

ROBERT PRACHT

Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts

Verfassungsentwicklung in Europa

19

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung in Europa

herausgegeben von

Hartmut Bauer, Peter M. Huber
und Karl-Peter Sommermann

19



Robert Pracht

Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts

ultra vires, Solange II, Verfassungsidentität

Mohr Siebeck

Robert Pracht, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und Genf; 2018 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht der Universität Heidelberg; 2021 Promotion; zur Zeit Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Karlsruhe.

Gedruckt mit Unterstützung der Margot und Friedrich Becke Stiftung, Heidelberg sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

Diese Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität zu Heidelberg als Dissertationsschrift angenommen und zum Druck freigegeben.

ISBN 978-3-16-161187-2 / eISBN 978-3-16-161188-9

DOI 10.1628/978-3-16-161188-9

ISSN 1861-7301 / eISSN 2569-4553 (Verfassungsentwicklung in Europa)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertationsschrift angenommen. Sie befindet sich in Bezug auf Literatur und Rechtsprechung auf dem Stand von Mitte August 2021. Hiernach erschienene Literatur konnte noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Mein ganz herzlicher Dank gebührt vor allen anderen meiner Doktormutter Frau *Prof. Dr. Ute Mager*, welche die Arbeit von ihrer Entstehung an mit intrinsischem Interesse verfolgte und in zahlreichen Gesprächen überaus hilfreiche und weiterführende Hinweise gab. Doch nicht nur dafür danke ich ihr, sondern auch für die Weckung und Förderung meines wissenschaftlichen Interesses, dem ich bereits zu Beginn meines Studiums als studentische Hilfskraft an ihrem Lehrstuhl nachgehen durfte.

Für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn *Prof. Dr. Hanno Kube, LL. M. (Cornell)* ebenso wie für dessen Gesprächsbereitschaft schon während des Promotionsprojektes und die wertvollen Hinweise, die ich für die Veröffentlichung berücksichtigen konnte.

Herzlich danken möchte ich daneben Herrn *Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Kahl, M. A.*, bei welchem ich für die Zeit der Anfertigung der Dissertation als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein durfte und der durch kluge Nachfragen das Projekt förderte und mir stets die Möglichkeit gab, im Kreis des Instituts meine Thesen zur Diskussion zu stellen.

Herrn *Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Paul Kirchhof* sowie Herrn Bundesverfassungsrichter *Prof. Dr. Peter M. Huber* danke ich ebenfalls für die geführten Unterredungen – es war sehr interessant und für das Vorhaben äußerst förderlich, die Perspektive desjenigen geschildert zu bekommen, der die maßgeblichen bundesverfassungsgerichtlichen Judikate verfasst (hat).

Meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht sowie meinen Freundinnen und Freunden danke ich dafür, dass sie mich auf dem Weg so tatkräftig und motivierend unterstützt haben. Die mit ihnen in diesem Lebensabschnitt gemeinsam verbrachte Zeit wird mir stets in hervorragender Erinnerung bleiben. Ganz besonders möchte ich mich bei meinem Bürokollegen, Herrn *Felix Kaiser*, bedanken – dieser hat nicht nur durch zahlreiche Gespräche das Fortkommen der Dissertation entscheidend gefördert, sondern auch die entstandene Freundschaft ist für

mich sehr bereichernd. Frau *Dr. Laura Volk* und Herrn *Christian Rieß* bin ich ebenfalls für die zahllosen Gespräche und auch insbesondere dafür zum Dank verpflichtet, dass sie die Mühen des Korrekturlesens auf sich genommen haben.

Dem Cusanuswerk danke ich für die finanzielle und ideelle Förderung über die gesamte Zeit der Promotion – hierdurch wurden mir Freiheiten gewährt, von denen ein junger Wissenschaftler sonst nur träumen kann. Für den großzügigen Zuschuss zu den Druckkosten möchte ich mich herzlich bei der Heidelberger Margot und Friedrich Becke Stiftung sowie bei der Hamburger Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung bedanken.

Schließlich danke ich meiner Familie von Herzen für die bedingungslose und stete Unterstützung auf meinem bisherigen Lebensweg, ohne die auch dieses Vorhaben nicht hätte gelingen können. Meinen Eltern sei die Arbeit daher gewidmet.

Heidelberg, im September 2021

Robert Pracht

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
<i>Erster Teil: Grundlagen des Verhältnisses zwischen deutschem Verfassungsrecht und dem Recht der Europäischen Union</i>	9
<i>A. Grundgesetzliche Ermächtigungen für die Teilnahme am europäischen Einigungsprozess</i>	9
<i>B. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang</i>	18
<i>C. Zusammenfassung</i>	26
<i>Zweiter Teil: Der Vorbehalt der ultra-vires-Kontrolle</i>	29
<i>A. Hinführung</i>	29
<i>B. Entwicklungslinien in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung</i>	34
<i>C. Generelle Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur ultra-vires-Kontrolle</i>	89
<i>D. Kriterien der ultra-vires-Residualkompetenz auf dem Prüfstand</i>	112
<i>E. Die ultra-vires-Kontrolle in der Rechtsprechung anderer nationaler Verfassungs- und Höchstgerichte</i>	159
<i>F. Zusammenfassung</i>	183
<i>Dritter Teil: Der Grundrechtsvorbehalt nach „Solange II“</i>	185
<i>A. Entwicklungslinien in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung</i>	186

B. Kritische Würdigung	211
C. Zusammenfassung	222
 Vierter Teil: Der Verfassungsidentitätsvorbehalt	 225
A. Hinführung und Begriffsklärung	226
B. Entwicklungslinien in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	227
C. Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung einer Verfassungsidentitätsverletzung	246
D. Die geschützten identitätsrelevanten Bereiche im Einzelnen.....	258
E. Verhältnis des Verfassungsidentitätsvorbehalts zu den anderen Residualkompetenzen	271
F. Verfassungsidentitätsvorbehalte in anderen Mitgliedstaaten	280
G. Die Bedeutung der Achtung der „nationalen Identität“ in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV	291
H. Zusammenfassung	314
 Fünfter Teil: Verfassungsprozessuale Fragestellungen	 317
A. Verfassungsbeschwerde.....	318
B. Organstreitverfahren	367
C. Normenkontrollverfahren	370
D. Entscheidungsausspruch und Rechtsfolgen einer festgestellten Strukturverletzung	377
E. Zusammenfassung	383
 Zusammenfassende Thesen	 385
 Literaturverzeichnis	 393
Rechtsprechungsverzeichnis	421
Sachregister	423

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
<i>Erster Teil: Grundlagen des Verhältnisses zwischen deutschem Verfassungsrecht und dem Recht der Europäischen Union</i>	9
<i>A. Grundgesetzliche Ermächtigungen für die Teilnahme am europäischen Einigungsprozess</i>	9
I. Präambel	9
II. Art. 24 Abs. 1 GG	11
III. Art. 23 GG	12
1. Zur Entstehungsgeschichte der Norm	12
2. Die inhaltlichen Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 GG	13
3. Bedeutung der in Bezug genommenen „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG	15
4. Die verfahrensrechtlichen Regelungen des Art. 23 Abs. 1a bis 7 GG ..	17
IV. Fazit	18
<i>B. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang</i>	18
I. Rechtssache van Gend & Loos	19
II. Rechtssache Costa ./ E. N. E. L.	20
III. Rechtssache Walt Wilhelm	22
IV. Rechtssache Internationale Handelsgesellschaft	23
V. Rechtssache Tanja Kreil	24
VI. Fazit	24
<i>C. Zusammenfassung</i>	26

<i>Zweiter Teil: Der Vorbehalt der ultra-vires-Kontrolle</i>	29
<i>A. Hinführung</i>	29
I. Begriffsherkunft und Verbreitung jenseits des Öffentlichen Rechts	29
II. Verbreitung im Öffentlichen Recht und Begriffsabgrenzung	30
<i>B. Entwicklungslinien in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung</i>	34
I. Die Milchpulver-Entscheidung als Ausgangspunkt	34
II. Die Position des Bundesverfassungsgerichts im Vielleicht-Beschluss	35
III. Erste Andeutungen in der Kloppenburg-Entscheidung	36
1. Sachverhalt: Aufstand des Bundesfinanzhofs	37
2. Die Kompetenz des Europäischen Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren	38
IV. Entwicklung des umfassenden allgemeinen Prüfvorbehalts im Maastricht-Urteil	39
V. Kursorische Subsumtion in der Alcan-Folgeentscheidung	41
VI. Weitere Ausdifferenzierung im Lissabon-Urteil	42
1. Grundlegende Ausführungen und Begriffsumbenennung	42
2. Monopolisierung des Vorbehalts beim Bundesverfassungsgericht	44
3. Eingeschränkte Zurücknahme des umfassenden Prüfvorbehalts?	45
VII. Die Entwicklung der heutigen strengen Kriterien in der Honeywell-Entscheidung	47
1. Sachverhalt	47
2. Grundlegende Ausführungen zum Verhältnis des Unionsrechts zu nationalem Recht und Auseinandersetzung mit Einwänden gegen die ultra-vires-Kontrolle	49
3. Unionsrechtsfreundliche Ausübung des ultra-vires-Vorbehalts	51
a) Zwingende Vorabfassung des Europäischen Gerichtshofs	51
b) Präzisierung der Kriterien für die ultra-vires-Kontrolle	52
c) Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof	53
4. Anwendung auf den Honeywell-Sachverhalt	54
5. Zwischenfazit	55
VIII. Anwendung und Präzisierung im OMT-Vorlagebeschluss und im OMT-Urteil	56
1. Der Vorlagebeschluss	56
a) Sachbericht und Vorlagefragen	57
b) Beschwerdegegenstand und Verpflichtungen deutscher Staatsorgane	58
c) Anwendung der Honeywell-Kriterien und Interpretation des Unionsrechts	59
d) Zwischenfazit	61
2. Die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs	63
a) Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens	63
b) Entscheidungsgründe	64

3. Die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts im OMT-Urteil	65
a) Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden und des Organstreitverfahrens	66
b) Bestätigung der ultra-vires-Rechtsprechung und verfassungstextliche Abstützung	67
c) Handlungsanweisungen an Bundesregierung und Bundestag	69
d) Auseinandersetzung mit der Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofs	70
4. Zwischenfazit	71
IX. Europäische Bankenunion	72
1. Bestätigung der Anforderungen an einen ultra-vires-Akt	72
2. Verfassungsmäßigkeit der SSM-Verordnung	73
3. Verfassungsmäßigkeit der SRM-Verordnung	74
X. Annahme eines ultra-vires-Aktes im PSPP-Verfahren	75
1. Der Vorlagebeschluss	75
2. Die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs	77
3. Die Annahme eines ultra-vires-Aktes im PSPP-Urteil	79
a) Offensichtlicher und strukturell bedeutsamer Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	80
b) Kein offensichtlicher Verstoß gegen das Verbot monetärer Staatsfinanzierung aus Art. 123 Abs. 1 AEUV	82
c) Verhaltensverpflichtungen der Verfassungsorgane und der Bundesbank	83
4. Zwischenfazit	85
XI. Anhängige Verfahren	85
1. Die Eilentscheidungen im CETA-Verfahren	85
2. Egenberger	86
3. Corona-Wiederaufbaufonds und „PEPP-Verfahren“	87
XII. Fazit	88
<i>C. Generelle Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur ultra-vires-Kontrolle</i>	<i>89</i>
I. Problemaufriss	90
II. Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts	91
III. Position des Europäischen Gerichtshofs	93
1. Urteile Costa ./ E. N. E. L. und Internationale Handelsgesellschaft	93
2. Entscheidung Foto Frost	94
3. Zwischenfazit	95
IV. Argumente der Befürworter	96
V. Argumente der Gegner	98
VI. Stellungnahme	102
<i>D. Kriterien der ultra-vires-Residualkompetenz auf dem Prüfstand</i>	<i>112</i>
I. Kriterien aus der Honeywell-Entscheidung und dem OMT-Urteil	113

II.	Das dem Bundesverfassungsgericht zustimmende Schrifttum	115
III.	Die Position aus dem Sondervotum des Richters <i>Landau</i>	115
IV.	Die Ansicht <i>Simons</i>	117
V.	Der Vorschlag <i>Murswieks</i>	119
VI.	Die Auffassung <i>Schneiders</i>	121
VII.	Stellungnahme	123
	1. Zum Kriterium der „strukturellen Relevanz“ des Kompetenzverstoßes	124
	2. Zum Kriterium der „Offensichtlichkeit“ des Kompetenzverstoßes	126
	3. Zentrale Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV	129
	4. Einzelfallprüfung oder Suspendierung des Prüfanspruchs?	138
	5. Ergebnis	140
VIII.	Praktikabilität anhand ausgewählter Urteile des Europäischen Gerichtshofs	142
	1. Das Mangold-Urteil	143
	a) Vorwirkung und unmittelbare Drittwirkung der Richtlinienbestimmung	144
	b) Begründung eines allgemeinen Grundsatzes: Verbot der Altersdiskriminierung	146
	c) Ergebnis	148
	2. Das PSPP-Verfahren	149
	3. Rechtssache Egenberger	153
	4. Ergebnis	158
<i>E.</i>	<i>Die ultra-vires-Kontrolle in der Rechtsprechung anderer nationaler Verfassungs- und Höchstgerichte</i>	159
I.	Voraussetzungen für einen gewinnbringenden Rechtsvergleich	160
II.	Situation in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union	162
	1. Das Højesteret in Dänemark	162
	2. Das Trybunał Konstytucyjny in Polen	164
	3. Der Ústavní soud in Tschechien	166
	4. Der Conseil constitutionnel und der Conseil d'État in Frankreich	168
	5. Der Supreme Court im Vereinigten Königreich	170
	6. Zwischenfazit	172
III.	Annahme eines ultra-vires-Akts in Tschechien und Dänemark	172
	1. Ústavní soud – Rechtssache Pl. ÚS 5/12	172
	a) Sachlicher Hintergrund des Konflikts	173
	b) Die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs	174
	c) Die Reaktion des Ústavní soud	175
	2. Højesteret – Rechtssache 15/2014	178
IV.	Vorbildfunktion für das Bundesverfassungsgericht?	181
<i>F.</i>	<i>Zusammenfassung</i>	183

<i>Dritter Teil: Der Grundrechtsvorbehalt nach „Solange II“</i>	185
<i>A. Entwicklungslinien in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung</i>	186
I. Verneinung jeglicher Zuständigkeit im Beschluss zu EWG-Verordnungen	186
II. Zubilligung einer eigenen umfassenden Zuständigkeit – Solange I	188
1. Die Mehrheitsauffassung im Zweiten Senat	189
2. Die abweichende Meinung der Richter <i>Rupp, Hirsch</i> und <i>Wand</i>	191
III. Vorsichtige Abkehr von Solange I im Vielleicht- und Dreierausschussbeschluss	193
IV. Ausübungsverzicht auf die grundsätzlich bestehende Kompetenz – Solange II	193
1. Sachverhalt	194
2. Entscheidungsgründe	194
V. Bestätigung von Solange II im Maastricht-Urteil	196
VI. Die hohen Anforderungen an die Begründung im Bananenmarkt-Beschluss	198
VII. Der andersartige Kontrollzugriff in den „Recht auf Vergessen“-Beschlüssen	201
1. Der „Recht auf Vergessen I“-Beschluss	202
2. Der „Recht auf Vergessen II“-Beschluss	205
VIII. Zusammenfassung	211
<i>B. Kritische Würdigung</i>	211
I. Praktische Relevanz	212
II. Suspendierung des Prüfungsanspruchs	214
III. Grundgesetzliches Fundament	215
<i>C. Zusammenfassung</i>	222
<i>Vierter Teil: Der Verfassungsidentitätsvorbehalt</i>	225
<i>A. Hinführung und Begriffsklärung</i>	226
<i>B. Entwicklungslinien in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung</i>	227
I. Vorläufer in den Solange-Entscheidungen	227
II. Genese im Lissabon-Urteil	228
III. Bestätigung in Entscheidungen des Ersten Senats	230
IV. Prüfung einer Verfassungsidentitätsverletzung im OMT-Verfahren	231
V. Aktivierung in der Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl	232
1. Sachverhalt	233
2. Grundlegende Ausführungen zum Verfassungsidentitätsvorbehalt	234
3. Subsumtion auf den Ausgangssachverhalt	237

4. Würdigung	238
a) Der Ausschluss des Europäischen Gerichtshofs	238
b) Notwendigkeit des Rekurses auf die Verfassungsidentität	241
VI. Europäische Bankenunion	243
VII. Prüfung im PSPP-Verfahren	244
VIII. Zusammenfassung	245
<i>C. Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung einer Verfassungsidentitätsverletzung</i>	<i>246</i>
I. Vertragsänderungsgesetzgeber als unmittelbarer Adressat	246
II. Erstreckung auf die Kontrolle von Sekundärrecht	247
1. Der Begründungsansatz des Bundesverfassungsgerichts	247
2. Die Verfassungsidentität als Grenze für das Handeln der Union	249
a) Ausdehnung auf das Handeln von Unionsstellen	250
b) Lediglich innerstaatliche Unverbindlichkeit	250
c) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	251
d) Stellungnahme	252
3. Die konturlose Verfassungsidentität als Grenze des unionalen Vorranganspruchs	253
4. Die Vernachlässigung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG und des Zustimmungsgesetzes	254
<i>D. Die geschützten identitätsrelevanten Bereiche im Einzelnen</i>	<i>258</i>
I. Konzeption des Bundesverfassungsgerichts: Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG	258
1. Verstoß gegen die Menschenwürde	259
2. Verstoß gegen den „Menschenwürdekern“ der anderen Grundrechte und Bedeutung von Art. 1 Abs. 2 und 3 GG	261
3. Verstoß gegen die Grundsätze des Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG	263
a) Insbesondere Demokratieprinzip	263
b) Rechtsstaatsprinzip	265
c) Souveräne Staatlichkeit	267
d) Republik-, Bundesstaats- und Sozialstaatsprinzip	268
II. Eigene Konzeption: Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG	268
<i>E. Verhältnis des Verfassungsidentitätsvorbehalts zu den anderen Residualkompetenzen</i>	<i>271</i>
I. Verhältnis der ultra-vires-Kontrolle zum Verfassungsidentitätsvorbehalt	272
1. Stimmen für ein Nebeneinander der beiden Integrationsvorbehalte	272
2. ultra-vires-Kontrolle als Unterfall des Verfassungsidentitätsvorbehalts	273
3. Verfassungsidentitätsvorbehalt als Unterfall der ultra-vires-Kontrolle	273
4. Beurteilung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	274
5. Stellungnahme	278
II. Verhältnis von Solange II zum Verfassungsidentitätsvorbehalt	279

<i>F. Verfassungsidentitätsvorbehalte in anderen Mitgliedstaaten</i>	280
I. Vorbemerkung	280
II. Der Conseil constitutionnel in Frankreich	281
III. Die Cour constitutionnelle in Belgien	282
IV. Die Corte Costituzionale in Italien	283
V. Der Ústavní soud in Tschechien	285
VI. Das Trybunał Konstytucyjny in Polen	286
VII. Das Tribunal Constitucional in Spanien	287
VIII. Der Alkotmánybíróság in Ungarn	289
IX. Fazit	291
<i>G. Die Bedeutung der Achtung der „nationalen Identität“ in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV</i>	291
I. Zur Entstehungsgeschichte der Norm	292
II. Zu Funktion und Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV	292
1. Systematische Einbettung und Telos	293
2. Nachträgliche und präventive Bedeutung	296
3. Fazit	299
III. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	300
1. Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon	301
a) Rechtssache Groener	301
b) Rechtssache Kommission ./ Luxemburg	301
c) Rechtssache Omega	302
2. Rechtsprechung nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon	303
a) Rechtssache Sayn-Wittgenstein	303
b) Rechtssachen Runevic-Vardyn und Las	304
c) Rechtssache O’Brien	304
d) Rechtssache Digibet und Albers	305
e) Rechtssache Torresi	306
f) Rechtssache Remondis	306
g) Rechtssache M. A. S. und M. B.	307
h) Rechtssachen Coman und Moreira	309
3. Fazit	310
IV. Vorschlag einer Prozeduralisierung des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV	311
<i>H. Zusammenfassung</i>	314
<i>Fünfter Teil: Verfassungsprozessuale Fragestellungen</i>	317
<i>A. Verfassungsbeschwerde</i>	318
I. Beschwerdegegenstand	318
1. Mitgliedstaatlich vermitteltes Handeln der Europäischen Union	318
2. Unionsunmittelbare Verhaltensweisen	320

a)	Direkte Angreifbarkeit des unionalen Handelns	321
b)	Unterlassungen deutscher Verfassungsorgane	324
aa)	Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts	324
bb)	Einwände der Kritiker	327
cc)	Stellungnahme	329
c)	Mitwirkung beim Zustandekommen des streitgegenständlichen unionalen Akts	331
d)	Zustimmungsgesetz des Bundestages zum Abstimmungsverhalten der Bundesregierung	333
3.	Zustimmungsgesetz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG	334
4.	Veränderung des Beschwerdegegenstands nach Vorabentscheidungsurteil?	336
II.	Beschwerdebefugnis	337
1.	Mitgliedstaatlich vermitteltes Handeln der Europäischen Union	337
2.	Unionsunmittelbare Verhaltensweisen	339
a)	Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG?	339
aa)	Auffassung des Bundesverfassungsgerichts	340
bb)	Einwände der Kritiker im Allgemeinen	343
cc)	Erweiterung auf die ultra-vires-Kontrolle im Besonderen	346
dd)	Erweiterung auf die sekundärrechtsrelevante Verfassungsidentitätskontrolle im Besonderen	348
ee)	Erweiterung auf eine „formelle Übertragungskontrolle“	350
ff)	Stellungnahme	351
b)	Qualifizierte Beschwerde	358
3.	Vorschlag einer eigenen Verfahrensart	359
III.	Subsidiarität.	363
1.	Vorrang der Inanspruchnahme der Fachgerichtsbarkeit	363
2.	Unionaler Rechtsschutz	364
3.	Vorherige Befassung des Deutschen Bundestages und der Bundesregierung	366
<i>B.</i>	<i>Organstreitverfahren</i>	367
I.	Organstreitverfahren zwischen verschiedenen Organen	367
II.	Organstreitverfahren innerhalb desselben Organs	368
<i>C.</i>	<i>Normenkontrollverfahren</i>	370
I.	Kontrolle des Zustimmungsgesetzes zu den europäischen Verträgen	370
II.	Kontrolle des eine Richtlinie umsetzenden Gesetzes	372
III.	Unmittelbare Kontrolle unionaler Handlungen?	373
IV.	Rechtsgedanke des Art. 100 Abs. 1 GG für eine Entscheidungsmonopolisierung	375
<i>D.</i>	<i>Entscheidungsausspruch und Rechtsfolgen einer festgestellten Strukturverletzung</i>	377

I.	Teilweise Verfassungswidrigkeit des Zustimmungsgesetzes als Ausgangspunkt	378
II.	Strukturverletzung bei mitgliedstaatlich vermitteltem Handeln der Union	379
III.	Strukturverletzung ohne mitgliedstaatlich vermitteltes Handeln der Union	381
<i>E.</i>	<i>Zusammenfassung</i>	383
Zusammenfassende Thesen		385
Literaturverzeichnis		393
Rechtsprechungsverzeichnis		421
Sachregister		423

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abl. EG/EU	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
a. M.	am Main
ÄndRB	Änderungsrahmenbeschluss
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Beck-OK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz/Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
d.	der/die/des
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
d. Verf.	durch Verfasser

ebd.	ebenda
ECB	European Central Bank
ECJ	European Court of Justice
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGL.	Ergänzungslieferung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention/Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof/Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EUZBBG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f./ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GLJ	German Law Journal
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Hervorh.	Hervorhebung
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. e.	id est (das heißt)
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i. O.	im Original
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i. S.d.	im Sinne des/der
i. V.m.	in Verbindung mit
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

JA	Juristische Arbeitsblätter
jM	juris: die Monatszeitschrift
JöR n. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (neue Folge)
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
lit.	littera (Buchstabe)
Ls.	Leitsatz
m. a. W.	mit anderen Worten
m. N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	Neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OMT	Outright Monetary Transactions
PSPP	Public Sector Purchase Programme
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache(n)
S.	Seite(n)/Satz
SG	Sozialgericht
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannte(r/n)
Spiegelstr.	Spiegelstrich
SRM	Single Resolution Mechanism
SSM	Single Supervisory Mechanism
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg
u. a.	und andere/unter anderem
Uabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	von/vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
Voraufl.	Vorausgabe
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht

ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
z. T.	zum Teil

Einleitung

Wenn ein Altbundespräsident und zugleich ehemaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts unter der Überschrift „Stoppt den Europäischen Gerichtshof – Die Kompetenzen der Mitgliedstaaten werden ausgehöhlt. Die immer fragwürdigeren Urteile aus Luxemburg verlangen nach einer gerichtlichen Kontrollinstanz.“¹ öffentlichkeitswirksam auf seiner Ansicht nach nicht mehr hinnehmbare Fehlerurteile des Europäischen Gerichtshofs hinweist, dann stellen sich brisante Fragen zum Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Gerichtshof und von mitgliedstaatlichem Recht zu Unionsrecht allgemein.² Wenn in dem erwähnten Zeitungsartikel sodann noch näher ausgeführt wird, dass der Europäische Gerichtshof „zentrale Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung bewusst und systematisch ignoriert, Entscheidungen unsauber begründet, den Willen des Gesetzgebers übergeht oder gar in sein Gegenteil verkehrt und Rechtsgrundsätze erfindet, die er dann bei späteren Entscheidungen wieder zugrunde legen kann“³, so will *Herzog* wohl das Bundesverfassungsgericht als Kontrollinstanz zur Wahrung der Belange der Mitgliedstaaten in Stellung gebracht wissen.⁴

Dieses hat dem Wunsch *Herzogs* vor kurzem im PSPP-Urteil aus dem Mai 2020 hinsichtlich eines Staatsanleihenkaufprogramms der Europäischen Zentralbank entsprochen und in Bezug auf dieses und die hierauf aufbauende Ent-

¹ *Herzog/Gerken*, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, F.A.Z. v. 08.09.2008, Nr. 210, S. 8.

² Nach *v. Bogdandy/Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, ZaöRV 70 (2010), 701 (702) gehören die Diskussionen um das Verhältnis des Unionsrechts zu nationalem Verfassungsrecht sowie um die Beziehungen zwischen Europäischem Gerichtshof und mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichten zu den „theoretisch und dogmatisch schwierigsten Rechtsfragen im europäischen Rechtsraum“.

³ *Herzog/Gerken*, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, F.A.Z. v. 08.09.2008, Nr. 210, S. 8.

⁴ Auch *Hailbronner*, Hat der EuGH eine Normverwerfungskompetenz?, NZA 2006, 811 (815) fragt in Reaktion auf das sehr umstrittene Mangold-Urteil des Europäischen Gerichtshofs: „Welche Instrumente bleiben also, um der ungehemmten Entfaltung des Sendungsbewusstseins der EuGH-Richter entgegenzuwirken?“ und nennt als eine Möglichkeit die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht. Auf das Mangold-Urteil wird im Zuge der Auseinandersetzung mit dem Honeywell-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zurückkommen sein. Siehe dazu unten Zweiter Teil B. VII. (S. 47 ff.) und Zweiter Teil D. VIII. 1. (S. 143 ff.).

scheidung des Europäischen Gerichtshofs⁵ einen ultra-vires-Akt angenommen,⁶ weil „das Urteil [...] schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“⁷ beziehungsweise „methodisch nicht mehr vertretbar“⁸ sei.

Seit dem Abschluss der Römischen Verträge im Jahr 1957 hat das Bundesverfassungsgericht den Weg der europäischen Integration begleitet und im Laufe seiner im Grundsatz europafreundlichen⁹ Rechtsprechung zumeist wohlwollend, teils aber auch kritisch bewertet. Das Bundesverfassungsgericht anerkennt zwar auf der einen Seite den Anwendungsvorrang des Unionsrechts auch vor nationalem Verfassungsrecht,¹⁰ doch geht es – anders als der Europäische Gerichtshof –¹¹ nicht von einem unbedingten und uneingeschränkten Anwendungsvorrang des Unionsrechts aus.¹² Aus diesem Grund hat das Bun-

⁵ EuGH, Urt. v. 11.12.2018, Rs. C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss u. a.

⁶ BVerfGE 154, 17 ff. Siehe dazu ausführlich unten Zweiter Teil B. X. (S. 75 ff.).

⁷ BVerfGE 154, 17 (94 Rn. 116) – PSPP-Urteil.

⁸ BVerfGE 154, 17 (96 Rn. 119) – PSPP-Urteil.

⁹ Ob die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insgesamt als unionsrechts- oder allgemeiner europafreundlich beurteilt wird oder nicht, hängt wohl maßgeblich vom jeweiligen Standpunkt und der jeweiligen Akzentuierung des Beobachters ab. Zum Ganzen: Mayer, Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Giegerich, Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 237 ff. Hier ist jedoch mit der europafreundlichen Ausübung seiner Rechtsprechung nur gemeint, dass das Bundesverfassungsgericht sämtliche Integrationschritte durch bestätigende Entscheidungen ermöglicht hat und oftmals in diesem und auch anderem Zusammenhang die „Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“ (vgl. z. B. BVerfGE 123, 267 [346 f.] – Lissabon) als entscheidendes Argument für die Zulässigkeit eines noch weiter gehenden europäischen Einigungsprozess anführte. Vgl. für das europafreundliche Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts auch *Vofßkuhle*, „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2016, 161 ff. In einem Zwang sieht hingegen *C. Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit und Bundesstaatsverbot“, Der Staat 48 (2009), 535 (537) das Bundesverfassungsgericht: „Will es seine institutionelle Position nicht mit unabsehbaren Konsequenzen gefährden, so ist das Gericht faktisch zu zustimmend tenorierten Urteilen gezwungen.“ Auf S. 538 spricht *C. Schönberger* sogar von einer „faktischen Impotenz zur Vertragsverwerfung“.

¹⁰ Vgl. nur aus jüngerer Zeit BVerfGE 140, 317 (335 Rn. 38) – Europäischer Haftbefehl II; BVerfGE 142, 123 (187 Rn. 118) – OMT-Urteil.

¹¹ Siehe dazu bereits EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1269 f.) – *Costa* ./ E. N. E. L. und EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135 Rn. 3) – Internationale Handelsgesellschaft. Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts unten Erster Teil B. (S. 18 ff.).

¹² BVerfGE 123, 267 (398 f.) – Lissabon; BVerfGE 126, 286 (302) – Honeywell. Diese unterschiedlichen Sichtweisen zwischen Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht sind möglich, weil es anders als im Verhältnis des Bundesrechts zum Landesrecht, bei denen ebenfalls zwei Rechtsordnungen auf denselben Fall anwendbar sein können, im Verhältnis des nationalen Rechts zum Unionsrecht an einer Regelung wie Art. 31 GG „Bundesrecht bricht Landesrecht“ im Grundgesetz oder in den europäischen Verträgen fehlt; vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 358. Lediglich in der – rechtlich nicht verbindlichen – Erklärung Nr. 17 zu Bestimmungen der Verträge als Annex zum Lissabon-Vertrag, Abl. 2007 C 306, S. 256 findet sich eine Anerkennung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts: „Die Konferenz weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union

desverfassungsgericht im Laufe seiner jahrzehntelangen Rechtsprechung Residualkompetenzen geschaffen, deren gemeinsame Funktion es ist, in letzter Konsequenz über das Handeln der Europäischen Union und dabei insbesondere über dasjenige des Europäischen Gerichtshofs zu wachen. Von diesen Reservekompetenzen¹³ sind in der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spätestens seit der Lissabon-Entscheidung aus dem Jahr 2009 folgende – oftmals in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nur noch auf jeweils ein Schlagwort reduzierte – Vorbehalte aktuell: „Solange II“ (Grundrechtsvorbehalt), die ultra-vires-Kontrolle (Kompetenzvorbehalt) und der Verfassungsidentitätsvorbehalt. Ihnen allen ist gemein – und das ist auch der Grund für die einheitliche Bezeichnung als Residual- respektive Reservekompetenzen –, dass sie nur dann genutzt werden, wenn auf unionaler Ebene insbesondere durch den Europäischen Gerichtshof keine Abhilfe erzielt werden konnte. Es handelt sich mit anderen Worten um bloße „Auffangzuständigkeiten“ des Bundesverfassungsgerichts, von denen nur sehr selten Gebrauch gemacht wird: Einen ultra-vires-Akt konstatierte es erstmals in Bezug auf den Rat der Europäischen Zentralbank und den Europäischen Gerichtshof im Mai 2020;¹⁴ schon im Dezember 2015 nahm das Bundesverfassungsgericht (wohl)¹⁵ eine Verfassungsidentitätsverletzung an.¹⁶

Die Darstellung und Auseinandersetzung mit den drei genannten Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Prüfung der Grundgesetzkonformität von Handlungen der unionalen Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen ist das zentrale Anliegen dieser Arbeit.¹⁷ Sie setzt

auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.“ Dazu näher *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, S. 76 f. Letztlich sind die unterschiedlichen Selbstverständnisse des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts auf die fehlende Bundesstaatsqualität der Europäischen Union und ihren jetzigen Charakter als supranationale Internationale Organisation *sui generis* zurückzuführen.

¹³ In dieser Arbeit werden die Begriffe „Residualkompetenzen“, „Reservekompetenzen“, „Kontrollvorbehalte“, „Auffangzuständigkeiten“, „Integrationsvorbehalte“ und ähnliche Termini synonym verwendet.

¹⁴ BVerfGE 154, 17 ff. Siehe dazu ausführlich unten Zweiter Teil B. X. (S. 75 ff.).

¹⁵ Ob der Verfassungsidentitätsvorbehalt in dieser Entscheidung tatsächlich aktiviert wurde, ist zweifelhaft und umstritten. Näher dazu unten Vierter Teil B. V. 4. b) (S. 241 ff.).

¹⁶ BVerfGE 140, 317 ff. – Europäischer Haftbefehl II. Dazu ausführlich unten Vierter Teil B. V. (S. 232 ff.).

¹⁷ In Anknüpfung an die Unterscheidung von *Murswiek*, Die Ultra-vires-Kontrolle im Kontext der Integrationskontrolle, EuGRZ 2017, 327 (327 f.) geht es dabei um eine *Ausübungskontrolle* von Unionsrecht durch die drei Integrationsvorbehalte des Bundesverfassungsgerichts, also um die Prüfung *sekundären* (und ggf. tertiären) Unionsrechts anhand des deutschen Verfassungsrechts. Daneben erfolgt durch das Bundesverfassungsgericht regelmäßig auch eine *Eingangskontrolle*, die prüft, ob das Hoheitsrechte übertragende Zustimmungsgesetz i. S. d. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Bei dieser *Eingangskontrolle* im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit des europäischen Primärrechts

sich zum Ziel, die teils verworrenen Verästelungen in Rechtsprechung und Literatur aufzulösen, an geeigneter Stelle Kritik an der Ausübung der Reservekompetenzen durch das Bundesverfassungsgericht anzumelden und Perspektiven für die Zukunft aufzuzeigen. Dabei soll auch stets kritisch untersucht werden, ob die jeweilige Residualkompetenz des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich wirklich zwingend erforderlich ist oder nicht vielleicht zu sehr die einheitliche Anwendung des Unionsrechts und die grundsätzliche, sich aus einer Zusammenschau von Art. 19 Abs. 1 Uabs. 1 Satz 2 EUV, Art. 263, 267 und 344 AEUV möglicherweise ergebende Letztentscheidungsbefugnis des Europäischen Gerichtshofs behindert. Denn die große Gefahr nationaler Verfassungsvorbehalte hat *Borowski* zutreffend benannt: „Berühmen sich nationale Gerichte einer Kontrollkompetenz für das supranationale Recht, scheint nicht weniger bedroht als das Gelingen des gesamten Projekts der europäischen Integration.“¹⁸ Darüber hinaus war insbesondere in der Anfangszeit der Bundesrepublik keinesfalls evident, dass das Grundgesetz einer europäischen Integration überhaupt Grenzen zieht – spricht doch die Präambel des Grundgesetzes davon, dass das Deutsche Volk von dem Willen beseelt sei, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen.¹⁹ Es soll sich also im Verlauf der Arbeit zeigen, ob und gegebenenfalls inwieweit es des Wächters „Bundesverfassungsgericht“ über Handlungen der Europäischen Union bedarf, oder ob Reservekompetenzen im Hinblick auf die Kontrolle der

kann es neben der Prüfung der Einhaltung der Strukturvorgaben des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG allein um die Prüfung der Wahrung der Verfassungsidentität im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gehen. Eine solche *Eingangskontrolle* fand insbesondere bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu einer Änderung der europäischen Verträge in den Jahren 1993 und 2009 statt (Maastricht- und Lissabon-Urteil), bei denen mithilfe von Verfassungsbeschwerden das Zustimmungsgesetz i. S.d. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG dem Bundesverfassungsgericht zur verfassungsrechtlichen Prüfung vorgelegt wurde. Diese so verstandene *Eingangskontrolle* ist weitgehend nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

¹⁸ *Borowski*, Die Rekonstruktion des Anwendungsvorranges des Rechts der Europäischen Union, in: Festschrift Müller-Graff, 2015, S. 1080 (1080), der allerdings de constitutione lata keine Rechtfertigungsmöglichkeit für einen uneingeschränkten Anwendungsvorrang des Unionsrechts erkennen kann – vgl. ebd., S. 1086. Auch *Halter*, Europarecht Band II, 3. Aufl. 2017, Rn. 1049 sieht die Gefahr mitgliedstaatlicher (Verfassungs-)Vorbehalte: „Hinter der verfassungsgerichtlichen Behauptung von [...] verfassungsrechtlichen Integrationsgrenzen steht also die Drohung, die funktionalen Fundamente der Union [...] zu zerstören. Das ist alles andere als nebensächlich.“ Vgl. daneben auch *Skouris*, Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht, EuR 2021, 3 (18), der die ultra-vires-Doktrin als „echte Bedrohung für den Vorrang des Unionsrechts“ einordnet.

¹⁹ Vgl. *Huber*, Grundlagen und Grenzen der Mitgliedschaft Deutschlands in der Europäischen Union, in: Festschrift Müller-Graff, 2015, S. 893 (896) und *ders.*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Präambel Rn. 45. Die Existenz materieller Beschränkungen bei der Hoheitsrechtsübertragung verneinend: *C. O. Lenz*, Beschränkt das Grundgesetz die Übertragung weiterer Befugnisse auf die Europäische Union, EWS 2018, 121 ff. Zur Bedeutung der Präambel für den europäischen Integrationsprozess unten Erster Teil A. I. (S. 9 ff.).

Verhaltensweisen der Unionsstellen schlicht als „verfassungsrichterliche Anmaßung“²⁰ zu qualifizieren sind.

Dabei soll auch die rechtsvergleichende Perspektive nicht außer Acht gelassen werden. Zutreffend dürfte es zwar sein, dass der Streit um den europäischen Integrationsprozess in keinem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union „mit solcher Leidenschaft mit der verfassungsgerichtlichen Klinge ausgefochten“²¹ wird wie in Deutschland. Doch könnte es möglicherweise gerade diese Nüchternheit der Verfassungsrechtsprechung aus anderen Mitgliedstaaten sein, die – bei der gebotenen Zurückhaltung, was die Implementierung der rechtsvergleichend gewonnenen Erkenntnisse betrifft –²² eine Vorbildfunktion für die Ausübung der Residualkompetenzen durch das Bundesverfassungsgericht erfüllen könnte.

Damit sei aber auch gleichzeitig hervorgehoben, was diese Arbeit nicht zu leisten vermag und auch nicht leisten möchte: Wie bereits erwähnt, soll es allein um die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts bei der Prüfung von *abgeleitetem* Unionsrecht gehen. Nicht behandelt wird hingegen die Frage, ob – und wenn ja inwieweit – das Grundgesetz durch eine entsprechende Änderung der Primärverträge eine noch weiter gehende europäische Integration zulässt. Mit anderen Worten geht es also ausschließlich um den nachträglichen Zugriff des Bundesverfassungsgerichts auf abgeleitetes Unionsrecht nach Inkrafttreten der europäischen Primärverträge.²³ Daneben erhebt die Abhandlung insbesondere keinen Anspruch auf Vollständigkeit, was eine umfassende Untersuchung des Verhältnisses von Unionsrecht zu nationalem Recht betrifft;²⁴ außerdem kann nicht erschöpfend die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im europarechtlichen Kontext erörtert werden.²⁵ So sind die Entscheidungen des Bun-

²⁰ Hufeld, Anwendung des europäischen Rechts in Grenzen des Verfassungsrechts, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 71.

²¹ Schalast, Der Ultra-vires-II-Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts: Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassungskrise?, BB 2017, 2690 (2693).

²² Auf den Mehrwert der rechtsvergleichenden Perspektive und den drohenden Gefahren einer unreflektierten Übernahme wird an entsprechender Stelle noch einmal umfassend eingegangen. Siehe dazu unten Zweiter Teil E. I. (S. 160 ff.).

²³ Sauer, Staatsrecht III, 6. Aufl. 2020, § 9 Rn. 9 ff. unterscheidet zwischen „primärrechtsrelevanten“ und „sekundärrechtsrelevanten“ Integrationsschranken – nach dieser Terminologie sollen allein letztere Gegenstand dieser Arbeit sein.

²⁴ Siehe dazu aus neuerer Zeit Burchardt, Die Rangfrage im europäischen Normenverbund, 2015, passim.

²⁵ Beispielsweise wird hier auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht eingegangen, die das Unionsrecht zwar berühren, aber doch auf der Grundlage genuin nationalrechtlicher Vorschriften ergangen sind – etwa die bundesverfassungsgerichtlichen Urteile zur Verfassungswidrigkeit der 5%- (BVerfGE 129, 300 ff.) und der 3%-Sperrklausel (BVerfGE 135, 259 ff.) bei den Wahlen zum Europäischen Parlament. Von Interesse sind vorliegend allein Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich mit den Residualkompetenzen beschäftigen. Für eine umfassende Nachzeichnung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Kontext siehe z. B. van Ooyen, Die Staatstheorie des

desverfassungsgerichts im Zusammenhang mit der sogenannten Euro-Finanzkrise²⁶ weitgehend nicht²⁷ Gegenstand dieser Arbeit, weil hierbei überwiegend keine sekundären Rechtsakte der Europäischen Union angegriffen wurden.²⁸ Es soll lediglich um die Trias der vom Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommenen Reservekompetenzen in Bezug auf die Prüfung von sekundärem und tertiärem Unionsrecht gehen. Aufbauend auf der Darstellung der zentralen Sachverhalte und Entscheidungsgründe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird eine kritische Auseinandersetzung mit der verfassungsdogmatischen Grundlage und der konkreten praktischen Ausübung der jeweiligen Residualkompetenz erfolgen.

Nach einem kurzen einführenden Ersten Teil, der die Grundlagen des Verhältnisses zwischen dem Recht der Bundesrepublik Deutschland und dem Recht der Europäischen Union aus staats- und europarechtlicher Perspektive in Erinnerung rufen möchte, soll von den drei Reservekompetenzen im Zweiten Teil mit der ultra-vires-Kontrolle begonnen werden, die kompetenzwidriges Handeln der Unionsstellen betrifft – dieser Vorbehalt spielte in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts schon vor der Annahme eines ultra-vires-Akts im PSPP-Urteil bisher die prominenteste Rolle.²⁹ Daran anschließend behandelt der Dritte Teil den Grundrechtsvorbehalt aus der „Solange II“-Entscheidung³⁰; im Vierten Teil soll der jüngste Vorbehalt der Verfassungsidentitätskontrolle untersucht werden. Denn der Verfassungsidentitätsvorbehalt baut teilweise auf der

Bundesverfassungsgerichts und Europa – Von Solange über Maastricht und Lissabon zur EU-Grundrechtecharta, 8. Aufl. 2020, passim.

²⁶ Siehe insbesondere BVerfGE 129, 124 ff. – Griechenlandhilfe; BVerfGE 130, 318 ff. – Stabilisierungsmechanismusgesetz; BVerfGE 131, 152 ff. – Euro-Plus-Pakt; BVerfGE 132, 195 ff. – ESM-Eilentscheidung; BVerfGE 135, 317 ff. – ESM-Urteil.

²⁷ Diese Einschränkung gilt wiederum aber nicht für die Kontrolle der beschlossenen Staatsanleihenankaufprogramme (OMT und PSPP) des Rates der Europäischen Zentralbank, weil es sich hierbei um Handlungen eines Organs der Europäischen Union handelt. Diese Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der genannten Programme finden also Eingang in diese Darstellung. Siehe BVerfGE 134, 366 ff. – OMT-Vorlagebeschluss; BVerfGE 142, 123 ff. – OMT-Urteil; BVerfGE 146, 216 ff. – PSPP-Vorlagebeschluss und BVerfGE 154, 17 ff. – PSPP-Urteil. Dazu Zweiter Teil B. VIII. (S. 56 ff.) und Zweiter Teil B. X. (S. 75 ff.).

²⁸ Vgl. zur verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzung mit der sog. Euro-Finanzkrise sehr gut im Überblick *Sauer*, Staatsrecht III, 6. Aufl. 2020, § 9 Rn. 70 ff. Daneben auch *Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, S. 53 ff. und *Kube*, Nationale Budgethoheit und Europäische Integration, AöR 137 (2012), 205 ff. Speziell zum ESM: *Kube/Reimer*, Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, NJW 2010, 1911 ff.

²⁹ Siehe schon *Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 129: „Die Kompetenzmäßigkeit stellt heute die praktisch wichtigste und daher in ihrer Reichweite umstrittenste Schranke für die innerstaatliche Anwendbarkeit des zwischenstaatlichen Sekundärrechts dar.“ Gleichzeitig erweist sich dieser Vorbehalt im Vergleich zu den anderen Residualkompetenzen als „besonders problematisch“ (*Mager*, Staatsrecht I, 9. Aufl. 2021, Rn. 597).

³⁰ BVerfGE 73, 339 ff.

Solange-Rechtsprechung auf, während sich die Entwicklung eines Kompetenzvorbehalts hiervon unabhängig vollzog.³¹ Ein abschließender Fünfter Teil erörtert die im Zusammenhang mit den Residualkompetenzen aufkommenden verfassungsprozessualen Fragestellungen.

Innerhalb der drei großen Hauptteile (Zweiter, Dritter und Vierter Teil) wird die weitere Untergliederung stets ähnlich vorgenommen. Falls erforderlich, erfolgt zunächst eine Begriffsklärung, ehe die Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts zur jeweiligen Reservekompetenz nachgezeichnet werden. Auf diese Erkenntnisse aufbauend, findet in einem anschließenden Schritt eine kritische Auseinandersetzung mit der Daseinsberechtigung der einzelnen Residualkompetenz im Allgemeinen und ihrer konkreten Ausgestaltung durch das Bundesverfassungsgericht im Besonderen statt. Ziel der Arbeit ist es, den drei Kontrollvorbehalten mehr Konturen zu verleihen, damit sich diese kohärent in das komplexe Mehrebenensystem zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem (Verfassungs-)Recht einordnen lassen und so dem Rechtsanwender mehr Gewissheit und Berechenbarkeit vermitteln können.

³¹ Dies ist auch der Grund, warum in der Darstellung von der Chronologie der Entstehungsgeschichte der Residualkompetenzen abgewichen werden kann. Der Grundrechtsvorbehalt – insbesondere mit den Solange-Entscheidungen – datiert auf die Jahre 1974 und 1986; die ultra-vires-Kontrolle wurde im Jahr 1987 bzw. spätestens 1993 geschaffen; die sekundärrechtsbezogene Verfassungsidentitätskontrolle existiert hingegen erst seit dem Lissabon-Urteil aus dem Jahr 2009.

Erster Teil

Grundlagen des Verhältnisses zwischen deutschem Verfassungsrecht und dem Recht der Europäischen Union

Zunächst seien in der gebotenen Kürze die architektonischen Grundlagen des Verhältnisses zwischen deutschem Verfassungsrecht und dem Recht der Europäischen Union dargestellt, die wesentlich für das Verständnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind. Dies betrifft zum einen die verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die der Bundesrepublik Deutschland die Teilnahme am europäischen Integrationsprozess ermöglichen und zum anderen die grundlegende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in der ein – absoluter – Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor jeglichem nationalen Recht begründet wurde. Durch die Vergegenwärtigung dieser Grundlagen, die das entscheidende Spannungsverhältnis aufzeigen, lassen sich die Schöpfung und Entwicklung der bundesverfassungsgerichtlichen Reservekompetenzen, die sodann in den anschließenden Teilen behandelt werden, besser nachvollziehen.

A. Grundgesetzliche Ermächtigungen für die Teilnahme am europäischen Einigungsprozess

I. Präambel

Im ersten Satz der dem Grundrechtsabschnitt vorangestellten Präambel heißt es, dass sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem *vereinten Europa* dem Frieden der Welt zu dienen, dieses Grundgesetz gegeben hat.¹ Die als Bestand-

¹ Die Ursprungsfassung der vom Parlamentarischen Rat 1949 beschlossenen Präambel lautete: „Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat das Deutsche Volk in den Ländern Baden, Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern, um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben, kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beschlossen. Es hat auch für jene Deutsche gehandelt, denen mitzuwirken versagt war. Das gesamte Deutsche

teil² des Grundgesetzes anzusehende und rechtlich verbindliche³ Präambel enthält also ein klares Bekenntnis zu Europa: eine Staatszielbestimmung⁴ zugunsten der Europäischen Integration, an der die Bundesrepublik Deutschland aktiv teilzunehmen verpflichtet ist.⁵ Näher konkretisiert wird diese Staatszielbestimmung im 1992⁶ neu gefassten Art. 23 GG.⁷ Die sprachliche Fassung der Präambel, die vom „gleichberechtigten Glied in einem vereinten Europa“ spricht, ist nach allgemeiner Meinung nicht so zu verstehen, dass damit sogar das Aufgehen der Bundesrepublik Deutschland in einem europäischen Bundesstaat angestrebt werden müsste. Umstritten ist aber, ob durch die Präambel ein europäischer Bundesstaat zugelassen wird⁸ oder sich zutreffenderweise der Präambel diesbezüglich keinerlei Aussagen entnehmen lassen⁹ und die Antwort der Aus-

Volk bleibt aufgefördert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden.“ Dazu und näher zu den verschiedenen im Parlamentarischen Rat diskutierten Formulierungsvorschlägen für die Präambel *Matz*, JöR n. F. 1 (1951), 20 ff. Der hier Interesse hervorruhende Passus des „gleichberechtigten Gliedes in einem vereinten Europa“ war jedenfalls bereits in der ursprünglichen Verfassungsurkunde zu finden.

² *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Präambel Rn. 7; *Huber*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Präambel Rn. 8; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Präambel Rn. 1.

³ *Huber*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Präambel Rn. 10: „In materiell-rechtlicher Hinsicht ist die Präambel [...] nicht nur pathetische politische Erklärung, sondern eine Rechtsvorschrift mit spezifischem Regelungsgehalt.“ Eingehend dazu *Dreier*, in: ders., GG Band I, 3. Aufl. 2013, Präambel Rn. 23 ff. und *Murswiek*, in: Bonner Kommentar zum GG, Präambel Rn. 86 ff. (Stand: 119. Aktualisierung September 2005). Vgl. auch die abschließende Stellungnahme des Abgeordneten *Schmid* im Parlamentarischen Rat – zitiert nach *Matz*, JöR n. F. 1 (1951), 20 (41): „Diese Präambel ist mehr als nur ein pathetischer Vorspruch. Sie zählt – und wir sind dabei in vollem Bewußtsein dessen, was geschehen sollte, vorgegangen – die konstitutiven Faktoren auf, die wirksam geworden sind, und sie besagt, was geschaffen werden sollte und was noch nicht geschaffen werden konnte. Diese Präambel enthält also rechtlich erhebliche Feststellungen, Bewertungen, Rechtsverwahrungen und Ansprüche zugleich.“

⁴ Allgemein zu Staatszielbestimmungen siehe insbesondere *Hahn*, Staatszielbestimmungen im integrierten Bundesstaat – Normative Bedeutung und Divergenzen, 2010, passim.

⁵ *Huber*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Präambel Rn. 43. Vgl. auch BVerfGE 73, 339 (386) – Solange II; BVerfGE 89, 155 (183) – Maastricht und BVerfGE 123, 267 (346 f.) – Lissabon.

⁶ Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 21.12.1992, BGBl. I, S. 2086.

⁷ *Boehl/Hobe*, in: Berliner Kommentar zum GG, Präambel Rn. 139 (Stand: 29. EGL. Dezember 2009); *Huber*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Präambel Rn. 44 f., der der Präambel im Verhältnis zu Art. 23 GG nur noch eine „unterstützende (Auffang-)Funktion“ zubilligt. Zu Art. 23 GG sogleich Erster Teil A. III. (S. 12 ff.).

⁸ So *C. O. Lenz*, Brauchen wir ein neues Kontrollverfahren für das Recht der Europäischen Union vor dem BVerfG?, ZRP 2010, 22 (23); *Pernice*, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, AöR 136 (2011), 185 (219); *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, GG Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 23 Rn. 105. In diese Richtung wohl auch *H. P. Ipsen*, Zum Parlaments-Entwurf einer Europäischen Union, Der Staat 24 (1985), 325 (344) und *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, § 15 II. 2. (S. 521).

⁹ Dafür auch *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Präambel Rn. 70 (Stand: 74. EGL. Mai

legung von Art. 79 Abs. 3 GG entnommen werden müsse.¹⁰ Jedenfalls unterstreicht bereits die Präambel den – später noch in weiteren Bestimmungen des Grundgesetzes zum Ausdruck kommenden –¹¹ Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“¹² der Bundesrepublik Deutschland und die „Europafreundlichkeit des Grundgesetzes“.

II. Art. 24 Abs. 1 GG

Eine für den europäischen Integrationsprozess – jedenfalls bis zur Neufassung des Art. 23 GG im Jahr 1992 –¹³ wichtige Bestimmung enthält Art. 24 Abs. 1 GG¹⁴: Hiernach kann der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte – also exekutive, legislative und judikative Gewalt – auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen. Bis zur Einfügung der spezielleren Ermächtigung in Art. 23 Abs. 1 GG verstand man auch die Europäische Union respektive ihre Vorgängerformen als „zwischenstaatliche Einrichtungen“ im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG, der Hoheitsrechte „übertragen“¹⁵ wurden.¹⁶ Dazu gehören im Grundsatz¹⁷ allein su-

2015); *Huber*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Präambel Rn. 45 und *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 1, 7. Aufl. 2018, Präambel Rn. 41.

¹⁰ Siehe zur strittigen Frage, ob die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG einen europäischen Bundesstaat ermöglicht: verneinend *Sachs*, in: ders., GG, 9. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 60; bejahend *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG Band 2, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 64. Zum Ganzen: *König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, S. 508 ff.; *Rüß*, Vereintes Europa – das unerreichbare Staatsziel, 2005, S. 69 ff. Siehe auch unten Vierter Teil D. I. 3. c) (S. 267).

¹¹ Insbesondere Art. 1 Abs. 2, Art. 23, 24, 25 und 26 GG.

¹² *König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, S. 42; *Streinz*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 24 Rn. 6. Siehe auch *Herdegen*, Völkerrecht, 20. Aufl. 2021, § 22 Rn. 8 f.

¹³ Siehe zu Art. 23 Abs. 1 GG sogleich Erster Teil A. III. (S. 12 ff.).

¹⁴ Zur Entstehungsgeschichte des Art. 24 GG siehe *Matz*, JöR n. F. 1 (1951), 222 ff. Insbesondere war im Parlamentarischen Rat umstritten, ob das Hoheitsrechte übertragende Gesetz qualifizierten Mehrheitsanforderungen unterliegen sollte; der letztliche Verzicht hierauf brachte zum Ausdruck, dass die Einordnung der Bundesrepublik Deutschland in Formen internationaler Zusammenarbeit recht unkompliziert möglich sein sollte. Vgl. dazu *König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, S. 41.

¹⁵ Die „Übertragung“ von Hoheitsrechten ist nicht wörtlich zu verstehen – es kommt nicht zum endgültigen Verlust, sondern nur zum einstweiligen Verzicht des Herrschaftsanspruchs der Bundesrepublik Deutschland; die deutsche Rechtsordnung wird lediglich in einem spezifischen Bereich für supranationales, unmittelbar wirkendes Recht geöffnet. Vgl. dazu *Streinz*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 24 Rn. 18.

¹⁶ Vgl. *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 24 Rn. 3; *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 88; *Streinz*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 24 Rn. 5, 11.

¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei älteren Entscheidungen auf die Durchgriffsbefugnis als entscheidendes Merkmal verzichtet; vgl. BVerfGE 68, 1 (94) – NATO-Doppel-

pranationale Internationale Organisationen, die unmittelbar – und nicht intergouvernemental über die einzelnen Mitgliedstaaten vermittelt – in die nationale Rechtsordnung „durchgreifen“ und für die einzelnen Staatsangehörigen direkt geltende Normen erlassen können.¹⁸ Das ist auch die entscheidende Funktion und die bedeutendste Aussage des Art. 24 Abs. 1 GG: Das nationale Recht wird gegenüber dem von Internationalen Organisationen erlassenen überstaatlichen und supranationalen Recht geöffnet, das für sich unmittelbare Geltung beanspruchen kann.¹⁹

III. Art. 23 GG

Die heute für die Teilnahme der Bundesrepublik Deutschland am europäischen Integrationsprozess maßgebliche Bestimmung findet sich in Art. 23 GG, der in insgesamt acht Absätzen recht detaillierte inhaltliche und verfahrensrechtliche Regelungen in Bezug auf die Europäische Union trifft.²⁰

1. Zur Entstehungsgeschichte der Norm

Ursprünglich war in Art. 23 GG a. F.²¹ geregelt, dass den 1949 beim Inkrafttreten des Grundgesetzes ausgeschlossenen Ländern die Möglichkeit des Beitritts offen stand, sodass sich der Geltungsbereich des Grundgesetzes erweitern konnte. Mit der Deutschen Einheit von 1990 verlor die Bestimmung ihren praktischen Anwendungsbereich und wurde mit der Wiedervereinigung im Einigungsvertrag aufgehoben – Art. 23 GG war damit ohne normativen Inhalt.²²

beschluss und bestätigt in BVerfGE 77, 170 (232) – Lagerung chemischer Waffen. Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bekennt sich hingegen wieder zum „Durchgriffskriterium“ – siehe dazu beispielsweise BVerfG, NJW 2001, 2705 (2706) und BVerfGK 17, 266 (270). Siehe zum Ganzen *Sauer*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 24 Rn. 46 ff. (Stand: 198. Aktualisierung Mai 2019).

¹⁸ *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 24 Rn. 6; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 24 Rn. 5; *Streinz*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 24 Rn. 13.

¹⁹ *Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, 2015, S. 82; *Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 45.

²⁰ Kritisch hierzu *Breuer*, Die Sackgasse des neuen Europaartikels (Art. 23 GG), NVwZ 1994, 417 ff.

²¹ Dieser lautete: „Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.“ Zur Entstehungsgeschichte siehe *Matz*, JöR n. F. 1 (1951), 217 ff. Noch bevor 1990 die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen dem Geltungsbereich des Grundgesetzes beitraten, wurde 1957 bereits das Saarland auf der Grundlage dieser Bestimmung Teil der Bundesrepublik Deutschland.

²² Vgl. *Franzius*, 70 Jahre Grundgesetz und Europa: Passt das zusammen?, EuR 2019, 365 (366 f.).

Bereits zuvor herrschte insbesondere bei den deutschen Bundesländern Unzufriedenheit mit der Tatsache, dass sich der gesamte europäische Einigungsprozess auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 1 GG vollzog. Denn dieser enthielt keine Regelungen für die Beteiligung der Länder; nicht einmal war die Zustimmung des Bundesrates bei Hoheitsrechte übertragenden Gesetzen im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG erforderlich.²³ Davon abgesehen wurden Zweifel laut, ob die Europäische Union, wie sie durch den Maastricht-Vertrag gegründet werden sollte, aufgrund ihrer weitreichenden – und selbst für eine supranationale Internationale Organisation atypischen – Befugnisse noch als „zwischenstaatliche Einrichtung“ gelten konnte.²⁴ Dies waren die maßgeblichen Gründe, warum sich der verfassungsändernde Gesetzgeber im Zuge der Ratifikation des Vertrags von Maastricht Ende 1992 dazu entschied, den frei gewordenen Platz in Art. 23 GG zu nutzen und für die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der Europäischen Union eine eigenständige Regelung zu schaffen.²⁵

2. Die inhaltlichen Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 GG

Die wesentlichen inhaltlichen Regelungen für die Teilnahme an der Europäischen Union finden sich im ersten Absatz des Art. 23 GG, der als *lex specialis* zu Art. 24 Abs. 1 GG anzusehen ist.²⁶ So wirkt die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen sowie dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Diese indikativisch formulierte Mitwirkung an der Europäischen Union ist also verfassungsrechtlich vorgeschrieben und steht nicht im Belieben der handelnden politischen Akteure.²⁷ Zur Erreichung der in Satz 1 genannten Ziele kann der Bund durch Gesetz

²³ Häufig ergab sich das Zustimmungserfordernis des Bundesrates jedoch aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG, der neben Art. 24 Abs. 1 GG zur Anwendung gelangt – h. M., vgl. *Proeß*, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014, S. 58 ff.; *Streinz*, in: *Sachs*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 24 Rn. 25.

²⁴ Siehe dazu den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, S. 20. Daneben *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 1 und *Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 46. Siehe auch *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 23 Rn. 1: „Diese magerere Regelung [des Art. 24 Abs. 1 GG] konnte für die Schaffung der Europäischen Union nicht mehr genügen [...]“

²⁵ Instruktiv zur Entstehungsgeschichte des Art. 23 GG *Schorkopf*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 23 Rn. 35 ff. (Stand: 211. Aktualisierung April 2021).

²⁶ BVerfGE 153, 74 (143 Rn. 119) – Einheitliches Patentgericht; *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 5; *Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 87; *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 43 Rn. 15; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, GG Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 23 Rn. 2.

²⁷ So auch BVerfGE 123, 267 (346 f.) – Lissabon; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 16. Aufl.

mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG „übertragen“²⁸ – dies ist das wesentliche Instrument der von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG geforderten „Mitwirkung“.²⁹ Dabei ist der Terminus der „Übertragung von Hoheitsrechten“ nach zutreffender herrschender Meinung weit zu verstehen und umfasst nicht nur die Übertragung weiterer Hoheitsrechte im engeren Sinn, sondern jede Modifikation der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union.³⁰ Indes ist der Gesetzgeber bei der Übertragung von Hoheitsrechten nicht völlig ungebunden, sondern durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG formell und materiell beschränkt, wonach für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, Art. 79 Abs. 2 und 3 GG gelten. Art. 79 Abs. 2 GG nimmt dabei als formelle Voraussetzung die Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Deutschen Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates in Bezug. Eine materielle Beschränkung erfährt die Möglichkeit der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union sodann durch Art. 79 Abs. 3 GG: Das Zustimmungsgesetz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG darf nicht die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berühren. Die sogenannte Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, die sich dem Wortlaut nach allein an den verfassungsändernden Gesetzgeber richtet, ist somit jedenfalls³¹ durch den Verweis in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG integrationsfest. Eine Änderung der europäischen Primärverträge infolge eines deutschen Zustimmungsgesetzes darf folglich nicht dazu führen, dass die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Sachbereiche tangiert werden.

2020, Art. 23 Rn. 10 und *W. Weiß*, Unionsrecht und nationales Recht, in: Niedobitek, Europarecht, 2. Aufl. 2020, § 5 Rn. 38.

²⁸ Es findet keine „Übertragung“ in dem Sinne statt, dass sich die Bundesrepublik Deutschland der abgetretenen Kompetenzen vollständig und endgültig entäußert; vielmehr verzichtet sie nur einstweilen auf die Ausübung dieser Kompetenzen, solange diese auf der Ebene der Europäischen Union wahrgenommen werden. Siehe hierzu: *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn. 67 (Stand: 92. E. GL. August 2020). Vgl. auch schon oben Fußnote 15 (S. 11).

²⁹ Vgl. *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 5.

³⁰ Siehe nur BVerfGE 123, 267 (355, 386 f.) – Lissabon; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 23 Rn. 26 und *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, GG Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 23 Rn. 87 f. Vgl. auch BVerfGE 153, 74 (143 ff. Rn. 119 ff.) – Einheitliches Patentgericht.

³¹ Auch ohne entsprechenden Verweis wird im Rahmen des Art. 24 Abs. 1 GG verbreitet vertreten, dass die Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten durch Art. 79 Abs. 3 GG beschränkt wird – vgl. dazu *Streinz*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 24 Rn. 28 f. und *Wollenschläger*, in: Dreier, GG Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 24 Rn. 40.

3. Bedeutung der in Bezug genommenen „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG

In diesem Zusammenhang ist es notwendig, die sogenannte Ewigkeitsgarantie³² des Art. 79 Abs. 3 GG näher zu betrachten.³³ Nach dieser Bestimmung ist eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig. Aus normlogischen Gründen ist darüber hinaus nach allgemeiner Meinung eine Änderung des Art. 79 Abs. 3 GG selbst ebenfalls ausgeschlossen.³⁴ Derartige materielle Beschränkungen von Verfassungsänderungen waren den deutschen Verfassungen des 19. Jahrhunderts und auch der Weimarer Reichsverfassung unbekannt.³⁵ Die Schaffung der Ewigkeitsklausel im Parlamentarischen Rat darf als eine unmittelbare Reaktion auf die noch unmittelbar vor Augen stehende zwölfjährige nationalsozialistische Schreckensherrschaft eingeordnet werden.³⁶ Primärer Zweck der Aufnahme dieser Bestimmung in den Verfassungstext war – wie *Dehler* im Parlamentarischen Rat ausführte – „einer Revolution die Maske der Legalität zu nehmen“³⁷. *Schmid* gestand zu, dass durch Art. 79 Abs. 3 GG freilich keine Revolution aufgehalten werden könne; es aber einen bedeutenden Unterschied darstelle, ob jemand gezwungen sei, offen seine Revolutionsabsichten zu bekennen oder – wie die Nationalsozialisten 1933 – auf scheinbar legalem Weg die freiheitliche demokratische Grundordnung beseitigen könne.³⁸ Zwar ist bis heute nicht restlos zweifelsfrei, ob die Aufnahme einer Ewigkeitsgarantie in verfassungstheoretischer Hinsicht überhaupt zulässig ist oder nachfolgende Generationen nicht vielmehr unzulässig in ihrer Entscheidungsmacht einschränkt.³⁹ Derartige Probleme bestehen aber dann nicht, wenn man durch Art. 79 Abs. 3 GG lediglich die verfasste, nicht aber auch die verfassungsgebende Gewalt (vgl. Art. 146 GG) gebunden sieht.⁴⁰

³² Einwände gegen diesen Begriff vor dem Hintergrund des Art. 146 GG hat *Kment*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 79 Rn. 8.

³³ Nach *Rode*, Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie, 2012, S. 60 soll Art. 79 Abs. 3 GG die „rätselhafteste Vorschrift sein, die das Grundgesetz kennt“.

³⁴ Siehe nur *Dietlein*, in: Beck-OK, GG, Art. 79 Rn. 19 f. (Stand: 47. Edition Mai 2021); *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 79 Rn. 77 (Stand: 72. EGL. Juli 2014); *Sachs*, in: ders., GG, 9. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 80 m. w. N.

³⁵ Vgl. *Hain*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 28.

³⁶ *Zacharias*, Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57 (57). Allgemein zur Entstehungsgeschichte des Art. 79 Abs. 3 GG: *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 285 ff.

³⁷ Zitiert nach *Fußlein*, JöR n. F. 1 (1951), 573 (586).

³⁸ Vgl. *Fußlein*, JöR n. F. 1 (1951), 573 (586).

³⁹ Vgl. dazu *Hain*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 35 f. und *Zacharias*, Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57 (60 ff.).

⁴⁰ So auch *Dreier*, in: ders., GG Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III Rn. 14; *Rademacher*, Die

Zu unterstreichen ist daneben, dass Art. 79 Abs. 3 GG nicht vollumfassend auf Art. 1 und 20 GG, sondern nur statisch⁴¹ auf deren Grundsätze verweist.⁴² Im Einzelnen unklar und umstritten ist, wann genau nun diese „Grundsätze“ infolge einer Verfassungsänderung berührt sind.⁴³ Weitgehende Einigkeit besteht vor allem darin, dass die in Bezug genommenen „Grundsätze“ eng ausgelegt werden müssen, damit Art. 79 Abs. 3 GG als Ausnahmevorschrift nicht die Gestaltungsbefugnisse des verfassungsändernden Gesetzgebers über die Maßen beeinträchtigt.⁴⁴ Zusammenfassend kann das – zumindest primäre – Telos mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts aus einer recht frühen Entscheidung folgendermaßen beschrieben werden:

„Art. 79 Abs. 3 GG als Schranke für den verfassungsändernden Gesetzgeber hat den Sinn, zu verhindern, daß die geltende Verfassungsordnung in ihrer Substanz, in ihren Grundlagen auf dem formal-legalistischen Weg eines verfassungsändernden Gesetzes beseitigt und zur nachträglichen Legalisierung eines totalitären Regimes mißbraucht werden kann.“⁴⁵

In erster Linie sollte das Grundgesetz also in bewusster Abkehr zur Weimarer Reichsverfassung potenziellen Feinden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung nicht durch ein einziges verfassungsänderndes Gesetz die Legitimation ihrer Herrschaft verleihen können. Diesen ursprünglichen und originären Zweck des Art. 79 Abs. 3 GG als Instrument der wehrhaften Demokratie muss man sich auch im Laufe der Ausführungen insbesondere zum Verfassungsidentitätsvorbehalt immer wieder vergegenwärtigen.⁴⁶

„Verfassungsidentität“ als Grenze der Kompetenzübertragung auf die Europäische Union?, EuR 2018, 140 (144) und *Zacharias*, Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57 (61), die m. N. darauf hinweist, dass dies wohl die Minderheitenauffassung ist.

⁴¹ Aus diesem Grund nimmt das in Art. 20 Abs. 4 GG später eingefügte Widerstandsrecht nicht am Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG teil. Vgl. *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG Band 2, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 62; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 79 Rn. 79 (Stand: 72. EGL. Juli 2014); *Sachs*, in: ders., GG, 9. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 79.

⁴² *Dietz*, Die europarechtsfreundliche Verfassungsidentität in der Kontrolltrias des Bundesverfassungsgerichts, AöR 142 (2017), 78 (95 f.); *Sachs*, in: ders., GG, 9. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 38 f.

⁴³ Siehe dazu instruktiv *Sachs*, in: ders., GG, 9. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 48 ff. und *Zacharias*, Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57 (70 ff.). Vgl. auch unten Vierter Teil D. (S. 258 ff.).

⁴⁴ Vgl. *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG Band 2, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 37; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 79 Rn. 9. Zweifel an dieser These äußert allerdings *Zacharias*, Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: Thiel, Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57 (66), die anführt, dass möglicherweise durch den verfassungsgebenden Gesetzgeber die Möglichkeit von Verfassungsänderungen nur als Ausnahme eines grundsätzlichen Verbots verstanden wurde, sodass Art. 79 Abs. 3 GG auch als negative Kompetenzschranke wirken könne, die dann nicht zwingend restriktiv ausgelegt werden müsse.

⁴⁵ BVerfGE 30, 1 (24) – Abhörurteil.

⁴⁶ Siehe schon an dieser Stelle *Franzius*, in: Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 4 EUV Rn. 35 mit Fn. 84: „Ob die gegen Diktatur und Gewaltherrschaft eingeführte ‚Ewigkeitsklausel“

4. Die verfahrensrechtlichen Regelungen des Art. 23 Abs. 1a bis 7 GG

In Art. 23 Abs. 1a bis 7 GG finden sich im Einzelnen recht detaillierte Regelungen zur Beteiligung des Deutschen Bundestages und des Bundesrates. Diese Mitwirkungsrechte fungieren insbesondere als Surrogat für die mit dem europäischen Integrationsprozess notwendig einhergehenden Bedeutungs- und Kompetenzverluste der Bundesländer und des Deutschen Bundestages.⁴⁷ So kommt nach Art. 23 Abs. 1a GG, welcher im Zuge der Ratifikation des Vertrags von Lissabon eingefügt wurde, dem Bundestag und dem Bundesrat das Recht zu, bei einem möglichen Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1, Abs. 3 EUV⁴⁸ Klage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union zu erheben.⁴⁹ Art. 23 Abs. 2 GG begründet eine allgemeine Unterrichtsverpflichtung der Bundesregierung in Angelegenheiten der Europäischen Union zugunsten des Deutschen Bundestages und des Bundesrates. Neben diese Unterrichtungspflicht tritt für den Deutschen Bundestag in Abs. 3⁵⁰ das Recht hinzu, dass die Bundesregierung Stellungnahmen, die vom Deutschen Bundestag vor der Mitwirkung an Rechtssetzungsakten der Europäischen Union abgegeben wurden, bei den Verhandlungen berücksichtigen muss. Die Pflicht zur Berücksichtigung von Stellungnahmen des Bundesrates regeln die Abs. 4 und 5⁵¹ – die Intensität der Bindung der Bundesregierung an die Bundesratsauffassung hängt dabei davon ab, wie stark die Länderinteressen berührt sind. Art. 23 Abs. 6 GG als „stärkste Form der Beteiligung des Bundesrates“⁵² bestimmt, dass bei schwerpunktmäßiger Betroffenheit ausschließlicher Gesetzgebungsbefugnisse der Länder auf den Gebieten der schulischen Bildung, der Kultur oder des Rundfunks ein vom Bundesrat benannter Vertreter in den Gremien der Europäischen Union die Rechte der Bundesrepublik Deutschland wahrnimmt. Auf weitere Einzelheiten zu den verfahrensrechtlichen Regelungen soll an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen werden.⁵³

sel‘ gegenüber dem Integrationsprozess in Stellung gebracht werden kann, ist trotz des Verweises in Art. 23 Abs. 1 S. 3 auf Art. 79 Abs. 3 GG nicht ohne Zweifel, mahnt jedenfalls zu einem zurückhaltenden Gebrauch [...].“

⁴⁷ Vgl. *Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 46.

⁴⁸ In Verbindung mit Art. 8 des Protokolls (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, Abl. 2008 C 115/1.

⁴⁹ Hierzu näher *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 58 ff.

⁵⁰ Weitere Einzelheiten finden sich in dem auf der Grundlage des Art. 23 Abs. 3 Satz 3 GG erlassenen Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBBG) v. 04.07.2013, BGBl. I, S. 2170.

⁵¹ Weitere Einzelheiten enthält das auf der Grundlage des Art. 23 Abs. 7 GG erlassene Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 12.03.1993, BGBl. I, S. 313.

⁵² *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 97.

⁵³ Aus der allgemeinen Kommentarliteratur siehe dazu vor allem *Wollenschläger*, in: Drei-

IV. Fazit

Das Grundgesetz ist eine für die internationale und supranationale Zusammenarbeit offene Verfassung und löst sich von der strikten Betonung eines sich selbst in den Mittelpunkt rückenden Nationalstaats. Schon die Präambel spricht das Ziel der europäischen Einigung an; Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland zu einer Mitwirkung an der Europäischen Union und ermächtigt insbesondere in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die supranational verfasste Union. Die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte der Bundesrepublik Deutschland in den unionalen Organen durch die Bundesregierung wird dabei recht detailliert in den übrigen Absätzen des Art. 23 GG durch Rechte des Deutschen Bundestages sowie des Bundesrates beschränkt.

B. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang

Die Ursache des Konflikts zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof lässt sich auf den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch richterrechtliche Rechtsfortbildung schon früh begründeten Anwendungsvorrang des gesamten Unionsrechts vor nationalem Recht gleich welcher Hierarchiestufe zurückführen. Dabei schwiegen und schweigen auch heute noch die europäischen Primärverträge zur Frage des Vorrangs des Unionsrechts; nur der nie in Kraft getretene Verfassungsvertrag sprach in Artikel I-6 den Vorrang des Unionsrechts an.⁵⁴

er, GG Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 106 ff. Zur weiteren Vertiefung seien insbesondere die grundlegenden Abhandlungen bei *König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, S. 330 ff. und *Lang*, Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates und des Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union gemäß Artikel 23 Abs. 2 bis 7 GG, 1997, passim anempfohlen. Aus neuer Zeit siehe auch *Tischendorf*, Theorie und Wirklichkeit der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane, 2017, passim.

⁵⁴ „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten.“ Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2004:310:FULL&from=DE>. Heute finden sich allein in der rechtlich grundsätzlich nicht verbindlichen Erklärung Nr. 17 zu Bestimmungen der Verträge als Annex zum Lissabon-Vertrag, Abl. 2007 C 306, S. 256 Erläuterungen zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts: „Die Konferenz weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.“ Diese Erklärung kann aber als Urkunde i. S. d. Art. 31 Abs. 2 lit. b der Wiener Vertragsrechtskonvention gelten (vgl. dazu *Schmalenbach*, in: *Calliess/Ruffert*,

I. Rechtssache van Gend & Loos

Grundlegende Bedeutung für die Entwicklung der Unionsrechtsordnung hat die bereits 1963 ergangene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache van Gend & Loos⁵⁵. Das Unternehmen van Gend & Loos importierte aus der Bundesrepublik Deutschland Harnstoff-Formaldehyd, für das die niederländischen Behörden einen Wertzoll in Höhe von 8% erhoben. Im Streit stand – weil die niederländische Regierung nach Inkrafttreten des EWG-Vertrags den Einfuhrzollsatz angehoben hatte – eine mögliche Verletzung von Art. 12 des EWG-Vertrags, wonach die Einführung neuer oder die Erhöhung bestehender Zölle zwischen den Mitgliedstaaten verboten waren. Das mit dem innerstaatlichen Rechtsstreit befasste niederländische Gericht rief den Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens an und fragte insbesondere, ob der Einzelne aus Art. 12 des EWG-Vertrags unmittelbar subjektive Rechte herleiten könne.

Entgegen den Schlussanträgen des deutschen Generalanwalts *Roemer*⁵⁶ bejahte der Europäische Gerichtshof diese Frage.⁵⁷ Zur Begründung rief der Europäische Gerichtshof das Ziel des EWG-Vertrags in Erinnerung, welches in der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes bestehe.⁵⁸ Dieses Ziel beweise, dass der EWG-Vertrag nicht mit einem herkömmlichen völkerrechtlichen Vertrag zwischen Staaten verglichen werden könne.⁵⁹ Zur Unterstützung der These von der Einmaligkeit der EWG-Rechtsordnung wurde zudem die Präambel des Vertrags herangezogen, die sich ausdrücklich nicht nur an die Mitgliedstaaten sondern auch an die dortigen Völker wendet.⁶⁰ Darüber hinaus bestünden europäische Organe, deren Tätigkeit nicht nur die Staaten, sondern auch die Interessen der Einzelnen tangierten.⁶¹ Daraus folge, dass

„[...] die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag

EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 51 EUV Rn. 6). Zum Ganzen: *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013, S. 74 ff.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 ff.

⁵⁶ Schlussanträge des Generalanwalts *Roemer* vom 12.12.1962, Rs. 26/62, Slg. 1963, 31 ff.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (25 f.) – van Gend & Loos: „Das Verbot des Artikels 12 eignet sich seinem Wesen nach vorzüglich dazu, unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den ihrem Recht unterworfenen Einzelnen zu erzeugen.“

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (24) – van Gend & Loos.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (24) – van Gend & Loos.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (24) – van Gend & Loos.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (24 f.) – van Gend & Loos.

dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt.“⁶²

Für die Begründung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts war die in dieser Entscheidung festgestellte unmittelbare Wirkung von Vertragsbestimmungen eine notwendige Voraussetzung.⁶³

II. Rechtssache Costa ./ E. N. E. L.

Nur eineinhalb Jahre später wurde sodann der Anwendungsvorrang des Unionsrechts im Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Costa ./ E. N. E. L.*⁶⁴ ausdrücklich begründet. Der Sachverhalt stellte sich so dar, dass die Italienische Republik die Erzeugung und Verteilung elektrischen Stroms im Jahr 1962 verstaatlicht und hierfür die juristische Person *E. N. E. L.* gegründet hatte. Der Kläger *Costa* griff seine Stromrechnung der *E. N. E. L.* mit dem Argument an, dass das italienische Verstaatlichungsgesetz gegen Art. 102, 93, 53 und 37 des EWG-Vertrags verstoße. Zur Klärung dieser Frage rief das Friedensgericht in Mailand mittels des Vorabentscheidungsverfahrens den Europäischen Gerichtshof an. In dem Verfahren war die Italienische Republik von der Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens überzeugt, weil bei der Entscheidung des Rechtsstreits nicht der EWG-Vertrag, sondern das nationale italienische Gesetz anzuwenden sei, für dessen Auslegung dem Europäischen Gerichtshof keinerlei Kompetenzen zustünden. Allerdings bestand die Frage ja gerade darin, ob das nationale italienische Gesetz oder gegebenenfalls unmittelbar der EWG-Vertrag im dargestellten Fall anzuwenden waren.⁶⁵

Mit Bezug auf diese Rüge der „absoluten Unzulässigkeit“ entwickelte der Europäische Gerichtshof nun seine Auffassung vom Anwendungsvorrang: Dazu rief er zunächst – wie bereits im vorangegangenen Urteil in der Rechtssache *van Gend & Loos* – in Erinnerung, dass sich der EWG-Vertrag infolge des Vorhandenseins eigener mit Hoheitsrechten ausgestatteter Organe und der Gründung auf unbegrenzte Zeit wesentlich von anderen völkerrechtlichen Verträgen unterscheide.⁶⁶ „Wortlaut und Geist des Vertrages“ verböten es, dass die Mitgliedstaaten nachträglich dem Vertrag widersprechende nationale Maßnahmen ergreifen könnten, denn anderenfalls wären die im Vertrag eingegange-

⁶² EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (25) – *van Gend & Loos*.

⁶³ *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, S. 44 f. Vom „Grundstein für die Vorrangrechtsprechung“ spricht auch *Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, 2015, S. 1. Noch weiter gehend *Halterm*, Europarecht Band II, 3. Aufl. 2017, Rn. 997: „Implizit entschied der EuGH natürlich die Vorrangfrage bereits in *van Gend en Loos*.“ (Hervorh. i. O.).

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 ff.

⁶⁵ Vgl. *Halterm*, Europarecht Band II, 3. Aufl. 2017, Rn. 1000.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1269) – *Costa ./ E. N. E. L.*

nen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nicht mehr unbedingt; Abweichungsmöglichkeiten zugunsten einseitiger nationaler Maßnahmen würden im Vertrag ausdrücklich benannt.⁶⁷ Diese Argumente fanden nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs im Wortlaut des damaligen Art. 189 des EWG-Vertrags (jetzt: Art. 288 AEUV) seine Bestätigung, wonach eine Verordnung in den Mitgliedstaaten verbindlich sei und unmittelbar gelte – diese Bestimmung würde keine praktische Wirksamkeit entfalten, wenn die Mitgliedstaaten einseitige nationale Maßnahmen erlassen könnten.⁶⁸ Anschließend hieß es im zentralen Ergebnissatz der Entscheidung:

„Aus alledem folgt, daß dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine *wie immer gearteten* innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“⁶⁹

Die Anfang der 1960er-Jahre ergangenen Urteile in den Rechtssachen van Gend & Loos sowie Costa ./ E. N. E. L. waren grundlegend für die Entwicklung der Unionsrechtsordnung – vielleicht sogar nahezu „revolutionär“⁷⁰. Entgegen den üblichen Gepflogenheiten bei völkerrechtlichen Verträgen wurde den Mitgliedstaaten durch diese Entscheidungen insbesondere die Möglichkeit abgesprochen, nachträglich durch einseitige Maßnahmen zumindest die innerstaatliche Verbindlichkeit des Vertragsrechts auszuhebeln – der allgemeine Grundsatz „*lex posterior derogat legi priori*“ sollte also im Verhältnis des Unions(primär) rechts⁷¹ zum mitgliedstaatlichen Recht nicht zur Anwendung gelangen.⁷²

Nach dieser Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs war aber noch nicht abschließend geklärt, ob der in Anspruch genommene Vorrang auch gegenüber dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht oder nur gegenüber ein-

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1269 f.) – Costa ./ E. N. E. L.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1270) – Costa ./ E. N. E. L. Kritisch dazu *Haltern*, Europarecht Band II, 3. Aufl. 2017, Rn. 1008: „Der Bezug auf Art. 288 AEUV steht ganz am Ende seiner Argumentation, fällt im Vergleich zur vorhergehenden teleologischen Argumentation äußerst knapp aus und ist schließlich auch alles andere als überzeugend. Zum einen nämlich hat Art. 288 Abs. 2 AEUV, auf den der EuGH sich bezieht, keineswegs den Vorrang des Unionsrechts, sondern dessen unmittelbare Anwendbarkeit zum Thema. Zum anderen betrifft der Wortlaut, den der EuGH heranzieht, ausschließlich Verordnungen; der EuGH entscheidet aber [...] über den Vorrang des gesamten Unionsrechts. Das Wortlautargument ist damit schwach, aber notwendig, um gegenüber den nationalen Gerichten ein Mindestmaß an Sensibilität für juristische Methodik zu demonstrieren. Entscheidend ist freilich das teleologische Argument.“

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1270) – Costa ./ E. N. E. L. (Herz. v. d. Verf.).

⁷⁰ *Haltern*, Europarecht Band II, 3. Aufl. 2017, Rn. 1036.

⁷¹ In der Rechtssache Costa ./ E. N. E. L. ging es lediglich um Vorschriften des Primärrechts, sodass eine eindeutige Aussage hinsichtlich des Vorrangs von Unionssekundärrecht wohl noch nicht getroffen wurde.

⁷² So auch *Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, 2015, S. 14.