenzverschiebungen

Erneute Schwierigkeiten bereitet die Begründung der Beschwerde- bzw. Antragsbefugnis in Ultra-vires-Verfahren. Wie bereits dargestellt, ist grundsätzlich streitig, ob es systematische Gründe dafür gibt, dass Art. 38 GG einen subjektiven Anspruch auf Beachtung des objektiv-rechtlichen Demokratieprinzips vermittelt. Im Rahmen der Ultra-vires-Beschwerde stellt sich zusätzlich die Frage, ob der bezüglich der Identitätskontrolle bejahte subjektive Anspruch auch für eine potenzielle Ultra-vires-Situation gilt, in der die Verfassungsidentität nicht betroffen ist. Seinen ersten Vorlagebeschluss an den EuGH hat das BVerfG genutzt, um zu verdeutlichen, dass es ihm bei der Ultra-vires-Kontrolle nicht allein um den Schutz der Verfassungsidentität des Grundgesetzes geht. Eine Verfassungsbeschwerde gegen Handlungen der Unionsorgane ist aus der Sicht der Senatsmehrheit auch dann zulässig, wenn der in Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Identitätskern der Verfassung *nicht* berührt ist.<sup>65</sup>

#### *Kritik*

Auch diese Vorgehensweise der Senatsmehrheit weist nach Auffassung der Richterin und des Richters mit abweichender Meinung<sup>66</sup> im OMT-Vorlagebeschluss in mehrfacher Hinsicht über die bisherigen Rechtsprechungslinien des BVerfG in Verfassungsbeschwerdeverfahren zur Kontrolle des europäischen Integrationsprozesses hinaus. Bislang habe das BVerfG lediglich über Verletzungen der Verfas-

<sup>64</sup> Vgl. dazu *Simon, S.*, a. a. O., hier 224.

<sup>65</sup> Näher dazu *ibid.*, hier 225 ff.

<sup>66</sup> Vgl. abweichende Meinungen der Richterin *Lübbe-Wolff* und des Richters *Gerhardt*: *BVerfGE* 134, 366 ff. – OMT-Vorlagebeschluss.

sungsidentität nach Art. 79 Abs. 3 GG durch Entleerung der Rechte des Bundestages unter Berufung auf Art. 38 Abs. 1 GG entschieden.<sup>67</sup> Was die abermalige Ausdehnung der verfassungsrichterlichen Aufsichtskompetenz bezüglich potenzieller Ultra-vires-Handlungen der Unionsorgane betreffe, handele es sich um eine Grenzüberschreitung richterlicher Kompetenz.<sup>68</sup> Während die Ultra-vires-Rüge mit Grundrechtsbezug noch „durch die konkrete Betroffenheit des Beschwerdeführers im Hinblick auf einen unional determinierten deutschen Rechtsakt im Einzelfall gekennzeichnet war“, so die Kritik, löse sich die im OMT-Vorlageverfahren gewählte Konstruktion hiervon vollständig und rekuriere allein auf die abstrakte Rechtsstellung des Wahlbürgers im Hinblick auf Kompetenzverluste „seines“ Staates bzw. „seines“ Parlaments.<sup>69</sup> Wenn das BVerfG als einzige Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde das aktive Wahlrecht in Deutschland ausreichen lasse, ohne dass die Verfassungsidentität gemäß Art. 79 Abs. 3 GG berührt sein müsse, führe dies zu einem umfassenden Klagerecht gegen alle möglichen Handlungen der EU. Mit der Zulassung einer allgemein auf die Behauptung einer Verletzung von Art. 38 Abs. 1 GG gestützten Ultra-vires-Kontrolle werde ein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch vom „Charakter einer Popularklage“<sup>70</sup> geschaffen, den das Grundgesetz nicht kenne. Damit überschreite das Gericht die ihm durch Gewaltenteilungsgrundsatz und Demokratieprinzip im Grundgesetz vorgegebene Grenze.<sup>71</sup>

### *Stellungnahme*

Mit Art. 20 Abs. 2 GG wäre es nicht vereinbar, wenn in Deutschland öffentliche Gewalt ausgeübt wird, die nicht auf einer vom Grundgesetz erlaubten und parlamentarisch bewilligten Übertragung von Hoheitsrechten beruht.<sup>72</sup> Entgegen der von der abweichenden Meinung geübten Kritik ist jede nicht demokratisch legitimierte Ausübung öffentlicher Gewalt mit dem unabänderlichen Demokratieprinzip unvereinbar und jedenfalls bei struktureller Bedeutung die Verfassungsidentität beeinträchtigt (zumindest, sofern sie sich nicht – wie die Unabhängigkeit einer

67 Vgl. *BVerfGE* 129, 124 (167 ff.) – EFSF; 132, 195 (234 ff.) – ESM.

68 Abweichende Meinung Richterin *Lübbe-Wolff*, a. a. O., insbesondere Rn. 1, 16; abweichende Meinung Richter *Gerhardt*, a. a. O., insbesondere Rn. 6; vgl. ferner die massive Kritik bei *Heun, W.*, a. a. O., 331 sowie *Mayer, F. C.*: *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in: *German Law Journal*, 15/2 (2014), 111–146 u. v. m.

69 Vgl. *Lehner, R.*: *Die „Integrationsverfassungsbeschwerde“ nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in: *Der Staat*, 52/4 (2013), 535–562, hier 545 bereits vor dem OMT-Vorlagebeschluss.

70 Abweichende Meinung Richter *Gerhardt*, a. a. O., Rn. 7.

71 *Simon, S.*, a. a. O., hier 227 f.

72 *Ibid.*, hier 229.

Zentralbank im Rahmen ihres Mandats – durch besondere Sachgründe rechtfertigen lässt und sofern diese Ausnahme ihrerseits auf einer demokratisch legitimierten Entscheidung des Parlaments beruht).<sup>73</sup> Das individuelle Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der öffentlichen Gewalt wird daher beeinträchtigt, wenn Unionsorgane öffentliche Gewalt in Deutschland ausüben, zu der sie nicht ermächtigt sind. Es geht dabei nicht um die Frage, ob die konkrete Handlung der Union zu einer Individualrechtsverletzung führt,<sup>74</sup> sondern darum, dass die Kompetenzanmaßung ohne Einhaltung des dafür in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG vorgesehenen Verfahrens erfolgt und dies zu einer schleichenden Entleerung des Wahlrechts führen kann.<sup>75</sup>

Zutreffend wird von den Kritikern ausgeführt, dass Art. 20 Abs. 3 GG auf nationaler Ebene nicht zu einem subjektiven Recht auf Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln führt. Dabei wird allerdings übersehen, dass im Rahmen eines Mehrebenen-systems mit dem Wechsel der Kompetenzwahrnehmung ein Wechsel der Legitimationsebenen verbunden ist und dieser Wechsel in einem bestimmten Verfahren zu erfolgen hat. Handelt die Union potenziell kompetenzwidrig, ist zumindest nicht von vornherein auszuschließen, dass der Einzelne in seinem grundrechtsgleichen Teilhaberecht auf Demokratie verletzt ist, weil das demokratische Legitimationsniveau auf Ebene der Union ein anderes ist als das auf staatlicher Ebene. Die unterschiedlichen demokratischen Legitimationsniveaus stellen grundsätzlich kein Problem dar. Der Clou von Art. 23 GG liegt gerade darin, dass sich das demokratische Legitimationsniveau auf supranationaler Ebene von dem auf nationaler Ebene unterscheiden darf.<sup>76</sup> Allerdings ist der Mehrheit des Zweiten Senats darin zuzustimmen, dass es für die Überprüfung der Entleerung des in Art. 38 GG geschützten grundrechtsgleichen Wahlrechts keinen Unterschied machen kann, ob der Bund eine Kompetenz überträgt oder die Union sich diese nimmt. Ein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch wird damit nicht begründet.

Der Ansatz eines im Kern subjektivierten Demokratieprinzips ist oben erläutert und bejaht worden. Er ist für Fälle entwickelt worden, in denen es um die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union (Art. 23 Abs. 1 GG),

73 Insoweit zutreffend *Murswiek, D.*: EZB, EuGH, Demokratie und das BVerfG. Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14.01.2014, in: *studere. Rechtszeitschrift der Universität Potsdam*, 12 (2014), 4–12, hier 11 f. Fn. 52 mit Bezug auf die abweichende Meinung von Richterin *Lübbe-Wolff*.

74 So etwa *Gärditz, K. F.*, a. a. O., 192.

75 *Simon, S.*, a. a. O., hier 229.

76 *Ibid.*, hier 230.

andere supranationale Organisationen (Art. 24 Abs. 1 GG) oder die Einhegung (völker-)rechtlicher Verpflichtungen geht. Dieser Ansatz muss – *argumentum a minori ad maius* – erst recht gelten, wenn sich Organe der Europäischen Union Hoheitsrechte anmaßen, die sie gar nicht übertragen bekommen haben.<sup>77</sup>

Der Einwand, die Anerkennung einer Subjektivierung erfolge ohne „Rückbindung an ein materielles Grundrecht“<sup>78</sup>, hängt davon ab, wie weit man den materiellen Gewährleistungsgehalt des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG versteht.<sup>79</sup> Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gewährt zwar keinen Anspruch auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle demokratischer Mehrheitsentscheidungen durch das BVerfG. Denn das Wahlrecht dient nicht der inhaltlichen Kontrolle demokratischer Prozesse, sondern ist auf deren Ermöglichung gerichtet.<sup>80</sup> Das durch das Wahlrecht geschützte Prinzip der Teilhabe an der repräsentativen Volksherrschaft kann aber verletzt sein, wenn die Legitimationsebene verändert wird, ohne dass der Bundestag in dem dafür vorgesehenen Verfahren (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG) aktiv entscheidet. Bei Unionshandeln ohne die dafür erforderliche Kompetenz ändert sich das demokratische Legitimationsniveau ohne Einhaltung des dazu im Grundgesetz vorgesehenen Verfahrens. Aus diesem Grund spricht das BVerfG von einer „verfahrensmäßigen Komponente“.<sup>81</sup> Es geht dem Gericht nicht um eine inhaltliche Kontrolle, sondern um die Aufrechterhaltung des demokratischen Verfahrens. Ob dies eingehalten wurde, ist Gegenstand des vom BVerfG überprüfbaren Rechts. Beispiele mit rein nationalen Sachverhalten taugen deshalb zum Vergleich nicht.<sup>82</sup>

Der Vorwurf, das BVerfG habe damit eine faktische Popularklage gegen rechtswidriges Unionshandeln geschaffen, trifft nicht zu, weil die auf eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde nicht unabhängig von der substantiierten Verletzung des eigenen Wahlrechts erhoben werden kann. Art. 38 Abs. 1 GG ist nur dann anwendbar, wenn das Verfahren (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG), welches „das Leerlaufen der demokratischen Substanz des Wahlrechts“<sup>83</sup> schützen soll, offensichtlich nicht beachtet wird. Problematisch an der Vorgehensweise des BVerfG ist lediglich das Ansetzen am Zustimmungsgesetz,<sup>84</sup> das zu einem allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch führen kann, den das

77 *Huber, P. M.*: Verfassungsstaat und Finanzkrise, Baden-Baden, 2014, 44; *Simon, S.*, a. a. O., hier 231.

78 Abweichende Meinung Richter *Gerhardt*, a. a. O., Rn. 5.

79 *Gött, H.*, a. a. O., 535.

80 *BVerfGE* 134, 366(381) – OMT-Vorlagebeschluss; *BVerfGE* 129, 124 (168 ff.) – EFSF.

81 *BVerfGE* 134, 366(397) – OMT-Vorlagebeschluss.

82 *Simon, S.*, a. a. O., hier 229.

83 *Huber P. M.*, a. a. O., hier 46.

84 Vgl. dazu *Funke, A.*: Virtuelle verfassungsgerichtliche Kontrolle von EU-Rechtsakten: Der Schlussstein?, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 26/2 (2011), 166–185, hier 180 f.

Grundgesetz nicht kennt. Verfahrensgegenstand ist nicht die Überprüfung der Einhaltung des Zustimmungsgesetzes, sondern die Frage, ob das in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG für die Übertragung von Kompetenzen vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde.<sup>85</sup>

#### IV. Grenzen der verfassungsgerichtlichen Ultra-vires-Rechtsprechung

Mit dem grundsätzlich zu bejahenden Zugriffsrecht des BVerfG auf potenzielle Ultra-vires-Handlungen ist allerdings noch nichts über die materiell-rechtliche Kontrollbefugnis des BVerfG gesagt. Dabei geht es im Kern um die Frage des Letztentscheidungsrechts bei Kompetenzfragen. Unproblematisch sind jene Fälle, in denen das BVerfG dem EuGH aufgrund einer Ultra-vires-Beschwerde ein konkretes Unionshandeln vorlegt und der Gerichtshof die entsprechende Handlung für unionsrechtswidrig erklärt.<sup>86</sup> Problematisch ist die Rechtsfolge nur dann, wenn der EuGH zu einer anderen Rechtsauffassung gelangt als das BVerfG. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, wie weit die Kontrollbefugnis des BVerfG reicht.

##### 1. Keine allgemeine Kontrollzuständigkeit des BVerfG

Ob und wieweit das BVerfG berechtigt ist, Maßnahmen der Organe der Europäischen Union am Maßstab des Grundgesetzes zu kontrollieren, war von Anfang an umstritten. Zutreffend ist zunächst, dass die Öffnung der deutschen Rechtsordnung zugunsten des Unionsrechts grundsätzlich nur gegenüber kompetenzgemäßem Handeln gilt. Das Unionsrecht fließt zwar aus *autonomer*, aber nicht *originärer* Quelle und kann deshalb auch nur soweit reichen,<sup>87</sup> wie es in den Verträgen vorgesehen ist.<sup>88</sup> Damit ist allerdings *nicht* gesagt, dass das BVerfG auch befugt wäre, die Kompetenzmäßigkeit des Unionshandelns zu überwachen. Die Mitgliedstaaten haben dem EuGH die Kompetenz zur Auslegung des Unionsrechts übertragen. Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV sichert der Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Aus Art. 263 Abs. 1 und 2 AEUV ergibt sich, dass davon auch die Zuständigkeit für die Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit des Handelns der Unionsorgane erfasst ist.

<sup>85</sup> Simon, S., a. a. O., hier 231.

<sup>86</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 08.04.2014 in den verbundenen Rechtssachen C-293/12 und C-594/12, Digital Rights Ireland und Seitlinger u. a.

<sup>87</sup> Proelß, A.: Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union, in: Europarecht, 2 (2011), 241–262, hier 246.

<sup>88</sup> Näher dazu Simon, S., a. a. O., hier 241 ff.

Natürlich können Kompetenzüberschreitungen europäischer Hoheitsträger gegen Unionsrecht verstoßen. Diese Handlungen unterliegen aber der Jurisdiktion des EuGH. Hierfür spricht auch Art. 344 AEUV, nach dem sich die Mitgliedstaaten verpflichten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge *nicht anders* als „hierin vorgesehen“ zu regeln.<sup>89</sup> Die Gewährleistung der Rechts einheit ist Aufgabe des EuGH, dem hierfür die grundsätzliche Letztentscheidungskompetenz zukommt. Dies soll durch das in Art. 267 AEUV kodifizierte Instrument des Rechtsprechungsdialogs mittels der Vorlagerechte und Vorlagepflichten der nationalen Gerichte sichergestellt werden.<sup>90</sup> Ein systematischer Kontrollvorbehalt zugunsten nationaler Gerichte besteht nicht. Jene Zuständigkeit des EuGH ist vom Vertragsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst und gehört zum Bereich des auf die supranationale Ebene Übertragenen.<sup>91</sup> Aus diesem Grund haben die deutschen Staatsorgane, zu denen auch das BVerfG zählt, die Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu befolgen. Solange die Übertragung von Kompetenzen auf die Ebene der Europäischen Union nicht dazu führt, dass die Staatsgewalt die in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Rechtsgüter nicht mehr gewährleisten kann, ist eine entsprechende Verfassungsbeschwerde nach Vorlage an den EuGH zurückzuweisen.<sup>92</sup>

## 2. Kontrollbefugnis bei „evidentem Kompetenzmissbrauch“?

Etwas anderes könnte für den Fall eines vom EuGH nicht sanktionierten „evidenten Kompetenzmissbrauchs“ gelten. Diese Grenze war nach Auffassung von Richter *Landau*<sup>93</sup> im Honeywell-Beschluss überschritten. Die Mehrheit des Zweiten Senats verneinte dies und präziserte die Anforderungen an eine Ultra-vires-Kontrolle. Die Senatsmehrheit verlangte, dass der Kompetenzverstoß „nicht nur offensichtlich ist, sondern zudem zu einer *strukturell bedeutsamen Verschiebung* im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und supranationaler Organisation führt.“<sup>94</sup> Für das BVerfG kommt es im Ergebnis darauf an, ob der EuGH mit seinem Urteil „über die Unionsrechtskonformität“ des Handelns der Unionsorgane

89 Vgl. hierzu *EuGH*, Rs. C-459/03, *MOX Plant* (Kommission/Irland), Slg. 2006, I-4635 ff.; so auch *Ludwigs, M.*, a. a. O., 539, und *ders./Sikora, P.*: Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 3 (2016), 121–131, hier 127.

90 *Sauer, H.*: Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen, Berlin, 2008, 463.

91 *Proelß, A.*, a. a. O., 247.

92 *Simon, S.*, a. a. O., hier 245.

93 Abweichende Meinung Richter *Landau*: *BVerfGE* 126, 286 (318 ff.) – Honeywell.

94 *BVerfGE* 126, 286 (309 f.) – Honeywell (Hervorhebung durch den Verfasser).

„die ihm obliegende Pflicht zur Wahrung des Rechts erfüllt“<sup>95</sup> hat.<sup>96</sup> Damit erhebt es den Anspruch, „mit Sachmaßstäben methodengerechter Interpretation (besser als der EuGH beurteilen zu können, ob eine Entscheidung sich noch im rechtlich eröffneten Rahmen bewegt oder schon darüber hinausragt.“<sup>97</sup> Der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff der „Fehlertoleranz“<sup>98</sup> vermag nicht zu überzeugen, weil es nicht auf die Einordnung zwischen richtig und falsch ankommt,<sup>99</sup> auch nicht darauf, „ob die Ergebnisse des Integrationsprogramms *vorhersehbar* sind, sondern nur, ob sie in den Grenzen der anerkannten Methoden gefunden werden“<sup>100</sup> können.

Das BVerfG sollte seine Position deshalb überprüfen. Das Abstellen auf einen „hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß“ ist jedenfalls nicht geeignet, um eine rechtssichere Grenze zwischen einer zulässigen und einer unzulässigen Ultra-vires-Entscheidung zu treffen. Auf die wenig trennscharfen Begriffe aus der Honeywell-Entscheidung „Offensichtlichkeit“ oder eine „strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung“ sollte deshalb verzichtet werden. Das BVerfG sollte sie – wenn überhaupt, was hier bestritten wird – durch den Begriff der „methodischen Vertretbarkeit“ ersetzen.<sup>101</sup>

Inhaltlich hat sich das BVerfG an diese Position bereits angenähert. Schon im Honeywell-Urteil brachte es zum Ausdruck, dass es „nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts (ist), 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.“<sup>102</sup> In seiner OMT-Entscheidung heißt es: „Es [das BVerfG] muss eine richterliche Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof [EuGH] vielmehr auch dann respektieren, wenn dieser zu einer Auffassung gelangt, der sich mit gewichtigen Argumenten entgegengetreten ließe, solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint.“<sup>103</sup>

95 *Klement, J.H.*, a. a. O., 192.

96 So auch *Dederer, H.-G.*: Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts: Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle, in: *Juristenzeitung*, 69/7 (2014), 313–322, hier 320.

97 *Nettesheim, M.*: Kompetenzenken als Legitimationsdenken: Zur Ultra-vires-Kontrolle im rechtspluralistischen Umfeld, in: *Juristenzeitung*, 69/12 (2014), 585–592, hier 589; *BVerfGE* 126, 286 (307) – Honeywell.

98 *BVerfGE* 126, 286 (307) – Honeywell.

99 *Rüthers, B.*: Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, Tübingen, 2014, 21.

100 *Ibid.*, 193.

101 Vgl. näher dazu *Simon, S.*, a. a. O., 241 ff.

102 *BVerfGE* 126, 286 (307) – Honeywell.

103 *BVerfG*, Urt. v. 21.6.2016, Rn. 161 – OMT.

### 3. Kontrollbefugnis bei Verletzung der Verfassungsidentität

Eine Einschränkung kann diese Konstruktion nur dann erfahren, wenn die vom BVerfG ausgemachte Ultra-vires-Handlung der Union zugleich auch zu einer Verletzung der Verfassungsidentität führt.<sup>104</sup> Denn nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV achtet die Union die jeweilige nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommt.<sup>105</sup>

#### *Konfliktpotenzial*

Konflikte können sich naturgemäß dann ergeben, wenn die Interpretationshoheit des EuGH aus Art. 19 Abs. 1 und Abs. 1 Satz 2 EUV in Bezug auf den unionsrechtlichen Begriff der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV von den Vorstellungen der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte und Höchstgerichte abweicht. Aufgelöst werden kann ein solcher Konflikt mit dem vom BVerfG und dem EuGH entwickelten Gedanken des „Kooperationsverhältnisses“<sup>106</sup> bzw. dem „Instrument der Zusammenarbeit“<sup>107</sup> zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts. Der Begriff des „Kooperationsverhältnisses“ ist an dieser Stelle angebracht.<sup>108</sup> Man könnte auch von einem Dialog sprechen oder besser den in der OMT-Entscheidung vom EuGH verwendeten Begriff des „unmittelbaren Zusammenwirkens“<sup>109</sup> des Gerichtshofs und der Gerichte der Mitgliedstaaten verwenden. Danach hat das BVerfG im Grundsatz dem Rechtsschutz gegen Unionsmaßnahmen vor dem EuGH Vorrang einzuräumen und seine eigene Aufgabe auf die Überprüfung zu beschränken, ob Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen die nationale Identität verletzen.

Da auch der EuGH einen Entscheidungsspielraum hat, den er zugunsten der Mitgliedstaaten und ihrer Verfassungs- und Höchstgerichte zur Ausfüllung des Begriffs nationaler Identität entfalten kann, sollten dies die absoluten Ausnahmefälle bleiben. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV kann insofern als *Sollbruchstelle*<sup>110</sup> im Sinne eines Konstruktionselements bezeichnet werden, das es bei der Auslegung des Rechts zu nutzen gilt. Im Überlastfall wird dieses Element gezielt versagen, um

104 So auch so auch *Ludwigs, M.*, a. a. O., 538; näher dazu *Simon, S.*, a. a. O., hier 267 ff.

105 Vgl. näher dazu *Simon, S.*, a. a. O., hier 296 ff.

106 *BVerfGE* 89, 155 (188, 209 f.) – Maastricht.

107 *EuGH*, Rs. C-297/88 und C-197/89, Dzodzi, Slg. 1990, I-3763, Rn. 33.

108 Vgl. näher dazu *Simon, S.*, a. a. O., 272 ff.

109 *EuGH*, Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., Slg. 2015, I-0000, Rn. 15.

110 *Simon, S.*, a. a. O., 273.

hierdurch den möglichen Schaden – etwa den Austritt aus der Union (Art. 50 EUV) – im Gesamtsystem klein zu halten.

### *Vorlagepflicht*

Eine zufriedenstellende Lösung ist freilich nur zu erreichen, wenn sich beide Gerichte miteinander im „unmittelbaren Gespräch“<sup>111</sup> befinden. Über die Geltendmachung von Vorbehalten gegenüber dem Vorrang des Unionsrechts ist deshalb mit dem EuGH in Dialog zu treten. Dabei ist prozessual die unionsrechtlich vorgeschriebene Vorlagepflicht zu beachten, von der Art. 267 AEUV für Verfassungsgerichte keine Ausnahme kennt. Daraus ergibt sich, dass die Vorlage an den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV zur Klärung der Vereinbarkeit des betreffenden Rechtsaktes mit Art. 4 Abs. 2 EUV zwingend ist, „bevor ein mitgliedstaatliches Gericht autonom zu bestimmen beginnt, ob ihm die innerstaatliche Anwendung wegen einer Unvereinbarkeit mit der nationalen Identität versagt wird.“<sup>112</sup> Das Vorabentscheidungsverfahren dient insoweit als *Abhilfeverfahren*.<sup>113</sup>

Das nationale Verfassungs- oder Höchstgericht hat – soweit es unter Berufung auf Art. 4 Abs. 2 EUV einer Unionsmaßnahme die Gefolgschaft verweigern möchte – seine Bedenken im Hinblick auf die Achtung nationaler Identität im Rahmen des Vorlageverfahrens an den EuGH zu formulieren und damit zugleich einer europäischen Öffentlichkeit zu unterbreiten.<sup>114</sup> Das BVerfG darf die Erklärung der Unanwendbarkeit *ultima ratio* erst dann vornehmen, wenn der EuGH das aus seiner Sicht „letzte Wort“ gesprochen hat, „weil wegen der ex ante bestehenden Offenheit der juristischen Auslegung erst dann der Prüfungsgegenstand der Ultra-vires-Kontrolle feststeht.“<sup>115</sup> Dabei ist der „Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“ bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben, nach Art. 4 Abs. 3 EUV „gegenseitig“, also von den Mitgliedstaaten *und* der Union, zu achten und unterstützen. Er muss Leitbild der Richterinnen und Richter sowohl des EuGH als auch des BVerfG sein.

111 *Pernice, I.*: Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 136/2 (2011), 185–221, hier 213.

112 *Ibid.*

113 *Schneider, K.*: Der Ultra-vires-Maßstab im Außenverfassungsrecht: Skizze sicherer Vollzugszeitumgebungen für zwischenstaatliche und supranationale Integrationsprozesse, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 139/2 (2014), 196–256, hier 252.

114 Vgl. *Bogdandy, A./Schill, S.*: Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 70/4 (2010), 701–734, hier 730.

115 *Klement, J.H.*, a. a. O., 192.

### *Ergebnis*

Zutreffend geht das BVerfG davon aus, dass eine Kompetenz zu einem Art. 79 Abs. 3 GG verletzenden Handeln nicht wirksam übertragen werden kann. Auf einer primärrechtlichen Grundlage kann eine derartige Maßnahme nicht beruhen, weil auch der mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 2 GG entscheidende Integrationsgesetzgeber der Europäischen Union keine Hoheitsrechte übertragen darf, mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge.<sup>116</sup> Deshalb überschreitet eine Verletzung von Art. 79 Abs. 3 GG zugleich die primärrechtlichen Kompetenzen der Union und kann vom BVerfG im äußersten Fall für in Deutschland unanwendbar erklärt werden.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht findet die Kontrollzuständigkeit des EuGH ihre Grenze dort, wo der EuGH der Union Kompetenzen zuspricht, deren Übertragung das Grundgesetz nicht mehr gestattet (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG). Soweit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG Grenzen zieht, ist es Aufgabe des BVerfG, die Beachtung dieser Maßstäbe aufzuzeigen. Die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit ist dabei materiell-rechtlich zu bestimmen und kann nicht abstrakt, sondern nur im Einzelfall erfolgen. Art. 79 Abs. 3 GG stellt insofern *keinen* systematischen Kontrollvorbehalt zugunsten des BVerfG dar, sondern eine Schutzklausel für „Extremfälle“<sup>117</sup> der Kompetenzüberschreitung, die mit Art. 4 Abs. 2 EUV korrespondiert. In solchen Extremfällen ist das BVerfG dazu befugt, die Einhaltung des in Art. 79 Abs. 3 GG enthaltenen Identitätskerns der Verfassung auch im Rahmen der europäischen Integration zu überwachen (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG). Gegenstand einer solchen Identitätskontrolle ist die Einhaltung äußerster, selbst im Wege der Verfassungsänderung nicht verschiebbarer Grenzen.<sup>118</sup>

### **V. Fazit**

Letztlich rührt der Streit, ob sich das BVerfG innerhalb seiner Grenzen bewegt, wenn es Unionshandeln für in Deutschland unanwendbar erklärt, aus der unterschiedlichen rechtskonstruktiven Grundlage für die Geltung von Unionsrecht.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> *BVerfGE* 134, 366 (384 f.) – OMT-Vorlagebeschluss.

<sup>117</sup> Vgl. zum Unterschied zwischen „systematischer“ Kontrolle und nationalen Reserven für „Extremfälle“ der Kompetenzüberschreitung bereits *Rodríguez, I.*: Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 23/5-6 (1996), 125–131, hier 127.

<sup>118</sup> Vgl. dazu *Simon, S.*, a. a. O., 278.

<sup>119</sup> Siehe zum Rangverhältnis als Perspektivenfrage *Ludwigs, M./Sikora, P.*, a. a. O., 121 ff.

Während der EuGH von einem absoluten Vorrang<sup>120</sup> des aus „autonomer Rechtsquelle“ fließenden Unionsrechts vor jeder innerstaatlichen Rechtsnorm kraft Eigenständigkeit ausgeht,<sup>121</sup> besteht nach Auffassung des BVerfG der Vorrang des Unionsrechts kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung und ist demgemäß verfassungsrechtlich begrenzt.

Die Ultra-vires-Prüfung lässt sich bei Verletzung der nationalen Identität grundsätzlich aus beiden Rechtstexten (Grundgesetz und EUV) normativ herleiten.<sup>122</sup> Die supranationale Rechtsordnung der Union ist eine von den Mitgliedstaaten völkervertragsrechtlich verliehene; sie ist autonom, aber nicht originär. Die Mitgliedstaaten haben der Union auf der Grundlage des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV) einzelne Hoheitsrechte übertragen, nicht hingegen die Kompetenz, die Kompetenzen der Union auf anderen Wegen als denen zu erweitern, die in den Verträgen vorgesehen sind. In Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV ist dem EuGH die Aufgabe übertragen, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Dies gilt grundsätzlich auch für die Frage, ob der Union nach den Verträgen eine bestimmte Kompetenz zusteht. Mit dem Zustimmungsgesetz wurde die nationale Gerichtsbarkeit entsprechend beschränkt.

Die per Zustimmungsgesetz übertragenen Zuständigkeiten genügen der demokratischen Legitimation auf supranationaler Ebene, die ihrerseits demokratischen Grundsätzen verpflichtet ist. Nicht übertragene Zuständigkeiten, die von der Union in Anspruch genommen werden, sind nicht hinreichend demokratisch legitimiert. Bezüglich dieser potenziell *ultra vires* in Anspruch genommenen Kompetenzen kann es zu einer Entleerung des Wahlrechts (Art. 38 Abs. 1 und 2 GG) und damit zu einem Verstoß gegen das Demokratieprinzip kommen (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG). Deshalb ist der einzelne Bürger dazu befugt, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob die Europäische Union im Rahmen der ihr übertragenen Zuständigkeiten handelt. Hierzu kann sich der Bürger mit einer Verfassungsbeschwerde an das BVerfG wenden.

Bei Zweifeln über die Auslegung des Unionsrechts hat das BVerfG die Frage, ob das betreffende Unionsorgan im Rahmen seiner Kompetenzen gehandelt hat, dem

120 Vgl. *Schöbener, B.*: Das Verhältnis des EU-Rechts zum nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Juristische Arbeitsblätter, 43/12 (2011), 885–894, hier 887.

121 Grundlegend *EuGH*, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251/1269; *EuGH*, Rs. 106/77, *Simmenthal*, Slg. 1978, 629, Rn. 17/18.

122 Vgl. dazu a. i. F. *Gerhardt, M.*: Europa als Rechtsgemeinschaft, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 43/5 (2010), 161–165, hier 163; *Simon, S.*, a. a. O., 291.

EuGH vorzulegen (Art. 267 AEUV). Allein der EuGH entscheidet darüber, ob gegen das Unionsrecht verstoßen wurde, weil es sich tatsächlich um einen Ultra-vires-Akt handelt (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV i. V. m. Art. 263 Abs. 2 AEUV). Ihm obliegt die authentische Interpretation des Rechts der Union. Diese Entscheidung ist vom BVerfG grundsätzlich zu akzeptieren, Raum für ein „Kooperationsverhältnis“ besteht insofern nicht. Dafür spricht insbesondere auch Art. 344 AEUV, nach dem sich die Mitgliedstaaten verpflichten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als im Vertrag vorgesehen zu regeln. Hat der EuGH bereits über die Frage entschieden, ist die Vorlagefrage unzulässig und die Verfassungsbeschwerde ebenfalls als unzulässig abzuweisen.

Fragen der Identitätskontrolle können demgegenüber *a priori* nicht einer abschließenden Kontrolle durch das BVerfG entzogen werden, da es nicht um die Auslegung von Unionsrecht, sondern um die Auslegung von Art. 79 Abs. 3 GG geht. Die Jurisdiktionsgewalt zur Feststellung einer Verletzung von Art. 79 Abs. 3 GG ist nicht auf den EuGH übertragen worden, weil es Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG dem Gesetzgeber nicht erlaubt, sich über die Ewigkeitsklausel hinwegzusetzen. Zeigt das BVerfG in seiner Vorlagefrage dem EuGH dementsprechend an, inwiefern die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland betroffen sein könnte, hat der Gerichtshof im Rahmen eines Dialoges mit den nationalen Verfassungs- und Obergerichten zu überprüfen, ob die Union die nationale Identität geachtet hat (Art. 4 Abs. 2 EUV). Nur dann, wenn das BVerfG aufgrund der Auslegung von Art. 79 Abs. 3 GG zu einem davon abweichenden Ergebnis gelangt, darf es den entsprechenden Rechtsakt in Deutschland *ultima ratio* für unanwendbar erklären bzw. feststellen, dass es sich um einen verfassungswidrigen Zustand handelt, auf dessen Beseitigung die Bundesorgane hinzuwirken haben. Hieraus ergibt sich mit *Ludwigs* und *Sikora* „neben dem Plädoyer für eine konsequente Vorbefassung des EuGH“ die „Forderung nach Rückführung des Ultra-vires-Vorbehalts auf die Identitätskontrolle.“<sup>123</sup>

Der EuGH hat die Vorstellungen der mitgliedstaatlichen Gerichte in seiner Abwägung bei der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 im Interesse der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. Dabei ist die Bestimmung der identitätsbildenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten primär Aufgabe der nationalen Verfassungs- und Obergerichte. Die Mitgliedstaaten haben sich demgegenüber europarechtsfreundlich unter Beachtung des Grundsatzes der loyalen Zusammen-

123 Ludwigs, M./Sikora, P., a. a. O., 131.

arbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) auf den unantastbaren Kerngehalt ihrer Verfassungsidentität zu beschränken. Die Eilanträge in Sachen *CETA* lassen erahnen, dass sich noch zahlreiche Gelegenheiten bieten werden, die Konturen des in diesem Sinne kooperativen Verfassungspluralismus in Europa zu schärfen.