
Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung

Jan Bergmann und Ulrich Karpenstein*

Inhalt

I. Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle nach Lissabon	529
II. Selbstbestätigung oder Drohgebärde?	531
III. Drohen Identitäts- oder Ultra-vires-Kontrollen?	532
IV. Konsequenzen einer Ultra-vires-Feststellung	537
V. Zurück zum Kooperationsverhältnis!	539

I. Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle nach Lissabon

Mehr als fünfzig Jahre nach Inkrafttreten der Römischen Verträge hat das Bundesverfassungsgericht in seinem „Lissabon“-Urteil erstmals den Versuch unternommen, von ihm in Anspruch genommene Kontrollbefugnisse über die Unionsorgane zu präzisieren. Deren Aufgabe, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten (Art. 4 Abs. 2 EU n.F.), begründe zum einen auch „die europarechtliche Pflicht, die verfassungsgebende Gewalt der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zu achten.“¹ Spiegelbild und „staatsverfassungsrechtliche Grundlegung“ dieser europarechtlichen Verpflichtung sei „der unübertragbare und insoweit integrationsfeste Kern der Verfassung (Art. 79 Abs. 3 GG).“² Im Rahmen seiner Zuständigkeit, so das Bundesverfassungsgericht, habe es gegebenenfalls zu prüfen, ob diese Prinzipien von den Unionsorganen gewahrt würden. Diese „Identitätskontrolle“ ermögliche die Prüfung, ob infolge eines Handelns europäischer Organe die in

* Prof. Dr. Jan Bergmann ist Richter am Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg. Dr. Ulrich Karpenstein ist Partner der Sozietät Redeker Sellner Dahs & Widmaier. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Verfasser wieder.

¹ BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 und 2 BvR 182/09 v. 30.6.2009, Rdnr. 235.

² Ibid.

Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und 20 GG verletzt werden.³

Zum anderen, so das Bundesverfassungsgericht, könnten und müssten „ersichtliche Grenzüberschreitungen“ der Unionsorgane von ihm beanstandet werden. Wenn Rechtsschutz auf Ebene der Europäischen Union nicht zu erlangen sei, prüfe das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips in den Grenzen der ihnen im Wege des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten (sogenannte „Ultra-vires-Kontrolle“). Dabei komme eine „vertragsausdehnende Auslegung der Verträge durch die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit“ einer „unzulässigen Vertragsänderung“ gleich.⁴

Zu den prozessualen Aspekten der von ihm in Anspruch genommenen Ultra-vires- und Identitätskontrolle stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass sowohl die Ultra-vires- als auch die Identitätskontrolle dazu führen könnten, „dass Gemeinschafts- oder künftig Unionsrecht in Deutschland für unanwendbar erklärt wird. Zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung verlangt die europarechtsfreundliche Anwendung von Verfassungsrecht bei Beachtung des in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedankens, dass sowohl eine Ultra-vires-Feststellung wie auch die Feststellung einer Verletzung der Verfassungsidentität nur dem Bundesverfassungsgericht obliegt.“

In welchen Verfahren diese Kontrolle ausgeübt werde, wollte das Bundesverfassungsgericht zwar nicht abschließend entscheiden, jedenfalls kämen aber die bereits jetzt im Grundgesetz vorgesehenen Verfahren in Betracht, „mithin die abstrakte (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) und konkrete (Art. 100 Abs. 1 GG) Normenkontrolle, der Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), der Bund-Länder-Streit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG) und die Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). Denkbar ist aber auch die Schaffung eines zusätzlichen, speziell auf die Ultra-vires- und die Identitätskontrolle zugeschnittenen verfassungsgerichtlichen Verfahrens durch den Gesetzgeber zur Absicherung der Verpflichtung deutscher Organe, kompetenzüberschreitende oder identitätsverletzende Unionsrechtsakte im Einzelfall in Deutschland unangewendet zu lassen.“⁵

³ Ibid., Rdnr. 240.

⁴ Ibid., Rdnr. 339.

⁵ Ibid., Rdnr. 241.

II. Selbstbestätigung oder Drohgebärde?

Wie so viele Aussagen dieses Urteils,⁶ das ganz offenkundig mit dem Ziel einer einstimmigen Senatsentscheidung formuliert und redigiert wurde, können Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle sowohl europafreundlich als auch europafeindlich interpretiert werden.⁷ Gewiss ist es aus Sicht einer integrationsoffenen Staatlichkeit zu begrüßen, dass das Bundesverfassungsgericht zumindest die faktische Verwerfungskompetenz von EU-Recht, denn darum geht es im Kern, vor allem sich selbst zuschreibt; im berühmten „Brückenhäuschen“⁸ drängeln sich also doch nicht sämtliche deutschen Richter oder gar noch die Heerscharen deutscher Beamter.⁹ Ebenso mag man in der Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle nichts weiter sehen als eine bloße Bestätigung euroskeptischer Untertöne, die bereits im „Maastricht“- und im „Haftbefehls“-Urteil zu hören waren.¹⁰ Immerhin ist nicht zu verkennen, dass sowohl die Ultra-vires- als auch die Identitätskontrolle seit Jahr und Tag als vor allem theoretische „Notfall-Kompetenz“¹¹ verstanden wurden und so in der Praxis keine Bedeutung erlangt haben.¹² Aus dieser Perspektive gäbe es keinen Anlass zur Besorgnis. Man könnte auch weiterhin auf das Verantwortungsbewusstsein des Bundesverfassungsgerichts vertrauen und sich damit beruhigen, dass das „Lissabon“-Urteil durchaus bemüht ist, die Grundsätze der Europarechtsfreundlichkeit und der loyalen Zusammenarbeit zu betonen.

Die zitierten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts können aber auch anders verstanden werden. Die „fallabgehobenen [...] dunklen Signale an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften“, die Verfassungsrichterin *Lübbe-Wolff* schon dem „Haftbefehls“-Urteil attestiert hatte,¹³ haben sich durch weitere

⁶ Siehe schon die uneinheitlichen Begrifflichkeiten; bspw. einerseits wieder „Staatenverbund“ (ibid., Rdnr. 233) – andererseits neu „Integrationsverbund“ (ibid., Rdnr. 351); vgl. hierzu *Bergmann*, Recht und Politik der EU – Der Integrationsverbund vor der Osterweiterung, 2001, S. 19 ff.

⁷ *Mayer*, Rashomon in Karlsruhe: Der Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht, 2009, unveröffentlichter Vortrag.

⁸ Das Brückenbild entwarf bekanntlich *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2007, § 183, Rdnr. 65, der hier erstmals davon sprach, dass Europarecht nur über die Brücke des Zustimmungsgesetzes die deutsche Rechtsordnung erreichte.

⁹ So noch die Befürchtung von *Everling*, in: *Hommelhoff/Kirchhof* (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 64; *Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, S. 494. Siehe auch BGHZ 125, 382 (390 ff.); FG Rheinland-Pfalz, EuZW 1995, S. 588; FG Hamburg, 4 K 123/06 v. 30.1.2008.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 89, 155 (188); BVerfGE 113, 273 (296).

¹¹ *Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsbund, 2006, S. 36 ff.

¹² Vgl. nur BVerfG, 2 BvR 1210/98, *Alcan*, NJW 2000, S. 2015.

¹³ BVerfGE 113, 273 (329) unter explizitem Hinweis auf die „Mangold“-Entscheidung des EuGH.

Untertöne nicht eben erhellt. Warum, so fragt man sich, bestand hier etwa Anlass, die „vertragsausdehnende Auslegung“ des EU-Rechts „durch die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit“ – nichts anderes also als richterliche Rechtsfortbildung – als „unzulässige autonome Vertragsänderung“ zu betonen und so die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze (z.B. die Haftung für legislatives Unrecht) zum Gegenstand allfälligen Streits vor den deutschen Gerichten zu machen?

III. Drohen Identitäts- oder Ultra-vires-Kontrollen?

Tatsächlich hat der Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Papier* schon vor einigen Jahren Kritik an der mangelnden Beachtung des Subsidiaritätsprinzips und manch einer Rechtsfortbildung durch den EuGH geäußert.¹⁴ Die Luxemburger Richter sollten sich davor hüten, allgemeine Rechtsgrundsätze dort zu ernten, wo sie von den Vertragsvätern und Unionsorganen nicht gesät worden seien.¹⁵ Dem Berichterstatter *Di Fabio* wurde in diesem Zusammenhang der Ausspruch nachgesagt, man habe in Karlsruhe oft genug „die Lippen gespitzt“; es werde nun Zeit, „auch einmal zu pfeifen“. In dieselbe Richtung gehen Äußerungen des Verfassungsrichters *Broß*, der dem EuGH offenbar die Kompetenz zur Entwicklung eines Grundrechtsschutzes auf Unionsebene abspricht.¹⁶ Auch der zwischenzeitlich ausgeschiedene Vizepräsident *Hassemer* gab öffentlich bekannt, dass Karlsruhe das „Wächterhäuschen nicht verlässt“.¹⁷ Aus dieser Perspektive lesen sich die Ausführungen zur Ultra-vires- und Identitätskontrolle als ernst zu nehmender Wink gen Luxemburg. Sie schließen insofern durchaus an die vielbeachtete und vielfach kritisierte Polemik von *Herzog* und *Gerken* – „Stoppt den EuGH“ – an.¹⁸

Indes dürfte sich ein Justizkonflikt weniger an der neuen Verfassungsidentitäts-, als vielmehr an der Ultra-vires-Kontrolle festmachen. Zwar hat der Senat – ganz dem Ziel der Einstimmigkeit verpflichtet – breiten Raum für das gelassen, was er mit

¹⁴ FAZ v. 17.7.2007.

¹⁵ FAZ v. 24.7.2007.

¹⁶ *Broß*, Überlegungen zur europäischen Staatswerdung, JZ 2008, S. 231: „Der EuGH hat den Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene nur unter Inanspruchnahme einer ihm an sich nicht zustehenden Kompetenz-Kompetenz entwickeln können.“ Siehe auch *ders.*, Bundesverfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof, Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ausbrechenden Rechtsakt und vom Kooperationsverhältnis, VerwArch 2001, S. 438 f.

¹⁷ Süddeutsche Zeitung v. 11.6.2008.

¹⁸ Erschienen in der FAZ v. 8.9.2008.

der „Identität des Grundgesetzes“ gemeint haben könnte. Während einige Passagen den Eindruck erwecken, als sei die (gesamte?) „verfassungsgebende Gewalt der Mitgliedstaaten“ zu schützen,¹⁹ macht das Urteil an anderer Stelle deutlich, dass es nur um jene Grundsätze gehen soll, die seit jeher die von Art. 79 Abs. 3 GG umfasste „integrationsfeste Identität der Verfassung“ ausmachen: Menschenwürde, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Sozial- und Bundesstaatlichkeit als solche prägen die Identität des Bonner Grundgesetzes. Einzelne Verletzungen dieser Strukturprinzipien sind zwar überaus unerfreulich und verfassungswidrig, nicht aber stellen solche Rechtsverletzungen, sei es durch nationale oder EU-Organe, die von der Ewigkeitsgarantie gewährleistete Identität in Frage. Ein gründliches Missverständnis der Identitätskontrolle wäre es also, wenn einzelne Rechtsakte und Urteile der Unionsorgane, weil ihnen zum Beispiel die Ermächtigungsgrundlage fehlt oder sie gegen den – ebenfalls aus dem Rechtsstaatspostulat gewonnenen – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, als in Deutschland „unanwendbar“ qualifiziert würden. Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig wahrscheinlich, dass die Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union eines Tages den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verletzen könnte. Auf die Gliederung des Bundes in Länder sowie die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung kann die EU kaum einwirken; Bundeskompetenzen kraft Gemeinschaftsrechts – und entgegen Art. 30, 83 GG – hat das Bundesverfassungsgericht sogar schon hingenommen.²⁰ Auch ein dahingehendes Einwirken der EU, das zu einem „Berühren der in den Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze“ führt, d.h. die prinzipielle Preisgabe der Menschenwürde oder des normativen Menschenwürdegehalts anderer Grundrechte oder des Demokratie-, Rechtsstaats- oder Sozialstaatsprinzips nach sich zieht, ist nur schwer vorstellbar. Wird die Ewigkeitsgarantie mithin auch künftig im Sinne der Auslegungstradition des Bundesverfassungsgerichts nicht als Mikrometer zur Beurteilung unionsrechtlicher Kompetenzen begriffen (und nur so bahnt sie keinen Weg in eine Verfassungskrise der EU²¹), sondern vielmehr als äußerste Grenze, d.h. als Schranke – allein – dagegen interpretiert, dass die geltende Verfassungsordnung in ihrer Substanz, in ihren Grundlagen auf formal-legalistischem Wege beseitigt und zur nachträglichen Legalisierung eines totalitären Regimes missbraucht werden kann,²² hat die Identitätskontrolle unter Geltung des Lissabon-Vertrags wohl primär akademischen Wert. Die Europäische Union plant auch zukünftig keine Revolution.

¹⁹ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 235.

²⁰ BVerfGE 116, 271.

²¹ Vgl. *von Bogdandy*, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum – Eine Kritik des Lissabon-Urteils des BVerfG, NJW 2009, i.E.

²² Ausführlich BVerfGE 30, 1 (25).

Anders stellt sich die Lage bei der Ultra-vires-Kontrolle dar. Wohl einschränkend spricht das „Lissabon“-Urteil²³ insoweit zwar von „ersichtlichen“ Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union. „Ersichtlich“ ist jedoch weniger als „offenkundig“, „evident“ oder gar „schwerwiegend“;²⁴ insoweit hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht entsprechenden Forderungen der Literatur angeschlossen.²⁵ Einschränkend kann der Begriff „ersichtlich“ aber wirken, weil er jedenfalls eine Kompetenzverletzung voraussetzt, die sich nicht erst nach vertiefter Rechtsprüfung erschließt. Sie muss mithin „ohne weiteres erkennbar“ sein. Haben etwa Gerichte aus anderen Mitgliedstaaten den vor dem Bundesverfassungsgericht beanstandeten Rechtsakt bereits als kompetenzgemäß qualifiziert, wird man von „ersichtlichen“ Ultra-vires-Akten kaum sprechen können.²⁶ Desgleichen wird man, ebenso wie nach der „Solange“-Rechtsprechung, von „ersichtlichen“ Kompetenzüberschreitungen nicht schon bei einzelnen Meinungsdivergenzen zwischen BVerfG und EuGH, sondern erst dann ausgehen dürfen, wenn ein Schutz vor Kompetenzverletzungen generell nicht mehr gewährleistet erscheint.²⁷ Nur unter dieser einschränkenden Voraussetzung, die der Beschwerdeführer oder das nach Art. 100 Abs. 1 GG (analog) vorlegende Gericht detailliert nachzuweisen hätte,²⁸ würde eine Ultra-vires-Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG und der selbstgesetzten Maßgabe entsprechen, dass Ultra-vires- und Identitätskontrollen nur „ausnahmsweise, unter besonderen und engen Voraussetzungen“ in Betracht kommen.²⁹ Von einer „besonderen“ und zudem noch „engen“ Voraussetzung und der vom Bun-

²³ Siehe insbesondere BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 240.

²⁴ In der vom BVerfG autorisierten englischen Übersetzung des Urteils ist indes von „*obvious transgressions of the boundaries*“ die Rede.

²⁵ *Schwarze*, Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?, JZ 1999, S. 641; *Fischer*, Grundfreiheiten, direkte Steuern und nationale Kompetenzgrenzen, JZ 2007, S. 1027; *Micker*, Zur Europarechtskonformität von § 17 EStG im Jahr 2001, DB 2007, S. 1498; *Krumenacker*, Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gebäuden und Dienstleistungen – Entsprechen die EuGH-Urteile Lennartz, Seeling und Charles Tijmens der Mehrwertsteuer(system)richtlinie und sind, falls diese Frage zu verneinen ist, nationale Höchstgerichte dennoch an diese Urteile gebunden?, UR 2007, S. 485.

²⁶ Vgl. *mutatis mutandis* BVerfG, 1 BvR 1542/04, Beschluss v. 27.7.2004.

²⁷ In diesem Sinne auch *Frenz*, Unanwendbares Europarecht nach Maßgabe des BVerfG?, Im Blickpunkt: Das Lissabon-Urteil des BVerfG v. 30.6.2009, EWS 2009, S. 299.

²⁸ Vgl. BVerfGE 102, 147 (164), *Bananenmarkt*; dazu *Mayer*, Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte durch das BVerfG: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, EuZW 2000, S. 685; *Limbach*, Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur, Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 2000, S. 417.

²⁹ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 340 a.E.

desverfassungsgericht zu Recht hervorgehobenen Europafreundlichkeit des Grundgesetzes könnte nämlich keine Rede sein, wenn das Bundesverfassungsgericht ohne Prüfung der von den Unionsorganen generell gewährleisteten Standards eine Einzelfallprüfung vornehmen könnte.

Es wird dennoch vielerorts befürchtet, dass das Bundesverfassungsgericht über kurz oder lang auf einen Konflikt mit dem Europäischen Gerichtshof und/oder anderen EU-Organen zusteuert. Die Grenzen – überspitzt formuliert könnte man fürchten: die Fronten – hat der Zweite Senat abgesteckt: Zum einen gegenüber Luxemburg in Bezug auf richterliche Rechtsfortbildung. Dabei geht es um solche EuGH-Entscheidungen, die sich (nach Karlsruher Interpretation) über den Wortlaut der einschlägigen europarechtlichen Vorschriften hinwegsetzen, ihren Widerspruch nicht in den Verträgen finden und vom Gemeinschaftsgesetzgeber nicht ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt werden.³⁰ Zum anderen gegenüber Brüssel: Rechtsakte, die sich (wiederum nach Karlsruher Interpretation) ersichtlich über bestehende Kompetenzen hinwegsetzen oder den (wie auch immer zu verstehenden) Subsidiaritätsgrundsatz verletzen, unterliegen dem faktischen Verwerfungsrecht des Bundesverfassungsgerichts, „wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist“.³¹ Bildlich ausgedrückt schlüpft das Bundesverfassungsgericht mithin schon dann in sein am Grenzfluss gelegenes Brückenhäuschen, wenn

- (a) die nationalen Gerichte ihre Zweifel dem EuGH nicht vorgelegt haben oder
- (b) eine Nichtigkeitsklage unzulässig wäre oder als unzulässig zurückgewiesen wurde oder
- (c) die Gerichte der Europäischen Union – und sei es aufgrund eines unzureichend begründeten Vorabentscheidungsersuchens – bislang keinen Grund für die Ausübung ihres Verwerfungsmonopols gesehen haben.

Von einem Kooperationsverhältnis mit dem EuGH, wie es noch im „Maastricht“-Urteil betont wurde, ist im „Lissabon“-Urteil – sicher nicht unbewusst³² – keine Rede. Vielleicht aber umfasst der neu betonte Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit in verfahrensmäßiger Hinsicht ein solches Kooperationsverhältnis. Andernfalls wäre die Gefahr wohl nicht von der Hand zu weisen, dass aus dem Verwerfungsmonopol eine Art Verwerfungsoligopol wird.

³⁰ Zur unzulässigen Rechtsfortbildung allg. BVerfGE 118, 212 (243). Siehe auch BVerfG, 2 BvR 1210/98, *Alcan*, NJW 2000, S. 2015.

³¹ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 240.

³² Instrukтив wiederum *Broß*, (Fn. 16), S. 229: „Unter Beachtung des Rechtsstaatsprinzips liegt die Denkfiktion eines Kooperationsverhältnisses eher fern. [...] Ersetzt man ‚Kooperationsverhältnis‘ durch ‚Komplementärverhältnis‘, begibt sich das BVerfG bewusst nicht in eine nachgeordnete Rolle einer Institution mit Reservezuständigkeit, sondern signalisiert vielmehr offensiv und strategisch richtig, dass man immer dann einzugreifen gedenkt, wenn [...] eine Entwicklung auf Gemeinschaftsebene Anlass zu Beanstandungen gibt.“

Aktuelle und viel diskutierte Beispiele für Konfliktlagen sind der Streit um die Grundrechts- und Kompetenzkonformität der Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung,³³ die „Francovich“-Doktrin zur Staatshaftung für legislatives Unrecht³⁴ oder die konkrete Reichweite der vom EuGH „geschöpften“ EU-Grundrechte, zuletzt etwa das Verbot der Altersdiskriminierung („Mangold“-Urteil³⁵). In allen diesen Fällen wird gefordert, nunmehr endlich „zu pfeifen“. Speziell mit seinem „Mangold“-Urteil habe der EuGH einer „unkontrollierbaren Entgrenzung zwischen legislativer und judikativer Gewalt“ Vorschub geleistet,³⁶ die nunmehr das Bundesverfassungsgericht auf den Plan rufen müsse.³⁷

Der Substanz dieser Vorhaltungen muss hier nicht nachgegangen werden. Sicherlich dürfte es Luxemburger Entscheidungen geben, die – wie wohl bei jedem Gericht weltweit – mit gewisser Berechtigung als „Fehlurteile“ bezeichnet werden können, im Ergebnis wie in der Begründung. Fehl geht indes der Vorwurf, EuGH und EuG verstünden sich noch heute als „Motoren der Integration“ oder seien auf dem Gemeinschaftsauge blind. Monat für Monat ergehen Dutzende von Entscheidungen mit einem für die (stets beteiligte) EU-Kommission enttäuschenden Ausgang – von der einschränkenden Interpretation der Grundfreiheiten und Kompetenzen über das Wettbewerbs- bis hin zur Aufhebung und Auslegung des europäischen Sekundärrechts.³⁸ Den Vorwurf der Einseitigkeit kann nur erheben, wer sich mit diesen Entscheidungen nicht auseinander gesetzt hat oder sich mit ihnen nicht auseinander setzen möchte. Und auch das vielbeachtete „Mangold“-Urteil mag man aus sachlichen oder dogmatischen Gründen für richtig oder falsch halten;

³³ Zur Konfliktlage sehr präzise *Leutheusser-Schnarrenberger*, Vorratsdatenspeicherung – Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt, ZRP 2007, S. 10 ff.

³⁴ Für eine unzulässige Rechtsfortbildung halten diese Rechtsprechung etwa *von Danwitz*, Zur Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, JZ 1994, S. 340 f.; *ders.*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten – Entwicklung, Stand und Perspektiven der europäischen Haftung aus Richterhand, DVBl. 1997, S. 2 f.; *Dänzer-Vanotti*, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1992, S. 733; *Ossenbühl*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, DVBl. 1992, S. 993. Siehe auch *Cornils*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 1995, S. 247 ff.; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995, S. 312 ff. m.w.N.

³⁵ EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981.

³⁶ *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009.

³⁷ Vgl. *Steiner*, Das Spannungsfeld zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht, EuZA 2009, S. 145 ff.; *Tavakoli/Westhauser*, Vorlegen oder Durchentscheiden?, Kompetenzüberschreitung nationaler Gerichte bei Berechnung der Kündigungsfrist gem. § 622 BGB?, DB 2008, S. 704 f.

³⁸ Vgl. zuletzt nur EuGH, Rs. C-171/07, *Doc Morris*, noch nicht in aml. Slg.; EuGH, Rs. C-480/06, *Interkommunale Zusammenarbeit*, noch nicht in aml. Slg.; EuGH, Rs. C-402/05, *Kadi*, Slg. 2008, I-6351. Für Praktiker wie die Verf. sind Entscheidungen des EuGH ebenso wenig vorhersehbar wie die Judikate des BVerfG.

ultra vires ist es nicht. Generalanwältin *Sharpston* hat zuletzt in ihrem Schlussantrag im Verfahren *Bartsch*³⁹ ausführlich dargestellt, warum das Verbot der Altersdiskriminierung Teil des allgemein anerkannten primärrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes ist, weswegen auch das (wenn auch ohne jeden Zweifel angreifbar begründete) „Mangold“-Urteil des EuGH nicht als „verbotener Legislativakt“ bewertet werden kann.

IV. Konsequenzen einer Ultra-vires-Feststellung

Über die Verhinderung und die Folgen einer Ultra-vires-Feststellung durch das Bundesverfassungsgericht ist viel geschrieben und spekuliert worden.⁴⁰ Sicher ist, dass eine Karlsruher Ultra-vires-Feststellung die EU „an den Rand des Abgrunds führen“ würde, wie es der ehemalige BGH-Präsident *Hirsch* in seinem wegweisenden Beitrag „Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?“ formuliert hat. Denn die EU bezieht Legitimation, politischen Rang und Zukunftsanspruch aus ihrer Eigenschaft als Rechtsgemeinschaft. Der einheitlichen Geltung und identischen Anwendung des EU-Rechts in allen Mitgliedstaaten kommt damit für die Funktionsfähigkeit des Integrationsverbunds schlechthin existentielle Bedeutung zu.⁴¹ Erklärt ein nationales Gericht – einerlei ob das Bundesverfassungsgericht oder ein anderes Verfassungsgericht eines Mitgliedstaats bzw., wo ein solches nicht existiert oder dieses kein Verfassungsmonopol in Sachen Ultra-vires-Feststellung für sich beansprucht, irgendein nationales Untergericht – eine EU-Vorschrift oder ein EU-Urteil für unanwendbar, legt es die Axt an den Zentralnerv dieser Rechtsgemeinschaft. „Nachahmungstäter“ aus anderen EU-Staaten werden nicht auf sich warten lassen; denn dazu ruhen zu viele Augen auf dem Bundesverfassungsgericht und ist dieses europaweit zu angesehen. Eine Karlsruher Ultra-vires-Feststellung wäre mithin gewiss kein bloßes Gerichtsurteil; es wäre ein eminent politischer und ohne jeden Zweifel destabilisierender Akt, dessen Langzeitfolgen unabsehbar wären.

³⁹ Schlussanträge GÄin *Sharpston* zu EuGH, Rs. C-427/06, *Bartsch*, Slg. 2008, I-7245, Nr. 42 ff.

⁴⁰ Vgl. nur *Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 157 ff., 179 ff.; *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen, Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA, 2000, passim; *Oeter*, Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation, VVDStRL 66 (2007), S. 365 ff.; *Hirsch*, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, S. 2460 f.

⁴¹ *Ibid.*, S. 2463.

Durchaus absehbar wäre darüber hinaus, dass die Kommission wohl zwingend ein Vertragsverletzungsverfahren mit allen daraus resultierenden Folgen einleiten müsste. Der Europäische Gerichtshof hat bereits entschieden, dass nationale Gerichtsurteile zum Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens gemacht werden können.⁴² Die Zurückhaltung, die sich die Kommission in den siebziger Jahren aus Respekt vor der richterlichen Unabhängigkeit noch auferlegt hatte,⁴³ hat sie in einer Union mit annähernd 30 Mitgliedstaaten aufgegeben.⁴⁴ Würden EU-Vorschriften oder -Urteile in Deutschland nicht anerkannt („unanwendbar“), hätte die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren schon deshalb einzuleiten, weil sie negative Präjudizien in anderen Mitgliedstaaten vermeiden muss. Gegenstand dieses Verfahrens wäre dann ausschließlich der Bruch des nationalen Gerichts mit dem EU-Recht, nicht aber könnte die (Un-)Gültigkeit desselben vom EuGH im Rahmen der Vertragsverletzungsklage festgestellt werden.⁴⁵

Ein (gegebenenfalls zweites) EuGH-Urteil wäre sodann gemäß Art. 228 Abs. 2 EG oder Art. 260 AEUV mit wohl einschneidenden Finanzsanktionen verbunden (Pauschalbeträge und Zwangsgelder). Diese Finanzsanktionen hätte Deutschland – sofern das Bundesverfassungsgericht nicht doch noch zurückwiche – dauerhaft zu entrichten, weil der beanstandete Verstoß fortwirkt.⁴⁶ Im Falle einer Zahlungsverweigerung könnte die Kommission mit Finanztransfers aufrechnen. Was als „bloßer Justizkonflikt“ begann, würde zwangsläufig zu einem Konflikt über die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten eskalieren. Nur mit einschneidenden, dabei sein eigenes Ansehen bzw. das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts beschädigenden Maßnahmen könnte der (Verfassungs-)Gesetzgeber die beanstandete Bundesverfassungsgerichtsentscheidung revidieren. „Sieger“ in einem solchen Konflikt kann es nicht geben.

⁴² EuGH, Rs. C-129/00, *Kommission/Italien*, Slg. 2003, I-14637, Rdnr. 29 ff.

⁴³ Eingehend *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 40. EL 2009, Art. 226 EG, Rdnr. 69 ff. m.w.N.

⁴⁴ Vgl. nur Fn. 42; ferner *Schäfer*, Verstöße der nationalen Judikative gegen Gemeinschaftsrecht als Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens, JA 2004, S. 525; *Kremer*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft, EuR 2007, S. 470.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-404/00, *Kommission/Spanien*, Slg. 2003, I-6695.

⁴⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-177/04, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2006, I-2461 Rdnr. 60; *Karpenstein/Karpenstein*, (Fn. 43), Art. 228 EG, Rdnr. 37 f. m.w.N.

V. Zurück zum Kooperationsverhältnis!

Vor diesem Hintergrund haben zahlreiche Rechtswissenschaftler gefordert, dem bislang betonten Kooperationsverhältnis zwischen EuGH und Bundesverfassungsgericht konkreten Ausdruck zu verleihen. Mehr als dreißig Juristen aus Wissenschaft, Justiz und Anwaltschaft⁴⁷ haben wenige Tage nach Verkündung des Bundesverfassungsgerichtsurteils angeregt, in das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) eine ausdrückliche Vorlageverpflichtung aufzunehmen:⁴⁸

§ 13a BVerfGG (neu): „Ist in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht die Auslegung der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union oder die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union entscheidungserheblich, ist das Bundesverfassungsgericht zur Vorlage dieser Frage an den Gerichtshof der Europäischen Union verpflichtet.“

Gegenstand und Ziel dieser Vorlagepflicht wäre nun keineswegs eine Art „Unterwerfung des Bundesverfassungsgerichts unter eine fremde Gerichtsbarkeit“;⁴⁹

⁴⁷ Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg; Prof. Dr. Jürgen Bröhmer, University of New England, Australien; Prof. Dr. Christian Calliess, Freie Universität Berlin; Gunther Dieterich, Richter, Hessischer VGH, Kassel; Dr. Donat Ebert, Rechtsanwalt, Fürstenwalde/Budapest; Raphael Epe, Richter, VGH Baden-Württemberg; Europa-Professionell – Sprecher der Hauptstadtgruppe der Europa-Union Deutschland, Berlin; Prof. Dr. Ulrich Fastenrath, Technische Universität Dresden; Bernhard Freisler, Ltd. Regierungsdirektor, Stuttgart; Gertrud Gandenberger, Internationales Forum Burg Liebenzell; Dr. Werner Heermann, Richter, Association of European Administrative Judges, Vice-President, Verwaltungsgericht Würzburg; Prof. Dr. Meinhard Hilf, Bucerius Law School, Hamburg; Dr. Wilfried Holz, Richter, Verwaltungsgericht Karlsruhe; Bernd-Friedemann Joop, Richter, Verwaltungsgericht Dresden; Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Universität Heidelberg; Silke Kaul, Europa-Professionell, Berlin; Dr. Matthias Keller, Vors. Richter, Verwaltungsgericht Aachen; Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg; Prof. Dr. Christian Koenig, Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Bonn; Prof. Manfred Matjeka M.A., Hochschule Ludwigsburg; Prof. Dr. Franz Mayer LL.M., Universität Bielefeld; Dr. Rudolf Mögele, Brüssel; Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice, Humboldt-Universität Berlin; Prof. Dr. Konrad Redeker, Rechtsanwalt, Bonn; Peter Roitzheim, Richter, Verwaltungsgericht Aachen; Dr. Richard Rudisile, Vors. Richter, Verwaltungsgericht Stuttgart; Dieter Rügge, Vors. Richter a.D., Landgericht Detmold; Dr. Dieter Sellner, Rechtsanwalt, Berlin; Dr. Hermann Schöllhorn LL.M.Eur., Stuttgart; Prof. Dr. Christian Schrader, Hochschule Fulda; Prof. Dr. Torsten Stein, Europa-Institut, Universität des Saarlandes, Saarbrücken; Dr. Jörg Ukrow, LL.M.Eur., Landesmedienanstalt Saarland; Jobst von Werder, Rechtsanwalt, Hamburg; Dr. Johannes Wasmuth, Rechtsanwalt, München; Dr. Joachim Wuermeling, LL.M., Staatssekretär a.D., Berlin; ferner die Verfasser dieses Beitrags.

⁴⁸ Der Wortlaut des Aufrufs ist im Internet veröffentlicht worden unter www.whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf (25.11.2009). Siehe dazu auch *Der Spiegel* v. 10.8.2009; *FAZ* v. 10.8.2009 und *Der Tagesspiegel* v. 9.8.2009.

⁴⁹ Im Zuge der Diskussion über die vom BVerfG eingeforderten Begleitgesetze wurde seinen Unterzeichnern – von einem Abgeordneten der Fraktion DIE LINKE – gar „Verfassungs-

ohnehin offenbart viel, wer in solchen Kategorien denkt.⁵⁰ Es geht allein darum, eine dreifache Regelungslücke zu schließen, die aus der (im GG und BVerfGG nicht vorgesehenen) Ultra-vires- und Identitätskontrolle resultiert:

Eine Regelungslücke besteht – erstens – im Verhältnis zum EuGH. Bevor das Bundesverfassungsgericht ernsthaft erwägt, die Axt an die europäische Rechtsgemeinschaft zu legen, muss es sich und den Europäischen Gerichtshof fragen, ob und inwieweit der angenommene Konflikt tatsächlich besteht. So ist es keineswegs selten, dass der Gerichtshof auf die Kritik mitgliedstaatlicher Gerichte reagiert und seine Rechtsprechung ändert,⁵¹ modifiziert⁵² oder mit vertiefenden Begründungen versieht.⁵³ Es ist nicht ersichtlich, was das Bundesverfassungsgericht daran hindern sollte, das mit Art. 234 EG oder Art. 267 AEUV bereitgestellte „Instrument der Zusammenarbeit“,⁵⁴ ebenso wie andere Verfassungsgerichte in der EU,⁵⁵ sinnvoll zu nutzen;⁵⁶ im Gegenteil hat es seine Bindung an Art. 234 EG in der „Solange I-“ und der „Vielleicht“-Entscheidung ausdrücklich betont.⁵⁷ Indes ist

feindlichkeit“ vorgeworfen und die Frage gestellt, ob die unterzeichnenden Hochschullehrer unter Geltung des Radikalenerlasses noch im öffentlichen Dienst hätten verbleiben dürfen, BT-Protokoll Nr. 90 zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union v. 1.9.2009, S. 46 und 71 f.

⁵⁰ So zu Recht die vom Bundestag geladenen Sachverständigen, *ibid.*, S. 48, 51, 57-60, 70, 91 f.

⁵¹ Z.B. EuGH, Rs. C-188/95, *Fantask*, Slg. 1997, I-6783; EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

⁵² Z.B. EuGH, Rs. C-206/94, *Paletta II*, Slg. 1996, I-2357.

⁵³ Z.B. EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur und Factortame*, Slg. 1996, I-1029.

⁵⁴ EuGH, verb. Rs. 297/88 und C-197/89, *Dzodzi*, Slg. 1990, I-3763, Rdnr. 33; EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 8; EuGH, Rs. C-35/99, *Arduino*, Slg. 2002, I-1529, Rdnr. 24.

⁵⁵ Vgl. die EuGH-Vorlagen des Italienischen Corte costituzionale, Rs. C-169/08; des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Rs. C-143/99 und C-171/01 sowie C-465/00; des Belgischen Schiedshofs bzw. Verfassungsgerichtshofs, Rs. C-93/97, C-480/03, C-305/05, C-212/06, C-73/08 sowie C-389/08; und des Litauischen Verfassungsgerichts, Rs. C-239/07.

⁵⁶ So zuletzt auch *Pache*, Das Ende der europäischen Integration?, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie, EuGRZ 2009, S. 297 f.; *Fastenrath*, BVerfG verweigert willkürlich die Kooperation mit dem EuGH, NJW 2009, S. 272.

⁵⁷ BVerfGE 37, 271 (282), *Solange I*: „Inzidentfragen aus dem Gemeinschaftsrecht kann [das BVerfG] selbst entscheiden, sofern nicht die Voraussetzungen des auch für das BVerfG verbindlichen Art. 177 des Vertrags [heute Art. 234 EG] vorliegen.“ BVerfGE 52, 187 (200-202): „Dies zeigt sich in besonders eindringlicher Weise anhand der Kompetenzzuordnungen des Art. 177 EWGV. Sie sind auf ein Zusammenwirken zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten und dem Gerichtshof der Gemeinschaft gerichtet. Sie dienen im Interesse des Vertragszwecks der Integration, der Rechtssicherheit und der Rechtsanwendungsgleichheit einer möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch alle Gerichte im Geltungs-

das Bundesverfassungsgericht kraft Europarechts wohl nur in den seltensten (staatsorganisationsrechtlichen) Verfahren zu einer EuGH-Vorlage verpflichtet;⁵⁸ Verfassungsbeschwerden und konkrete Normenkontrollen sind außerordentliche Rechtsbehelfe bzw. Zwischenstreitigkeiten, die das Bundesverfassungsgericht nicht – und schon gar nicht anstelle der letztinstanzlichen Fachgerichte – zu einer „zusätzlichen letzten Instanz“ werden lassen.⁵⁹ Insofern und insoweit würde der vorgeschlagene § 13a BVerfGG die Vorlageverpflichtung aus Art. 234 Abs. 3 EG, europa- und verfassungsrechtlich unbedenklich, ergänzen.

Eine Regelungslücke besteht – zweitens – im Verhältnis zu den Rechtsschutzsuchenden. Verfassungsstreitverfahren, die eine Ultra-vires- oder Identitätskontrolle zum Gegenstand haben, müssten wegen vorgeflichen und sachnäheren Rechtsschutzes durch die EU-Gerichte stets als unzulässig abgewiesen werden, sofern das Bundesverfassungsgericht die betreffenden Auslegungs- und Gültigkeitsfragen nicht seinerseits dem Gerichtshof vorlegen würde. Eine Verfassungsbeschwerde gegen EU-Rechtsakte etwa, deren Gültigkeit (oder einschränkende Auslegung) der EuGH mangels Vorlage nicht vorab klären könnte, müsste wegen Umgehung des verfassungsprozessualen Grundsatzes der Subsidiarität zurückgewiesen werden. Ebenso erginge es einer Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG; wegen Vorgeflichkeit der sich vor dem Gerichtshof stellenden Gültigkeits- und Auslegungsfragen müsste diese als unzulässig zurückgewiesen werden.⁶⁰

Eine Regelungslücke besteht – drittens – im Interorganverhältnis zwischen den übrigen Verfassungsorganen der Bundesrepublik Deutschland, namentlich dem Bundestag und der ihm aus Karlsruhe verordneten „Integrationsverantwortung“. Konkret sieht diese „Integrationsverantwortung“ die „Verwirklichung eines vereinten Europas“ (Art. 23 Abs. 1 GG) und eine Loyalitätsverpflichtung gegenüber den Organen der Europäischen Union vor: Nach Art. 10 EG oder Art. 4 Abs. 3 EU n.F. haben die Mitgliedstaaten – einschließlich ihrer Gerichte – alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele der Verträge und Union gefährden könnten. Zweifel an der Gültigkeit muss deshalb jedes nationale Ge-

bereich des EWG-Vertrages. Art. 177 EWGV spricht dem Gerichtshof im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedstaaten die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des Vertrages sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftsrechtlichen Akte zu.“

⁵⁸ In Bund-/Länder-, Organstreit- und Parteiverbotsverfahren sowie bei abstrakten Normenkontrollen sind die Entscheidungen des BVerfG mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar. Hier ist es zur Vorlage schon heute verpflichtet, behilft sich jedoch stattdessen mit der (weder im BVerfGG noch im EG-Recht vorgesehenen) Befragung von Beamten der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen des EG-Rechts.

⁵⁹ *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 43), Art. 234 EG, Rdnr. 51 ff. m.w.N.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 85, 191 (203 ff.): Unzulässigkeit der konkreten Normenkontrolle wegen Gemeinschaftswidrigkeit der vorgelegten Vorschrift.

richt, gleichviel ob „letztinstanzlich“ oder nicht, dem EuGH vorlegen, sei es im einstweiligen Rechtsschutz⁶¹ oder in sonstigen Verfahren.⁶² Eine explizite Vorlageverpflichtung würde insofern auch klarstellen, dass sich kein mitgliedstaatliches Organ, auch nicht das Bundesverfassungsgericht, den vom Grundgesetz gesetzten Integrationszielen und der Integrationsverantwortung des Souveräns entziehen kann.

Zusammengefasst: Eine explizite Vorlagepflicht des Bundesverfassungsgerichts wäre keine rein deklaratorische Bestätigung einer ohnehin bestehenden europarechtlichen Vorlagepflicht, sondern eine konstitutive prozessuale Ausprägung des Kooperationsverhältnisses sowie der vom Grundgesetz gewollten und vom Bundesverfassungsgericht anerkannten und nunmehr besonders betonten Europarechtsfreundlichkeit unserer Verfassung. *Audiatur et altera pars.*

⁶¹ EuGH, Rs. C-465/93, *Atlanta*, Slg. 1995, I-3781, Rdnr. 51.

⁶² EuGH, Rs. 314/85, *Foto Frost*, Slg. 1987, 4199, Rdnr. 15-17; *Karpenstein*, Praxis des EG-Rechts, 2006, Rdnr. 21.