

## Die Integrationsidentität des Art. 23 Abs. 1 GG als (einzige) Grenze des Vorrangs des Europarechts

Von Alexander Thiele, Göttingen\*

*Das Bundesverfassungsgericht hat seine Rechtsprechung zu den Grenzen des Europarechts in der nationalen Rechtsordnung zuletzt immer weiter verfeinert, dabei aber zugleich neue Fragen aufgeworfen. Nach hier vertretener Ansicht erweist sich dabei vor allem die mangelnde normative Anknüpfung der einzelnen Vorbehalte an die Regelung des Art. 23 Abs. 1 GG als kritikwürdig. Der Beitrag schlägt daher vor, die Vorbehalte unter Rückgriff auf Art. 23 Abs. 1 GG neu zu ordnen und unter dem Vorbehalt der „Integrationsidentität“ zusammenzufassen. Dadurch lässt sich auch deren Verhältnis zueinander klarer bestimmen. Für die prozessuale Umsetzung der Vorbehalte könnte sich zudem die Etablierung eines in Art. 2 Abs. 1 GG wurzelnden und über Art. 23 Abs. 1 GG konkretisierten „Integrationsgrundrechts“ empfehlen.*

### A. Die Integrationsidentität als vereinende Vorbehaltskategorie

Die vom Bundesverfassungsgericht bereits frühzeitig postulierten Vorbehalte im Hinblick auf den Vorrang des Europarechts vor nationalem Verfassungsrecht – insbesondere den Grundrechten – zeigten zwar auf europäischer Ebene durchaus die erwünschte Wirkung,<sup>1</sup> spielten aber in der gerichtlichen Praxis bis zuletzt nur eine untergeordnete Rolle. Seitdem das Bundesverfassungsgericht in der Lissabon-Entscheidung die Verletzung der Verfassungsidentität als weiteren (dritten?) Vorbehalt zwar nicht entwickelt aber deutlicher ausformuliert hat,<sup>2</sup> mehren sich jedoch die Entscheidungen, die sich mit dieser Problematik beschäftigen.<sup>3</sup> Im Zusammenhang mit der geplanten Auslieferung eines US-Amerikaners auf Grundlage eines europäischen Haftbefehls hat es die Identitätskarte unlängst sogar erst-

\* Dr. Alexander Thiele ist Privatdozent und Akademischer Rat a.Z. am Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften in Göttingen und vertritt im Sommersemester 2017 einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht in Göttingen. Für eine kritische Durchsicht und hilfreiche Anmerkungen dankt der Verfasser Frau Anita Schmetzger sowie Herrn Nikolaus Scheffel (Freie Universität Berlin) sowie Dr. Pia Lange und Felix Kazimierski (Georg-August-Universität Göttingen).

- 1 Insbesondere die Solange-I Entscheidung trug maßgeblich zur Entwicklung eines ungeschriebenen Grundrechtskatalogs durch den EuGH auf europäischer Ebene bei.
- 2 Die Grenze der Verfassungsidentität konnte schon der Solange-I Entscheidung entnommen werden, siehe BVerfGE 37, 271, 279 f. – Solange I. Dazu auch M. Ludwigs/P. Sikora, Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, EWS 2016, S. 121, 123.
- 3 Siehe auch C. D. Classen, Zu wenig, zu fundamentalistisch – zur grundrechtlichen Kontrolle „unionsrechtlich determinierter“ nationaler Hoheitsakte, EuR 2016, S. 304, 312: „Mit anderen Worten: Kein anderes Gericht in der EU versucht in gleicher Weise, mit Drohgebärden bestimmte, wenn auch im konkreten Fall überzeugende Rechtspositionen durchzusetzen.“ Überblick zur Entwicklung der Rechtsprechung bei A. Schwerdtfeger, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 2015, S. 290 ff.

mals ausgespielt<sup>4</sup> (obwohl gerade dieser Fall dazu an sich wohl keinerlei Anlass gab).<sup>5</sup> Das Verhältnis dieses „neuen“ Integritätsvorbehalts zu den bereits etablierten Vorbehalten ist jedoch weiterhin ungeklärt und auch die nunmehr ergangene abschließende OMT-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat sich zwar um Klärung bemüht, mit der besonderen Betonung des in Art. 79 Abs. 3 GG wurzelnden Identitätsvorbehalts zugleich jedoch viele neue Fragen aufgeworfen.<sup>6</sup>

Der dadurch begründeten Rechtsunsicherheit will dieser Beitrag abhelfen. Er schlägt dazu ein Vorbehaltskonzept vor, das sämtliche Vorbehalte unter dem einheitlichen Begriff der in Art. 23 Abs. 1 GG wurzelnden *Integrationsidentität* zusammenfasst. Integrationsidentität ist dabei als diejenige Identität zu verstehen, die grundgesetzlich für den gesamten aus EU und Bundesrepublik bestehenden Integrationsverbund vorausgesetzt wird und die im Rahmen der europäischen Integration daher jederzeit gewahrt sein muss. Die Integrationsidentität in diesem Sinne setzt sich damit aus zwei Teilen zusammen: Einer notwendigen EU-Identität, verankert in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und einer nicht übertragbaren Verfassungsidentität, verankert in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Grundrechts-, ultra-vires- und Verfassungsidentitätsvorbehalt erweisen sich danach als spezifische Fallgruppen, in denen eine Verletzung dieser so verstandenen Integrationsidentität vorliegt und das Unionsrecht daher hinter die verfassungsrechtlichen Vorgaben (ausnahmsweise) zurücktreten muss. Durch die umfassende normative Anknüpfung an Art. 23 Abs. 1 GG wird es dabei möglich, die einzelnen Vorbehalte zu systematisieren und insbesondere deren Verhältnis zueinander klarer zu bestimmen. Die Vorbehaltsdogmatik verliert dadurch zugleich ihren stark kasuistischen Charakter, indem sie auf ein stabileres und einheitliches methodisches Fundament gestützt wird.

## B. Der Vorrangvorbehalt aus verfassungsrechtlicher Sicht

Bekanntlich steht der EuGH mitgliedstaatlichen Vorbehalten<sup>7</sup> im Hinblick auf den Vorrang des Europarechts überaus skeptisch gegenüber. Indem er frühzeitig klargestellt hat, dass die Einheitlichkeit des Europarechts ausschließt, dass diesem

4 Siehe BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14.

5 Zutreffend H. Sauer, „Solange“ geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht, NJW 2016, S. 1134 ff. sowie C. Schönberger, Anmerkung zu BVerfG 2 BvR 2735/14, JZ 2016, S. 422 ff. Kritisch auch C. D. Classen (Fn. 3), S. 312: „Vorliegend hat es nun gebrüllt, obwohl nicht einmal ein hinreichender Anlass dazu bestand.“

6 Siehe BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a. Anders als bisher sieht das BVerfG danach den ultra-vires-Vorbehalt als besondere Ausprägung des Identitätsvorbehalts (Rn. 153). Es steht zu vermuten, dass dies auch für den Grundrechtsvorbehalt gelten soll. Hintergrund bildet vermutlich Art. 4 Abs. 2 EUV wo die Achtung der nationalen Identität der EU ausdrücklich aufgetragen ist. Ein Identitätsvorbehalt – so ließe sich argumentieren – erweist sich dann aber auch europarechtlich als akzeptabel. Dann aber erweist es sich als hilfreich, sämtliche entwickelten Vorbehalte als Identitätsvorbehalte in diesem Sinne einzuordnen. Dogmatisch ist das angesichts der Vorgaben des Grundgesetzes aber letztlich nicht überzeugend.

7 Überblick zu den deutschen Vorbehalten bei M. Schröder, Europarecht, § 5, Rn. 30 ff.

„wie immer geartete innerstaatliche Rechtsvorschriften“ vorgehen,<sup>8</sup> hat er seinen Standpunkt in dieser Frage zumindest implizit deutlich zum Ausdruck gebracht.<sup>9</sup> Aus der europäischen Perspektive erweist sich diese ablehnende Haltung des EuGH auch zweifellos als schlüssig. Aus der Perspektive des Verfassungsrechts gilt freilich Selbiges für die Ansicht, dass die Reichweite des Vorrangs verfassungsrechtlich fundiert ist und daher Grenzen finden kann.<sup>10</sup> Das gilt jedenfalls solange die Mitgliedstaaten als die Herren der Verträge fungieren, die Union die Schwelle zur Bundesstaatlichkeit mithin noch nicht überschritten hat. Bis dahin entscheiden allein die Mitgliedstaaten über die Bedingungen ihrer Mitgliedschaft im Integrationsverbund und müssen daher auch abschließend über die Reichweite des europarechtlichen Vorrangs auf Grundlage ihrer Verfassung entscheiden können.<sup>11</sup> Ihnen steht es dabei zwar prinzipiell frei, sich auch verfassungsrechtlich für einen unbedingten Vorrang auszusprechen.<sup>12</sup> Zwingend ist das aber nicht, weshalb es sich auch als kaum überraschend erweist, dass die „weitaus überwiegende Zahl der Verfassungs- und Obergerichte der anderen Mitgliedstaaten [...] die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts [teilt], dass der (Anwendungs-)Vorrang des Unionsrechts nicht unbegrenzt gilt, sondern dass ihm durch das nationale (Verfassungs-)Recht Grenzen gezogen werden.“<sup>13</sup> Angesichts der in Art. 23 Abs. 1 GG normierten Struktursicherungsklausel<sup>14</sup> und dessen Verweis auf Art. 79 Abs. 3 GG ist eine solche Interpretation letztlich auch für das Grundgesetz angezeigt.<sup>15</sup>

Die vom EuGH und Bundesverfassungsgericht vertretenen Ansichten sind damit für sich genommen ebenso in sich schlüssig, wie letztlich unversöhnlich.<sup>16</sup> Keine der beiden Ansichten kann jedoch beanspruchen, die zutreffende zu sein. „Richtig“ und „Falsch“ sind im kooperativen „Verfassungsgerichtsverbund“<sup>17</sup> zwischen

8 EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251, 1269. Siehe auch *B. Wegener*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 19 EUV, Rn. 27.

9 *M. P. Maduro*, Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: Walker, Sovereignty in Transition, S. 501, 502 f. Siehe auch *F. Wollenschläger*, in: Dreier, Grundgesetz Band II, 3. Auflage 2015, Art. 23 GG, Rn. 14; *W. Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 11; *M. Ludwigs/P. Sikora* (Fn. 2), S. 122.

10 *M. P. Maduro* (Fn. 9), S. 501, 505. Vgl. auch *M. Ludwigs/P. Sikora* (Fn. 2), S. 123.

11 Vgl. BVerfGE 123, 267, 400 – Lissabon: „Mitgliedstaatlichen Rechtsprechungsorganen mit verfassungsrechtlicher Funktion kann im Rahmen der ihnen übertragenen Zuständigkeit – dies ist jedenfalls der Standpunkt des Grundgesetzes – nicht die Verantwortung für die Grenzen ihrer verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung und die Wahrung der unverfügbaren Verfassungsidentität genommen werden.“

12 So hat etwa Österreich das Konfliktpotenzial durch eine im Zusammenhang mit dem Beitritt erfolgte Gesamtänderung der nationalen Verfassung erheblich reduziert, vgl. *M. Schröder* (Fn. 7), § 5, Rn. 38. Siehe auch *G. Hafner/A. Kumin/F. Weiss*, Recht der Europäischen Union, 2013, S. 70 f.

13 BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 47 mwN.

14 *F. Schorkopf*, Bonner Kommentar, Stand 2016, Art. 23 GG, Rn. 39 spricht von „Homogenitätsklausel“ und dementsprechend von „Homogenitätselementen“.

15 Vgl. auch *M. P. Maduro* (Fn. 9), S. 506 f.

16 *W. Heun* (Fn. 9), S. 12 f.; *J. Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: FS K. Stern, 2012, S. 1239, 1261 ff. Siehe auch *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 192 ff.; sowie *M. Schröder* (Fn. 7), § 5, Rn. 35: „Dieser theoretisch begründete Dissens zwischen EuGH und BVerfG lässt sich nicht auflösen.“ sowie *F. C. Mayer*, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung, VVDStRL 75 (2016), S. 7, 43 f.

17 Vgl. *A. Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

EuGH und BVerfG von vornherein unpassende Kategorien.<sup>18</sup> Weder dem EuGH noch dem BVerfG kommt daher die Aufgabe zu, die jeweils andere Seite von ihrer Ansicht zu überzeugen. Ziel muss es vielmehr sein, im kooperativen Rechtsprechungsdialog das durch die unversöhnlichen (aber jeweils in sich schlüssigen) Ansichten aufkommende Konfliktpotenzial auf ein Minimum zu reduzieren und auf diesem Wege offene Auseinandersetzungen nach Möglichkeit zu vermeiden.<sup>19</sup> Angesichts der Vielfalt möglicher Konfliktsituationen ist das zugleich ein dauerhafter und zu keinem Zeitpunkt vollständig abgeschlossener Prozess. Er setzt damit auf beiden Seiten ein hohes Maß an gegenseitiger Rücksichtnahme und Respekt voraus.

Im vielfach betonten Kooperationsverhältnis<sup>20</sup> kommt in erster Linie dem Bundesverfassungsgericht die Aufgabe zu, die grundgesetzlichen Grenzen des Vorrangs mit der notwendigen (dogmatischen) Klarheit gegenüber der EU im Allgemeinen und dem EuGH im Besonderen zu artikulieren. Der EuGH ist der entscheidende Dialogpartner, der zur Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben wissen muss, wo das deutsche Verfassungsrecht ggf. Grenzen setzt, um in seiner Rechtsprechung frühzeitig darauf reagieren zu können. Sowohl bzgl. des Grundrechts- als auch des ultra-vires-Vorbehalts schien diese Vorbehalt Konkretisierungen jedenfalls mit der Honeywell-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorerst abgeschlossen. Die endgültige Etablierung des dritten Vorbehalts der Verfassungsidentität im Lissabon-Urteil, dessen erste (unnötige) Anwendung Ende 2015 sowie das OMT-Vorlageverfahren verbunden mit der faktischen Relativierung der Honeywell-Aussagen,<sup>21</sup> die nun aber (wohl) wiederum zurückgenommen worden ist,<sup>22</sup> haben freilich das Bedürfnis einer neuerlichen Klärung der verfassungsrechtlichen Fundierung und Reichweite der einzelnen Vorbehalte hervorgerufen. Nicht nur, aber vor allem aus der Perspektive des EuGH stellen sich insoweit zwei Fragen: Sind zukünftig noch weitere Vorbehalte denkbar, oder ist mit der Verfassungsidentität nun der letzte Vorbehalt durch das Bundesverfassungsgericht „entdeckt“ worden? In welchem Verhältnis stehen die drei Vorbehalte zueinander bzw. welche Fälle werden durch den Identitätsvorbehalt im Ergebnis abgedeckt?

18 Siehe auch *W. Heun* (Fn. 9), S. 13: „Deshalb kann der Konflikt zwischen den konträren Vorrangansprüchen nicht mit den Mitteln rechtlicher Konkordanz gelöst werden [...]“.

19 *R. Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 252. Siehe auch *W. Heun* (Fn. 9), S. 13: „Vielmehr versuchen die Gerichte selbst, ihre Spielräume und die Kompromissmöglichkeiten auszuloten.“ Dadurch erklärt sich auch das typische „Ping-Pong-Spiel“ der Gerichte, vgl. erneut *W. Heun*, aaO, S. 14. Vgl. auch *F. C. Mayer* (Fn. 16), S. 32 f.

20 Vgl. nur *C. Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 23 GG, Rn. 54; *R. Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 23 GG, Rn. 101.

21 Siehe dazu *H. Gött*, Die ultra-vires-Rüge nach dem OMT-Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, S. 514 ff. sowie *M. Ludwigs/P. Sikora* (Fn. 2), S. 126 ff.

22 In seiner endgültigen Entscheidung wendet das BVerfG wohl wieder den Honeywell-Maßstab an, vgl. BVerfG, Urteil v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 147 ff.

### C. Das Vorbehaltspar des Art. 23 Abs. 1 GG

Wenn die verfassungsrechtlichen Vorbehalte ihre Rechtfertigung gerade darin finden, dass die Mitgliedstaaten über die Bedingungen ihrer Mitgliedschaft in der EU abschließend entscheiden, muss für die deutschen Vorbehalte diejenige Norm maßgeblich sein, die diese Bedingungen für die Bundesrepublik formuliert: Art. 23 Abs. 1 GG. Diese Regelung präzisiert dabei nicht nur den bereits in der Präambel formulierten Integrationsauftrag,<sup>23</sup> sondern bestimmt in Satz 1 auch die Anforderungen, denen die Europäische Union genügen muss („Struktursicherungsklausel“)<sup>24</sup> und nennt mit dem Verweis auf Art. 79 Abs. 3 GG in Satz 3 zugleich absolute Integrationssschranken.<sup>25</sup> Sowohl der Struktursicherungsklausel als auch den absoluten Integrationssschranken muss die Europäische Union dabei zu jeder Zeit genügen. Sie sind also nicht nur bei der Errichtung der Europäischen Union durch das deutsche Zustimmungsgesetz zu beachten, sondern müssen vielmehr auch in der Handlungspraxis der errichteten EU – also vor allem bei der Setzung unionalen Sekundärrechts – jederzeit gewahrt bleiben. Verstöße gegen die Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 GG sind folglich nicht bereits ausgeschlossen, soweit das Zustimmungsgesetz und damit die vertragliche Grundlage der Europäischen Union mit dem Grundgesetz vereinbar sind – auch das Grundgesetz vermag für sich ja nicht zu garantieren, dass die (politische) Praxis diesen verbindlichen Vorgaben stets genügt. Der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht den Vertrag von Lissabon für grundgesetzkonform erklärt hat, führt folglich nicht automatisch dazu, dass verfassungsrechtliche Vorbehalte bzgl. des von dieser „Lissabon-EU“ gesetzten Sekundärrechts von vornherein ausgeschlossen sind. Diese ersten Überlegungen lassen sich für die Herleitung der grundgesetzlichen Vorbehalte fruchtbar machen. Sie kommen danach dort in Betracht, wo die Europäische Union entweder nicht (mehr) den Elementen der Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG genügt (I) oder aber die Integrationsauswirkungen mit den Grundsätzen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG iVm Art. 79 Abs. 3 GG nicht vereinbar sind (II). Mit diesem „Vorbehaltspar“ des Art. 23 Abs. 1 GG, zusammengefasst unter dem Begriff der „Integrationsidentität“, sind zugleich sämtliche grundgesetzlichen Vorbehalte abgedeckt. Die bisher etablierten Fallgruppen lassen sich jeweils einem dieser Vorbehalte zuweisen, die daher insgesamt eine grundgesetzliche Fundierung aufweisen.<sup>26</sup> Damit lässt sich zugleich das Verhältnis der einzelnen Vorbehalte zueinander klären (III). Im Übrigen bedarf es aufgrund der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes einer restriktiven (zu-

23 Siehe auch C. Hillgruber (Fn. 20), Art. 23 GG, Rn. 10; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 23 GG, Rn. 10.

24 F. Wollenschläger (Fn. 9), Art. 23 GG, Rn. 64; R. Streinz (Fn. 20), Art. 23 GG, Rn. 16.

25 Vgl. auch F. Wollenschläger (Fn. 9), Art. 23 GG, Rn. 61 sowie F. Schorkopf (Fn. 14), Art. 23 GG, Rn. 36.

26 Anders M. Ludwigs/P. Sikora (Fn. 2), S. 128, die nur die Identitätskontrolle als unmittelbar im Grundgesetz verankert ansehen.

rückhaltenden) Interpretation (IV), bei der zugleich sichergestellt ist, dass der EuGH die Möglichkeit bekommt, das unionale Handeln zuvor zu korrigieren (V).

## I. Verstoß gegen die Elemente der Struktursicherungsklausel

Denkbar erscheint zunächst, dass die EU bereits ihrer allgemeinen Organisation nach den Vorgaben der Struktursicherungsklausel nicht genügt.<sup>27</sup> Soweit dies der Fall sein sollte, ist eine weitere Beteiligung an der Integration durch Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG folglich ausgeschlossen, entsprechendes Sekundärrecht kann im nationalen Rechtsraum keine Anwendung finden. Erweist sich damit schon die in den Unionsverträgen vorgesehene Organisation der Europäischen Union als unvereinbar mit den in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG genannten Anforderungen, muss eine Ratifikation aus deutscher Sicht unterbleiben,<sup>28</sup> ein gleichwohl verabschiedetes Zustimmungsgesetz wäre nichtig.<sup>29</sup> Die Frage des Vorrangs stellt sich in diesen Fällen damit streng genommen nicht. Schon aus diesem Grund ist es jedoch wünschenswert, dass die deutschen Zustimmungsgesetze einer vorherigen<sup>30</sup> verfassungsgerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Andernfalls müsste das BVerfG die Unvereinbarkeit des allgemeinen unionalen Rechtsrahmens in einem späteren Verfahren im Zusammenhang mit der Überprüfung europäischen Sekundärrechts feststellen, was erhebliche Probleme aufwerfen könnte. Die Bundesrepublik wäre anschließend gehalten, zumindest aus diesem grundgesetzwidrigen Integrationsverband umgehend auszutreten. Für den Vertrag von Lissabon ist eine solche „Vorkontrolle“ des unionalen Rechtsrahmens durch das BVerfG allerdings erfolgt, so dass die Unanwendbarkeit europäischen Rechts jedenfalls nicht mit der generellen grundgesetzwidrigen Struktur der „Lissabon-EU“ begründet werden kann.

Denkbar bleiben jedoch Verstöße gegen die Vorgaben der Struktursicherungsklausel bei der Anwendung dieser vertraglichen Grundlagen durch die EU-Organen, insbesondere bei der Setzung europäischen Sekundärrechts.<sup>31</sup> Denn auch insoweit muss die Europäische Union den Anforderungen der Struktursicherungsklausel jederzeit genügen und inwieweit sie dies tut, lässt sich im Vorfeld zwangsläufig nicht abschließend klären. Erweist sich das Sekundärrecht also mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar oder genügt es nicht den Anforderungen des „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz[es]“, so vermag es in Deutsch-

27 Zum Inhalt der einzelnen Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 S. 1 siehe *F. Schorkopf* (Fn. 14), Art. 23 GG, Rn. 42 ff. sowie *C. Hillgruber* (Fn. 20), Art. 23 GG, Rn. 13 ff.

28 *F. Schorkopf* (Fn. 14), Art. 23 GG, Rn. 90.

29 *W. Heintschel von Heinegg*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 23 GG, Rn. 30.

30 Also eine Überprüfung vor Abschluss der nach außen verbindlichen Ratifikation.

31 Anders wohl *C. D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2, 7. Aufl. 2017, Art. 23 GG, Rn. 49. Warum die Elemente der Struktursicherungsklausel jedoch keinen geeigneten Maßstab für die Prüfung eines Einzelrechtsaktes darstellen sollen, leuchtet nicht ein. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip etwa werden ja auch im deutschen Recht zur Einzelfallprüfung herangezogen.

land im Ergebnis keine Rechtswirkungen zu entfalten.<sup>32</sup> Ein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze im Sinne des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG liegt insbesondere dort vor, wo die EU außerhalb ihres Kompetenzbereiches tätig wird, sie also „ultra-vires“ handelt und damit gegen das prägende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung des Art. 5 Abs. 2 EUV verstößt. Der vom Bundesverfassungsgericht postulierte ultra-vires-Vorbehalt findet damit hier und weder direkt im Demokratieprinzip,<sup>33</sup> noch, wie verbreitet angenommen, in Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG<sup>34</sup> seine Grundlage.<sup>35</sup> Er ist daher auch kein Unterfall des Identitätsvorbehalts, wie es das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seiner OMT-Entscheidung formuliert hat.<sup>36</sup> Der ultra-vires-Vorbehalt hat mit den absoluten Integrationsgrenzen des Art. 79 Abs. 3 GG schon deswegen nichts zu tun, weil es bei diesem nicht um absolute Integrationssschranken, sondern um Anforderungen geht, denen die EU nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG genügen muss. Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG wird vom Bundesverfassungsgericht hingegen in der gesamten Entscheidung (soweit ersichtlich) an keiner Stelle erwähnt, was schon deshalb merkwürdig erscheint, weil dadurch die Prüfungsmaßstäbe für Zustimmungsgesetze und europäisches Sekundärrecht offenkundig auseinanderfallen. Wirklich überzeugt von der Fundierung des ultra-vires-Vorbehalts in Art. 79 Abs. 3 GG scheint denn auch das Bundesverfassungsgericht nicht zu sein. So spricht es zunächst davon, dass beiden Kontrollvorbehalten ein „unterschiedlicher Prüfungsansatz“ zugrunde liege, der den ultra-vi-

32 Vgl. auch *F. Schorkopf* (Fn. 14), Art. 23 GG, Rn. 91. Entgegen der Ansicht von *R. Streinz* (Fn. 19), Rn. 237 ist der Grundrechtsvorbehalt mithin kein „besonderer Aspekt der Identitätskontrolle“, sondern in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG begründet, stellt damit Anforderungen an die EU selbst und ist folglich von der Identitätskontrolle nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG streng zu unterscheiden. Wie *R. Streinz* auch *S. Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 117: „Zur Verfassungsidentität des Grundgesetzes gehört der in Art. 19 Abs. 2 GG garantierte Wesensgehalt der in Art. 1 bis 19 GG verbürgten Grundrechte.“ Damit wird der Vorbehalt der Verfassungsidentität aber praktisch auf sämtliche Grundrechte ausgedehnt, obwohl Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG ausdrücklich auf Art. 79 Abs. 3 GG und damit „nur“ auf die Grundsätze des Art. 1 GG und 20 GG verweist. Zwar hat das BVerfG in seiner Solange-I Entscheidung ebenfalls die Verfassungsidentität genannt, obwohl es um „normale“ Grundrechtsfragen ging. Zu diesem Zeitpunkt existierte aber weder die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG noch ein angemessener Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene. Die Rüge des praktisch fehlenden Grundrechtsschutzes könnte aber auch heute als Verstoß gegen die Verfassungsidentität angesehen werden. Für den „normalen“ Grundrechtseinwand des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG gilt das hingegen nicht. Zutreffend *A. Schwerdtfeger* (Fn. 3), S. 297 f.

33 Vgl. *R. Streinz* (Fn. 20), Art. 23 GG, Rn. 99.

34 Siehe etwa *H. A. Wolff*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, 11. Aufl. 2016, Art. 23 GG, Rn. 16. *M. Ludwigs*, Der Ultra-vires-Vorbehalt des BVerfG – Judikative Kompetenzzanmaßung oder legitimes Korrektiv?, NVwZ 2015, S. 537, 539 sieht dessen Grundlage zwar ebenfalls in Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, will den ultra-vires-Vorbehalt aber im Identitätsvorbehalt des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG aufgehen lassen. Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG spielt danach für mögliche Vorbehalte keine unmittelbare Rolle. Es erscheint aber fragwürdig, Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG zwar bei der Kontrolle des Zustimmungsgesetzes für die generelle Struktur der EU heranzuziehen, bei der Überprüfung unionaler Handlungen aber nicht mehr berücksichtigen zu wollen. Dem Problem einer „Überkontrolle“ kann wirksam durch eine restriktive Interpretation der Vorbehalte sowie dem Erfordernis einer vorherigen Entscheidungsmöglichkeit für den EuGH begegnet werden.

35 Wie hier wohl auch *F. Schorkopf* (Fn. 14), Art. 23 GG, Rn. 91. Anders aber *R. Streinz* (Fn. 19), Rn. 237, der die Grundlage in Art. 23 Abs. 1 iVm Art. 79 Abs. 3 GG sieht, dadurch aber beide Vorbehalte des Art. 23 Abs. 1 GG vermischt. Das Kirchhoff'sche „Brückenmodell“ passt gleichwohl auch bei diesem Verständnis der Struktursicherungsklausel, ist freilich nicht auf Verstöße gegen die Kompetenzordnung begrenzt. Zum Brückenmodell knapp *M. Ludwigs/P. Sikora* (Fn. 2), 122 f.

36 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 153.

res-Vorbehalt letztlich doch wieder von Art. 79 Abs. 3 GG löst.<sup>37</sup> Zudem schlägt es zur Beseitigung eines ultra-vires-Aktes nicht zuletzt die Übertragung der notwendigen Kompetenzen auf die EU vor.<sup>38</sup> Bei den absoluten Integrationssschranken des Art. 79 Abs. 3 GG wäre das aber ja gerade ausgeschlossen. Zwar trifft es zu, wenn das Bundesverfassungsgericht ultra-vires-Akte mit einem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip zusammenbringt.<sup>39</sup> Einschlägig ist hier aber das Rechtsstaatsprinzip des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und nicht das über Art. 23 Abs. 1 S. 3 iVm Art. 79 Abs. 3 GG absolut geschützte Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Inhaltlich mögen diese nahezu identisch sein, dogmatisch sind sie gleichwohl strikt zu unterscheiden.

Denkbar, bisher indes noch nicht aufgetreten, sind zudem auch andere Verstöße gegen das in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG normierte Rechtsstaatsprinzip durch europäisches Sekundärrecht, etwa im Hinblick auf Vertrauensgrundsätze oder Rückwirkungsfragen. Auch der grundrechtliche Vorbehalt wird in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich genannt, findet also ebenfalls nicht in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG seine Grundlage.

Es ist im Übrigen kein Grund ersichtlich, warum grundgesetzliche Vorbehalte nur hinsichtlich dieser beiden Elemente der Struktursicherungsklausel denkbar sein sollten. Die EU muss allen dort genannten Grundsätzen gleichermaßen genügen, eine Hierarchisierung der einzelnen Elemente der Struktursicherungsklausel kennt Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nicht. Richtigerweise kommen Vorbehalte daher auch dort in Betracht, wo das Sekundärrecht demokratischen, föderalen oder Subsidiaritätsgrundsätzen nicht genügt, wobei es hier freilich oftmals zu gewissen Überschneidungen mit dem Rechtsstaatsanforderung kommen wird. Der Integrationsauftrag des Grundgesetzes hat allerdings zur Folge, dass in all diesen Fällen eine restriktive Auslegung im Hinblick auf eine mögliche Verletzung der Elemente der Struktursicherungsklausel erforderlich ist (siehe sogleich unter IV).

## II. Verstoß gegen die Grundsätze des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG iVm Art. 79 Abs. 3 GG

Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG verweist ausdrücklich auf die Ewigkeitsklauseln des Art. 79 Abs. 3 GG und stellt damit klar, dass diese Grenzen auch im Integrationsverband nicht übertreten werden dürfen.<sup>40</sup> Ein Vorbehalt ist damit auch dort begründet, wo die EU gegen die Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG verstößt. Ein solch unzulässiger Eingriff in diese Grundsätze kann erneut entweder durch das Zustimmungsgesetz selbst oder durch Handlungen der Unionsorgane, also durch

37 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 153.

38 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 170.

39 BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 152.

40 Vgl. auch *F. Wollenschläger* (Fn. 9), Art. 23 GG, Rn. 87. Siehe dazu auch *F. Schorkopf* (Fn. 14), Art. 23 GG, Rn. 77 ff.

unionales Sekundärrecht erfolgen.<sup>41</sup> Während die Struktursicherungsklausel Vorgaben für die Ausgestaltung der EU enthält, geht es bei der Verfassungsidentität mithin um die Frage, ob der identitäre Kern der deutschen Verfassung auch im Integrationsverbund weiterhin erhalten bleibt. Dieser genießt über Art. 79 Abs. 3 GG absoluten Schutz. Für die Frage eines möglichen Vorbehalts findet damit gewissermaßen ein Perspektivwechsel statt: Betrachtet wird anders als bei Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nicht mehr die Struktur der EU, im Fokus stehen vielmehr die normativen Auswirkungen dieser EU auf die deutsche Verfassung.<sup>42</sup> Das verfassungsrechtlich zwingende Grundgerüst – das BVerfG spricht treffend von Verfassungsidentität – darf durch diese Auswirkungen weder zum Einsturz gebracht noch in sonstiger Weise beschädigt werden.<sup>43</sup> Die Ewigkeitsklausel schützt damit davor, dass die Integration das Grundgesetz entkernt und verhindert nicht zuletzt einen Identitätswechsel Deutschlands zum föderalen Gliedstaat eines europäischen Bundesstaates.<sup>44</sup> Ein solcher Schritt ist aus normativer Sicht zwar nicht auf ewig ausgeschlossen – der Begriff „Ewigkeitsklausel“ ist insofern missverständlich. Er setzte aber voraus, die Brücke zur legalen Verfassungsneugebung nach Art. 146 GG zu betreten.<sup>45</sup> Dieser Weg ist also möglich, muss aber ausdrücklich und – um keinen revolutionären und damit zugleich normativ fragwürdigen Charakter anzunehmen – im Verfahren des Art. 146 GG erfolgen. Bis dahin schützt der Vorbehalt der Verfassungsidentität aber auch vor jeder schleichenden Entkernung des Grundgesetzes durch europäisches Primär- oder Sekundärrecht.

### III. Verhältnis der beiden Vorbehalte zueinander

Beide Vorbehalte – Verstoß gegen die Struktursicherungsklausel oder gegen die Verfassungsidentität – betreffen damit von vornherein unterschiedliche Konstellationen, konkurrieren daher ideal und sind folglich nebeneinander anwendbar.<sup>46</sup> Eine mit der Struktursicherungsklausel vereinbare Europäische Union kann

41 Siehe auch BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 139: „Die Identitätskontrolle verhindert nicht nur, dass der Europäischen Union Hoheitsrechte jenseits des für eine Übertragung offen stehenden Bereichs eingeräumt werden, sondern auch, dass Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union umgesetzt werden, die eine entsprechende Wirkung entfalten und jedenfalls faktisch einer mit dem Grundgesetz unvereinbaren Kompetenzübertragung gleichkämen [...]“. Skeptisch bzgl. eines möglichen Verstoßes durch Sekundärrecht aber *A. Schwerdtfeger* (Fn. 3), S. 303 f.

42 Zutreffend *H. A. Wolff* in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, 11. Aufl. 2016, Art. 23 GG, Rn. 17: „Während Satz 1 vorgibt, wie die Union im Groben auszusehen hat, an der Deutschland mitzuwirken verpflichtet ist, legt Satz 3 fest, was von Deutschland übrig bleiben muss, wenn die Mitwirkung erfolgreich ist.“

43 Siehe auch *F. Schorkopf* (Fn. 14), Art. 23 GG, Rn. 84.

44 Vgl. BVerfGE 123, 267, 331 f., 364 – Lissabon. Siehe auch *R. Streinz* (Fn. 19), Rn. 238. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob Art. 79 Abs. 3 GG die Staatlichkeit der Bundesrepublik schützt (dazu *S. Simon* (Fn. 32), S. 120 ff.). Das ist richtigerweise nicht der Fall. Gleichwohl kann das Aufgehen in einem europäischen Bundesstaat als Identitätswechsel nur über das Verfahren des Art. 146 GG erreicht werden, vgl. *H. Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 96.

45 Zur Legalisierungsfunktion des Art. 146 GG siehe *H. Dreier* (Fn. 44), S. 92 ff. Siehe auch *U. Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes – Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, Der Staat 32 (1993), S. 191, 210, 212 f. Ausführlich auch *P. Cramer*, Artikel 146 Grundgesetz zwischen offener Staatlichkeit und Identitätsbewahrung, 2014.

46 *F. Wollenschläger* (Fn. 9), Art. 23 GG, Rn. 61 („prinzipiell zu unterscheidende Schranken“).

gleichwohl in ihren Auswirkungen mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar sein und damit die Verfassungsidentität verletzen. Deutlich wird das etwa bei der Errichtung eines europäischen Bundesstaates, der unzweifelhaft so ausgestaltet sein könnte, dass er sämtlichen Vorgaben der Struktursicherungsklausel genügt. Deutschland dürfte sich daran gleichwohl nicht beteiligen, weil ein solcher Identitätswechsel hin zum Gliedstaat eines bundesstaatlichen Europas nur über den Weg des Art. 146 GG möglich und andernfalls mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar wäre. Auch dort, wo die „Lissabon EU“ bei der Setzung von Sekundärrecht ihre vertraglichen Grundlagen also nicht verletzt und auch im übrigen die Struktursicherungsklausel achtet, ist ein Verstoß gegen die Verfassungsidentität damit nicht von vornherein ausgeschlossen.

Insofern ist es auch nicht zu beanstanden, wenn das BVerfG in seiner OMT-Vorlage eine Identitätskontrolle auch dort für möglich hält, wo im Ergebnis kein ausbrechender Rechtsakt vorliegen sollte.<sup>47</sup> Denn auch dann können die Auswirkungen dieses unionskonformen Sekundärrechts auf das deutsche Verfassungsgefüge so erheblich sein, dass eine Verletzung der Verfassungsidentität denkbar bleibt.<sup>48</sup> Sofern allerdings eine verfassungsrechtliche Prüfung des Zustimmungsgesetzes erfolgt ist – und das ist für die Lissabon-EU der Fall – kommt eine Verletzung der Verfassungsidentität in diesen Fällen nur dort in Betracht, wo es sich um Auswirkungen handelt, die bei dieser Vorabprüfung nicht zu antizipieren waren. Es muss sich folglich um unvorhergesehene Auswirkungen handeln, da andernfalls bereits das Zustimmungsgesetz als verfassungswidrig einzustufen gewesen wäre. Die durch den OMT-Beschluss der EZB hervorgerufenen (potenziellen) Auswirkungen auf den deutschen Bundestag und dessen Haushaltsbefugnisse wird man wohl unter diese Kategorie fassen können – wirklich vorhersehbar war diese Entwicklung mit all ihren Konsequenzen sicher nicht (auch wenn ein Verstoß gegen die Verfassungsidentität richtigerweise nicht vorliegt).

Über den Vorbehalt der Verfassungsidentität wird es damit auch möglich, einen Sekundärrechtsakt für unanwendbar im deutschen Rechtsraum zu erklären, wenn dieser gegen Grundrechte verstößt, ohne dass jedoch ein generelles Absinken des Grundrechtsniveaus festgestellt werden kann, es mithin um einen „vereinzelt Grundrechtsverstoß“ geht.<sup>49</sup> Voraussetzung ist jedoch, dass dieser Grundrechtsverstoß zugleich einen Verstoß gegen die Menschenwürde begründet, die über Art. 79 Abs. 3 GG absolut und damit auch gegen europäische Sekundärrechtsakte geschützt wird: „Die in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG für integrationsfest erklärten Schutzgüter dulden auch keine Relativierung im Einzelfall.“<sup>50</sup> Zu erinnern ist freilich daran, dass damit nicht jeder Grundrechtsverstoß einen entsprechenden Vorbehalt auslöst. Nicht jede Grundrechtsverlet-

47 Für eine solche Trennung wohl auch *A. Schwerdtfeger* (Fn. 3), S. 296.

48 Siehe auch BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 139.

49 Zutreffend *M. Ludwigs/P. Sikora* (Fn. 2), S. 124.

50 BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 49. Siehe auch *C. D. Classen* (Fn. 3), S. 308.

zung darf mithin über eine weite Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG zugleich als Verstoß gegen die Menschenwürde interpretiert werden.<sup>51</sup> Die Tatsache, dass Art. 79 Abs. 3 GG nur die Grundsätze des Art. 1 GG und Art. 20 GG absolut schützt, darf nicht durch eine extensive Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG unterlaufen und faktisch als „Art. 1 bis 20 GG“ interpretiert werden. Abzulehnen ist daher die Ansicht, die den Wesensgehalt sämtlicher Grundrechte als Bestandteil eben dieser Verfassungsidentität ansieht.<sup>52</sup> Oder anders: Nicht jedes Grundrecht der Art. 1-19 GG präsentiert sich als bloße Konkretisierung der Menschenwürde und besitzt einen „Menschenwürdekern“.<sup>53</sup>

#### IV. Notwendigkeit zurückhaltender Interpretation

Das Grundgesetz ermöglicht nicht nur die Integration in einer Europäischen Union, formuliert sowohl in der Präambel als auch in Art. 23 Abs. 1 GG vielmehr einen ausdrücklichen Integrationsauftrag.<sup>54</sup> Diesem Integrationsauftrag widerspräche eine allzu ausufernde Interpretation der soeben skizzierten Integrationsvorbehalte. Integrationsauftrag und -grenzen sind vielmehr im Wege der praktischen Konkordanz in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Dabei gilt es sowohl die besondere Bedeutung der europäischen Integration als auch die mit nationalen Vorbehalten begründete Gefahr<sup>55</sup> für das europäische Projekt hinreichend zu würdigen. Daraus ergibt sich das Erfordernis einer restriktiven bzw. „europarechtsfreundlichen“<sup>56</sup> Interpretation der einzelnen Vorbehalte,<sup>57</sup> was auch das Bundesverfassungsgericht nun erneut betont hat.<sup>58</sup> Sie dürfen nicht zu einer vollständigen Lähmung des Integrationsprozesses führen, müssen vielmehr auf absolute Ausnahmefälle begrenzt bleiben. Für den Grundrechtsvorbehalt wird diese restriktive Interpretation bereits im Wortlaut deutlich, wenn dort kein identischer, sondern lediglich ein wesentlich vergleichbarer Grundrechtsschutz verlangt wird. Wie das BVerfG treffend festgestellt hat, werden dadurch punktuelle Un-

51 Etwas missverständlich insoweit das BVerfG im ersten Leitsatz seines Beschlusses vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, wenn es dort zwar Art. 1 Abs. 1 GG zitiert, zugleich aber vom „unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz“ spricht. Zu weitgehend daher auch *F. Wollenschläger* (Fn. 9), Art. 23 GG, Rn. 61.

52 Problematisch insofern die Ausführungen des BVerfG im Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 138, wenn es dort von der „Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte“ spricht, mithin davon ausgeht, dass jedem Grundrecht ein solcher Kern innewohnt. Damit ist die Gefahr verbunden, den Identitätsvorbehalt auf letztlich jede Grundrechtsverletzung auszudehnen. Problematisch daher auch *S. Simon* (Fn. 32), S. 117.; *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, 7. Aufl. 2017, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 126 ff. Gegen eine „maßlose materielle Aufladung“ wie hier hingegen *A. Schwerdtfeger* (Fn. 3), S. 304.

53 Zutreffend insoweit BVerfGE 94, 49, 193 f – Sichere Drittstaaten.

54 Siehe auch *C. Hillgruber* (Fn. 20), Art. 23, Rn. 12: „Art. 23 Abs. 1 GG ist Struktursicherungsklausel und Integrationsermächtigung zugleich.“ Vgl. auch *W. Heintschel von Heinegg* (Fn. 29), Art. 23 GG, Rn. 10.

55 Dazu auch BVerfGE 126, 286, 303 – Honeywell: „Wenn jeder Mitgliedstaat ohne weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet.“

56 BVerfGE 123, 267, 354 – Lissabon; BVerfGE 126, 286, 303 – Honeywell. Siehe auch *C. Hillgruber* (Fn. 20), Art. 23 GG, Rn. 52.

57 Siehe auch BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 46.

58 BVerfG im Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 154 ff.

vereinbarkeiten mit dem deutschen Grundrechtskatalog nicht ausgeschlossen, solange das allgemeine Schutzniveau nicht unter den deutschen Standard absinkt.<sup>59</sup> Auch für den im ultra-vires-Vorbehalt konkretisierten Rechtsstaatsvorbehalt hat das BVerfG in seiner Honeywell-Entscheidung darauf hingewiesen, dass dieser an eine „hinreichend qualifizierte“ Kompetenzüberschreitung geknüpft ist, einfache Kompetenzverletzungen dafür mithin nicht ausreichen. Zudem komme dem EuGH in dieser Hinsicht „Anspruch auf Fehlertoleranz“ zu.<sup>60</sup> Eine solch zurückhaltende Interpretation ist auch in den anderen Vorbehaltskonstellationen angezeigt, um zu verhindern, dass der „Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden“ kann.<sup>61</sup> Das gilt dabei sowohl für die Auslegung der Vorgaben der Struktursicherungsklausel als auch für den absolut geschützten Bereich der Verfassungsidentität. Die Interpretation des ultra-vires-Vorbehalts in der OMT-Vorlageentscheidung erwies sich vor diesem Hintergrund als nicht überzeugend. Sie ist in der endgültigen OMT-Entscheidung daher auch zu Recht wieder korrigiert worden.<sup>62</sup> Im Übrigen darf der absolut geschützte Bereich der Verfassungsidentität nicht in einer Weise interpretiert werden, durch die die besonderen Anforderungen der Struktursicherungsklausel – insbesondere im Hinblick auf die Grundrechte – unterlaufen werden.<sup>63</sup>

## V. Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH

In der Europa- und Integrationsfreundlichkeit des Grundgesetzes wurzelt schließlich auch das Erfordernis, vor einer (partiellen) Unanwendbarkeitserklärung durch das BVerfG zunächst dem EuGH die Möglichkeit einer Kontrolle des jeweiligen Sekundärrechtsaktes einzuräumen.<sup>64</sup> Für die Vorgaben der Struktursicherungsklausel gilt dieses Erfordernis schon deshalb, weil die EU diesen als Ganzes genügen muss. Erst dann also, wenn ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen die Vorgaben der Struktursicherungsklausel auch nach einem Urteil des EuGH bestehen bleibt, das interne unionale Kontrollsystem folglich nicht in der Lage war, den Verstoß zu bereinigen, kommt eine Suspendierung des Vorrangs bei einer Verletzung der Struktursicherungsklausel in Betracht.

59 BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung (erster und zweiter Leitsatz). Siehe auch *R. Streinz* (Fn. 19), Rn. 250.

60 BVerfGE 126, 286, 307 – Honeywell. Siehe auch *R. Streinz* (Fn. 19), Rn. 251; *W. Frenz*, *Europarecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 133.

61 BVerfGE 126, 286, 303 – Honeywell.

62 Richtigerweise hätte sich das BVerfG bei seiner Vorlage daher auf eine mögliche Verletzung der Verfassungsidentität im Sinne des Art. 79 Abs. 3 GG aufgrund unvorhergesehener Auswirkungen des unionsrechtskonformen Handelns der EZB beschränken sollen.

63 Diese Gefahr besteht vor allem bei einer allzu weiten Auslegung des Begriffs der Menschenwürde, siehe bereits oben. Abzulehnen daher die weite Interpretation bei *S. Simon* (Fn. 32), S. 117 und *P. M. Huber* (Fn. 52), Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 126 ff. zur Reichweite des Art. 1 GG.

64 BVerfGE 126, 286, 304 – Honeywell. Siehe auch *H. A. Wolff*; in: Hömig/Wolff (Hrsg.), *Grundgesetz*, 11. Aufl. 2016, Art. 23 GG, Rn. 16; *F. Schorkopf* (Fn. 14), Art. 23 GG, Rn. 91; *A. Schwerdtfeger* (Fn. 3), S. 301.

Richtigerweise ist eine solche Vorabkontrolle durch den EuGH aber auch da zwingend, wo ein möglicher Verstoß gegen die Verfassungsidentität im Raume steht.<sup>65</sup> Zwar ist es richtig, dass der EuGH den Verstoß in diesen Fällen möglicherweise nicht eigenständig bereinigen kann – er kommt ja auch dort in Betracht, wo sich die EU unionskonform verhält. Jedoch ist es erstens durchaus denkbar, dass sich das angegriffene Handeln zugleich als unionsrechtswidrig erweist und damit durch den EuGH für nichtig erklärt werden kann. Zweitens hat der EuGH dadurch die Möglichkeit eventuell bestehende Auslegungsschwierigkeiten zu beheben und Missverständnisse aufzuklären. Schließlich und drittens setzt ein vertrauensvoller Umgang miteinander auch in diesen Fällen die Dialogbereitschaft voraus, um nicht auflösbare Integrationskonflikte zu vermeiden oder in ihrer Bedeutung abzumildern. Diese Dialogbereitschaft kann dabei allein durch eine Vorlage gewahrt werden, schon um „Überraschungsurteile“ zu verhindern. Dass das BVerfG den Identitätsvorbehalt nun erstmals ohne eine solche Vorlage ausgespielt hat,<sup>66</sup> erweist sich daher als wenig überzeugend, dürfte aber auch darin begründet liegen, dass ein Konflikt mit dem Europarecht an sich überhaupt nicht vorlag. Für die abschließende Entscheidung in der Rechtssache OMT bedurfte es hingegen keiner weiteren Vorlage, da das BVerfG die Option einer Identitätskontrolle bereits in der ersten Vorlage ausdrücklich erwähnt und damit dem EuGH die ausreichende Möglichkeit zu einer entsprechenden Reaktion eingeräumt hat.

## E. Ergebnis und Ausblick

Eine Aushebelung des Vorrangs des Europarechts ist verfassungsrechtlich denkbar, kommt aber nur in Betracht, soweit die Integrationsidentität des Art. 23 Abs. 1 GG verletzt wird. Das ist entweder der Fall, wenn die EU (generell oder aufgrund einzelner Handlungen) der Struktursicherungsklausel nicht genügt oder die über Art. 79 Abs. 3 GG absolut geschützte Verfassungsidentität verletzt – tertium non datur. In beiden Fällen bedarf es einer restriktiven Vorbehaltsinterpretation, zudem ist dem EuGH die Möglichkeit einer vorherigen Fehlerkorrektur einzuräumen. Verfehlt wäre es daher, den Begriff der Menschenwürde soweit auszuweiten, dass praktisch jede Grundrechtsverletzung zugleich als Verstoß gegen die Verfassungsidentität anzusehen wäre. Die Begriffe „Menschenwürde“ und „Identität“ sind folglich als wirklich letzte Integrationsschranken ernst zu nehmen und dürfen nicht vorschnell gegen eine von der parlamentarischen Mehrheit beschlossene Integrationsentwicklung in Stellung gebracht werden – selbst wenn man diese (aus welchen Gründen auch immer) als missglückt oder nicht wünschenswert ansehen sollte. Art. 23 Abs. 1 GG zielt seiner Idee nach nicht darauf ab, diese

65 So auch *R. Streinz* (Fn. 19), Rn. 251 f.; *M. Ludwigs/P. Sikora* (Fn. 2), S. 129.

66 BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 125.

„Zumutungen der Demokratie“<sup>67</sup> abzumildern und gewohnte nationale Strukturen in pauschaler Form gegen die parlamentarische Mehrheit zu bewahren. Er steht einer behutsamen Entwicklung der Union vielmehr nicht nur offen gegenüber, sondern fordert eine solche geradezu ein. In einer entsprechend restriktiven Interpretation erweist sich der in Art. 23 Abs. 1 GG wurzelnde Vorbehalt der Integrationsidentität dann keineswegs als Hindernis einer behutsamen Entwicklung der europäischen Integration.<sup>68</sup>

Nicht geklärt ist damit freilich die Frage der verfassungsprozessualen Durchsetzung der so verstandenen Integrationsidentität des Art. 23 Abs. 1 GG. Art. 38 Abs. 1 GG erweist sich hier kaum als überzeugender Anknüpfungspunkt,<sup>69</sup> auch wenn dieser Weg durch die endgültige OMT-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nunmehr noch stärker zementiert worden ist.<sup>70</sup> Die Lösung könnte möglicherweise in einem in Art. 2 Abs. 1 GG wurzelnden und über Art. 23 Abs. 1 GG konkretisierten „Integrationsgrundrecht“ als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit zu sehen sein, bei dem zugleich sichergestellt wäre, dass das direkte Vorgehen gegen europäisches Sekundärrecht eine subjektive Betroffenheit voraussetzt, eine Popularklage also gerade nicht ermöglicht wird. Die materielle Fundierung der Vorbehalte in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und S. 3 GG und die Möglichkeit ihrer prozessualen Geltendmachung über Art. 2 Abs. 1 GG könnte ein Weg zu größerer dogmatischer Klarheit bei der Vorrangfrage sein.

67 Angelehnt an C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2008.

68 Siehe auch F. Wollenschläger (Fn. 9), Art. 23 GG, Rn. 65: „Entscheidend ist freilich die Handhabung im Einzelfall.“

69 M. Ludwigs/P. Sikora (Fn. 2), S. 131. Dazu auch R. Lehner, Die „Integrationsverfassungsbeschwerde“ nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde, *Der Staat* 52 (2013), S. 535 ff.

70 Andererseits hat das BVerfG nun klargestellt, dass europäische Akte keine Akte deutscher öffentlicher Gewalt sind und daher nicht direkt mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können, BVerfG, Urteil vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 97. Förmlicher Streitgegenstand ist vielmehr allein ein mögliches Unterlassen der Bundesregierung oder des Bundestages – eine Konstruktion, die freilich erhebliche neue Probleme aufwirft, auf die an dieser Stelle indes nicht eingegangen werden kann.