

Prof. Dr. Markus Ludwigs und Patrick Sikora, Würzburg\*

## Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG

Die Diskussion um den Vorrang des Unionsrechts (früher: Gemeinschaftsrechts) begleitet den europäischen Integrationsprozess von Beginn an. Früh vertrat der EuGH die Position vom absoluten Anwendungsvorrang und entwickelte sie fort. Das BVerfG reagierte durch die Formulierung ausdifferenzierter Kontrollvorbehalte in Gestalt der Grundrechts-, Kompetenz- und Identitätskontrolle. Der vorliegende Beitrag stellt die einschlägige Rechtsprechung dar, beleuchtet sie kritisch in Erwartung des Abschlusses der OMT-Judikatur und plädiert für die Wahrung eines konstruktiven Kooperationsverhältnisses beider Gerichte.

### I. Einführung

Die Normenhierarchie bildet ein elementares Prinzip der nationalen Rechtsordnung. Es gilt der Grundsatz, wonach ranghöheres, gültiges Recht rangniedrigere Normen verdrängt und Geltungsvorrang genießt („*lex superior derogat legi inferiori*“).<sup>1</sup> In dieses System lässt sich auch das Völkerrecht integrieren: Während die allgemeinen Regeln gemäß Art. 25 GG auf einer besonderen Ebene zwischen Grundgesetz und einfachem Bundesrecht angesiedelt sind, nehmen völkerrechtliche Verträge (wie die EMRK)<sup>2</sup> ausweislich des Art. 59 Abs. 2 GG den Rang eines formellen Bundesgesetzes ein.

Im Kontrast hierzu hat das Recht der Europäischen Union einen Sonderstatus inne und erweist sich als Fortentwicklung des internationalen Rechts. Die elementare Frage des Rangverhältnisses zwischen nationalem (Verfassungs-)Recht und Europäischem Unionsrecht ist auch nach über fünfzigjähriger Diskussion<sup>3</sup> nicht abschließend geklärt. Aktuelle Streitfragen reichen von der Tragfähigkeit der *Åkerberg Fransson*-Rechtsprechung des EuGH<sup>4</sup> über die jüngste Stärkung des Identitätsvorbehalts durch das BVerfG<sup>5</sup> bis hin zum bevorstehenden Abschluss der OMT-Judikatur.<sup>6</sup> Es besteht also Anlass genug für eine kritische Bestandsaufnahme.

### II. Rangverhältnis als Perspektivenfrage: EuGH vs. BVerfG

Die zentralen Akteure bei Klärung der Rangfrage sind *aus deutscher Sicht* der Gerichtshof (EuGH) einerseits und das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) andererseits.<sup>7</sup> Zwi-

schen beiden besteht im Ausgangspunkt Einigkeit, dass dem Unionsrecht grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht zukommt. Dies wurde in der auslegungsleitenden Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon auch explizit festgeschrieben.<sup>8</sup> Konsens besteht des Weiteren dahingehend, dass es sich „nur“ um einen Anwendungsvorrang handelt. Nationales Recht, das im Widerspruch zum Unionsrecht steht, bleibt mithin zwar unangewendet. Es tritt im Konfliktfall aber lediglich zurück und wird gerade nicht „gebrochen“, wie

\* Herr Prof. Dr. Markus Ludwigs ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Herr Patrick Sikora ist Doktorand an diesem Lehrstuhl.

- Hierzu statt vieler Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 4, Rn. 6, 43 ff.; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Aufl. 2007, § 100, Rn. 85 ff.
- Zur *völkerrechtsfreundlichen Auslegung* des Grundgesetzes als wirksamer Konfliktvermeidungsstrategie, nach der die EMRK als Auslegungshilfe zur Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen ist, vgl. BVerfG, 26. 3. 1987 – 2 BvR 589/79, 2 BvR 750/81, 2 BvR 284/85, BVerfGE 74, 358 (370) – Unschuldsumutung; BVerfG, 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20041014.2bvr148104, BVerfGE 111, 307 (329) – Görgülü; BVerfG, 26. 2. 2008 – 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07, ECLI:DE:BVerfG:2008:rs20080226.1bvr160207, BVerfGE 120, 180 (200 f.) – Caroline v. Monaco III; BVerfG, 4. 5. 2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, ECLI:DE:BVerfG :2011:rs20110504.2bvr236509, BVerfGE 128, 326 (366 ff.) – Sicherungsverwahrung; aus dem Schrifttum näher Knop, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, S. 200 ff.
- Grundlegend EuGH, 15. 7. 1964 – Rs. 6/64, Costa/E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251 (1269 f.), RIW/AWD 1964, 258 m. Besprechungsaufsatz Frowein; aus der Lit. zuletzt ausführlich: Kruis, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013, S. 5 ff. m. w. N.
- EuGH, 26. 2. 2013 – Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:280, EWS 2013, 99.
- BVerfG, 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514, NJW 2016, 1149.
- BVerfG, 14. 1. 2014 – 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813, BVerfGE 134, 366, EWS 2014, 270 – OMT; EuGH, 16. 6. 2015 – Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, EWS 2015, 159.
- Für eine vergleichende Analyse der Rechtslage in den anderen Mitgliedstaaten s. Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 10, Rn. 28 ff.; vgl. auch die Hinweise in BVerfG 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149, Rn. 47; zuvor bereits BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 134, 366 (387) – OMT.
- ABl. 2012 Nr. C 326/337; s. auch bereits Art. I-6 des gescheiterten Vertrags über eine Verfassung für Europa; zur Berücksichtigung von gemeinsamen Erklärungen zur Schlussakte bei der Vertragsauslegung vgl. EuGH, 2. 3. 2010 – Rs. C-135/08, Rottmann, ECLI:EU:C:2010:104, Rn. 40.

dies bei Annahme eines Geltungsvorrangs<sup>9</sup> der Fall wäre. Praktisch bedeutet dies, dass eine unionsrechtswidrige Norm in Anwendungsfällen ohne Unionsrechtsbezug weiterhin zum Tragen kommt. Im Falle einer späteren Aufhebung des kollidierenden EU-Rechts würde sie sogar wieder ihre volle Wirkung entfalten.

Steht der Vorrang des Unionsrechts damit im Grundsatz außer Streit, wird umso intensiver diskutiert, ob es Durchbrechungen und Vorbehalte zugunsten des nationalen Rechts geben kann. Der EuGH geht in seiner Rechtsprechung von einem uneingeschränkten Anwendungsvorrang des Unionsrechts aus. Hiervon erfasst sind selbst die nationalen Grundrechte, wie der Gerichtshof erstmals explizit in der Rs. *Internationale Handelsgesellschaft* festgestellt hat.<sup>10</sup> Aus Sicht des BVerfG gilt der Anwendungsvorrang demgegenüber nur kraft und im Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem nationalen Zustimmungsgesetz zu den europäischen Verträgen.<sup>11</sup> Ursprung und Entwicklung dieser divergierenden Ansichten werden im Folgenden näher dargelegt und kritisch hinterfragt.

## 1. Standpunkt des EuGH: Absoluter Anwendungsvorrang

Das europarechtliche Fundament für die These vom Anwendungsvorrang wurde in der *Costa/E.N.E.L.*-Entscheidung des EuGH gelegt. Dort konstatierte der Gerichtshof, dass

„dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können (...).“<sup>12</sup>

Das Unionsrecht (früher: Gemeinschaftsrecht) ist vorrangig vor allen – also auch verfassungsrechtlichen – nationalen Rechtsvorschriften anwendbar. Begründet wurde dies in *Costa/E.N.E.L.* auch damit, dass es den Mitgliedstaaten im Lichte von Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 EWGV (heute: Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 18 AEUV)

„unmöglich ist, gegen eine von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträgliche einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen.“<sup>13</sup>

In späteren Entscheidungen hat der Gerichtshof diesen aus der normhierarchischen Einordnung resultierenden Ausschluss der *lex-posterior*-Regel im Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Grundsatz der „einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts“ auch begrifflich auf den Punkt gebracht.<sup>14</sup>

## 2. Verfassungsrechtliche Perspektive

Der vorstehende, in der Autonomie der Union als „neue[r] Rechtsordnung des Völkerrechts“<sup>15</sup> wurzelnde Ansatz des EuGH dient zwar einer möglichst effektiven Durchsetzung des EU-Rechts. Es fragt sich aber, ob hiermit auch hinreichend Rücksicht auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten genommen wird. Diese stellen aus nationaler Perspektive die Grundlage einer Bewertung der Rangfrage durch die mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichte dar. Entsprechend ist zunächst die verfassungsrechtliche Grundlage der deutschen EU-Mitgliedschaft zu beleuchten (a), bevor die hieran anknüpfende Judikatur des BVerfG (b) analysiert werden kann.

### a) Grundgesetzliche Basis der EU-Mitgliedschaft Deutschlands: „Brückenmodell“

Der als „Europaartikel“ im Kontext des Vertrags von Maastricht am 25. 12. 1992 in das Grundgesetz neu eingefügte Art. 23 GG bildet die verfassungsrechtliche Basis der EU-Mitgliedschaft Deutschlands.<sup>16</sup> Mit seinen acht Absätzen soll er als *lex specialis* zu Art. 24 GG die fortschreitende europäische Integration steuern.

Neben den in Absätzen 2 bis 7 statuierten Regeln über die Mitwirkung von Bundestag und Bundesrat an der Willensbildung des Bundes in Angelegenheiten der EU ist vor allem Art. 23 Abs. 1 GG von fundamentaler Bedeutung. Darin enthalten ist zunächst in Satz 1 das *Staatsziel* „Europäische Integration“.<sup>17</sup> Hieran schließt sich im zweiten Halbsatz eine *Struktursicherungsklausel* an, die deutlich macht, dass Bedingung für die Realisierung dieses Ziels eine Europäische Union darstellt, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen sowie dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Während Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG den Bund ermächtigt, durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte auf die EU zu übertragen, zieht die *Verfassungsbestandsklausel* des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 und 3 GG eine absolute Grenze für Deutschlands Integration in die supranationale Organisation. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass weder das Mehrheitserfordernis des Art. 79 Abs. 2 GG noch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG durch Kompetenzübertragungen auf die EU ausgehebelt werden können. Hierin spiegelt sich zugleich die dem Gesetzgeber aufgebürdete „Integrationsverantwortung“<sup>18</sup> wider, die einfachgesetzlich durch das „Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (IntVG)“<sup>19</sup> konkretisiert wird.

Das Zusammenspiel zwischen Unionsrecht und nationalem Recht lässt sich dabei als „Brückenmodell“<sup>20</sup> begreifen. Der deutsche Gesetzgeber hat durch den Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes eine Brücke errichtet, über

9 In der Anfangszeit der E(W)G wurde teilweise die These vom Geltungsvorrang vertreten, vgl. *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1966, S. 113; missverständlich noch EuGH, 9. 3. 1978 – Rs. 106/77, Simmenthal II, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17/18, RIW 1978, 533.

10 EuGH, 17. 12. 1970 – Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 f., RIW 1971, 181.

11 St. Rspr., vgl. exemplarisch BVerfG, 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08; 2 BvE 5/08; 2 BvR 1010/08; 2 BvR 1022/08; 2 BvR 1259/08; 2 BvR 182/09, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, BVerfGE 123, 267 (354, 400 ff.), RIW 2009, 537 – Lissabon.

12 EuGH Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251 (1270).

13 *Ibid.*, 1269.

14 EuGH Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3; EuGH Rs. 106/77, Simmenthal II, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 15/16; eingehend aus der Lit.: *Nettesheim*, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), GS für Grabitz, 1995, S. 447 ff.

15 So bereits EuGH, 5. 2. 1963 – Rs. 26/62, van Gend en Loos, ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1 (25), RIW/AWD 1963, 90.

16 Monographisch hierzu *Schmalenbach*, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996, passim.

17 Grundlegend *Badura*, in: Hengstschläger u. a. (Hrsg.), FS für Schambeck, 1994, S. 887 ff.

18 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (Ls. 2, 352) – Lissabon.

19 Integrationsverantwortungsgesetz v. 22. 9. 2009, BGBl. I, 3022, zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. 12. 2009, BGBl. I, 3822.

20 Prägend zum Brückenmodell *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band X, 3. Aufl. 2012, § 214, Rn. 158 ff.

die das Unionsrecht die deutsche Rechtsordnung erreicht. Verbindliche Rechtsakte der Union bedürfen für ihre Geltung in Deutschland keiner weiteren Umsetzung durch nationale Stellen.

Flankiert wird diese Verbindung zwischen den Rechtsordnungen durch die Identitätsgarantie in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG. Darüber hinaus wird bisweilen in der *Struktursicherungsklausel* eine zusätzliche Verengung der Brücke gesehen. In der Folge wären auch die Strukturprinzipien des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG „integrationsfest“ und damit dem Vorrang des Unionsrechts entzogen.<sup>21</sup> Dem steht jedoch der *Umkehrschluss* aus der defensiv ausgerichteten *Bestandssicherungsklausel* des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG entgegen.<sup>22</sup> Richtigerweise begrenzt Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG daher nicht die Anwendbarkeit wirksamer Unionenrechts. Die Vorschrift stellt vielmehr einen Maßstab für die Verhandlungsführung bei Regierungskonferenzen und die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Änderungsverträgen vor deren Ratifizierung dar.<sup>23</sup> Eine Überquerung der Brücke und die damit einhergehende Anwendung des Unionsrechts in Deutschland sind hingegen allein nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG zu überprüfen. Inhaltliche Überschneidungen ergeben sich freilich daraus, dass im Rahmen des Verweises von Art. 79 Abs. 3 GG auf Art. 1 GG und Art. 20 GG durchaus auch die verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien Schranken für die Anwendung des Unionsrechts setzen können.<sup>24</sup>

#### b) Sichtweise des BVerfG:

##### *Relativer Anwendungsvorrang*

Die Berücksichtigung der vorstehend skizzierten grundgesetzlichen Vorgaben führt zu einer divergierenden Perspektive des BVerfG auf die Rangfrage. In der Judikatur ist der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht zwar im Grundsatz bereits seit Langem anerkannt.<sup>25</sup> Hinsichtlich der genauen Reichweite nimmt das BVerfG aber eine bisweilen relativierende Position ein. Bereits der *Solange I-Entscheidung* des Zweiten Senats aus dem Jahr 1974 lässt sich entnehmen, dass die Verfassungsidentität dem Vorrang des Unionsrechts entzogen ist.<sup>26</sup> Wie die Folgejudikatur verdeutlicht, soll hierdurch eine Aushöhlung wesentlicher Strukturen des Grundgesetzes verhindert werden.<sup>27</sup> Zudem betonen die Karlsruher Richter den derivativen Charakter des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs, welcher nur dank und im Rahmen des Zustimmungsgesetzes (i.V.m. Art. 23 Abs. 1 GG) in Deutschland gilt.<sup>28</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint die Annahme des BVerfG konsequent, wonach Rechtsakte der Union in Deutschland unanwendbar sind, wenn sie nicht vom Rechtsanwendungsbefehl des nationalen Gesetzgebers gedeckt sind.<sup>29</sup> Hierin liegt zugleich eine Negierung der vom EuGH propagierten These eines *absoluten* Anwendungsvorrangs. Aus Sicht des BVerfG ist das strittige Rangverhältnis stattdessen im Sinne eines (nur) *relativen* Anwendungsvorrangs des EU-Rechts zu deuten.<sup>30</sup>

### III. Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG

Diese Restriktion wirft im nächsten Schritt die Frage nach dem genauen Verlauf der Grenzen des Anwendungsvorrangs und den gerichtlichen Kontrollmechanismen auf. Das BVerfG nimmt zu diesem Zweck – ungeachtet des bestehenden Kooperationsverhältnisses mit dem EuGH<sup>31</sup> – in be-

stimmten Fällen das „letzte Wort“ für sich in Anspruch. Wenn die Union durch eines ihrer Organe die vom Grundgesetz gesteckten Grenzen zu überschreiten droht, sehen die Karlsruher Richter die Möglichkeit der Aktivierung eines von *drei Kontrollvorbehalten*. Konkret sind hiervon die Grundrechtskontrolle, die Kompetenzkontrolle (so genannte Ultra-vires-Kontrolle) sowie die Identitätskontrolle umfasst.

#### 1. Grundrechtskontrolle

##### a) *Entwicklungslinien der Judikatur*

In der Frühphase der europäischen Integration behielt sich das BVerfG eine verfassungsgerichtliche Kontrolle von Rechtsakten der EU (damals EWG) anhand der nationalen Grundrechte vor. Der Zweite Senat stellte in seinem *Solange I-Beschluss* von 1974 klar, dass, solange die Gemeinschaft über keinen dem Grundgesetz adäquaten Grundrechtskatalog verfügt, eine Kontrolle von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht am Maßstab der nationalen Grundrechte durch das BVerfG erfolgt.<sup>32</sup>

Auch der EuGH erkannte freilich die Notwendigkeit europäischer Grundrechte und etablierte in diversen Urteilen ein eigenes Grundrechtssystem. Diese Entwicklung von Grundrechtsgarantien in Gestalt ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsätze (siehe heute Art. 6 Abs. 3 EUV), die bereits vor dem *Solange I-Beschluss* ihren Anfang genommen hatte,<sup>33</sup> blieb auch in Karlsruhe nicht unbemerkt. Im Jahr 1986 sah das BVerfG die Zeit gekommen, seine Rechtsprechung den neuen Gegebenheiten anzupassen. Im *Solange II-Beschluss* konstatierte der Zweite Senat daher, dass er den Grundrechtsvorbehalt nicht aktivieren werde,

„[s]olange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist (...)“.<sup>34</sup>

Den vorläufigen Schlusspunkt dieser Solange-Rechtsprechung bildete der *Bananenmarkt-Beschluss* vom 7. 6. 2000.<sup>35</sup> Hier stellte der Zweite Senat klar, dass die Begründung einer Richtervorlage (Art. 100 Abs. 1 GG) oder einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), mit der

21 In diese Richtung *Herdegen*, Europarecht, 17. Aufl. 2015, § 10, Rn. 21; *von Heinegg*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 28. Aufl. 2016, Art. 23 GG, Rn. 28, 30.

22 *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (539 mit Fn. 38).

23 *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, 6. Aufl. 2010, Art. 23 Abs. 1, Rn. 49 m. w. N.

24 Vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 75. Erg.-Lfg. 2015, Art. 23, Abs. 1, Rn. 71, 116, der einen mittelbaren Zusammenhang zwischen Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 GG sieht.

25 BVerfG, 9. 6. 1971 – 2 BvR 225/69, BVerfGE 31, 145 (173 ff.) – Milchpulver.

26 BVerfG, 29. 5. 1974 – 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 (279 f.), RIW 1974, 551 – Solange I.

27 BVerfG, 22. 10. 1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (375 f.), RIW 1986, 62 – Solange II.

28 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (400) – Lissabon.

29 BVerfG, 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht.

30 *Kahl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, EL 177 (2016), Art. 1 Abs. 3, Rn. 106.

31 BVerfG 2 BvR 2134/92 u. a., BVerfGE 89, 155 (175) – Maastricht.

32 BVerfG 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 (285) – Solange I.

33 Grundlegend EuGH, 12. 11. 1969 – Rs. 29/69, Stauder, ECLI:EU:C:1969:57, Slg. 1969, 419, Rn. 7.

34 BVerfG 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II.

35 BVerfG, 7. 6. 2000 – 2 BvL 1/97, ECLI:DE:BVerfG:2000:ls20000607. 2bvl000197, BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt.

eine Grundrechtsverletzung durch EU-Sekundärrecht geltend gemacht wird, im Einzelnen darlegen muss,

„dass der *jeweils* als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz *generell* nicht gewährleistet ist“.<sup>36</sup>

Solange dieser Nachweis nicht erbracht wird, sind entsprechende Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen von vornherein *unzulässig*. Das BVerfG beschränkt sich damit auf die Wahrnehmung einer *strukturellen Reservekompetenz*,<sup>37</sup> wobei es zur Aktivierung des *Solange II-Vorbehalts* ausreicht, dass ein *generelles* Defizit „nur“ bezogen auf das *jeweilige* Grundrecht nachgewiesen wird.<sup>38</sup>

Die derart skizzierte Solange-Judikatur kann heute als gefestigt bezeichnet werden. Insbesondere hat sie durch das *Lissabon-Urteil* keine Modifikation erfahren. Zwar ist im Schrifttum zunächst angenommen worden, das Gericht habe hier auch im Hinblick auf die Grundrechtskontrolle wieder eine aktivere Rolle im europäischen Rechtsraum eingenommen.<sup>39</sup> Dem steht aber die Feststellung der Karlsruher Richter entgegen, wonach das BVerfG seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von sekundärem Unionsrecht und sonstigem Handeln der EU solange nicht mehr ausübe, wie die Union eine Grundrechtsgeltung gewährleiste,

„die nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt“.<sup>40</sup>

Dabei verweist der Zweite Senat sogar explizit auf die *Solange II-Entscheidung* und den *Bananenmarkt-Beschluss*, was eine Rechtsprechungskontinuität dokumentiert.<sup>41</sup> Dieser Befund wird auch durch die nachfolgenden Entscheidungen des BVerfG bestätigt.<sup>42</sup>

Eine Besonderheit gilt allein bei der Geltendmachung einer *Menschenwürdeverletzung*. Hier bedarf es der Aktivierung des Grundrechtsvorbehalts von vornherein nicht. Vielmehr kann die Menschenwürdegarantie als änderungs- und damit zugleich integrationsfester Bestandteil des Grundgesetzes gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG unter den Voraussetzungen der Identitätskontrolle (hierzu unter 3.) geltend gemacht werden. Diese Unterscheidung ist essentiell, um bei der Geltendmachung einer Verletzung der Menschenwürde den spezifischen Zulässigkeitsvoraussetzungen des jeweiligen Kontrollvorbehalts gerecht zu werden.<sup>43</sup> Insbesondere bedarf es – wie noch näher zu erläutern sein wird – beim Identitätsvorbehalt *nicht* des Nachweises eines über den Einzelfall hinausweisenden *generellen Defizits*. Hierin liegt freilich – schon wegen des restriktiven Verständnisses der Menschenwürdegarantie – keine partielle Verabschiedung des Solange-Ansatzes, sondern lediglich eine konsequente Abschichtung von Grundrechts- und Identitätsvorbehalt.<sup>44</sup>

#### b) Nationale Grundrechte und unionsrechtlich vorstrukturierte Handlungsspielräume

Eine eigenständige, wenngleich eng mit dem Grundrechtsvorbehalt verknüpfte Problematik ist die der Anwendung nationaler Grundrechte bei der Ausfüllung unionsrechtlich vorstrukturierter nationaler Handlungsspielräume. Derartige Spielräume entstehen etwa, wenn eine Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber bei ihrer Umsetzung einen echten – nicht durch die Richtlinie abschließend determinierten – Gestaltungsspielraum überlässt. Auch diesem Problem nähern sich EuGH und BVerfG aus unterschiedlichen Richtungen.

aa) Divergierender Grundansatz von BVerfG und EuGH

Die Karlsruher Richter erkennen zunächst an, dass

„eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die eine Richtlinie in deutsches Recht umsetzt, (...) insoweit nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen [wird], als das Gemeinschaftsrecht keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht“.<sup>45</sup>

Dahinter steht die Erwägung, dass sich die auf zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben beruhenden nationalen Regelungen bei materieller Betrachtung als EU-Recht „im nur formalen Gewande“ des nationalen Rechts darstellen. Konsequenterweise kommt eine Überprüfung anhand der Grundrechte des Grundgesetzes dann nur nach Maßgabe des Solange-Vorbehalts in Betracht.<sup>46</sup> Demgegenüber sollen die nationalen Grundrechte bei Vorliegen eines Gestaltungsspielraums im Rahmen der Richtlinienumsetzung vollumfänglich anwendbar bleiben.<sup>47</sup> Der vorhandene Umsetzungsspielraum ist danach grundgesetzkonform auszufüllen.<sup>48</sup> Hieraus resultiert eine Art „Trennungsthese“,<sup>49</sup> wonach im Bereich der zwingenden Richtlinienvorgaben allein die EU-Grundrechte einschlägig sind, während „im Spielraum“ nur die nationalen Grundrechte gelten. Für diesen Ansatz lässt sich nicht zuletzt die in den Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV) und der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV) zum Ausdruck kommende *Verantwortungsteilung* zwischen EU und Mitgliedstaaten anführen.<sup>50</sup>

Den Anknüpfungspunkt für die vom EuGH zugrunde gelegte „unionale Perspektive“ bildet demgegenüber Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechte-Charta (EGRC). Danach gelten die EU-Grundrechte für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Der Gerichtshof hat sein Verständnis von dieser Vorschrift in der Leitentscheidung zur *Rs. Åkerberg Fransson* dargelegt.<sup>51</sup> Dort wird betont, dass

36 BVerfG 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (161, 164) – Bananenmarkt [Hervorhebungen durch Verf.]

37 Ebenso Ruffert, DVBl. 2009, 1197 (1205).

38 Hofmann, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 2, 2011, S. 573 (588).

39 Schorkopf, EuZW 2009, 718 (722).

40 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (335) – Lissabon.

41 Ebenso Frenz, VerwArch 100 (2009), 475 (478 ff.); Ludwigs, EuGRZ 2014, 273 (274 f.).

42 Vgl. z. B. BVerfG, 19. 7. 2011 – 1 BvR 1916/09, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110719.1bvr191609, BVerfGE 129, 78 (90, 103) – Cassina.

43 Folglich ist der jüngste Beschluss des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl v. 15. 12. 2015 (2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149) nicht als *Solange III-Entscheidung* einzuordnen (so aber Müller, FAZ vom 27. 1. 2016, 2 und Oehmichen FD-StrafR 2016, 375738).

44 A. A. Sauer, NJW 2016, 1134 (1135); s. auch Nettesheim, JZ 2016, 424 (428), wo sogar vom „faktische[n] Ende der Solange-Rechtsprechung“ die Rede ist.

45 BVerfG, 13. 3. 2007 – 1 BvF 1/05, ECLI:DE:BVerfG:2007:fs20070313.1bvf000105, BVerfGE 118, 79 (95) – TEHG.

46 BVerfG 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 (95 f.) – TEHG; BVerfG, 2. 3. 2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100302.1bvr025608, BVerfGE 125, 260 (306), K&R 2010, 248 – Vorratsdatenspeicherung; BVerfG 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78 (103) – Cassina.

47 BVerfG 1 BvR 256/08 u. a., BVerfGE 125, 260 (306 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

48 BVerfG 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78 (103) – Cassina.

49 Siehe zur Trennungsthese und damit einhergehenden Spannungsfeldern Thym, NVwZ 2013, 889 (992 ff.).

50 Näher Ludwigs, EuGRZ 2014, 273 (280 f.).

51 Vgl. hierzu auch Ludwigs/Clemens, in: Ludwigs/Schmidt-Preuß, Klausurenkurs „Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten“, 2016, Fall 1 (im Erscheinen).

„keine Fallgestaltungen denkbar [sind], die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass [die Charta-]Grundrechte anwendbar wären“.<sup>52</sup>

In concreto wurde der in einzelnen primär- und sekundärrechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck kommende Zusammenhang zwischen nationaler (Mehrwert-)Steuererhebung einerseits und unionsrechtlich geforderter Bekämpfung von Steuerhinterziehung andererseits für hinreichend erachtet.<sup>53</sup> Zuvor hatte der EuGH bereits entschieden, dass auch die Ausübung eines verordnungsrechtlich eingeräumten Ermessens durch einen Mitgliedstaat als „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EGRC zu deuten und damit an der Charta zu messen sei.<sup>54</sup> In der Sache lässt sich zugunsten einer Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte in diesen Fällen das Vorliegen einer *Veranlassungsfunktion* des EU-Rechts anführen.<sup>55</sup> Denn ohne die umzusetzende Richtlinie oder die zu vollziehende Verordnung käme es regelmäßig überhaupt nicht zu einem grundrechtsgefährdenden Handeln der staatlichen Organe. Dann aber muss das in Ausfüllung des unionsrechtlichen Rahmens erfolgende Handeln der Mitgliedstaaten auch an den EU-Grundrechten gemessen werden.

Eine *parallele Anwendung* von europäischen und nationalen Grundrechten ist in diesen Fällen freilich nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>56</sup> Grundsätzlich gilt dann die *Günstigkeitsklausel* des Art. 53 EGRC, wonach von mehreren anwendbaren Grundrechtsverbürgungen diejenige mit dem höchsten Schutzstandard zum Tragen kommt. Im *bipolaren Verhältnis*, in dem sich Staat und Bürger gegenüberstehen, ergibt sich hieraus die für den Grundrechtsträger günstigste Lösung. Theoretisch kann es jedoch auch zu einer problematischen Kollision von Grundrechtsstandards kommen. Dies gilt in *multipolaren Konstellationen*, in denen zum Beispiel ein Ausgleich zwischen der Schutzpflicht gegenüber einem Grundrechtsträger und dem Abwehrrecht eines weiteren Berechtigten durchzuführen ist.<sup>57</sup> Hier droht der Mechanismus der Günstigkeitsklausel zu versagen. Für den Fall, dass das nationale Grundrechtssystem in von der unionsrechtlichen Wertung abweichender Art und Weise praktische Konkordanz zwischen den Grundrechtsträgern herstellt, ist dies stets für eine beteiligte Partei die ungünstigere Lösung. Mit Blick darauf, dass laut EuGH durch die Anwendung der nationalen Grundrechte das Schutzniveau der Charta nicht beeinträchtigt werden darf,<sup>58</sup> genießen in einem derartigen Konfliktfall die Unionsgrundrechte Vorrang vor den nationalen Grundrechten.

#### bb) Kritik an der Åkerberg-Fransson-Judikatur des EuGH

Die *Åkerberg-Fransson-Entscheidung* des EuGH ist im Schrifttum auf scharfe Ablehnung gestoßen.<sup>59</sup> Bisweilen ist die Rede von einer richterlichen „Selbstermächtigung“ des EuGH durch Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Grundrechte-Charta.<sup>60</sup> Dieser Kritik wäre beizutreten, wollte man die Entscheidung in Richtung einer vollständigen Überlagerung der nationalen Grundrechte durch die EU-Grundrechte deuten.<sup>61</sup> Vor diesem Hintergrund erklären sich auch die warnenden Ausführungen des BVerfG im Urteil zum Antiterrordateigesetz vom 24. 4. 2013. Der Erste Senat weist hier explizit darauf hin, dass der Judikatur des Gerichtshofs keine Lesart unterlegt werden dürfe,

„nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (...), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte (...)“.<sup>62</sup>

Dies zugrunde gelegt, könne die *Åkerberg Fransson-Entscheidung*

„nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechte-Charta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht [sic!] oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche[n]“.<sup>63</sup>

Wie intensiv der Bezug sein muss, um den unionalen Grundrechtsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten zu aktivieren, lässt allerdings auch das BVerfG offen.<sup>64</sup>

In der jüngeren Rechtsprechung des EuGH deutet sich immerhin eine gewisse Entschärfung des Konflikts an. So wurde die *Åkerberg-Formel* in der Rs. *Siragusa* dahingehend präzisiert, dass für die „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne von Art. 51 EGRC ein „hinreichender Zusammenhang von einem gewissen Grad“ erforderlich ist.<sup>65</sup> Zur Feststellung des *notwendigen Zusammenhangs* rekurriert der EuGH auf einen nicht abschließenden Katalog von Kriterien. So sei unter anderem zu prüfen, ob mit der nationalen Regelung

52 EuGH Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:280, Rn. 21 ff.

53 EuGH Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:280, Rn. 24 ff., 27, unter Rekurs auf Art. 2, Art. 250 Abs. 1 und Art. 273 der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie 2006/112/EG bzw. Art. 325 AEUV (i. V. m. Art. 2 Abs. 1 des Eigenmittelbeschlusses 2007/436/EG).

54 EuGH, 21. 12. 2011 – verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, N.S. und M.E., ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 64 ff.; hierzu z. B. *Trstenjak*, in: Grabenwarter/Vranes (Hrsg.), Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen, 2013, S. 13 (28 ff.); *Weiß*, EuZW 2012, 201 (201 f.); s. auch EuGH, 14. 11. 2013 – Rs. C-4/11, Puid, ECLI:EU:C:2013:740, Rn. 24 ff., 36.

55 In diese Richtung schon *Kühling*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (682).

56 EuGH, 26. 2. 2013 – Rs. C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 55 ff.

57 Näher hierzu *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (282 f.) m. w. N.; grundlegend zum Begriff der Multipolarität *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 3, 9 ff., 30 ff., 705 ff.

58 EuGH Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:280, Rn. 29; EuGH Rs. C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 60.

59 Vgl. z. B. *Kahl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 30), Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 45; *Kingreen*, EuR 2013, 446 (451 f.); *Frenzel*, Der Staat, Bd. 53 (2014), 1 (18 ff., 21); zustimmend *Gstrein/Zimmermann*, ZEuS 2013, 239 (258); ferner *Thym*, NVwZ 2013, 889 (896), der von einem „durchaus attraktiven Mittelweg“ spricht; differenzierend *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (280 ff.) mit dem Vorschlag eines „umgekehrte[n] Solange-Vorbehalt[s]“; *Ohler*, NVwZ 2013, 1433 (1437 f.); ferner *Teetzmann*, EuR 2016, 90, wonach der Unionsgesetzgeber nur gewährleisten müsse, dass eine grundrechtskonforme Richtlinienumsetzung möglich ist.

60 *van Ooyen*, RuP 2013, 199 (199); s. auch *Scholz*, DVBl. 2014, 197 (199 ff., 203: „unhaltbar“).

61 *van Ooyen*, RuP 2013, 199 (199); *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 14, Rn. 77; *Hwang*, EuR 2014, 400 (405); *Voßkuhle*, RdA 2015, 336 (341 f.); auf die Gefahr „der Entmachtung des BVerfG zugunsten der Fachgerichte“ hinweisend *Bäcker*, EuR 2015, 389 (404).

62 BVerfG, 24. 4. 2013 – 1 BvR 1215/07, ECLI:DE:BVerfG:2013:rs20130424.1bvr121507, BVerfGE 133, 277 (316), K&R 2013, 381 – Antiterrordateigesetz; hierzu *Fontanelli*, European Constitutional Law Review 9 (2013), 315 (327 ff.); *Gärditz*, JZ 2013, 633 (635 f.); *Ohler*, NVwZ 2013, 1433 (1436 f.).

63 BVerfG 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 (316) – Antiterrordateigesetz; kritisch *Geiß*, DÖV 2014, 265 (267, 269), der aber auch eine „Karlsruher Kompromissbereitschaft“ (S. 272) erkennt; eher zustimmend *Safferling*, NStZ 2014, 545 (559); *Borowsky*, in: Mayer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51, Rn. 30b.

64 Darauf hinweisend auch Common Market Law Review, Editorial Comments, Ultra vires – has the Bundesverfassungsgericht shown its teeth?, CMLR 50 (2013), 925 (929).

65 EuGH, 6. 3. 2014 – Rs. C-206/13, Siragusa, ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 24; EuGH, 10. 7. 2014 – Rs. C-198/13, Julian Hernández, ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 34.

„eine Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat und ob mit ihr nicht andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden (...) sowie ferner, ob es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann“.<sup>66</sup>

Von der weiteren inhaltlichen Konkretisierung und Durchsetzung dieser Kriterien wird abhängen, wie sich das grundrechtliche Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG fortentwickelt.

## 2. Kompetenzkontrolle/Ultra-vires-Kontrolle

### a) Entwicklungslinien der Judikatur

Die EU als supranationale Organisation ohne Staatscharakter verfügt über keine Kompetenz-Kompetenz. Sie kann ihre Zuständigkeiten also nicht selbstständig erweitern. Vielmehr verleihen die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“<sup>67</sup> der Union und ihren Organen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV) die Berechtigung zum Handeln. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 EUV).

Eine Kompetenzkontrolle obliegt zunächst dem Gerichtshof der EU im Rahmen von Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) und Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV). Daneben nimmt aber auch das BVerfG im Falle von Grenzdurchbrechungen bei der Inanspruchnahme von unionalen Zuständigkeiten eine Kontrollbefugnis für sich in Anspruch. Im *Maastricht-Urteil* hat der Zweite Senat insoweit betont, dass EU-Rechtsakte, die keine Grundlage in einer vertraglichen Ermächtigungsgrundlage finden, vom Rechtsanwendungsbefehl im nationalen Zustimmungsgesetz nicht gedeckt seien. Sie entfalten im deutschen Hoheitsgebiet daher keine Rechtswirkungen. Das BVerfG behält sich vor, derartige „ausbrechende Rechtsakte“ für in Deutschland unanwendbar zu erklären.<sup>68</sup>

### aa) Konturierung im Lissabon-Urteil

Im *Lissabon-Urteil* erfolgten eine Reihe bedeutsamer Klarstellungen, Konkretisierungen und Akzentverschiebungen. Konkret sind hier fünf Aspekte hervorzuheben.<sup>69</sup>

(1) Der Zweite Senat distanzierte sich begrifflich vom „ausbrechenden Rechtsakt“.<sup>70</sup> Stattdessen ist nunmehr die Rede von einer „Ultra-vires-Kontrolle“.<sup>71</sup> Hiermit wird auf die im Völkerrecht anerkannte Figur des Handelns ohne Kompetenz Bezug genommen.<sup>72</sup>

(2) Das Gericht beschränkte seinen Prüfungsvorbehalt auf Fälle „ersichtlicher Grenzüberschreitungen“.<sup>73</sup> Noch ungeklärt blieb allerdings, ob das Kriterium der „Ersichtlichkeit“ parallel zum grundrechtsbezogenen „Solange-Vorbehalt“ ein *generelles* Defizit der Kompetenzrechtsprechung des EuGH voraussetzt oder – worauf die abweichende Terminologie hindeutet – bereits bei einer evidenten Kompetenzüberschreitung im Einzelfall greift.<sup>74</sup>

(3) Das BVerfG dehnte seine Kontrolle über die eigentliche Kompetenzabgrenzung hinaus auf die Kompetenzausübungsschranke des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV aus.<sup>75</sup>

(4) Das BVerfG beansprucht auf nationaler Ebene das Kontrollmonopol<sup>76</sup> zur Feststellung eines Ultra-vires-Handelns der EU für sich, um die Funktionsfähigkeit der Unions-

rechtsordnung zu gewährleisten. Zur dogmatischen Begründung wird auf eine europarechtsfreundliche Anwendung von Verfassungsrecht bei Beachtung des in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens verwiesen.<sup>77</sup> Gelangen die Fachgerichte zu der Einschätzung, dass ein Ultra-vires-Handeln der EU vorliegt, haben sie sich im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG analog an das BVerfG zu wenden.

(5) Die Karlsruher Richter beschränken ihre Prüfungskompetenz ausdrücklich auf Fälle, in denen kein Rechtsschutz auf Unionsebene zu erlangen ist.<sup>78</sup> Die „vorrangige“ Zuständigkeit zur Kompetenzkontrolle liegt demnach beim EuGH. Konkret bedeutet dies, dass dem Gerichtshof vor einer Aktivierung des Ultra-vires-Vorbehalts durch das BVerfG Gelegenheit zur eigenen Kompetenzkontrolle im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu geben ist.

### bb) Relativierung im Honeywell-Beschluss

Den zentral bedeutsamen Maßstab der „ersichtlichen Grenzüberschreitung“ hat das BVerfG sodann in seinem *Honeywell-Beschluss* vom 6. 7. 2010 weiter ausdifferenziert.<sup>79</sup> Danach ist die „Ersichtlichkeit“ eines Verstoßes gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur anzunehmen, wenn ein *hinreichend qualifizierter Kompetenzverstoß* vorliegt. Dies wiederum soll zweierlei voraussetzen:

(1) Das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt muss „offensichtlich“ sein.

(2) Erforderlich ist, dass der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und EU „zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten [führt]“. Strukturell bedeutsam sind Kompetenzüberschreitungen aus Sicht des BVerfG vor allem (aber nicht nur!) dann, wenn sie sich „auf Sachbereiche erstrecken, die zur verfassungsrechtlichen Identität der Mitglied-

66 EuGH Rs. C-206/13, Siragusa, ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 25.

67 BVerfG, 8. 4. 1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223 (242), BB 1987, 2111 – Kloppenburg; BVerfG 2 BvR 2134/92 u. a., BVerfGE 89, 155 (190, 198 f.) – Maastricht; BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (349 f., 368, 381, 398) – Lissabon.

68 BVerfG 2 BvR 2134/92 u. a., BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht, unter Verweis auf BVerfG, 23. 6. 1981 – 2 BvR 1107/77; 2 BvR 1124/77; 2 BvR 195/79, BVerfGE 58, 1 (30 f.) – Eurocontrol I; BVerfG 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223 (235, 242) – Kloppenburg.

69 Vgl. zum Folgenden bereits Ludwigs, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Kap. 22, Rn. 4; Ludwigs, in: Hendlert/Ibler/Martínez (Hrsg.), *Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU*, 2015, S. 27 (30 f.).

70 Vgl. BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon.

71 Ibid.

72 Darauf hinweisend *Schorkopf*, EuZW 2009, 718 (721); ausführlich zur Ultra-vires-Lehre: *Pfeffer*, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, 2009, S. 39 ff.

73 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (352) – Lissabon.

74 Vgl. insoweit *Frenz*, *VerwArch* 100 (2009), 475 (486); anders *Ruffert*, *DVBl.* 2009, 1197 (1205).

75 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon.

76 *Gärditz/Hillgruber*, *JZ* 2009, 872 (873).

77 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (354 f.) – Lissabon; zustimmend *Calliess*, *ZEuS* 2009, 559 (566 f.); *Ruffert*, *DVBl.* 2009, 1197 (1206); kritisch dagegen *Gärditz/Hillgruber*, *JZ* 2009, 872 (873 f.).

78 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon; zu unterschiedlichen Deutungsmöglichkeiten *Ruffert*, *DVBl.* 2009, 1197 (1205).

79 Vgl. BVerfG, 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106, BVerfGE 126, 286 (303 ff.), *RIW* 2010, 699 – *Honeywell*; s. auch die Kritik in der abweichenden Meinung des Richters *H. Landau* (BVerfGE 126, 318 [319 ff.]); vgl. zum Folgenden bereits Ludwigs, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Fn. 69), Kap. 22, Rn. 5; Ludwigs, *NVwZ* 2015, 537 (538).

staaten zählen oder besonders vom demokratisch diskursiven Prozess in den Mitgliedstaaten abhängen (...)“.<sup>80</sup>

Diese Ausführungen deuten zum einen auf eine zurückhaltende und europarechtsfreundliche Ausübung der Ultra-vires-Kontrolle hin. Dem Gerichtshof wird sogar explizit ein „Anspruch auf Fehlertoleranz“ zugestanden.<sup>81</sup> Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde im *Honeywell-Beschluss* trotz der methodisch fragwürdigen Entwicklung eines allgemeinen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung im *Mangold-Urteil* des EuGH.<sup>82</sup> Zum anderen stellt das BVerfG klar, dass sich die Kompetenzkontrolle auch auf Sachbereiche erstrecken kann, die *nicht* zur Verfassungsidentität zählen. Hieraus folgt, dass der Ultra-vires-Vorbehalt über den unmittelbar an Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG anknüpfenden Identitätsvorbehalt hinausgeht und eine eigenständige Relevanz entfaltet.

### b) OMT-Vorabentscheidungsverfahren als Meilenstein

#### aa) Vorlage des BVerfG

Ungeachtet der vor allem im *Honeywell-Beschluss* erfolgten Relativierung erscheint bereits die Selbstnennung als „letzte Instanz“ in Sachen Ultra-vires-Kontrolle durchaus fragwürdig. Der Grund hierfür ist die in Art. 344 AEUV (i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV) dem Gerichtshof der EU zugewiesene ausschließliche Zuständigkeit für „Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge“. Mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV sehen die europäischen Verträge einen wirksamen Rechtsbehelf für die Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit des Handelns der Unionsorgane vor.<sup>83</sup>

Das BVerfG hat den auf Selbstbehauptung angelegten Ultra-vires-Vorbehalt gleichwohl mehrfach bestätigt.<sup>84</sup> In dieser Linie steht auch das erstmalige Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH vom 14. 1. 2014 zur Unionsrechtskonformität des theoretisch unbegrenzten Ankaufs von Staatsanleihen notleidender Euroländer auf dem Sekundärmarkt durch die EZB.<sup>85</sup> Das BVerfG droht hier offen mit einer Aktivierung des Ultra-vires-Vorbehalts, sollte der Gerichtshof den Bedenken gegen den OMT (Outright Monetary Transactions)-Beschluss des EZB-Rates nicht zumindest im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung Rechnung tragen.<sup>86</sup> Die Auslegung des OMT-Beschlusses habe jedenfalls dahingehend zu erfolgen, dass ein Schuldenschnitt zulasten der EZB ausgeschlossen ist, Staatsanleihen einzelner Mitgliedstaaten nicht unbegrenzt angekauft werden und Eingriffe in die Preisbildung am Markt möglichst vermieden werden.<sup>87</sup>

Als kritikwürdig erweist sich insoweit aber, dass der Zweite Senat nur durch einen *fragwürdigen Kunstgriff* zur Annahme einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung gelangt.<sup>88</sup> Die Richter beschränken sich darauf, festzustellen, dass ein Handeln der EZB außerhalb ihres geld- und währungspolitischen Mandats ebenso wie ein Verstoß gegen das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung (Art. 123 Abs. 1 AEUV) eine offensichtliche Kompetenzüberschreitung darstellen würde.<sup>89</sup> Damit bleiben jedoch die eigentlichen Fragen unbeantwortet. Sie müssten lauten: Stellt der OMT-Beschluss *offensichtlich* eine verbotene Maßnahme der Wirtschaftspolitik dar? Wird *offenkundig* eine monetäre Haushaltsfinanzierung entgegen Art. 123 Abs. 1 AEUV betrieben?

Beides kann mit guten Gründen in Frage gestellt werden. In dem der Zweite Senat den *Bezugspunkt der Offensichtlichkeitsprüfung* verschiebt, nivelliert er letztlich das Evidenzkriterium, was im Ergebnis zu einer signifikanten Verschärfung der Ultra-vires-Kontrolle führt. Dieses Vorgehen entspricht indes weder einer konsequenten und vorhersehbaren Anwendung des selbst formulierten Prüfungsmaßstabs noch einer – bislang stets propagierten<sup>90</sup> – europarechtsfreundlichen Ausübung des Ultra-vires-Vorbehalts.

#### bb) Antwort des EuGH

Der Antwort des EuGH vom 16. 6. 2015<sup>91</sup> in der *Rs. Gauweiler* ist nunmehr zu entnehmen, dass der Gerichtshof von vornherein keine Grundlage für eine Differenzierung zwischen einfacher und offensichtlicher Kompetenzüberschreitung sieht. Er gelangt nämlich zu dem Befund, dass Art. 119 AEUV, Art. 123 Abs. 1 AEUV und Art. 127 Abs. 1 und 2 AEUV sowie die Art. 17 bis 24 ESZB/EZB-Satzung dahingehend auszulegen sind, dass sie das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) dazu ermächtigen, ein Programm für den Ankauf von Staatsanleihen an den Sekundärmärkten (wie das OMT-Programm) durchzuführen.<sup>92</sup> Weder liege eine Überschreitung des geld- und währungspolitischen Mandats der EZB vor, noch könne ein Verstoß gegen das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung gemäß Art. 123 Abs. 1 AEUV festgestellt werden.<sup>93</sup> Zur Begründung verweisen die Luxemburger Richter u. a. auf die Grenzen des Programms, das

„den Ankauf von Staatsanleihen nur in dem Umfang vorsieht, der für die Erhaltung des geldpolitischen Transmissionsmechanismus und der Einheitlichkeit der Geldpolitik erforderlich ist, und [vorsieht,] dass die Ankäufe eingestellt werden, sobald diese Ziele erreicht sein werden“.<sup>94</sup>

Des Weiteren wird hervorgehoben, dass das OMT-Programm

80 BVerfG 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell; s. auch BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. BVerfGE 134, 366 (392) – OMT; vgl. hierzu aber noch die Kritik unter IV.3.; ausführlich Ludwigs, NVwZ 2015, 537 (539 f.).

81 BVerfG 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (303, 307) – Honeywell.

82 Deutlich BVerfG 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (312) – Honeywell, in Auseinandersetzung mit EuGH, 22. 11. 2005 – Rs. C-144/04, Mangold, ECLI:EU:C:2005:709, RIW 2006, 52, Rn. 74 ff.

83 Näher Ludwigs, NVwZ 2015, 537 (539 f.); s. auch Simon, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 266 f., 299 ff.

84 BVerfG 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 (316) – Antiterrordateigesetz; BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 134, 366 (382 ff.) – OMT; BVerfG, 18. 3. 2014 – 2 BvR 1390/12, 1421/12, 1438/12, 1439/12, 1440/12, 1824/12, 2 BvE 6/12, ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140318.2b.vr139012, BVerfGE 135, 317 (386, 393 f.) – ESM II.

85 Eingehend zum Folgenden Ludwigs, NVwZ 2015, 537 (540 ff.).

86 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 134, 366 (398, 417) – OMT; näher hierzu in kritischer Perspektive: Heun, JZ 2014, 331 ff.; differenzierend Ludwigs, NVwZ 2015, 537 (540 ff.), m. w. N. zum umfangreichen Schrifttum.

87 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 134, 366 (417) – OMT.

88 Mayer, EuR 2014, 473 (504); Wendel, ZaöRV 74 (2014), 615 (631 ff.).

89 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 134, 366 (390 ff.) – OMT.

90 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon; BVerfG 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell; BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 134, 366 (382 f.) – OMT.

91 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400; zustimmend Herrmann/Dornacher, EuZW 2015, 579 (583); Mayer, NJW 2015, 1999 (2000 ff.).

92 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 127.

93 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 33 ff. und Rn. 93 ff.

94 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 112; vgl. zudem Rn. 47 ff., 81 ff.

„mit einer Reihe von Garantien versehen ist, die seine Auswirkungen auf den Anreiz, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen, begrenzen sollen“.<sup>95</sup>

Zwar stellt der Gerichtshof auch klar, dass das Verbot der monetären Staatsfinanzierung aus Art. 123 Abs. 1 AEUV nicht umgangen werden dürfe.<sup>96</sup> Dessen ungeachtet lassen sich drei Abweichungen zur Position des BVerfG identifizieren:<sup>97</sup>

(1) Der Gerichtshof hält die *ex ante* Unbegrenztheit der Ankäufe von Staatsanleihen nicht von vornherein für unzulässig.<sup>98</sup>

(2) Er lehnt die Auffassung ab, wonach Staatsanleihen von der EZB nicht bis zur Endfälligkeit gehalten werden dürfen.<sup>99</sup>

(3) Nach Ansicht des EuGH ist es Sache der EZB, ob sie den Status eines bevorrechtigten Gläubigers beansprucht und sich damit im Falle einer Staateninsolvenz dem Schuldenschnitt entzieht.<sup>100</sup>

Angesichts dieser partiell abweichenden Beurteilung des OMT-Programms durch EuGH und BVerfG bleibt mit Spannung abzuwarten, wie sich der Zweite Senat in seiner abschließenden Entscheidung, deren Verkündung für den 21. 6. 2016 terminiert ist, positionieren wird. Sollte hier tatsächlich eine Aktivierung des Ultra-vires-Vorbehalts erfolgen, wäre jedenfalls in methodischer Hinsicht zu erwarten, dass bei der Subsumtion der selbstgesetzten Kriterien der *Offensichtlichkeit* und *Strukturerheblichkeit* des kompetenzwidrigen Unionshandelns eine ausführlichere Begründung erfolgt als noch im Vorlagebeschluss.

### 3. Identitätskontrolle

#### a) Identitätskontrolle im Kontext der Eurorettung als Ausgangspunkt

Im *Lissabon-Urteil* hat das BVerfG die Kompetenzkontrolle und die Grundrechtskontrolle schließlich noch um eine *Identitätskontrolle* ergänzt.<sup>101</sup> Anders als bei den beiden anderen Kontrollvorbehalten lässt sich hierfür mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG ein expliziter Anknüpfungspunkt in der Verfassung anführen.<sup>102</sup>

Aktuell steht die Aktivierung des Vorbehalts im Zusammenhang mit dem OMT-Programm auf dem Prüfstand. Der einschlägige Beschluss des EZB-Rates bildet die Grundlage für den Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB in grundsätzlich unbeschränkter Höhe und berührt damit zumindest mittelbar das *parlamentarische Budgetrecht* in den Mitgliedstaaten. Von Beginn seiner Eurorettungs-Judikatur an betonte das BVerfG die Rolle des Budgetrechts als „grundlegende[n] Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat“.<sup>103</sup> Wenn auch die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) als zwischenstaatliche Vereinbarung der Euro-Staaten formal außerhalb des Unionsrechts etabliert wurde, stellte das BVerfG im hierzu ergangenen Urteil vom 7. 9. 2011<sup>104</sup> doch grundlegende Erwägungen hinsichtlich des Budgetrechts im Kontext der europäischen Integration an. Den Ausgangspunkt bildet die als Teil der Verfassungsidentität nicht disponible haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages, welche ihre Wurzeln im änderungsfesten Demokratieprinzip (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3, Art. 20 Abs. 1 und 2 GG)<sup>105</sup> findet. Das BVerfG hat in seinem Urteil zur Griechenlandhilfe und zur EFSF sogar ausdrücklich die Existenz

einer – freilich nicht exakt bezifferten – absoluten Obergrenze für die Übernahme von Schulden und Gewährleistungen postuliert.<sup>106</sup> Danach darf sich die Bundesrepublik weder völker- noch unionsrechtlich derart binden, dass dem Bundestag der Entzug der haushaltspolitischen Handlungsmöglichkeiten droht.<sup>107</sup>

#### b) Weiterentwicklung der Identitätskontrolle

Über die zum Budgetrecht entwickelten Grundsätze hinaus prüft das Gericht im Rahmen der Identitätskontrolle allgemein, ob durch das Handeln europäischer Organe die in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 GG und Art. 20 GG verletzt werden.<sup>108</sup> Auch behält sich das BVerfG eine Aktivierung der Identitätskontrolle vor, wenn nationale Stellen bei unionsrechtlich veranlasstem Handeln den unantastbaren Kern des Grundgesetzes verletzen.<sup>109</sup> Bei einer Parallelität der verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen bedeutet dies aber, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts keine Rolle spielt. Es fehlt hier schlicht an einer Kollisionslage zwischen Unions- und Verfassungsrecht.<sup>110</sup> Eine Durchführung der Identitätskontrolle geht damit

95 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 115.

96 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 97.

97 Vgl. zu Teilaspekten insb. *Ohler*, NVwZ 2015, 1001 (1005); ferner *Herrmann/Dornacher*, EuZW 2015, 579 (581).

98 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 81 ff., 87, wo freilich darauf hingewiesen wird, dass das Volumen des OMT-Programms in zweifacher Hinsicht beschränkt sei: Zum einen betreffe es nur einen begrenzten Teil der von den Staaten des Euro-Währungsgebiets begebenen Staatsanleihen. Zum anderen könne es nur zur Anwendung kommen, wenn die Lage bestimmter dieser Staaten bereits eine Intervention des ESM gerechtfertigt habe, die noch andauere.

99 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 118.

100 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 126.

101 So auch *Sauer*, ZRP 2009, 195 (196); den Mehrwert der Identitätskontrolle bezweifelnd: *Terhechte*, EuZW 2009, 724 (729 f.); kritisch auch *Ingold*, AöR 140 (2015), 1 (28 f.); verteidigend: *Wischmeyer*, AöR 140 (2015), 415 (458 f.).

102 Fragwürdig erscheint es, den Identitätsvorbehalt normativ an die Garantie der nationalen Identität i. S. von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV anzuknüpfen (zu derartigen Ansätzen vgl. *Polzin*, JuS 2012, 1 [3 f.]; ausführlich zur nationalen Identität aus europarechtlicher Sicht zuletzt: *Haratsch*, EuR 2016, 131 [133 ff.]). Zwar sieht auch das BVerfG die Identitätskontrolle der Sache nach in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV angelegt (BVerfG 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149, Rn. 44). Zu bedenken ist aber zum einen, dass der unionsrechtliche Identitätsschutz im Gegensatz zur „absoluten Grenze“ der Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG einer Abwägung offensteht (BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. BVerfGE 134, 366 [386 f.] – OMT). Zum anderen enthält Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV nichts zu der Frage, *wer* die Rolle des „Identitätswächters“ wahrnimmt.

103 BVerfG, 7. 9. 2011 – 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110907.2bvr098710, BVerfGE 129, 124 (Ls. 2a), EWS 2011, 420 – EFSF.

104 Vgl. zuvor bereits das *Lissabon-Urteil* (BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267) und zudem die Folgejudikate im Rahmen der Eurorettungsrechtsprechung (BVerfG, 28. 2. 2012 – 2 BvE 8/11, ECLI:DE:BVerfG:2012:es20120228.2bve000811, BVerfGE 130, 318 – Stabilisierungsmechanismus; BVerfG, 12. 9. 2012 – 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12 und 2 BvR 6/12, BVerfGE 132, 195, EWS 2014, 273 – ESM I; BVerfG 2 BvR 1390/12 u. a., BVerfGE 135, 317 – ESM II); instruktive Rechtsprechungsübersicht bei *P.M. Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, S. 53 ff.

105 BVerfG 2 BvR 987/10 u. a., BVerfGE 129, 124 (180 f.) – EFSF.

106 BVerfG 2 BvR 987/10 u. a., BVerfGE 129, 124 (157, 183) – EFSF.

107 BVerfG 2 BvR 987/10 u. a., BVerfGE 129, 124 (180 f.) – EFSF.

108 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (353 f.) – *Lissabon*; zuvor bereits andeutungsweise BVerfG, 18. 7. 2005 – 2 BvR 2236/04, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050718.2bvr223604, BVerfGE 113, 273 (296) – *Europäischer Haftbefehl*, unter Rekurs auf BVerfG, 13. 10. 1970 – 1 BvR 226/70, BVerfGE 29, 183 (193) – *Rücklieferung*.

109 BVerfG 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149, Rn. 51.

110 Exemplarisch BVerfG 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149, Rn. 76 ff.; dezidiert kritisch hierzu *Schönberger*, JZ 2016, 422 (423); s. auch *Giege-rich*, ZeuS 2016, 3 (33 ff.).

nicht notwendigerweise mit der Unanwendbarkeitserklärung von Unionsrecht einher.<sup>111</sup> Das Instrument kommt vielmehr auch dann zur Anwendung, wenn nationale Stellen Unionsrecht falsch anwenden und dabei die Verfassungsidentität im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG verletzen.

In systematischer Hinsicht geht das BVerfG nicht von einem Aufgehen der Grundrechtskontrolle in der Identitätskontrolle aus, sondern trennt zwischen beiden Vorbehalten (siehe III. 1.). Im Weiteren erfährt die Ausübung der Identitätskontrolle eine Begrenzung durch den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.<sup>112</sup> Inwieweit sich hier ein qualitativer Unterschied zum Maßstab der „ersichtlichen Grenzüberschreitung“ bei der Kompetenzkontrolle ergibt oder ob beide Vorbehalte letztlich auf eine Evidenzkontrolle hinauslaufen,<sup>113</sup> ist noch nicht abschließend geklärt. Der OMT-Vorlagebeschluss des BVerfG macht immerhin deutlich, dass das BVerfG im Rahmen der Identitätskontrolle – parallel zur Ultra-vires-Kontrolle und abweichend von der Grundrechtskontrolle – eine *einzelfallbezogene Prüfung* zugrunde legt.<sup>114</sup> Zudem besteht eine Übereinstimmung zwischen Identitäts- und Ultra-vires-Vorbehalt dahingehend, dass auch die Identitätskontrolle zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Unionsrechtsordnung ausschließlich dem BVerfG (und nicht den Fachgerichten) obliegen soll.<sup>115</sup>

Kritikwürdig ist es allerdings, wenn der Zweite Senat in seinem OMT-Vorlagebeschluss anzunehmen scheint, dass die Aktivierung der Identitätskontrolle nicht notwendig eine auf die Identitätsverletzung bezogene vorherige Befassung des EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV voraussetzt.<sup>116</sup> Dem EuGH würde dadurch die Gelegenheit genommen, zu prüfen, ob die in Rede stehende Maßnahme des Unionsrechts (wie das OMT-Programm) in einer die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten wahren Weise ausgelegt und angewandt werden kann.<sup>117</sup> Mit dem Verfassungsgrundsatz der Europarechtsfreundlichkeit lässt sich der Verzicht auf eine Vorlage an den Gerichtshof schon mit Blick auf das hierin liegende Potenzial der Konfliktprävention und -entschärfung schwerlich in Einklang bringen. Zu begrüßen ist es daher, wenn der Zweite Senat im jüngsten Beschluss zum Europäischen Haftbefehl vom 15. 12. 2015 immerhin die Möglichkeit einer Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV andeutet, soweit dies „erforderlich“ ist.<sup>118</sup>

Mit Recht nicht weiter vertieft wurde in der Judikatur des BVerfG schließlich der noch im Lissabon-Urteil unternommene Versuch, bestimmte Sachbereiche herauszuarbeiten, die zumindest im Kern integrationsfest sind. Konkret rekurrierte der Zweite Senat auf fünf als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltung des Verfassungsstaates eingestufte Gebiete. Im Einzelnen handelte es sich um das materielle und formelle Strafrecht, das polizeiliche und militärische Gewaltmonopol, das Budgetrecht, das Sozialstaatsprinzip sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen.<sup>119</sup> Die an dieser Art „Staatsaufgabenlehre“ geübte, bisweilen scharfe Kritik<sup>120</sup> hat mit Recht darauf hingewiesen, dass den aufgezählten Sachbereichen eine gewisse Beliebigkeit, Konturlosigkeit und Kontrafaktizität anhaftet.<sup>121</sup> Vor diesem Hintergrund mag sich auch erklären, weshalb das BVerfG den „Kanon des Unaufgebaren“<sup>122</sup> in seiner Folgejudikatur nicht mehr aufgegriffen hat.

#### IV. Verfassungsprozessuale Durchsetzung

Nicht nur Grund und Grenzen der verfassungsgerichtlichen Beschränkung des Anwendungsvorrangs sind umstritten.

Hiermit verknüpft ist auch das Problem der verfassungsprozessualen Verortung. Der folgende Abschnitt zielt daher auf eine Systematisierung und inhaltliche Vertiefung der zum Teil bereits aufgezeigten prozessualen Aspekte.

#### 1. Verfahrensgegenstand in Verfahren mit EU-Bezug

##### a) EU-Primärrecht: Vorabkontrolle des Zustimmungsgesetzes

Verfassungsgerichtliche Verfahren mit Bezug zum Unionsrecht werfen zunächst die Problematik des richtigen Verfahrensgegenstandes auf. Über die Kontrolle des Zustimmungsgesetzes kann das *europäische Primärrecht* auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz hin überprüft werden (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2, 3 GG bzw. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG). Dieses Gesetz, das die Grundlage für die Ratifikation durch den Bundespräsidenten bildet, muss zum Zeitpunkt der Überprüfung noch nicht verkündet und ausgefertigt worden sein.<sup>123</sup> Diese ausnahmsweise zulässige Vorabkontrolle des Zustimmungsgesetzes dient der Vermeidung einer völkerrechtlichen Bindung Deutschlands durch ein verfassungswidriges Gesetz.<sup>124</sup>

##### b) EU-Sekundärrecht und sonstige Akte der EU-Organe

Die Überprüfung von *europäischem Sekundärrecht* im Sinne des Art. 288 AEUV sowie von Entscheidungen des EuGH und sonstigen Akten der EU-Organe wirft demgegenüber besondere Probleme auf. Zunächst stellt sich die Frage, ob Akte der Union unmittelbarer Prüfungsgegenstand im jeweiligen Verfahren vor dem BVerfG sein können.<sup>125</sup> Hiergegen spricht *prima facie* das Wesen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe, die ursprünglich nicht zur Kontrolle von supranationalem Recht geschaffen wurden. Im Gegensatz zu sonstigen Maßnahmen internationaler Organisationen beanspruchen Unionsrechtsakte jedoch in Deutschland unmittelbare Verbindlichkeit und können so mit nationalem Verfassungsrecht kollidieren.<sup>126</sup> In der Folge erscheint es vorzugswürdig, sie im Wege einer analogen Anwendung als tauglichen Gegenstand der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG, einer abstrakten Nor-

111 BVerfG 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149, Rn. 84; *Sachs*, JuS 2016, 373 (375).

112 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon.

113 In diese Richtung *Sauer*, ZRP 2009, 195 (196); anders *Schorkopf*, EuZW 2009, 718 (722); zur kritikwürdigen Nivellierung des (verbal aufrecht erhaltenen) Evidenzkriteriums im OMT-Vorlagebeschluss des BVerfG vgl. bereits oben unter III. 2. b.

114 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. BVerfGE 134, 366 (384 ff.) – OMT; aus der Lit: *Dederer*, JZ 2014, 313 (315).

115 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (354 f.) – Lissabon; BVerfG 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149, Rn. 43.

116 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. BVerfGE 134, 366 (418 f., s. aber auch 384 f.) – OMT.

117 *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (542) m. w. N.; kritisch auch *Giegerich*, ZEuS 2016, 3 (30 f.).

118 BVerfG 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149, Rn. 46, s. ferner Rn. 125.

119 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (357 f.) – Lissabon.

120 Vgl. exemplarisch *Britz*, EuR 2010, Beiheft 2, S. 151 (157 ff.); *Schönberger*, Der Staat 48 (2009), 535 (554 f.).

121 *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 290 (293 f.); eingehend *Simon* (Fn. 83), S. 128 ff. m. w. N.; s. auch *P. M. Huber* (Fn. 104), S. 19 f.: „[n]icht ganz geglückt“.

122 Prägnant: *Herdagen*, in: Jochum/Fritzemeyer/Kau (Hrsg.), FS für Hailbronner, 2013, S. 725 (725).

123 BVerfG, 30. 7. 1952 – 1 BvF 1/52, BVerfGE 1, 396 (410 ff.) – Deutschlandvertrag.

124 BVerfG 1 BvF 1/52, BVerfGE 1, 396 (410 ff.) – Deutschlandvertrag.

125 Ausführlich jüngst: *Simon* (Fn. 83), S. 214 ff.

126 *Detterbeck*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 93, Rn. 26.

menkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG beziehungsweise einer Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zu qualifizieren.<sup>127</sup> Die Zulässigkeit der Analogie ergibt sich aus der mit dem nationalen Recht vergleichbaren Wirkung des Unionsrechts und der aus Sicht des Verfassungsgesetzgebers nicht geplanten Regelungslücke, die durch die Eingliederung Deutschlands in die EU als supranationale Organisation bedingt ist.

Diese Position ist allerdings nicht unumstritten<sup>128</sup> und zudem nicht zwingend, um Akte der Union einer Kontrolle zuzuführen. So bedürfen Richtlinien aufgrund ihrer Funktionsweise der Umsetzung durch ein nationales Gesetz, um Wirkung in einem Mitgliedstaat zu entfalten.<sup>129</sup> Mit dem indirekten Vollzug von Unionsrecht als Regelfall (Art. 291 Abs. 1 AEUV) kann auch in den übrigen Fällen regelmäßig auf den innerstaatlichen Durchführungsakt abgestellt werden.<sup>130</sup>

Weitergehend wurde hinsichtlich des OMT-Beschlusses des EZB-Rates sogar die vorwerfbare Untätigkeit deutscher Staatsorgane (Bundestag und Bundesregierung) in Bezug auf ein mögliches Ultra-vires-Handeln der Union als tauglicher Verfahrensgegenstand anerkannt.<sup>131</sup> Rügefähig ist mithin nicht nur positives Handeln deutscher Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte, sondern auch die unterlassene Wahrnehmung der den deutschen Staatsorganen obliegenden Integrationsverantwortung.<sup>132</sup> Die Akte der Union sind auch hier lediglich mittelbar Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Prüfung.

## 2. Grundrechtskontrolle aus prozessrechtlicher Sicht

Lenkt man den Blick auf die prozessuale Durchsetzung der *einzelnen Kontrollvorbehalte*, so ist zunächst für die Grundrechtskontrolle festzuhalten, dass das BVerfG in seiner bisherigen Judikatur sowohl Verfassungsbeschwerden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) als auch Richtervorlagen (Art. 100 Abs. 1 GG) und abstrakte Normenkontrollen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) wegen der Verletzung deutscher Grundrechte durch EU-Recht (beziehungsweise in Umsetzung von EU-Recht) für möglich gehalten hat. Seine Kontrolle übt es aber seit *Solange II* nicht mehr aus.<sup>133</sup> Soll zukünftig ein Unionsrechtsakt bzw. eine Maßnahme, die auf Grundlage von Unionsrecht ergangen ist, zum Verfahrensgegenstand einer Grundrechtskontrolle vor dem BVerfG gemacht werden, sind hohe Hürden zu bewältigen.

Der Beschwerdeführer muss unter Berücksichtigung der Solange-Judikatur (siehe III. 1. a) darlegen, dass hinsichtlich des gerügten Grundrechts auf unionaler Ebene ein *generelles Defizit* besteht. Ein einmaliger negativer Ausreißer reicht also gerade nicht aus.<sup>134</sup> Gelingt dieser Nachweis nicht, kann noch im nächsten Schritt an eine Aktivierung des Identitätsvorbehalts gedacht werden (III. 3. und IV. 3.). Hierfür müsste die Menschenwürde unmittelbar oder mittelbar als Kerngehalt eines anderen Grundrechts berührt sein. Ist auch dies nicht der Fall, wird die Beschwerde beziehungsweise der Antrag als unzulässig abgewiesen.

Davon unberührt bleibt die Kontrolle der grundrechtsschonenden Ausfüllung von nationalen Handlungsspielräumen, insbesondere bei der Umsetzung von Richtlinien sowie beim indirekten Vollzug von Unionsrecht.<sup>135</sup> Der Verfahrensgegenstand ist jedoch in diesen Fällen auf die autonomen Entscheidungen deutscher Staatsorgane beschränkt. Die europarechtlich determinierten Komponenten sind einer Überprüfung im Lichte der vom BVerfG propagierten *Tren-*

*nungsthese* (siehe III. 1. b) nicht zugänglich. Im Zusammenhang mit der konkreten Normenkontrolle ist daher zu beachten, dass eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG unzulässig ist, wenn das Fachgericht nicht zuvor geklärt hat, ob das von ihm als verfassungswidrig beurteilte Umsetzungsgesetz in Wahrnehmung eines dem nationalen Gesetzgeber durch das Unionsrecht eingeräumten Gestaltungsspielraums erlassen wurde oder unionsrechtlich determiniert war.<sup>136</sup>

## 3. Prozessuale Erwägungen zu Ultra-vires- und Identitätskontrolle

Zur prozessualen Absicherung von Ultra-vires- und Identitätskontrolle zeigt das BVerfG im Lissabon-Urteil zwei Alternativen auf.<sup>137</sup> Zum einen hält das Gericht die Neuschaffung eines spezifischen verfassungsgerichtlichen Verfahrens durch den Gesetzgeber für möglich. In der Sache lässt sich für die Etablierung einer solchen bislang nicht realisierten „Europäischen Normenkontrolle“ immerhin anführen, dass keines der überkommenen Verfahren passgenau auf eine Ultra-vires- und Identitätskontrolle ausgerichtet ist.<sup>138</sup> Zum anderen verweist das BVerfG auf die Inanspruchnahme der bereits bestehenden Verfahrensarten (abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Organstreit, Bund-Länder-Streit und Verfassungsbeschwerde).

In der Praxis hat vor allem die Verfassungsbeschwerde des Einzelnen eine neue, zusätzliche Funktion erlangt. Über die eigentliche Abwehr von Eingriffen in Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte hinaus kann mittelbar das Verhältnis Deutschlands zur supranationalen EU auf den Prüfstand gestellt werden. Die Beschwerdeführer können dabei zulässigerweise ihre Beschwerdebefugnis aus Art. 38 Abs. 1 GG als „Recht auf Demokratie“ ableiten, um den Mechanismus der Ultra-vires-Kontrolle zu aktivieren.<sup>139</sup>

127 Überzeugend *Detterbeck*, in: Sachs (Fn. 126), Art. 93 GG, Rn. 26.

128 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 144.

129 Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien stellt eine im System der Unionsrechtsakte nicht unmittelbar angelegte, sondern von der Rechtsprechung entwickelte Ausnahme dar, vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV, Rn. 47 ff.

130 *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 978; s. auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 214.

131 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. BVerfGE 134, 366 (390 f., 397) – OMT; näher *Simon*, (Fn. 83), S. 216 ff.

132 *Hillgruber*, JA 2014, 635 (638).

133 Vgl. insb. BVerfG 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (164) – Bananenmarkt; zur abstrakten Normenkontrolle: BVerfG 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 (95) – TEHG; aus der Lit.: *Moench/Rutloff*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 3. Aufl. 2014, § 36, Rn. 2 ff. m. w. N.

134 *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (274).

135 Wie dargestellt, geht der EuGH im Gegensatz zum BVerfG von einer Parallelgeltung der EU-Grundrechte bei Umsetzungsspielräumen des nationalen Gesetzgebers aus. Wollte man dem folgen, würde sich die bislang noch nicht abschließend geklärte Frage nach der Notwendigkeit einer Vorlage gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV stellen (vgl. insoweit nur BVerfG 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 [313 f.] – Antiterrordateigesetz). Hieran ist insbesondere dann zu denken, wenn die Prüfung anhand der nationalen Grundrechte keinen Verstoß ergibt, aber Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den einschlägigen EU-Grundrechten verbleiben.

136 BVerfG, 4. 10. 2011 – 1 BvL 3/08, ECLI:DE:BVerfG:2011:1s20111004.1bv1000308, BVerfGE 129, 186 (198 ff., 204 f.), EWS 2011, 467, RIW 2011, 864 – Investitionszulagengesetz; hierzu *Wendel*, EuZW 2012, 213.

137 BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (354 f.) – Lissabon.

138 Näher hierzu *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872 (874).

139 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. BVerfGE 134, 366 (396 f.) – OMT; grundlegend zur Subjektivierung des Demokratieprinzips: BVerfG 2 BvR 2134/92 u. a., BVerfGE 89, 155 (171 f.) – Maastricht; BVerfG 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (331 f.) – Lissabon; eingehend zuletzt: *Simon* (Fn. 83), S. 62 ff., 97 ff., 164 ff.

Handelt ein Organ der Union außerhalb der vom Zustimmungsgesetz gesteckten Grenzen, ist die Kette der demokratischen Legitimation abgerissen. Ein Ultra-vires-Handeln stellt damit stets einen Eingriff in das *grundrechtsgleiche* Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG dar.

Diese Hebelwirkung des Wahlrechts zur Aktivierung der Ultra-vires-Kontrolle ist jedoch problematisch.<sup>140</sup> Aus Sicht der Karlsruher Richter eröffnet Art. 38 Abs. 1 GG den Weg zum BVerfG, ohne dass zugleich eine Verletzung der Verfassungsidentität nachgewiesen werden muss.<sup>141</sup> Des Weiteren wird auch keine Koppelung der Ultra-vires-Rüge an die Verletzung materieller Grundrechte gefordert. Vor diesem Hintergrund liegt die Einschätzung nahe, dass es dem Gericht zumindest auch um die Mobilisierung des Einzelnen zur Gewährleistung der (eigenen) verfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz geht. Der Preis hierfür ist die Etablierung einer systemfremden *actio popularis*.<sup>142</sup> Der Zweite Senat hat „die Tür zu einem allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch geöffnet, den das Grundgesetz nicht kennt“.<sup>143</sup> Entschärfen ließe sich die berechtigte Kritik durch eine Rückführung des Ultra-vires-Vorbehalts auf die Identitätsgarantie. Denn beim Identitätsvorbehalt kommt eine Berufung auf Art. 38 Abs. 1 GG nur dann in Betracht, wenn der Beschwerdeführer substantiiert darlegt, dass auf Grund einer mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbaren Entäußerung von Kompetenzen die Entleerung seines Wahlrechts droht.<sup>144</sup>

Davon unberührt bleibt die Notwendigkeit, im Rahmen der Zulässigkeit substantiiert darzulegen, dass *im konkreten Einzelfall* einer der beiden Vorbehalte greift. In Bezug auf den Identitätsvorbehalt bedeutet dies, dass eine mögliche Identitätsverletzung geltend gemacht werden muss. Der Rekurs auf den Ultra-vires-Vorbehalt wiederum erfordert die Möglichkeit eines *hinreichend qualifizierten Kompetenzverstößes*, wobei dies sowohl im Hinblick auf die Offensichtlichkeit der Kompetenzüberschreitung als auch die Strukturwirksamkeit zu prüfen ist (siehe III. 2. a).

## V. Fazit

Die Integration Deutschlands in die EU als supranationale Organisation lässt in ihrem Verlauf unterschiedliche politische und damit eng verknüpfte rechtliche Spannungsfelder

entstehen. Spiegelbild der Diskussion um die richtige Gewichtung von unionaler Einheit und nationaler Autonomie ist die Frage nach dem Rang des Unionsrechts. Das BVerfG erkennt die rechtliche Grundlage für einen Vorrang des Unionsrechts zwar im Grundsatz an, ohne die deutsche Rechtsordnung aber gänzlich zur Disposition der EU und ihrer Gerichte zu stellen.

Die nähere Analyse der Kontrollvorbehalte des BVerfG macht einerseits deren Konfliktpotenzial deutlich.<sup>145</sup> Andererseits können die entstandenen Mechanismen im Zusammenspiel mit dem Vorlagerecht (bzw. der Vorlagepflicht) gemäß Art. 267 AEUV eine integrationsichernde und darüber hinaus integrationsfördernde Wirkung entfalten.<sup>146</sup> Um dieses im Grundsatz konstruktive Kooperationsverhältnis des BVerfG mit dem EuGH nicht zu gefährden, sind jedoch Art und Weise des Einsatzes der Kontrollvorbehalte im Einzelfall kritisch zu hinterfragen.

Hieraus ergibt sich – neben dem Plädoyer für eine konsequente Vorabfassung des EuGH – insbesondere die Forderung nach Rückführung des Ultra-vires-Vorbehalts auf die Identitätskontrolle. Dies würde nicht nur der Systematik des Grundgesetzes besser entsprechen, sondern dürfte auch für mehr Rechtsklarheit bei Handhabung der Kontrollvorbehalte sorgen. Zugleich würde die berechtigte Kritik an der bisweilen sprunghaften, den Ultra-vires-Vorbehalt teils verengenden (*Honeywell*-Beschluss), teils erweiternden (*OMT*-Vorlagebeschluss) Judikatur entschärft. Die Möglichkeit zur Präzisierung seiner Kontrollvorbehalte-Judikatur bietet sich dem BVerfG in der abschließenden Entscheidung zum *OMT*-Beschluss der Europäischen Zentralbank. Im Sinne des Kooperationsverhältnisses zum EuGH bleibt zu hoffen, dass die Karlsruher Richter diese Gelegenheit ergreifen werden.

<sup>140</sup> Statt vieler *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (540).

<sup>141</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. BVerfGE 134, 366 (394, 397) – OMT; s. auch BVerfG 2 BvR 1390/12 u. a., BVerfGE 135, 317 (386) – ESM II.

<sup>142</sup> Vgl. auch die pointierte Kritik im Sondervotum von *Gerhardt*, BVerfGE 134, 430 (431 f.) – OMT.

<sup>143</sup> Sondervotum *Gerhardt*, BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. BVerfGE 134, 366 (430, 432) – OMT.

<sup>144</sup> Näher *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (540), dort auch zur Verankerung des „Anspruchs auf Demokratie“ in der Menschenwürdegarantie.

<sup>145</sup> Vgl. etwa *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 290 (308).

<sup>146</sup> *Voßkuhle*, JZ 2016, 161 (163 ff.).

Björn Bronger, Rechtsanwalt, Peter Scherer, LL.M., Rechtsanwalt, und Dr. Markus Söhnchen, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.\*

# Brexit: Rechtliche Auswirkungen im Fall der Fälle

Seit das Vereinigte Königreich 1973 der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft beigetreten ist, hat es immer euroskeptische Positionen in der britischen Politik gegeben, schon 1975 ein erstes Referendum über den Verbleib in der EWG, später Margaret Thatcher's „I want my money back“, dann 1992 den „opt out“ (Ausstieg) bei der Währungsunion (und zeitweise dem Sozialprotokoll) des Maastrichter Vertrages sowie weitere „opt outs“ vom Schengen-Abkommen in 1997, von der EU-Grundrechtecharta in 2007

und vom Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in 2013 – und jetzt die Brexit-Diskussion.

## I. Brexit

„Brexit“ bezeichnet den möglichen Ausstieg des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland (Vereinigtes Königreich – UK) aus der Europäischen Union (EU).

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.