

Die Ultra-vires-Kontrolle im Kontext der Integrationskontrolle

von **Dietrich Murswiek**, Freiburg i.Br*

I. Einleitung: Das OMT-Urteil als De-facto-Abschaffung der Ultra-vires-Kontrolle?	1
II. Die Kontrolle der europäischen Integration durch das Bundesverfassungsgericht – die Instrumente im Kontext	2
III. Die Ultra-vires-Kontrolle im Lichte des Maastricht- und des Lissabon-Urteils	3
1. Zum Maastricht-Urteil	5
2. Zum Lissabon-Urteil	8
IV. Konsequenzen für Kontrollmaßstäbe und Kontrolldichte	10
1. Kontrollreduktion aus Gründen der „Europarechtsfreundlichkeit“?	10
2. Die funktionale Zuordnung von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten	12
3. Europarechtsfreundliche Einschränkung der Kontrolldichte	14
a) Vorbehalt der strukturellen Bedeutung von Kompetenzüberschreitungen	14
b) Bagatellvorbehalt oder „europarechtsfreundliche Auslegung“?	16
c) Das Evidenzkriterium	17
d) Keine falsche Zurückhaltung	19
aa) Beidseitige statt einseitiger Zurückhaltung	19
bb) Zu den „unionseigenen Methoden der Rechtsfindung“	20
cc) Fehlertoleranz und Willkürkonzeption sind nicht „europarechtsfreundlich“	21
V. Mitverantwortung des Bundesverfassungsgerichts für das Konfliktpotential	23
VI. Ergebnis	24

I. Einleitung: Das OMT-Urteil als De-facto-Abschaffung der Ultra-vires-Kontrolle?

Am 21. Juni letzten Jahres haben wir vielleicht, ohne dies sofort zu merken, eine Beerdigung miterlebt. Mit dem OMT-Urteil könnte das Bundesverfassungsgericht die Ultra-vires-Kontrolle in aller Stille zu Grabe getragen haben. Denn wenn das Bundesverfassungsgericht für die Anwendung der Ultra-vires-Kontrolle Voraussetzungen formuliert, die praktisch nie erfüllt werden können, dann ist die Ultra-vires-Kontrolle tot. Ich will jetzt aber nicht Trauer tragen und etwas Verlorenem hinterherweinen, sondern einen Wiederbelebungsversuch unternehmen. Vielleicht ist der Patient ja nur scheinot, und vielleicht lässt das Bundesverfassungsgericht sich überzeugen, dass es nicht weiterhin so zaghaft vor dem EuGH zurückweichen darf wie im OMT-Urteil, wenn es sich nicht in Widerspruch setzen

* Prof. Dr. *Dietrich Murswiek*, emeritierter Professor für Öffentliches Recht an der Universität Freiburg i. Br. Der Autor war Prozessvertreter des Beschwerdeführers Peter Gauweiler in den Verfassungsbeschwerdeverfahren um den Vertrag von Lissabon und das OMT-Programm der EZB. Der nachfolgende Beitrag ist die erweiterte Fassung eines am 9.2.2017 auf der Tagung „Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration“ in der Humboldt-Universität Berlin gehaltenen Vortrags. – **Dieser Text ist erschienen in der Europäischen Grundrechtezeitschrift (EuGRZ) 2017, S. 327-338.** Die Seitenumbrüche in der EuGRZ sind in den vorliegenden Text in eckigen Klammern eingefügt. Beispielsweise bedeutet [328|329], dass der Text vor der Klammer in der EuGRZ auf Seite 328 steht, der Text danach auf Seite 329.

will zu seiner eigenen ständigen Rechtsprechung und letztlich zu den von ihm selbst formulierten Prinzipien demokratischer Legitimation. Warum das so ist, möchte ich im folgenden skizzieren. Dazu muss ich die Ultra-vires-Kontrolle in den Gesamtkontext der Integrationskontrolle stellen.

II. Die Kontrolle der europäischen Integration durch das Bundesverfassungsgericht – die Instrumente im Kontext

Unter Integrationskontrolle verstehe ich die gerichtliche Überprüfung der Voraussetzungen für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union. Sie findet als Eingangskontrolle und als Ausübungskontrolle statt. Mit „Eingangskontrolle“ bezeichne ich die Kontrolle des Akts der Übertragung von Hoheitsrechten – also die Überprüfung des Zustimmungsgesetzes – darauf hin, ob die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 GG beachtet sind. Die „Ausübungskontrolle“ – mit den drei Kontrollinstrumenten Grundrechtskontrolle, Ultra-vires-Kontrolle und Identitätskontrolle – betrifft die Ausübung der bereits übertragenen Hoheitsrechte durch Organe der Union beziehungsweise die hierauf bezogene Wahrnehmung der „Integrationsverantwortung“ durch Bundesregierung oder Bundestag. Sie soll sicherstellen, dass die Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG nicht nur im Zeitpunkt der Übertragung von Hoheitsrechten, sondern auch danach dauerhaft beachtet werden.

Grundrechtskontrolle und Identitätskontrolle spiegeln die materiellen Anforderungen wider, die sich aus Art. 23 Abs. 1 GG für die Übertragung von Hoheitsrechten ergeben. Die Ultra-vires-Kontrolle hat keine materielle Ent-[327|328]sprechung auf der Ebene der Eingangskontrolle. Welche Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen werden, entscheiden Bundesregierung und Zustimmungsgesetzgeber innerhalb der Grenzen, die sich aus Art. 23 Abs. 1 GG und Art. 79 Abs. 3 GG ergeben, nach freiem politischem Ermessen. Insoweit findet keine Eingangskontrolle statt¹. Aber nachdem die Hoheitsrechte übertragen worden sind, sind diese nicht nur Rechtsgrund, sondern zugleich rechtliche Grenze der Ausübung europäischer Unionsgewalt. Die Zustimmungsgesetze zu den EU-Verträgen sind die Kanäle, durch die demokratische Legitimation von den Mitgliedstaaten zu den EU-Organen fließt. Und sie markieren zugleich eine Grenze, jenseits derer die EU-Organen keine demokratische Legitimation haben.

Das Zustimmungsgesetz ermächtigt die EU zur Hoheitsrechtsausübung in einem bestimmten und begrenzten Umfang, und in diesem Umfang vermittelt es die Möglichkeit demokratischer Legitimation. Der europarechtliche Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV) hat seine Entsprechung darin, dass die Zustimmungsgesetze

¹ Man kann die Prüfung der Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 GG im Rahmen der Eingangskontrolle ebenfalls als Grundrechts- und als Identitätskontrolle bezeichnen, so z.B. *Angela Schwerdtfeger*, Europäisches Unionsrecht in der Rspr. des BVerfG – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 2015, S. 290 (292 ff.). Eine Ultra-vires-Kontrolle kann es demgegenüber nur im Rahmen der Ausübungskontrolle geben. Im folgenden ist (wie im Sprachgebrauch des BVerfG) auch mit „Grundrechts-“ und „Identitätskontrolle“ immer die Ausübungskontrolle gemeint.

setze der Mitgliedstaaten nur begrenzte Kompetenzen auf die EU übertragen². Funktion der Ultra-vires-Kontrolle ist es, das Handeln der Europäischen Union auf die Einhaltung der Kompetenzgrenzen zu überwachen, die sich aus dem Zustimmungsgesetz ergeben. Jenseits dieser Grenzen sind die Mitgliedstaaten zuständig, und jenseits dieser Grenzen handelt die EU ohne demokratische Legitimation. An einer nicht demokratisch legitimierten Europäischen Union darf sich Deutschland nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG nicht beteiligen. Schon aus diesem Grunde ist es verfassungsrechtlich unerlässlich, durch die Ultra-vires-Kontrolle die Einhaltung der Kompetenzgrenzen zu überwachen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wird zudem die Volkssouveränität in Deutschland verletzt, wenn hier Hoheitsgewalt der EU ausgeübt wird, der es an demokratischer Legitimation fehlt, weil sie durch die Ermächtigung im Zustimmungsgesetz nicht gedeckt ist³.

Maßstab für die Grundrechtskontrolle und für die Identitätskontrolle ist somit Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG beziehungsweise Art. 79 Abs. 3 GG; Maßstab für die Ultra-vires-Kontrolle ist das Zustimmungsgesetz (in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG und dem Demokratieprinzip)⁴.

Ob es unter dem Aspekt der „Europarechtsfreundlichkeit“ Kontrollrestriktionen geben muss und wie diese jeweils aussehen, muss für jedes Kontrollinstrument gesondert geprüft werden. Ich gehe jetzt nur auf die Ultra-vires-Kontrolle ein.

III. Die Ultra-vires-Kontrolle im Lichte des Maastricht- und des Lissabon-Urteils

Für Rechtsstreitigkeiten über die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der EU und den Mitgliedstaaten gibt es eine Doppelzuständigkeit: Nach Art. 263 AEUV ist der EuGH zuständig, über die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Unionsorgane, insbesondere hinsichtlich ihrer Zuständigkeit, zu entscheiden. Nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 EUV entscheidet er über die Auslegung der Verträge – mithin auch über die Auslegung der Kompetenzvorschriften. Soweit Kompetenzvorschriften das Verhältnis zwischen EU und Mitglied-

² Vgl. BVerfGE 123, 267 (350) – Lissabon.

³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 82, 132, 135 – OMT.

⁴ Die Verletzung dieser Normen führt auch zur Verletzung des subjektiven Rechts aus Art. 38 Abs. 1 GG, so dass die die genannten Kontrollverfahren mit der Verfassungsbeschwerde eingeleitet werden können, vgl. zur Identitätskontrolle z.B. *Dietrich Murswiek*, Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, in: JZ 2010, S. 702 ff. m.w.N.; *ders.*, Schutz der Verfassung als Bürgerrecht, in: JZ 2010, S. 1164 ff.; zur Ultra-vires-Kontrolle BVerfGE 134, 366 (Rn. 26) – OMT-Vorlagebeschluss; BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 82 f., 121, 129, 145 – OMT; *Dietrich Murswiek*, Die Eurokrise vor dem BVerfG, 2016, S. 691 ff. Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden. Ebenso bleibt die Frage ausgeklammert, ob Gegenstand der Ultra-vires-Kontrolle und der Identitätskontrolle unmittelbar Akte von EU-Organen sein können oder ob diese vom BVerfG nur mittelbar im Rahmen der Überprüfung des Verhaltens deutscher Staatsorgane kontrolliert werden können (so BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 76 ff., 96 ff. – OMT; zu dieser Problematik näher *Murswiek*, Eurokrise, S. 32-35, 418-423). Auch die Begründung der vom BVerfG unter dem Stichwort „Integrationsverantwortung“ bejahten Pflicht der Staatsorgane, die Mitwirkung an Ultra-vires-Akten oder an Verletzungen der Verfassungsidentität zu unterlassen und gegen solche Akte von EU-Organen vorzugehen (vgl. BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 115, 162-173 – OMT), ist hier nicht Thema, vgl. dazu *Dietrich Murswiek*, Verfassungsrechtliche Handlungspflichten zum Schutz der Verfassung, in: FS Klopfer, 2013, S. 121 ff.

staaten regeln, sind aber auch die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten zuständig. Diese wachen darüber, dass in ihrem Verfassungsraum keine Hoheitsgewalt ausgeübt wird, die nicht gemäß der jeweiligen nationalen Verfassung legitimiert ist. Der Maßstab, anhand dessen der EuGH und das nationale Verfassungsgericht entscheiden, ist textlich identisch: Der EuGH entscheidet anhand der Unionsverträge, das nationale Verfassungsgericht anhand der Zustimmungsgesetze zu diesen Verträgen, die entweder den Vertragswortlaut enthalten oder auf diesen Bezug nehmen. Da die EU nur innerhalb der ihr übertragenen begrenzten Einzelkompetenzen zu handeln legitimiert ist, muss ein nationales Verfassungsgericht sie daran hindern können, diese Grenzen mit Wirkung auf den nationalen Verfassungsraum zu überschreiten. Dies ist abstrakt gesehen völlig eindeutig und wirft weder völkerrechtlich noch europarechtlich Probleme auf. Probleme ergeben sich aber daraus, dass Kompetenznormen auslegungs- und konkretisierungsbedürftig sind und dass somit der EuGH und die nationalen Verfassungsgerichte zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen können. Dann stellt sich die Frage: Wessen Auslegung ist maßgeblich – diejenige des EuGH oder die des nationalen Verfassungsgerichts?

Manche meinen, die Antwort sei in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 EUV oder in Art. 263 AEUV zu finden. Nach diesen Vorschriften ist der EuGH für die Auslegung des Unionsrechts zuständig. Also, folgern manche, müsse der EuGH auch die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten verbindlich konkretisieren können⁵. Insbesondere der EuGH selbst ist dieser Auffassung⁶. Das ist aber ein Trugschluss. Auch die Zuständigkeit des EuGH endet dort, wo die begrenzten Einzelermächtigungen der EU enden und wo die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten beginnt. Und diese Grenze wird nicht nur durch die Verträge, sondern ebenso durch die Zustim-[328|329]mungsgesetze gezogen. Der EuGH ist nicht ermächtigt, sie einseitig zugunsten der Union und zulasten der Mitgliedstaaten zu verschieben. Es gibt im Ansatz also kein systematisches Argument dafür, dass der EuGH für die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten eine bessere oder weiterreichende Kompetenz hat als das Bundesverfassungsgericht oder die anderen nationalen Verfassungsgerichte. Beide Seiten haben nicht nur den gleichen Entscheidungsmaßstab, sondern auch die gleiche Kompetenz.

Das ist unproblematisch in allen eindeutigen Fällen. Aber Streitfälle, die vor ein Gericht gebracht werden, sind fast nie eindeutig. Lässt die Maßstabnorm mehrere Auslegungen zu, ist es letztlich unvermeidlich, die Frage „Quis iudicabit?“ zu beantworten – Wer hat das letzte Wort?⁷ Die Antwort lässt sich durch Verfahren hinausschieben und dann unter Umständen sogar vermeiden – wenn nämlich die Gerichte sich im Verfahren einigen können. Das versucht das Bundesverfassungsgericht mit dem Gedanken des „Kooperationsverhält-

⁵ In diesem Sinne jüngst wieder *Matthias Ruffert*, Das BVerfG im Prozess der europäischen Integration, EuGRZ 2017, S. 241 (242).

⁶ EuGH, Urt. v. 16.6.2015 – Rs. C-62/14 – Gauweiler u.a., Rn. 16. Das BVerfG folgt dem im OMT-Urteil im wesentlichen, BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 158.

⁷ Dass auch derjenige, der das letzte Wort spricht, im „Dialog der Gerichte“ vom anderen zuvor gelernt haben kann und dazu bereit sein sollte, versteht sich von selbst, vgl. z.B. *Andreas Voßkuhle*, Menschenrechtsschutz durch die Europäischen Verfassungsgerichte, RdA 2016, S. 336 (343).

nisses“. Und das Vorabentscheidungsverfahren bietet ja im Prinzip eine gute Möglichkeit für einen kooperativen Ansatz.

Im OMT-Verfahren hat allerdings der EuGH sich stur gestellt, das Kompromissangebot des Bundesverfassungsgerichts zurückgewiesen⁸ und die Letztentscheidungskompetenz für sich reklamiert⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dem unterworfen. Es hätte anders entscheiden können und anders entscheiden müssen¹⁰. Ich will an dieser Stelle aber nicht Detailkritik am OMT-Urteil üben, sondern die Frage aufwerfen, ob es Kriterien für die Konkretisierung der Entscheidungsmaßstäbe gibt, die geeignet sind, die Divergenzspielräume zu vermindern. Mit dieser Frage – und auch mit der Frage nach dem „letzten Wort“ – wende ich mich an diejenigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die die Notwendigkeit der Ultra-vires-Kontrolle begründet haben.

1. Zum Maastricht-Urteil

Schon im Maastricht-Urteil (1993) hat das Bundesverfassungsgericht die Frage beantwortet, wie mit expansiven Kompetenzzinanspruchnahmen der EU umzugehen ist: Es unterscheidet zwischen „Rechtsfortbildung innerhalb der Verträge“ und einer „deren Grenzen sprengenden, vom geltenden Vertragsrecht nicht gedeckten Rechtsetzung“. Für „Änderungen der vertraglichen Grundlagen“ sei gemäß Art. 23 Abs. 1 GG ein Zustimmungsgesetz erforderlich¹¹. Sie können demnach nicht durch Rechtsfortbildung seitens des EuGH bewirkt werden¹². In der Vergangenheit, so das Bundesverfassungsgericht weiter, sei eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge auf eine großzügige Handhabung der sogenannten Vertragsabrundungskompetenz (Art. 235 EWGV), auf den Gedanken der inhärenten Zuständigkeiten und auf den *effet utile* – auf das Prinzip der größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftskompetenzen – gestützt worden. Künftig werde bei der Auslegung von Befugnisnormen zu beachten sein, dass der Unionsvertrag zwischen der Wahrnehmung begrenzt eingeräumter Hoheitsbefugnisse und der Vertragsänderung unterscheidet. Seine Auslegung dürfe daher nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen. Eine solche Auslegung könne in Deutschland keine Bindungswirkung entfalten¹³.

⁸ Dazu *Dietrich Murswiek*, Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht, 2016, S. 627-633.

⁹ Und zwar *expressis verbis*: EuGH, Urt. v. 16.6.2015 – Rs. C-62/14 – Gauweiler u.a., Rn. 16; dazu *Murswiek* (Fn. 8), S. 665-667, 694 f.

¹⁰ Nach meiner Auffassung ist das Urteil des EuGH ein eindeutiger Ultra-vires-Akt, vgl. *Murswiek* (Fn. 8), S. 626 ff., 667 ff., 686-688, 698-707.

¹¹ BVerfGE 89, 155 (209 f.) – Maastricht; dagegen später BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 161 – OMT: Rechtsfortbildung durch den EuGH wird akzeptiert, wenn sie nicht „objektiv willkürlich“ ist.

¹² Vgl. *Murswiek* (Fn. 8), S. 706 f.

¹³ BVerfGE 89, 155 (210) – Maastricht.

Damit war das Programm der Ultra-vires-Kontrolle bereits entfaltet¹⁴, ohne dass dieser Terminus schon verwendet wurde. Entscheidend ist der Gedanke: Rechtsfortbildung gibt es *innerhalb* der Verträge. Aber nicht die Verträge selbst unterliegen – hinsichtlich der Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten – der eigenmächtigen Ausdehnung des unionalen Kompetenzbereichs durch Unionsorgane und insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH. In bezug auf diejenigen Materien also, für welche die Mitgliedstaaten der Europäischen Union Kompetenzen zugewiesen haben, kann hiernach der EuGH Rechtsfortbildung betreiben, nicht hingegen in bezug auf die in den Zustimmungsgesetzen gezogenen Grenzen dieser Kompetenzen. Dies ist eine ganz klare Ansage, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge“¹⁵ sind, dass nur aufgrund und in den Grenzen der Zustimmungsgesetze die EU Handlungslegitimation besitzt und dass jede Überschreitung der durch die Zustimmungsgesetze gezogenen Kompetenzgrenzen von Seiten der EU nicht nur die Souveränität der Mitgliedstaaten, sondern auch das Demokratieprinzip verletzt. Die EU hat keine Kompetenz-Kompetenz – keine Kompetenz, sich selbst neue Kompetenzen zu verschaffen oder die vorhandenen Kompetenzen zulasten der Mitgliedstaaten auszudehnen¹⁶ – und das Grundgesetz erlaubt es nicht, ihr eine solche Kompetenz zu übertragen¹⁷. Demnach konnte das Bundesverfassungsgericht gar nicht anders entscheiden, als die Feststellung zu treffen, dass eine Auslegung der Verträge, die der EU Kompetenzen zuspricht, die im Zustimmungsgesetz nicht vorgesehen sind, „vom Zustimmungsgesetz nicht gedeckt und somit innerhalb des deutschen Mitgliedstaates rechtlich unverbindlich“ ist¹⁸.

Daraus ergibt sich: Für die Auslegung der Verträge ist zwar der EuGH zuständig. Er hat im Rahmen seiner Zuständigkeit eine gewisse Rechtsfortbildungskompetenz. Diese bezieht sich aber nur auf die Inhalte der Verträge – also insbesondere auf die „Politiken“ der Union (Dritter Teil des AEUV) – und auf die interne Kompetenzverteilung zwischen den EU-Organen, nicht jedoch auf die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten. [329|330] Diese Grenze ist in den Zustimmungsgesetzen verbindlich festgelegt, und eine Rechtsfortbildung durch den EuGH käme hier der Inanspruchnahme einer Kompetenz-Kompetenz gleich. Sie griffe in die nationale Souveränität der Mitgliedstaaten über und hätte keine demokratische Grundlage.

Davon ist das Bundesverfassungsgericht auch später nicht abgerückt. Im Honeywell-Beschluss betont es zwar die Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH, stellt jedoch klar,

¹⁴ Zur Befugnis des BVerfG, Rechtsakte von EU-Organen daraufhin zu überprüfen, ob sie sich „in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen“, vgl. auch BVerfGE 89, 155 (188) m. Hinw. auf BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 223 (235, 242).

¹⁵ BVerfGE 89, 155 (190); BVerfGE 123, 267 (349) – Lissabon.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 89, 155 (194 ff.); std. Rspr., vgl. zuletzt BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 131 m.w.N. – OMT.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 123, 267 (349) – Lissabon m. Hinw. auf BVerfGE 89, 155 (187 f., 192, 199); BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 130 – OMT.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 89, 155 (195); seither std. Rspr., zuletzt bestätigt in BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 162 m.w.N. – OMT.

dass diese ihre Grenze im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung finde. Eine Kompetenz der EU, sich weitere Kompetenzen zu verschaffen, könne es nicht geben¹⁹.

Damit ist freilich noch nicht geklärt, was dann gilt, wenn die Kompetenznormen die Zuständigkeiten der Union und der Mitgliedstaaten nur unscharf abgrenzen. Dann ist nicht jede Konkretisierung, die der EuGH vornimmt, von vornherein eine unzulässige Rechtsfortbildung. Ausgangspunkt des Bundesverfassungsgerichts ist insoweit das Bestimmtheitsgebot: Art. 23 Abs. 1 GG fordert, dass die übertragenen Hoheitsrechte im Vertrag und daher auch im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar festgelegt sind. Ein Zustimmungsgesetz, das dieser Anforderung nicht entspricht, verletzt das Demokratieprinzip und zugleich Art. 38 Abs. 1 GG²⁰. Es darf also von vornherein gar nicht dazu kommen, dass der EU Kompetenzen übertragen werden, die normativ so unbestimmt gefasst sind, dass der Zustimmungsgesetzgeber die Reichweite seiner Übertragungsentscheidung nicht absehen kann. Dies überprüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner „Eingangskontrolle“. Das Bundesverfassungsgericht ist bei der Kontrolle der Zustimmungsgesetze auf hinreichende Bestimmtheit freilich ziemlich großzügig. Es meint, dass „mit Rücksicht darauf, dass der Text eines völkerrechtlichen Vertrages mit den Vertragsparteien ausgehandelt werden muss“, an die Bestimmtheit und Dichte der Vertragsregelungen nicht Anforderungen gestellt werden könnten, wie sie der Parlamentsvorbehalt sonst für Gesetze vorgebe²¹. Entscheidend sei, dass die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten „für den Gesetzgeber voraussehbar im Vertrag umschrieben und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar normiert worden sind“²². Solche Auslegungen, Konkretisierungen und Anwendungen der Verträge, mit denen der Zustimmungsgesetzgeber hiernach nicht rechnen konnte, sind vom Zustimmungsgesetz nicht gedeckt und als ausbrechende Rechtsakte in Deutschland nicht verbindlich²³.

19 BVerfGE 126, 286 (305-307) – Honeywell.

20 BVerfGE 89, 155 (187); vgl. auch BVerfGE 123, 267 (351) – Lissabon.

21 BVerfGE 89, 155 (187). – Das ist übrigens ein sehr fragwürdiges Argument: Gerade, weil Verträge ausgehandelt werden müssen und weil der staatliche Gesetzgeber sie nach Inkrafttreten nicht mehr einseitig ändern kann, müssten ihre Normen besonders sorgfältig und präzise formuliert werden, soweit sie die Vertragsparteien unmittelbar binden oder ohne Umsetzungsspielräume zur Implementierung im nationalen Recht verpflichten. Eine Einigung auf präzise Formulierungen mag schwierig sein. Gelingt sie nicht und einigt man sich daher auf eine unpräzise Formulierung, dann verdeckt diese einen Dissens. Wird ein Vertragsorgan (z.B. im Falle der EU der EuGH) zur Auflösung des Dissenses im Wege der Normkonkretisierung ermächtigt, dann liegt hierin funktional eine Rechtsetzungsermächtigung auf der Ebene des völkerrechtlichen Primärrechts. Die aber ist mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes unvereinbar. Während der Gesetzgeber innerstaatlich die Rechtsprechung, die einen unbestimmten Gesetzesbegriff anders auslegt als vom Parlament intendiert, durch Gesetzesänderung korrigieren kann, ist ein Nachjustieren des völkerrechtlichen Vertrages grundsätzlich nicht mehr einseitig möglich.

22 BVerfGE 89, 155 (188) m. Hinw. auf BVerfGE 58, 1 (37); 68, 1 (98 f.).

23 Vgl. BVerfGE 89, 155 (188).

Dies ist der Standpunkt, von dem aus das nationale Verfassungsgericht einer expansiven Kompetenzinanspruchnahme der EU entgegentreten kann und – aus Sicht des nationalen Verfassungsrechts – auch muss.

2. Zum Lissabon-Urteil

Im Lissabon-Urteil (2009) stellt das Bundesverfassungsgericht diesen Ansatz des Maastricht-Urteils nicht in Frage, sondern bestätigt ihn ausdrücklich²⁴. Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht hier noch großzügiger hinsichtlich der hinreichenden Bestimmbarkeit des Umfangs der Kompetenzübertragungen. Es sieht jetzt eine „Tendenz zur politischen Selbstverstärkung“ der Organe einer supranationalen Organisation als unvermeidliche und verfassungsrechtlich hinnehmbare Folge der Einfügung in eine solche Organisation an. *Implied powers* und *effet utile* werden akzeptiert²⁵. Aber soweit der Vertrag Spielräume für solche Entwicklungen lässt, muss – wie das Bundesverfassungsgericht betont – das diesbezügliche „Integrationsprogramm“ hinreichend bestimmt sein²⁶. Es kommt demnach auch nach dem Lissabon-Urteil darauf an, dass der Zustimmungsgesetzgeber die Entwicklung so programmiert, dass er sie voraussehen und auf diese Weise steuern, verantworten und legitimieren kann. Der Fokus des Lissabon-Urteils liegt auf der Frage, wie die Integrationsverantwortung des Bundestages trotz der Verwendung unbestimmter, dynamischer Begriffe gewahrt und die eigenmächtige Kompetenzerweiterung auch unter einem Vertrag, der mit solchen Begriffen arbeitet, verhütet werden kann²⁷. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Gefahr, dass bei Verwendung unbestimmter, dynamischer Begriffe die Steuerung der weiteren Entwicklung mittels der Rechtsbegriffe des Vertrags nicht gelingt, dass also die Unionsorgane das Integrationsprogramm überschreiten und außerhalb ihrer Ermächtigung handeln²⁸.

Die Annahme einer solchen Gefahr war nicht aus der Luft gegriffen; ihr lag die Anschauung einer sehr expansiven Rechtsprechung des EuGH zugrunde. Ein zentrales Thema des Lissabon-Verfahrens war die Frage, ob aus den vielen „Inselkompetenzen“ der Union, die neben den ursprünglichen Zuständigkeiten für den Binnenmarkt sich jetzt über praktisch alle Bereiche der Politik verteilen, im Wege einer ständigen expansiven Kompetenzinanspruchnahme, die durch die Rechtsprechung des EuGH gebilligt wird, allmählich eine nahezu flächendeckende Gesamtkompetenz wird, ohne dass die nationalen Gesetzgeber jemals wieder nach ihrer Zustimmung zu den Kompetenzerweiterungen gefragt werden müssten²⁹.

²⁴ Vgl. BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon.

²⁵ BVerfGE 123, 267 (351 f.).

²⁶ BVerfGE 123, 267 (351).

²⁷ Vgl. BVerfGE 123, 267 (insb. 352 f.).

²⁸ BVerfGE 123, 267 (352).

²⁹ Vgl. *Dietrich Murswiek*, in: Karen Kaiser (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht*, 2013, S. 224 f., 385-396, 448-451, 458-463; *ders.* (Fn. 8), S. 695 f.

Das Mittel, dieser Gefahr zu begegnen, war die Ultra-vires-Kontrolle³⁰. Das Bundesverfassungsgericht sah, dass der Vertrag von Lissabon das Integrationsprogramm nicht der-[330|331]art präzise bestimmte und eingrenzte, dass ausufernde Auslegungen ausgeschlossen wären und der Bundestag – wie es das Demokratieprinzip gebietet – die Kontrolle über den Umfang der an die Europäische Union übertragenen Kompetenzen in der Hand behielt. Auch für die Verfassungsidentität sah es entsprechende Gefahren, denen es mit der Identitätskontrolle begegnen wollte³¹. Es entschied deshalb, dass es von Verfassung wegen geboten sei, dass dem Bundesverfassungsgericht die Instrumente der Ultra-vires-Kontrolle und der Identitätskontrolle zur Verfügung stünden. Hätte das Bundesverfassungsgericht diese beiden Kontrollinstrumente nicht etablieren können, dann hätte es – seiner eigenen Konzeption gemäß – das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon für verfassungswidrig erklären und damit das Inkrafttreten dieses Vertrages verhindern müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich gesagt, dass das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon nur „nach Maßgabe der Gründe“ des Urteils keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegne³². Nur weil der Vertrag, wie das Bundesverfassungsgericht ihn versteht, den Mitgliedstaaten das Recht zur Prüfung der Einhaltung des Integrationsprogramms nicht entzieht³³ und den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten die Verantwortung für die Grenzen ihrer verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung und die Wahrung der Verfassungsidentität nicht nimmt³⁴ und nur weil daher das Bundesverfassungsgericht mit der Ultra-vires-Kontrolle sicherstellen kann, dass es nicht zu einer vom Zustimmungsgesetz nicht legitimierten Kompetenzerweiterung der Unionsorgane kommt, konnte das Bundesverfassungsgericht den Vertrag für verfassungsgemäß erklären. Entsprechendes gilt für die Identitätskontrolle.

Dass der EuGH nicht das letzte Wort in Fragen der Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten hat, ist für das Lissabon-Urteil ein zentraler Punkt. Von Seiten der Beschwerdeführer war geltend gemacht worden, die Kompetenz des EuGH, über solche Fragen verbindlich zu entscheiden, bedeute, dass ihm in verfassungswidriger Weise die Kompetenz zu einer vertragsausdehnenden Auslegung und somit zu einer autonomen Vertragsänderung übertragen worden sei. Dem stellt das Bundesverfassungsgericht die Feststellung gegenüber, dass es selbst prüfe, ob der EuGH eine vertragsausdehnende Auslegung vorgenommen hat³⁵.

Ultra-vires-Kontrolle und Identitätskontrolle sind somit nicht irgendwelche Accessoires, von denen das Verfassungsgericht nach taktischem Belieben Gebrauch machen kann oder auch nicht. Sie sind vielmehr die strategischen Instrumente, die das Inkrafttreten des Ver-

³⁰ BVerfGE 123, 267 (353 f.).

³¹ BVerfGE 123, 267 (353 f., 398-401).

³² BVerfGE 123, 267 (339, 369, 436).

³³ BVerfGE 123, 267 (398).

³⁴ BVerfGE 123, 267 (398 f.).

³⁵ BVerfGE 123, 267 (399 f.).

trages von Lissabon überhaupt ermöglichten³⁶. Durch die Ultra-vires-Kontrolle und die Identitätskontrolle „wird sichergestellt, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur kraft und ihm Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung gilt“³⁷. Das Bundesverfassungsgericht nimmt dafür im Lissabon-Urteil ausdrücklich das „letzte Wort“ in Anspruch³⁸.

Wenn also nur unter der Voraussetzung, dass es eine wirksame Ultra-vires-Kontrolle gibt, die Verträge von Maastricht und von Lissabon als verfassungsmäßig akzeptiert werden konnten, weil nur so sicherzustellen war, dass die Anwendung der Verträge nicht zu Verstößen gegen das Demokratieprinzip oder das Prinzip der souveränen Staatlichkeit führt, dann muss das Bundesverfassungsgericht dieses Kontrollinstrument auch konsequent anwenden.

IV. Konsequenzen für Kontrollmaßstäbe und Kontrolldichte

Aus diesem Zusammenhang ergibt sich, dass die Ultra-vires-Kontrolle nicht aus Rücksicht auf den EuGH so eingeschränkt werden darf, dass sie ihre Wirkung verliert, die sie gerade auch gegenüber dem EuGH entfalten muss. Die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht unter dem Aspekt der „Europarechtsfreundlichkeit“ die Kontrolldichte zurücknehmen soll, muss oder darf, kann nicht isoliert beantwortet werden, sondern die Antwort muss im Kontext der Anforderungen gefunden werden, die sich aus dem Demokratieprinzip für den Entscheidungsmaßstab ergeben. Das Demokratieprinzip erfordert, dass der Zustimmungsgesetzgeber die Grenzen der übertragenen Hoheitsrechte bestimmt. Deshalb entsteht eine gravierende Legitimationslücke, wenn die Zurücknahme der Kontrolldichte dazu führt, dass EU-Organe, ohne dass das Bundesverfassungsgericht eingreift, die Kompetenzgrenzen über den Bereich hinaus ausdehnen können, der im Horizont des Zustimmungsgesetzgebers lag und der von seiner Steuerungsintention umfasst ist. Genau diese Situation ist mit dem OMT-Urteil eingetreten. Die Weiche, die den Rechtsprechungszug in diese Richtung fahren ließ, hat das Bundesverfassungsgericht mit dem Honeywell-Beschluss gestellt.

1. Kontrollreduktion aus Gründen der „Europarechtsfreundlichkeit“?

Im Honeywell-Beschluss (2010) konkretisiert das Bundesverfassungsgericht, was es bereits im Lissabon-Urteil gesagt hatte: Es wolle die Ultra-vires-Kontrolle und die Identitätskontrolle „europarechtsfreundlich“³⁹ ausüben. Der „Europarechtsfreundlichkeit“ entspricht im Unionsrecht die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV)⁴⁰. Daraus leitet das Bundesverfassungsgericht verfahrensrechtliche Anforderungen an die Ultra-

³⁶ Entsprechendes lässt sich hinsichtlich der (damals noch nicht so genannten) Ultra-vires-Kontrolle schon für das Maastricht-Urteil und den Vertrag von Maastricht sagen.

³⁷ BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon.

³⁸ Vgl. BVerfGE 123, 267 (400 im Kontext mit 399 f.).

³⁹ Vgl. BVerfGE 123, 267 (346 f., 354, 401) – Lissabon; BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon; BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 155 – OMT.

vires-Kontrolle ab: Zunächst ist die Ultra-vires-Kontrolle wie auch die Identitätskontrolle beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert⁴¹. Nicht jeder Amtsrichter soll entscheiden können, ob in Deutschland ein EU-Rechtsakt unanwendbar ist. Außerdem muss vor Annahme eines Ultra-vires-Akts der EuGH Gelegenheit gehabt haben, im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die einschlägigen Vertragsnormen sowie die in Rede stehenden Maßnahmen der Union auszulegen und über die Gültigkeit dieser Maßnahmen zu entscheiden⁴². Beides ist ziemlich [331|332] unproblematisch⁴³. Letzteres hätte das Bundesverfassungsgericht ohne weiteres Art. 267 Abs. 3 AEUV entnehmen können, ohne sich auf einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz stützen zu müssen.

Im Honeywell-Beschluss verfolgt das Bundesverfassungsgericht mit seiner Betonung der „Europarechtsfreundlichkeit“ allerdings ein anderes Anliegen: Das Bundesverfassungsgericht meint, die „unvermeidlichen Spannungslagen“, die dann entstehen, wenn in Fällen „möglicher Kompetenzüberschreitungen seitens der Unionsorgane die verfassungsrechtliche und die unionsrechtliche Perspektive nicht vollständig harmonieren“, seien „im Einklang mit der europäischen Integrationsidee kooperativ auszugleichen und durch wechselseitige Rücksichtnahme zu entschärfen“⁴⁴. Das klingt nicht sehr nach Rechtsanwendung, sondern eher nach dem Versuch, in Konfliktfällen mit dem EuGH zu einem Deal zu kommen. Das kann praktisch vernünftig sein, und man kann sicherlich jede Verfahrensgestaltung, die dazu dient, eine harte Ergebnisdivergenz zwischen EuGH und nationalem Verfassungsgericht zu vermeiden, als Ausprägung des Gebots der loyalen Zusammenarbeit und der „Europarechtsfreundlichkeit“ betrachten.

Was das Bundesverfassungsgericht im Honeywell-Beschluss macht, geht aber weit darüber hinaus: Es weist dem EuGH nicht nur die primäre, sondern die maßgebliche Entscheidungszuständigkeit für die Auslegung und Anwendung der Verträge zu und hält sich selbst nur in Fällen ganz extremer Kompetenzüberschreitungen für befugt, den EuGH zu korrigieren⁴⁵. Die Auslegung des Europarechts durch den EuGH sei vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich als verbindlich zu beachten⁴⁶, und das Bundesverfassungsgericht dürfe seine Kontrollkompetenz nur „zurückhaltend“ ausüben⁴⁷. Nach dieser Auffassung steht das Bundesverfassungsgericht bei der Ultra-vires-Kontrolle nicht gleichgeordnet neben dem EuGH, sondern hat nur eine Reservekompetenz. Diese kompetenzielle Selbstbeschränkung ist verbunden mit einer Verschiebung des Entscheidungsmaßstabs. Dem EuGH

⁴¹ BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon; BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 156 – OMT, m. Hinw. auf BVerfGE 126, 286 (304).

⁴² BVerfGE 126, 286 (304) – Honeywell.

⁴³ Auf dogmatische und rechtspraktische Probleme des vom BVerfG in Anspruch genommenen Entscheidungsmonopols weist *Heiko Sauer*, Der novellierte Kontrollzugriff des BVerfG auf das Unionsrecht, EuR 2017, S. 186 (199 f.), hin.

⁴⁴ BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell.

⁴⁵ BVerfGE 126, 286 (303 ff.); bestätigt in BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 149, 158-161 – OMT.

⁴⁶ BVerfGE 126, 286 (304).

⁴⁷ BVerfGE 126, 286 (303, 307); BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 154, 156 – OMT.

wird hier ein anderer Maßstab als dem Bundesverfassungsgericht zugewiesen. Ob beides „europarechtsfreundlich“ ist, hängt davon ab, was das Europarecht wirklich gebietet. Das soll im folgenden näher beleuchtet werden.

2. Die funktionale Zuordnung von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten

Das Bundesverfassungsgericht weist darauf hin, dass der EuGH die Aufgabe habe, die Verträge auszulegen und anzuwenden und dabei Einheit und Kohärenz des Unionsrechts zu wahren. Damit sei die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts zur Ultra-vires-Kontrolle zu koordinieren⁴⁸. Das ist richtig. Doch dann entnimmt das Bundesverfassungsgericht dem Anwendungsvorrang des Europarechts, dass der EuGH die dominante und die nationalen Verfassungsgerichte bei der Ultra-vires-Kontrolle nur eine völlig untergeordnete Rolle spielten. Hier ist die Argumentation nicht konsistent. Richtig ist zwar die These, wenn mitgliedstaatliche Gerichte ohne weiteres für sich in Anspruch nähmen, über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden⁴⁹. Aber es geht doch überhaupt nicht darum, dass nationale Verfassungsgerichte *generell* über die Gültigkeit von EU-Rechtsakten entscheiden können, wenn sie die Kompetenz für die Ultra-vires-Kontrolle haben. Bei der Ultra-vires-Kontrolle geht es nur um eine inhaltlich sehr eingeschränkte Kontrolle, von der – wie das Bundesverfassungsgericht meint – von vornherein nur sehr wenige Unionsrechtsakte betroffen sein werden⁵⁰, nämlich um die Prüfung, ob ein Unionsorgan in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten übergegriffen hat. Demgegenüber sind alle Fragen der internen Kompetenzverteilung der Union oder der Inhalte der Unionspolitiken (soweit sie sich nicht ausnahmsweise beeinträchtigend auf die Kompetenzverteilung mit den Mitgliedstaaten oder auf die Verfassungsidentität auswirken) von vornherein außerhalb des Zugriffsbereichs der nationalen Verfassungsgerichte. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und die Einheitlichkeit der Unionsrechtsanwendung könnten durch die Ultra-vires-Kontrolle also allenfalls marginal berührt werden. In bezug auf diesen kleinen potentiellen Konfliktbereich kann man den Anwendungsvorrang aber nicht zugunsten des EuGH in Stellung bringen. Denn wenn ein EU-Organ die Unionskompetenzen überschreitet, handelt es – wie auch das Bundesverfassungsgericht wiederholt festgestellt hat⁵¹ – außerhalb der Verträge und kann sich deshalb nicht auf den Anwendungsvorrang der Verträge berufen⁵². Das gilt auch für den EuGH. Der Anwendungsvorrang kann überhaupt kein Argument sein, wenn es um die Frage geht, ob ein EU-Organ die Grenzen der Verträge überschritten hat. Mit dem Rekurs auf den Anwendungsvorrang lenkt das Bundesverfassungsgericht den Zug auf das falsche Gleis; und auf diesem fährt er seither weiter. Mit einem methodisch unhaltbaren Argument begründet das Bundesverfassungsgericht die Suprematie des EuGH in Ultra-vires-Fragen,

48 BVerfGE 126, 286 (302 f.).

49 BVerfGE 126, 286 (303).

50 Vgl. BVerfGE 126, 286 (303): „seltene Grenzfälle“; ebenso BVerfGE 134, 366 (Rn. 26) – OMT-Vorlagebeschluss.

51 Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 115, 120 m.w.N. – OMT.

52 Vgl. auch *Landau*, Sondervotum zum Honeywell-Beschl., BVerfGE 126, 286 (320).

ohne überhaupt nur in Erwägung zu ziehen, was das für die im Maastricht- und im Lissabon-Urteil entwickelte Konzeption der demokratischen Legitimation der EU (oben III. 1., 2.) bedeutet.

Unterlaufen werden könnten der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und die Einheitlichkeit der Unionsrechtsanwendung durch eine uneingeschränkte Ultra-vires-Kontrolle der nationalen Verfassungsgerichte nur dann, wenn diese ihre Kompetenz missbrauchten, um mit der unzutreffenden Behauptung, die Union habe ihre Kompetenzen überschritten, einem Unionsrechtsakt die Anwendbarkeit im innerstaatlichen Bereich zu verweigern. Diese Möglichkeit gibt es in der Tat ebenso wie die umgekehrte Möglichkeit, die missbräuchliche Inanspruchnahme von Kompetenzen, die in Wirklichkeit den Mitgliedstaaten zustehen, durch EU-Organe. Das eine wie das andere ist rechtswidrig. Das gilt auch dann, wenn kein intentionaler Missbrauch vorliegt, sondern die eine oder die andere Seite ihre jeweilige Kompetenz unabsichtlich überschreitet, indem sie die Kompetenznormen der Verträge schlicht falsch auslegt. Das Bundesverfassungsgericht will das Fehlentscheidungsrisiko auf seiten der Mitgliedstaaten so gut [332|333] wie vollständig ausschließen, auf seiten der EU und insbesondere des EuGH hingegen bis zur Willkürgrenze tolerieren. Das ist eine völlig asymmetrische Konzeption, die mit „Koordinierung der gerichtlichen Zuständigkeiten“ und „kooperativem Ausgleich“ nichts zu tun hat und sich jedenfalls nicht auf Anwendungsvorrang und Einheitlichkeit der Rechtsanwendung stützen kann. Sie verkennt auch vollständig die Gefahrenlage. Denn es waren bisher ja nicht die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte, die mit Kompetenzüberschreitungen die Geltung des Unionsrechts beeinträchtigt hätten. Soweit ersichtlich gibt es bisher nur einen einzigen Fall, in dem ein nationales Verfassungsgericht einem Unionsrechtsakt mit der Behauptung, es handele sich um einen Ultra-vires-Akt, die Anwendbarkeit in der nationalen Rechtsordnung versagt hat⁵³. Demgegenüber gibt es ungezählte Fälle, in denen der EuGH Entscheidungen getroffen hat, die von den Verträgen nicht gedeckt waren, die Kompetenzen der Europäischen Union gegenüber den Mitgliedstaaten ausdehnten und die Macht der EU-Organe verstärkten⁵⁴. Die Gefährdungslage ist also genau umgekehrt wie die asymmetrische Schutzkonzeption des Bundesverfassungsgerichts: Gegen die großen Gefahren, die empirisch von der expansiven Rechtsprechung des EuGH ausgehen, gibt es nur minimalen Schutz; gegen die empirisch so gut wie gar nicht vorhandenen Gefahren, die von den nationalen Verfassungsgerichten ausgehen, gibt es maximalen Schutz. Das grenzt an verfassungsgerichtliche Selbstverstümmelung.

Unter Aspekten der funktionalen Zuordnung des Unionsgerichtshofs und der nationalen Verfassungsgerichte gibt es also keinen Grund für die asymmetrische Kontrollkonzeption

⁵³ *Verfassungsgericht der Republik Tschechien*, Urt. v. 14.2.2012 – US 15/12 – Slovakische Rentenansprüche; dazu *Martin Faix*, Genesis eines mehrpoligen Justizkonflikts: Das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik wertet ein EuGH-Urteil als Ultra-vires-Akt, *EuGRZ* 2012, S. 597 ff.; *Attila Vincze*, Das tschechische Verfassungsgericht stoppt den EuGH, *EuR* 2013, S. 194 ff.

⁵⁴ Vgl. z.B. *Murawiek*, in: Kaiser, Vertrag von Lissabon (Fn. 29), S. 388-395; *Dieter Grimm*, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, 2016, S. 12 ff.

des Honeywell-Beschlusses⁵⁵. Beide Seiten sind in bezug auf die Wahrung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten gleichberechtigt.

3. Europarechtsfreundliche Einschränkung der Kontrollrechte

Wie also soll man mit Fällen umgehen, in denen es zwischen dem EuGH und einem nationalen Verfassungsgericht Streitig ist, wo genau die Kompetenzgrenze zwischen EU und Mitgliedstaaten verläuft? Der Gesichtspunkt der „Europarechtsfreundlichkeit“ kann grundsätzlich nicht gebieten, einen europarechtswidrigen – weil die Kompetenzen der Mitgliedstaaten verletzenden – Akt hinzunehmen.

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Lissabon-Urteil formuliert, mit der Ultra-vires-Kontrolle könne es einschreiten, wenn „ersichtlich“ sei, dass ein EU-Organ außerhalb seiner Kompetenzen gehandelt habe⁵⁶. Das, so der Honeywell-Beschluss, sei dann der Fall, wenn ein EU-Organ seine Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung „spezifisch“ verletzenden Art überschritten habe, der Kompetenzverstoß mithin „hinreichend qualifiziert“ sei⁵⁷. Was heißt das?

a) Vorbehalt der strukturellen Bedeutung von Kompetenzüberschreitungen

Man könnte der Entscheidung des Grundgesetzes für die europäische Integration den Gedanken entnehmen, dass Deutschland den europäischen Institutionen, die unter Beachtung der Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG errichtet worden sind, ein Grundvertrauen in ihr rechtsstaatliches Funktionieren entgegenbringt. Dazu gehört ein Vertrauen in das Funktionieren der unionsinternen Gerichtsbarkeit, die auch für die Wahrung der Kompetenzordnung zu sorgen hat, und zwar nicht nur nach innen, sondern auch nach außen. Deshalb könnte man eine Überschreitung der Kompetenzgrenzen im Einzelfall als etwas betrachten, was die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten nicht in Frage stellt, sondern was ein bloßer „Ausreißer“ ist, der die Kompetenzordnung als solche unberührt lässt. Aufgabe der Ultra-vires-Kontrolle soll es ja sein, autonome Vertragsausdehnungen zu verhindern und so die nationale Souveränität und insbesondere die Zuständigkeit des für die Übertragung von Hoheitsrechten zuständigen Gesetzgebers zu schützen. Zwar werden Souveränität, nationale Zuständigkeit und Demokratieprinzip durch jeden Ultra-vires-Akt auch im Einzelfall verletzt, jedoch nicht dauerhaft in Frage gestellt. Die einzelne Vertragsverletzung läuft nicht schon *per se* auf eine materielle Vertragsänderung hinaus.

Dieser Gedanke liegt wohl der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, Interpretationen der vertraglichen Grundlagen durch den EuGH, die sich „ohne gewichtige Verschiebung im Kompetenzgefüge auf Einzelfälle beschränken“, seien hinzunehmen⁵⁸,

⁵⁵ Kritisch zu diesem Beschluss z.B. auch *Dieter Grimm*, Von Lissabon zu Mangold, in: ders., Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, 2012, S. 178 ff.

⁵⁶ BVerfGE 123, 267 (353, 400) – Lissabon.

⁵⁷ BVerfGE 126, 286 (304) – Honeywell.

⁵⁸ BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell.

im Unterschied zu Entscheidungen, die über den Einzelfall hinausreichende politische Bedeutung haben oder „strukturelle Verschiebungen im System konstitutioneller Macht- und Einflussverteilung“ bewirken⁵⁹. Auch in späteren Entscheidungen stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, ob ein kompetenzüberschreitender Akt „strukturelle Bedeutung“ hat⁶⁰. Dem kann man zustimmen – sofern sichergestellt wird, dass mehrere Einzelfälle sich nicht zu einer gewohnheitsrechtlichen Kompetenzausdehnung verhärten⁶¹.

Es sei aber darauf hingewiesen, dass auch das scheinbar so klare Strukturkriterium Schwierigkeiten mit sich bringen kann. Einzelfälle sind zunächst alle konkret-individuellen Maßnahmen der Unionsexekutive, im Unterschied etwa zu einem Programm, mit dem ein Exekutivorgan den Willen zu einem dauerhaften Verhalten zum Ausdruck bringt, das sich als Kompetenzüberschreitung darstellt. Wenn aber der EuGH in einer Entscheidung über einen solchen Einzelfall das kompetenzüberschreitende Verhalten des Exekutivorgans billigt, wird darin regelmäßig eine Vertragsinterpretation zum Ausdruck kommen, die *generell* der Unionsexekutive die Kompetenz für ein solches Verhalten zuweist. Dann hat die Entscheidung des EuGH strukturelle Bedeutung⁶². Und was die *Unionsgesetzgebung* angeht, so kann man wohl nie von „Einzelfällen“ sprechen, denn Rechtsnormen sind abstrakt und generell, und jede kompetenzüberschreitende Richtlinie oder Verordnung nimmt den Mitgliedstaaten dauerhaft etwas von ihrer Kompetenz. [333|334]

Außerdem fragt sich, wie das Strukturkriterium damit zusammenpasst, dass das Bundesverfassungsgericht die Ultra-vires-Kontrolle auch zur „Gewährleistung des Rechtsstaatsprinzips“ einsetzen will. Maßnahmen, die auf Kompetenzüberschreitungen beruhen, so das Bundesverfassungsgericht, verletzen „immer auch das Rechtsstaatsprinzip“⁶³. Wenn „immer“, dann also doch in jedem Einzelfall? Außerdem verletzen sie immer auch das Demokratieprinzip⁶⁴. In jedem Einzelfall ist somit auch die Verfassungsidentität betroffen. Für die Identitätskontrolle aber soll nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts der Strukturvorbehalt nicht gelten: Die in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG für integrationsfest erklärten Schutzgüter duldeten auch keine Relativierung im Einzelfall⁶⁵. Wenn jedoch mit der Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf das „Recht auf Demokratie“ gemäß Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 und Art. 79 Abs. 3 GG ein Ultra-vires-Akt gerügt wird, sieht das Bundesverfassungsgericht dies wiederum anders und schränkt die Kontrolle anhand des Strukturkriteriums und der anderen Honeywell-Kriterien ein – offenbar, um die von Teilen der Literatur kritisierte ausdehnende Auslegung des in

⁵⁹ BVerfGE 126, 286 (306, vgl. auch 307) - Honeywell.

⁶⁰ Zuletzt BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 147, 151 – OMT.

⁶¹ Auch hiergegen muss eine effektive Ultra-vires-Kontrolle möglich sein.

⁶² Das hat das BVerfG im Honeywell-Beschluss wohl anders gesehen, vgl. die Kritik von *Landau*, BVerfGE 126, 286 (323); kritisch zum Kriterium der „strukturellen Bedeutung“ auch *Grimm* (Fn. 55), S. 181.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 152 – OMT.

⁶⁴ S.o. Fn. 3.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 140, 317 (Rn. 36, 49) – Europäischer Haftbefehl II; bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16 – Rn. 32.

Art. 38 Abs. 1 GG garantierten Grundrechts zu begrenzen und die hierauf gestützte Verfassungsbeschwerde nicht zum Instrument einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle werden zu lassen⁶⁶.

b) Bagatellvorbehalt oder „europarechtsfreundliche Auslegung“?

Das Bundesverfassungsgericht will nur dann einen Ultra-vires-Akt feststellen, wenn der kompetenzüberschreitende Akt „erheblich ins Gewicht fällt“⁶⁷. Ein solcher Bagatellvorbehalt könnte verschiedene Bedeutungen haben: Zum einen könnte gemeint sein, dass man nicht mit der Kanone der Ultra-vires-Kontrolle auf den Spatz einer Kompetenzüberschreitung schießen soll, die ihrem Inhalt nach deutsche Interessen nur marginal berührt und als politisch unschädlich betrachtet werden kann. Zum anderen könnte gemeint sein, dass der angegriffene Akt zwar große Auswirkungen auf deutsche Interessen hat, aber die Normabweichung nur geringfügig ist. Beide Varianten bedürfen einer separaten Betrachtung.

Zur ersten Variante: So einleuchtend es ist, dass man nicht mit Kanonen auf Spatzen schießt – in bezug auf Kompetenzabgrenzungen gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht. Eine klare Kompetenzüberschreitung ist nicht deshalb rechtmäßig, weil sie die Interessen des Betroffenen nur wenig berührt, während der Akteur ein großes Interesse an der kompetenzwidrigen Maßnahme hat. Diese Variante muss also ausscheiden, zumal die Kompetenzinanspruchnahme ja den Kompetenzraum der EU auch für künftige Fälle ausweitet.

Zur zweiten Variante: Wenn die Normabweichung nur gering ist, kann der Grundsatz der „Europarechtsfreundlichkeit“ unter folgender Voraussetzung eine Hinnahme des zweifelhaften EU-Aktes gebieten: Gibt es mehrere juristisch mögliche und gleichermaßen vertretbare Auslegungen der einschlägigen Vertragsnorm, die beide mit dem Grundgesetz vereinbar sind, dann ist derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, bei der ein Kompetenzverstoß des Unionsorgans verneint wird. Aber was heißt in diesem Zusammenhang „vereinbar mit dem Grundgesetz“? Wie oben dargelegt, verlangt das Grundgesetz, dass der Zustimmungsgesetzgeber die Übertragung der Hoheitsrechte verantworten kann – dass er also Hoheitsrechte nur in dem Umfang übertragen darf, in dem für ihn vorhersehbar ist, welche rechtlichen Bindungen für die Bundesrepublik Deutschland daraus resultieren. Diejenigen möglichen Auslegungen der Vertragsnorm, mit denen der Gesetzgeber rechnen konnte, die also in seinem Regelungshorizont lagen, sind akzeptabel. Das eröffnet – nicht immer, aber regelmäßig – eine erhebliche Bandbreite von Auslegungsmöglichkeiten, die unter Wahrung des durch das Zustimmungsgesetz eröffneten Ermächtigungsrahmens akzeptabel sind. Was *innerhalb* dieser Bandbreite von dem abweicht, was das Bundesverfassungsgericht aufgrund seiner eigenen Auslegung für richtig hält, ist keine ins Gewicht fallende Kompetenzüberschreitung. Was über den vorausgesehenen und für den Gesetzgeber im Zeitpunkt der Hoheitsrechtsübertragung voraussehbaren Ermächtigungsgehalt hinausgeht, ist immer

⁶⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 147 i.V.m. 126 – OMT. – Das vom BVerfG hier verfolgte Ziel ist berechtigt; ob der dogmatische Weg gelungen ist, muss bezweifelt werden, doch soll das nicht Thema dieser Abhandlung sein.

⁶⁷ BVerfGE 126, 286 (304; vgl. auch 307) – Honeywell.

von Gewicht. Es ist eine Kompetenzinanspruchnahme, die mit dem Grundgesetz unvereinbar, weil nicht legitimiert und undemokratisch ist, und muss durch die Ultra-vires-Kontrolle beanstandet werden.

In dieser Variante ist der Bagatellvorbehalt ein echter Fall einer „europarechtsfreundlichen“ Auslegung, weil unter verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten des Primärrechts diejenige gewählt wird, die den EU-Rechtsakt aufrechterhält, ohne dass dies zu einem Verstoß gegen das Grundgesetz führt. Eine solche Auslegung ist strukturell mit der im innerstaatlichen Recht geläufigen verfassungskonformen Auslegung vergleichbar. So gesehen geht es aber gar nicht um „nicht erheblich ins Gewicht fallende“ Bagatell-Kompetenzüberschreitungen, sondern auf der Basis einer so verstandenen „europarechtsfreundlichen“ Auslegung liegt überhaupt keine Kompetenzüberschreitung vor. Diese Auslegung koordiniert Unionsrecht und nationales Verfassungsrecht, indem sie eine mögliche Divergenz ohne Verfassungsverstoß auflöst.

„Ersichtlich“ sind Kompetenzüberschreitungen unter diesem Aspekt also nur dann, wenn sie außerhalb der Bandbreite dessen liegen, was aus der Perspektive des Zustimmungsgesetzgebers noch von der erteilten Ermächtigung gedeckt ist⁶⁸.

c) Das Evidenzkriterium

Nicht so das Bundesverfassungsgericht. Im Honeywell-Beschluss übersetzt es „Ersichtlichkeit“ mit „Offensichtlichkeit“. Das aber ist etwas ganz anderes. Das Bundesverfassungsgericht teilt uns nicht mit, wie es zu diesem Kriterium kommt⁶⁹. Als Anforderung an die Ultra-vires-Kontrolle lässt es sich juristisch nicht begründen. Das Bundesverfassungsgericht stellt das Offensichtlichkeitspostulat in den Kontext seiner „Europarechtsfreundlichkeits“-Rhetorik, aus der es ein Zurückhaltungsgebot ableitet. Aber keine noch so große Europarechtsfreundlichkeit zwingt dazu, Ultra-vires-Akte hinzunehmen, nur weil sie nicht „offensichtlich“ sind. Europarechtsfreundlich ist die Beachtung des geltenden Europarechts. Und es schadet der europäischen Integration, wenn EU-Organe sich über das Recht hinwegsetzen und der EuGH dies billigt. Dies sollte bedenken, wer die Ultra-vires-Problematik nicht mit rechtlichen Argumenten, sondern mit politischer Rhetorik traktiert.

Statt auf eine gefühlte „Europarechtsfreundlichkeit“ abzustellen, hätte das Bundesverfassungsgericht den Kontext bedenken sollen, auf den es rechtlich ankommt. Das ist die oben aufgezeigte Funktion der Ultra-vires-Kontrolle, die demokratische Legitimation der EU zu gewährleisten und die mitgliedstaatliche Souveränität zu schützen. Beides kommt zu Schaden, wenn die Ultra-vires-Kontrolle sich auf die Feststellung „offensichtlicher“ Kompe-

⁶⁸ Maßgeblich können insofern nicht subjektive Motivationen des Zustimmungsgesetzgebers eines bestimmten Mitgliedstaates sein; die Verträge müssen ja einheitlich ausgelegt werden. Vielmehr kommt es darauf an, was *im Zeitpunkt der Ratifikation* unter der Prämisse, dass der Vertrag nicht zu einer eigenmächtigen Kompetenzerweiterung seitens der EU ermächtigt, als möglicher Normgehalt von den nationalen Gesetzgebern angenommen werden konnte.

⁶⁹ Abgesehen vom Hinweis auf einige Autoren, die dieses Kriterium oder ein anderes Erheblichkeitskriterium postuliert haben, BVerfGE 126, 286 (304 f.).

tenzüberschreitungen beschränkt. Denn auch jedem nicht evidenten Ultra-vires-Akt fehlt die demokratische Legitimation. Die Honeywell-Rechtsprechung führt dazu, dass die EU einen nicht evidenten Ultra-vires-Akt an den anderen reihen und auf diese Weise ihren Kompetenzbereich auf Kosten der Mitgliedstaaten immer weiter ausdehnen kann. Sie bewirkt, dass genau das möglich wird, wovor das Maastricht- und das Lissabon-Urteil die Mitgliedstaaten schützen wollten.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit dem Ersichtlichkeitskriterium im Lissabon-Urteil den Kontrollmaßstab zwar wenig präzise formuliert, doch was gemeint war, ergab sich aus dem Kontext der sehr klar formulierten Anforderungen für die demokratische Legitimation. Im Honeywell-Beschluss greift es das Ersichtlichkeitskriterium auf und bastelt daran herum, ohne auf den Kontext zu achten, in dem die Ultra-vires-Kontrolle steht. Es operiert dabei mit einer normativ nicht verankerten „Europarechtsfreundlichkeit“ und argumentiert, als ob es nur um die Aufhellung des isoliert betrachteten Wortes „ersichtlich“ ginge und nicht um die Demokratie.

Honeywell erweist sich so als radikale Kehrtwende gegenüber Maastricht und Lissabon, während das Bundesverfassungsgericht so tut, als gehe es nur um eine Begriffspräzisierung. Nun ist der Begriff der Offensichtlichkeit ja seinerseits nicht durch Konturenschärfe gekennzeichnet und kann im Vergleich zur Ersichtlichkeit schwerlich als präziser angesehen werden. Das zeigte sich schon bald, als nämlich das Bundesverfassungsgericht sich veranlasst sah, darauf hinzuweisen, dass es an der Offensichtlichkeit einer Kompetenzüberschreitung nicht schon deshalb fehle, weil es dazu unterschiedliche Auffassungen in der Literatur gebe oder weil die Rechtsfragen so komplex sind, dass ihre Beantwortung einen längeren Klärungsprozess erfordere⁷⁰. Wer nun gehofft hatte, das Bundesverfassungsgericht werde an die Offensichtlichkeit nicht so hohe Anforderungen stellen, dass die Ultra-vires-Kontrolle damit de facto unmöglich gemacht wird, wurde dann durch das OMT-Urteil enttäuscht. Wenn nicht einmal das EuGH-Urteil in der Sache Gauweiler⁷¹ mit seiner Billigung des OMT-Programms der EZB ein offensichtlicher Ultra-vires-Akt ist⁷², dann wird es wohl nie einen offensichtlichen Ultra-vires-Akt geben, so krass die Kompetenzanmaßungen der EU-Organe auch sein mögen.

Mit dem Honeywell-Beschluss und seiner konkreten Anwendung im OMT-Fall setzt das Bundesverfassungsgericht sich in eklatanten Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung, ohne diesen Widerspruch offenzulegen. Juristisch lässt sich das nicht erklären, nur psychologisch: Nach dem Lissabon-Urteil hat der Zweite Senat von Politikern, Journalisten, Europarechtlern und anderen EU-Enthusiasten so heftige Kritik einstecken müssen wie wohl nie zuvor. Im Fall Honeywell ist er eingeknickt, ohne dies zugegeben zu wollen. Er hat an seiner Ultra-vires-Kontrollkompetenz festgehalten und sie zugleich bis zur Wir-

⁷⁰ Vgl. implizit BVerfGE 134, 366 – OMT-Vorlagebeschluss; dazu die Kritik des Sondervotums von *Gerhardt*, ebd. Rn. 16 f.; explizit BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 150 – OMT.

⁷¹ Urt. v. 16.6.2015 – Rs. C-62/14; dazu z.B. *Jan Henrik Klement*, Der geldpolitische Kompetenzmechanismus, JZ 2015, S. 754 ff.; *Koen Lenaerts / Moritz Hartmann*, Der europäische Rechtsprechungsverbund in der Wirtschafts- und Währungsunion, JZ 2017, S. 321 (327 ff.).

⁷² Zur Offensichtlichkeit der Kompetenzüberschreitung durch den EuGH *Murswiek* (Fn. 8), S. 671 ff.

kungslosigkeit entschärft. Das hat sich im OMT-Urteil bestätigt. Die Ultra-vires-Kontrolle wird so zu einem Verfahren mit von vornherein feststehendem Ergebnis; sie nimmt den Charakter eines Schauspiels an, in dem die Akteure nur so tun, als ob es um die Wahrung der Kompetenzordnung ginge und als ob das Bundesverfassungsgericht über Kompetenzüberschreitungen entscheiden werde⁷³. Damit verfehlt das Bundesverfassungsgericht die Rolle, die das Grundgesetz ihm zuweist und die es selbst im Lissabon-Urteil als zwingend notwendig betont hat.

d) Keine falsche Zurückhaltung

aa) Beidseitige statt einseitiger Zurückhaltung

Das Bundesverfassungsgericht meint, damit das supranationale Integrationsprinzip nicht Schaden nehme, müsse die Ultra-vires-Kontrolle „zurückhaltend“ ausgeübt werden⁷⁴. Wäre damit nur gemeint, dass nationale Verfassungsgerichte die Ultra-vires-Kontrolle nicht aggressiv zur Durchsetzung nationaler Interessen anwenden – mit anderen Worten: sie nicht missbrauchen – dürfen, dann wäre das eine Selbstverständlichkeit. Genauso selbstverständlich müsste es aber sein, dass in Fällen, in denen es um die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen EU und Mitgliedstaaten geht, auch der EuGH zurückhaltend agiert und die nationalen Zuständigkeitsbereiche respektiert. Wenn die Grenzlinie zwischen unionalen und nationalen Zuständigkeiten in den Verträgen nie ganz exakt gezogen ist, sondern der Konkretisierung durch die Rechtsprechung bedarf, und wenn es wegen unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten innerhalb einer mehr oder weniger großen Bandbreite immer mehrere vertretbare Konkretisierungen gibt, dann liegt es nahe, den Gerichten eine europarechtsfreundlich-zurückhaltende Rechtsprechung in dem Sinne naheulegen, dass einerseits die nationalen Verfassungsgerichte sich mit der Feststellung eines Ultra-vires-Akts zurückhalten, andererseits aber der EuGH darauf achtet, dass bei der Auslegung der Kompetenznormen ein „Sicherheitsabstand“ zu der äußerstenfalls noch vertretbaren Auslegung eingehalten wird. Hielten beide Seiten sich an diese Regel, käme es nie zum Konflikt.

Das Bundesverfassungsgericht hingegen folgt auch hier seiner asymmetrischen Konzeption der Zuordnung der Gerichtszuständigkeiten. Es räumt dem EuGH ein, dass er die „unions-eigenen Methoden der Rechtsfindung“ anwenden darf und das Bundesverfassungsgericht dies zu respektieren habe. Und es spricht dem EuGH zudem einen „Anspruch auf Fehlertoleranz“ zu. Es sei nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, „bei Auslegungsfragen des Unionsrechts, die bei methodischer Gesetzesauslegung im üblichen rechtswissen-

⁷³ Ähnlich die Kritik von *Landau*, BVerfGE 126, 286 (324). – Die noch verbleibende Funktion der Ultra-vires-Kontrolle besteht darin, im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens dem EuGH die Möglichkeit zur Korrektur eines vom BVerfG angenommenen Ultra-vires-Akts zu geben.

⁷⁴ S.o. Fn. 47.

schaftlichen Diskussionsrahmen zu verschiedenen Ergebnissen führen können, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen“⁷⁵.

Was das Bundesverfassungsgericht zunächst als „kooperativen Ausgleich“ und „wechselseitige Rücksichtnahme“ ankündigt⁷⁶, wird damit zu einem Zurückhaltungsgebot, welches das Bundesverfassungsgericht einseitig sich selbst auferlegt, während der EuGH bis an die Grenze des noch irgendwie Vertretbaren, ja sogar der Willkür⁷⁷, die Kompetenzen der EU zulasten der Mitgliedstaaten verschieben und seine expansive Rechtsprechung ungebremst fortsetzen darf. Nichts anderes nämlich bedeutet es, wenn der EuGH seine „unionseigenen Methoden der Rechtsfindung“ nicht nur unionsintern, sondern auch bei der Abgrenzung der Kompetenzen zu den Mitgliedstaaten anwenden darf. Eine Ultra-vires-Kontrolle, die diesen Namen verdient, kann es auf dieser Basis nicht geben.

bb) Zu den „unionseigenen Methoden der Rechtsfindung“

Eine einheitliche Auslegung des Unionsrechts wäre freilich nicht möglich, wenn jedes nationale Verfassungsgericht die anhand seiner spezifisch nationalen Methodik gewonnenen Auslegungsergebnisse für maßgeblich erklärte. Dem Bundesverfassungsgericht ist zuzustimmen, soweit es sagt, dass es bei der Kontrolle von EuGH-Entscheidungen darauf ankomme, ob diese durch Anwendung der Methoden gewonnen wurden, die auf den gemeinsamen Verfassungsrechtstraditionen der Mitgliedstaaten beruhen. Das Bundesverfassungsgericht nennt insbesondere die Orientierung am Wortlaut, am Regelungszweck und am systematischen Kontext sowie den Grundsatz, dass Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind⁷⁸. Dagegen ist nichts einzuwenden. Zur ständigen Praxis des EuGH und damit zu den „unionseigenen Methoden der Rechtsfindung“ gehört es freilich auch, Rechtsbegriffe der Verträge stets so auszulegen, dass die Zuständigkeiten der Union in Relation zu den Mitgliedstaaten erweitert werden. Diese expansive Rechtsprechung⁷⁹ lässt sich als rechtsprechungsspezifische Ausprägung der „Gemeinschaftsmethode“ verstehen, die darauf abzielt, die Kompetenzen der Union unter Verzicht auf ein klar definiertes Integrationsziel ständig auszuweiten. In seiner Aufzählung der vom EuGH angewendeten Methoden erwähnt das Bundesverfassungsgericht diese Methode nicht. Solange das Bundesverfassungsgericht nicht klargestellt hat, dass *diese* Methode – die übrigens nichts mit einer teleologischen Auslegung zu tun hat, weil es ihr nicht um die Verwirklichung des Telos der auszulegenden Norm geht, sondern um das politische Anstreben des allgemeinen Ziels einer immer engeren Integration – nicht zur Auslegung der die Kompetenzen der Union begründenden und begrenzenden Normen angewendet werden darf, ist zu befürchten, dass es sie zu den „unionseigenen Methoden der Rechtsfindung“ zählt, die es im Rahmen der Ultra-vires-

⁷⁵ BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell; bestätigt in BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 149, 161 – OMT.

⁷⁶ BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell.

⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 149, 161 – OMT.

⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 159 – OMT.

⁷⁹ S.o. Fn. 54.

Kontrolle respektiert. Im OMT-Urteil hat es dies nicht explizit getan. Doch hat es, was im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft, alle Methodenverstöße und Widersprüche des EuGH⁸⁰ als nicht „offenkundig“ willkürlich betrachtet. Was nützt es zum Beispiel, wenn das Bundesverfassungsgericht hervorhebt, dass es zu den methodischen Grundsätzen des EuGH gehöre, Ausnahmevorschriften eng auszulegen, und im selben Urteil die extreme Dehnung der Kompetenzen der EZB (die wegen der fehlenden demokratischen Legitimation dieser Institution, also der Ausnahme vom Demokratieprinzip, eng ausgelegt werden müssten) durch der EuGH nicht beanstandet und auf diesen Methodenverstoß des EuGH nicht einmal eingeht?

Keine Methodenfrage, sondern eine Frage der gerichtlichen Kontrollkompetenz, ist die Frage, ob der EuGH und das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle Tatsachenbehauptungen von EU-Organen ungeprüft zugrunde legen dürfen oder gar müssen. Hängt es von streitigen Tatsachen ab, ob eine strukturell bedeutsame Kompetenzüberschreitung vorliegt, kann das Bundesverfassungsgericht eine Ultra-vires-Kontrolle nur durchführen, wenn es auch den Sachverhalt aufklärt – und zwar gerade dann, wenn der EuGH dies unterlassen hat⁸¹.

cc) Fehlertoleranz und Willkürkonzeption sind nicht „europarechtsfreundlich“

Das Bundesverfassungsgericht steigert die Abschwächung seiner Kontrolle in immer neuen Wendungen. Hätte man die Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts in dem Sinne, dass es jedes vom EuGH methodengerecht gewonnene Ergebnis akzeptieren will, als rechtsprechungsspezifische Ausprägung seines Offensichtlichkeitskriteriums verstehen können – die Auslegung einer Kompetenznorm durch den EuGH wäre nur dann offenkundig falsch, wenn sie aus dem Spektrum methodisch vertretbarer Auslegungen herausfiele –, so billigt das Bundesverfassungsgericht dem EuGH zusätzlich noch einen „Anspruch auf Fehlertoleranz“ zu und bezieht die Offensichtlichkeitsanforderung auch auf Methodenfehler. Nicht schon, wenn die Auslegung des EuGH methodisch unvertretbar, sondern nur wenn die „im europäischen Rechtsraum überkommenen Auslegungsmethoden“ „offenkundig“ (gemeint ist wohl „offensichtlich“) außer acht gelassen wurden, will das Bundesverfassungsgericht intervenieren⁸². Es reicht dem Bundesverfassungsgericht nicht aus, dass die Auslegung des EuGH nicht nachvollziehbar ist, es reicht noch nicht einmal, dass sie „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ ist, sondern sie muss sogar „offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ sein⁸³. Jedes nicht „objektiv willkürliche“ EuGH-Urteil wird akzeptiert⁸⁴.

⁸⁰ Zu diesen *Murswiek* (Fn. 8), S. 704-706 i.V.m. S. 671-675.

⁸¹ Näher hierzu *Murswiek* (Fn. 8), S. 702 f.

⁸² Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 160 – OMT.

⁸³ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 149 – OMT.

⁸⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 149, 161 – OMT.

Warum aber soll der EuGH einen derart weitgehenden „Anspruch auf Fehlertoleranz“ haben? Das Bundesverfassungsgericht hält sich mit seiner Kontrolle doch sehr zurück, wenn es jede methodisch vertretbare Entscheidung akzeptiert. Eine methodisch korrekt begründete Entscheidung des EuGH ist nicht fehlerhaft. Falls das Bundesverfassungsgericht mit „Fehlertoleranz“ nur meint, dass Interpretationen, die von derjenigen des Bundesverfassungsgerichts abweichen, aber dennoch methodisch vertretbar sind, nicht beanstandet werden sollen, wäre es besser, jenen Begriff zu vermeiden. Falls damit eine zusätzliche Einschränkung der Ultra-vires-Kontrolle zum Ausdruck gebracht werden soll, lässt sich dies verfassungsrechtlich nicht begründen.

Eine Begründung für eine so exzessive Reduktion der Kontrolldichte auf nahezu Null ergibt sich – wie oben gezeigt – nicht aus dem Gesichtspunkt der „Europarechtsfreundlichkeit“. Sie ergibt sich auch nicht aus Art. 38 Abs. 1 GG, auf den sich das Bundesverfassungsgericht im OMT-Urteil zusätzlich stützt. Dort heißt es, „wegen der engen inhaltlichen Begrenzung“ des „Rechts auf Demo-[336|337]kratie“ komme die Ultra-vires-Kontrolle „nur bei hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen“ in Betracht. Nur dann könne davon die Rede sein, dass die Bürger in Ansehung einer EU-Maßnahme „einer politischen Gewalt unterworfen sind, der sie nicht ausweichen können und die sie nicht prinzipiell [...] zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen“⁸⁵. Ja, wieso das? Sind die Bürger einer kompetenzüberschreitenden EU-Maßnahme nicht unterworfen, wenn der EuGH sie billigt, ohne dass dies „offensichtlich schlechthin unvertretbar“ und willkürlich ist? Sind sie in einer solchen Konstellation in ihrem Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der öffentlichen Gewalt nicht verletzt, obwohl es der EU-Maßnahme an demokratischer Legitimation fehlt? Die Antwort kann nur „nein“ lauten. Das Bundesverfassungsgericht pflöpft hier dem „Recht auf Demokratie“ Anforderungen auf, die es im Honeywell-Beschluss bereits dem Postulat der „Europarechtsfreundlichkeit“ entnommen hatte. Dass sie sich auch aus Art. 38 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 20 und Art. 79 Abs. 3 GG) ergeben, wird nur behauptet, aber nicht begründet. Kein Wort dazu, was auch nur eine dieser Normen mit den Honeywell-Kriterien zu tun haben soll. Dazu gibt es auch keine Worte. Die „enge inhaltliche Begrenzung“ des „Rechts auf Demokratie“ ergibt sich daraus, dass dieses Recht nicht jede konkrete verfassungsrechtliche Ausformung der Demokratie umfasst, sondern nur das Demokratieprinzip als Schutzgut des Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG. Die Folgerung, weil dieses Recht so „eng“ sei, müsse es noch enger sein und anhand der Honeywell-Kriterien begrenzt werden, ist nicht nachvollziehbar. Das Bundesverfassungsgericht biegt sich hier seine Maßstabnorm zurecht, damit sie mit der von ihm bei der Ultra-vires-Kontrolle angewendeten Kontrollnorm übereinstimmt.

Eine gewisse Rücknahme der Kontrolldichte bei der Ultra-vires-Kontrolle – und damit eine Divergenz von Maßstabs- und Kontrollnorm – lässt sich, wie oben gezeigt, rechtfertigen. Indem das Bundesverfassungsgericht aber den materiellen Maßstab seiner eingeschränkten Prüfungskompetenz anpasst, wirft es sozusagen den Kompass über Bord. Damit verliert es die Orientierung für seine „zurückhaltende“ Kontrolle, die es mit einschränkenden Kriterien überhäuft, die im Grunde nur das Offensichtlichkeitskriterium variieren, ohne es wirklich präzisieren zu können. Den Zweck der Ultra-vires-Kontrolle verliert es aus den Augen,

⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 147 – OMT.

und was übrigbleibt, ist die Alternative zwischen der Unmöglichkeit der Ultra-vires-Kontrolle (weil es „offensichtliche“ Kompetenzüberschreitungen des EuGH nie geben wird) und einer willkürlichen Handhabung dieses Kontrollinstruments (falls das Bundesverfassungsgericht nach Gutdünken die „Offensichtlichkeit“ in ihm opportun erscheinenden Fällen doch bejahen sollte, obwohl die Sache nicht ohne weiteres völlig klar und eindeutig zu beurteilen ist). Beides dient weder der Demokratie noch dem Rechtsstaat.

Es liegt im Wesen der Ultra-vires-Kontrolle, dass sie bei Feststellung eines Ultra-vires-Akts zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung (zwar nicht notwendig führen muss, aber) führen kann. Solche Entscheidungen nationaler Verfassungsgerichte werden aber auch dann, wenn die Ultra-vires-Kontrolle so ausgeübt wird, wie hier vorgeschlagen, selten bleiben. Sie werden dann die Funktionsfähigkeit der Europäischen Union nicht untergraben, sondern ihr nützen. Eine zu große Zurückhaltung mit der Ultra-vires-Kontrolle schadet der Union, weil sie Expansionstendenzen freien Lauf lässt und damit die Legitimität der EU erschüttert. Der Brexit ist auch eine Folge der selbstherrlichen EuGH-Judikatur. Nur, wenn der EuGH damit rechnen muss, dass nationale Verfassungsgerichte mit der Ultra-vires-Kontrolle Ernst machen, wird er seinerseits zurückhaltender agieren und Ultra-vires-Akte zu vermeiden suchen⁸⁶. Es ist naheliegend, dass die übergroße Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts das Konfliktpotential vergrößert, statt es – wie beabsichtigt – auszuräumen. Sie ermuntert den EuGH, weiterhin Ultra-vires-Akte knapp unterhalb der Schwelle der offensichtlichen methodischen Unhaltbarkeit zu produzieren, statt eindeutig im Rahmen der Kompetenzen zu bleiben, die sich aus den Verträgen ergeben. Sie ist daher alles andere als „europarechtsfreundlich“.

Im Lissabon-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner Ankündigung, Ultra-vires-Akten und mit der Verfassungsidentität unvereinbaren Maßnahmen künftig entgegenzutreten, eine Drohkulisse aufgebaut und vielleicht gehofft, dies möge ausreichen, um den EuGH zur Wahrung der Kompetenzordnung zu bewegen. Die Strategie, allein mit dem Vorzeigen der Instrumente das gewünschte und rechtlich gebotene Verhalten zu erreichen, hätte den Ernstfall eines Konflikts zwischen EuGH und Bundesverfassungsgericht zwar nicht mit Sicherheit vermeiden, aber seine Wahrscheinlichkeit erheblich reduzieren können. Sie hätte aber nur aufgehen können, wenn der Wille, die Instrumente gegebenenfalls zum Einsatz zu bringen, glaubhaft wäre. Das ist seit Honeywell nicht mehr der Fall. Der EuGH hat in der Sache Gauweiler deutlich gezeigt, dass er sich von der Drohkulisse in keiner Weise beeindrucken lässt. Mit Worten lässt sich die präventive Wirkung der Kontrollinstrumente nicht wiederherstellen, allenfalls durch eine Entscheidung.

V. Mitverantwortung des Bundesverfassungsgerichts für das Konfliktpotential

Das Potential für Konflikte mit dem EuGH hat das Bundesverfassungsgericht auch durch eine zu lasche Eingangskontrolle teilweise selbst geschaffen. Wenn es bei der Kontrolle

⁸⁶ Dass eine entschiedene verfassungsgerichtliche Rechtsprechung den EuGH zu beeinflussen vermag, hat das BVerfG mit seinem Solange I-Beschluss (BVerfGE 37, 271 [285]) bewiesen, der den EuGH dazu gebracht hat, den für notwendig erachteten europäischen Grundrechtsschutz zu entwickeln, vgl. *Andreas Voßkuhle*, „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des BVerfG, JZ 2016, S. 161 (163).

der Zustimmungsgesetze auf ihre Übereinstimmung mit Art. 23 Abs. 1 GG nicht zugelassen hätte, dass die Verträge zum Teil sehr unbestimmte Begriffe verwenden – mit der Folge, dass der Zustimmungsgesetzgeber die Steuerung der weiteren Entwicklung aus der Hand gibt –, dann gäbe es viel weniger Konfliktpotential. Ein weiterer Punkt ist, dass das Bundesverfassungsgericht Zustimmungsgesetze passieren lässt, indem es sie verfassungskonform interpretiert und diese Interpretation für verbindlich erklärt⁸⁷, jedoch darauf verzichtet, der Bundesregierung aufzugeben, diese Interpretation auch völkerrechtlich abzusichern. Das Bundesverfassungsgericht muss dann konsequenterweise seine eigene Interpretation mit der Ultra-vires-Kontrolle durchsetzen. Das ist aber nicht möglich, wenn es im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle dem EuGH überlassen bleibt, den Vertrag nach seiner eigenen Methode zu interpretieren.

VI. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen: Die asymmetrische Zuordnung der Kompetenzen von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, wie das Bundesverfassungsgericht [337|338] sie postuliert, widerspricht der systematischen Gleichordnung beider Seiten. Zur „Europarechtsfreundlichkeit“ gehört auch, dass die EU und speziell der EuGH die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ respektieren. Die einseitige „Zurückhaltung“ des Bundesverfassungsgerichts bis an die Grenze völlig offensichtlicher und willkürlicher Kompetenzüberschreitungen läuft auf eine fast vollständige Unterwerfung unter den EuGH hinaus. Es ist nicht möglich, auf diese Weise das zu erreichen, was nach dem Lissabon-Urteil erreicht werden muss, damit die Europäische Union demokratisch legitimiert ist: die Kompetenzordnung zu wahren und die Beachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung durchzusetzen. Als Alternative zu dieser Rechtsprechung schlage ich nicht vor, dass das Bundesverfassungsgericht eine völlig uneingeschränkte Prüfung von EU-Rechtsakten auf die Einhaltung der Kompetenzgrenzen vornimmt. Rechtlich begründbar sind Einschränkungen der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte unter den Aspekten der strukturellen Relevanz sowie einer in folgendem Sinne „europarechtsfreundlichen“ Auslegung des Primärrechts: Unter mehreren vertretbaren Auslegungen einer Kompetenznorm werden diejenigen Auslegungen vom Bundesverfassungsgericht akzeptiert, die in die Bandbreite dessen fallen, was im Regelungshorizont des Zustimmungsgesetzgebers lag. Das Bundesverfassungsgericht setzt damit nicht notwendigerweise diejenige Auslegung durch, die es selbst für richtig hält. Insofern führt auch dieser Vorschlag zu einer „zurückhaltenden“ Kontrolle. Aber das Bundesverfassungsgericht verteidigt die Grenzen der vom Zustimmungsgesetzgeber erteilten Ermächtigung und lässt keine Kompetenzerweiterungen der Union durch eine expansive EuGH-Rechtsprechung zu.

⁸⁷ Dies gilt insbesondere für den Vertrag von Lissabon, vgl. BVerfGE 123, 267 (339, 369, 393, 410 ff., 422 ff., 436 f.) – Lissabon.