



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 61

25.01.2011

Christian Calliess:

Kontrollvorbehalte des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Recht der EU

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



*Prof. Dr. Christian Calliess, LL. M. Eur**

Es handelt sich bei dem nachfolgenden Beitrag um einen Vortrag, den der Verfasser auf der 5. Berliner Rechtspolitischen Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung am 6. und 7. Mai 2010 gehalten hat.

Kontrollvorbehalte des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Recht der EU

I. Einführung

Wenn die Europäische Union ein Bundesstaat wie die Bundesrepublik Deutschland wäre, gäbe es eine Art. 31 GG entsprechende Regelung, die übertragen lauten würde: „Europarecht bricht mitgliedersstaatliches Recht“.

Die Europäische Union ist aber kein Bundesstaat, sie ist etwas ganz Neues, das sich vor dem Hintergrund der schrecklichen Erfahrungen des Zweiten Weltkrieg aus der Erkenntnis des Versagens des klassischen Nationalstaates im Hinblick auf die Friedenssicherung und die politische Kooperation entwickelt hat. Freilich fällt es schwer, dieses Neue mit den traditionellen Begriffen der Staatslehre zu beschreiben. Denn aufgrund der ihr von den Mitgliedsstaaten übertragenen Hoheitsgewalt ist die Europäische Union auch mit den Kategorien einer Internationalen Organisation des Völkerrechts nicht angemessen zu erfassen. Sie wurde daher mit Blick auf das vorrangige und in den Mitgliedsstaaten unmittelbar anwendbare, d.h. mit Durchgriffswirkung auf den Bürger ausgestattete Unionsrecht schon früh als supranational organisierter Zweckverband funktionaler Integration beschrieben.¹ Abgesehen von dieser Supranationalität weist die Europäische Union aber auch vielfältige föderative Elemente, wie wir sie aus der Theorie des Bundesstaates und der bundesstaatlichen Praxis Deutschlands bzw. der Vereinigten Staaten von Amerika kennen, auf. Die Europäische Union bewegt sich so gesehen zwischen dem Ufer der Internationalen Organisation, das sie längst verlassen hat,

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin sowie Inhaber einer Jean-Monnet-Professur für Europäische Integration.

¹ Hans-Peter Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 194 ff.

und dem Ufer der Bundesstaatlichkeit, das sie noch nicht erreicht hat, letztlich – je nach europapolitischer Perspektive – jedenfalls nach der offenen Anlage der europäischen Verträge und des Grundgesetzes auch nicht erreichen muss.

Insoweit sind neue Begrifflichkeiten hilfreich. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Maastricht-Urteil den Begriff des Staatenverbunds geprägt.² Legt man die Betonung auf den Begriff des Verbundes, dann bringt dieser treffend zum Ausdruck, dass die Mitgliedsstaaten in der Europäischen Union zwar Träger von Souveränität bleiben, zugleich aber die Europäische Union eben nicht mehr nur ein loser Bund souveräner Nationalstaaten, sondern vielmehr ein föderativer Verbund ist, in dem insbesondere die Souveränität von europäischer Ebene und Mitgliedsstaaten gemeinsam ausgeübt und die Hoheitsgewalt geteilt wird. Hinzu kommen muss überdies die Perspektive des Verfassungsverbunds. Denn ohne die Verfassung bleibt der Staatenverbund eine zwar hilfreiche, jedoch weitgehend inhaltsleere Beschreibung der Europäischen Union. Denn auch der Staat erhält ja Form und Inhalt erst durch die Verfassung.

Der Begriff des Verfassungsverbunds greift den im Kontext der Europäischen Integration seit geraumer Zeit stattfindenden Konstitutionalisierungsprozess auf, indem er der Tatsache Rechnung trägt, dass die europäischen Verträge – unabhängig von ihrer Bezeichnung – in vielerlei Hinsicht die klassischen Inhalte und Funktionen einer Verfassung aufweisen. Insoweit geht es um ein materielles Verfassungsrecht, das sich im Begriff des europäischen Verfassungsverbundes entfaltet. In diesem ergänzen, beeinflussen und befruchten sich nationales und europäisches Verfassungsrecht gleichermaßen. Das nationale Verfassungsrecht der Mitgliedsstaaten ist inspirierendes Rezeptionsreservoir für die europäische Ebene. Der Europa-Artikel des Grundgesetzes, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG, unterstreicht dies, indem er die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Entwicklung der Europäischen Union an grundlegende Verfassungsprinzipien rückkoppelt: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit und Grundrechtsschutz samt dem bündischen Prinzip der Subsidiarität. Aber auch die europäische Ebene formuliert Werte und Verfassungsprinzipien (vgl. Art. 2 EUV) – es sind dies Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und Wahrung der Menschenrechte – auf die sich die Europäische Union selbst gründet, die aber auch allen Mitgliedsstaaten gemeinsam sein müssen. Nicht von ungefähr sind diese Verfassungswerte Bei-

² BVerfGE 89, S. 155 (184 ff.).

trittsvoraussetzungen (Art. 49 EUV) und können notfalls im Rahmen einer Unionsaufsicht (vgl. Art. 7 EUV) gegenüber den Mitgliedsstaaten durchgesetzt werden. Die Europäische Union, so könnte man es sagen, wird damit zugleich zum Werteverbund.³

Charakteristisch für den so definierten föderalen Verbund ist die geteilte Ausübung von Hoheitsgewalt und die ihre Ausübung bindende Verzahnung der beiden Verfassungsebenen. Zur Verwirklichung der Verfassungswerte und –prinzipien ist ein latentes und loyales Kooperationsverhältnis zwischen nationalen und europäischen Verfassungsorganen, insbesondere zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EuGH erforderlich. Der Verbund ist einerseits vom Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Europäischen Union, der im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung einen Vorrang des europäischen Rechts erfordert, geprägt. Andererseits ist er aber – dem föderalen Gedanken der Subsidiarität korrespondierend – auch vom Gebot der Rücksichtnahme geprägt. Dies gerade auch im Hinblick auf die nationale Identität, zu der seit dem Vertrag von Lissabon explizit die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen sowie die grundlegenden Funktionen des Staates gezählt werden (vgl. Art. 4 Abs. 2 EUV). In diesem Spannungsverhältnis beantwortet sich das hier interessierende Verhältnis zwischen deutschem Verfassungsrecht, das durch das Bundesverfassungsgericht gewahrt wird, einerseits und europäischer Rechtsprechung andererseits.

II. Das Lissabon-Urteil, sein Kontext und seine Hintergründe

In dem so skizzierten Spannungsverhältnis setzte das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁴ Akzente, die von der Mehrheit im Schrifttum (nicht nur in Deutschland) als zu einseitig empfunden wurden.⁵ Und auch aus dem Umfeld des EuGH hörte man besorgte Stimmen, gleichwohl der Tagungsbeitrag des deutschen Richters am EuGH, Thomas von Danwitz⁶, insoweit Grund zur Entwarnung zu geben scheint, weil man langfristig wohl auf eine dialogische Lösung der im Lissabon-Urteil angelegten Reibungspunkte vertraut und –

³ Ausführlich Christian Calliess, Europa als Wertegemeinschaft, JZ 2004, S. 1033 ff.

⁴ BVerfGE 123, S. 267 ff.

⁵ Instruktiver und umfassender Überblick über die Diskussion bei *Matthias Ruffert*, Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – zur Anatomie einer Debatte, ZSE 2009, S. 381 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; später erschienen sind noch die differenziert zustimmenden Beiträge von *Dieter Grimm* und *Rainer Wahl*, Der Staat 2009, S. 475 ff. und 587 ff. sowie die kritischen Beiträge von *Matthias Jestaedt* und *Daniel Thym*, Der Staat 2009, S. 497 ff. und 559 ff.; Jürgen Schwarze, EuR 2010, S. 108 ff.

⁶ http://www.kas.de/wf/doc/kas_21483-544-1-30.pdf, S. 85 ff.

das möchte ich explizit hinzufügen – wohl auch vertrauen kann.⁷ Gerade im Hinblick auf die nationalen Verfassungsgerichte – und insoweit kommt dem Bundesverfassungsgericht im Kontext der Europäischen Union eine für viele Verfassungsgerichte maßstabsetzende Leitrolle zu – stellt sich im föderalen Staaten- und Verfassungsverbund der EU mit Blick auf die einheitliche Anwendung des gemeinsamen Rechts in der Europäischen Rechtsgemeinschaft die zentrale Frage: Wer entscheidet? Und gerade in dieser Frage hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil praxisrelevante Kontrollvorbehalte formuliert.

Insoweit lohnt es sich zu fragen, was der Hintergrund des Urteils, insbesondere aber der Vorbehalte ist. Daran anschließend ist zu überlegen, ob und inwieweit Kontrollvorbehalte nationaler Verfassungsgerichte gegenüber der Europäischen Rechtsprechung legitim sind.

Ein entscheidender Gesichtspunkt des Urteils ist meiner Meinung nach der ungelöste Konflikt zwischen Erweiterung und Vertiefung auf der europäischen Ebene. Angesichts der politischen Notwendigkeiten verständigten sich Mitgliedsstaaten und europäische Institutionen nach dem Fall der Mauer zwischen West- und Osteuropa auf die Formel, die Erweiterung und die Vertiefung der Europäischen Union gleichzeitig voranzutreiben. Die Erweiterung auf 27 Mitgliedsstaaten, geprägt von unterschiedlichen Kulturen, definiert durch unterschiedliche ökonomische und politische Rahmenbedingungen, führt zu einer beträchtlichen Heterogenität der Europäischen Union. Diese Heterogenität stößt auf eine dem Integrationsprozess korrespondierende Vertiefung in politisch höchst sensiblen Bereichen, angefangen von der Währungs- und Wirtschaftspolitik über die damit verbundenen Konsequenzen für die nationale Sozialpolitik, das Entstehen einer immer dichteren europäischen Innenpolitik im Rahmen des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art. 67 AEUV) samt einer über den Binnenmarkt vermittelten Dynamik, die weit in die gesellschaftlich sensiblen Bereiche der Gesundheits-, Verbraucherschutz- und Umwelt- samt Energiepolitik hineinreicht. Es sind diese im Zeitalter der Globalisierung durchaus sinnvollen und notwendigen Kompetenzübertragungen des offenen Verfassungsstaates auf die europäische Ebene, die bei den Bürgern ein Gefühl der Zentralisierung und daran anknüpfend Fremdbestimmung „aus Brüssel“ auslösen.

⁷ Vgl. insoweit den klarstellenden Beitrag von *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.; ders., Fruchtbare Zusammenspiel, FAZ vom 22.4.2010, S. 11.

Hinzu kommen zwei Institutionen, die Kommission und der EuGH, die nach wie vor in ihrer klassischen Rolle als antreibende „Motoren“ der Integration zu wirken scheinen und dabei die Kompetenzordnung, wie sie in den Verträgen angelegt ist, nicht immer ernst genug nehmen. Für die Kommission sehen die Verträge diese Aufgabe immer schon vor, der EuGH aber ist insoweit in den Zeiten europäischer Stagnation in diese Rolle hineingewachsen und muss nunmehr, nach dem vertraglich immer wieder vorgenommenen Kompetenzausbau auf europäischer Ebene, seine neue Rolle als föderales Verfassungsgericht annehmen.⁸ Hintergrund des Lissabon-Urteils ist aber auch die politisch nach wie vor nicht beantwortete Frage der Finalität der Europäischen Union. Diese Frage, die gerade vor dem Hintergrund der Erweiterung politisch auch schwer zu beantworten ist, verbirgt sich hinter dem Platzhalter der „Integration“ als dynamischem Prozess. Dieser Prozess, der in den europäischen Verträgen von Beginn an angelegt und von den Mitgliedsstaaten auch gewollt ist, wurde unter demokratischen Gesichtspunkten umso problematischer, je mehr Kompetenzen den europäischen Institutionen – gerade auch in politisch sensiblen Bereichen – zugewiesen wurden.

III. Integrationsverantwortung und Kontrollvorbehalte

Vor diesem Hintergrund vermögen die Ausführungen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Integrationsverantwortung des Parlaments nicht zu überraschen, insbesondere wenn man sich vor Augen führt, dass das Gericht schon im Hinblick auf den völkerrechtlichen Nato-Vertrag das sog. Konzept des „Vertrages auf Rädern“ problematisiert und insoweit unter bestimmten Voraussetzungen eine erneute bzw. mit Blick auf die Auslandseinsätze der Bundeswehr begleitende Parlamentsverantwortung gefordert hat.

Ähnliches hat das Bundesverfassungsgericht nunmehr unter dem an und für sich überzeugenden Begriff der Integrationsverantwortung für die Rolle von Bundestag und Bundesrat im Rahmen der europäischen Integration eingefordert, dabei aber zwei Tatsachen nicht hinreichend Rechnung getragen. Zum einen wurde der Prozess der europäischen Integration gerade in den letzten Jahren immer wieder im Abstand von wenigen Jahren durch die Vertragsänderungen von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon mit parlamentarischer Zweidrittelmehrheit bestätigt. Zum anderen sieht schon unser Grundgesetz in Art. 23 Abs. 2-6 Mitwir-

⁸ Ausführlich *Torsten Stein*, Richterrecht wie anderswo auch?, in Festschrift Juristische Fakultät der Universität Heidelberg, 1986, S. 619 ff.; *Christian Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929 ff.

kungsrechte von Bundestag und Bundesrat im Hinblick auf die europäische Alltagsgesetzgebung vor. Die notwendige Integrationsverantwortung war demnach bereits im Grundgesetz angelegt, sie wurde vom Bundesverfassungsgericht allerdings im Hinblick auf die sog. kleinen bzw. vereinfachten Vertragsänderungen auf europäischer Ebene verstärkt.⁹ So richtig die Hervorhebung der Integrationsverantwortung insgesamt ist, so problematisch sind die darüber hinausgehenden Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts zur politischen Finalität der Europäischen Union und deren Grenzen im Grundgesetz. Diese Überlegungen waren im Kontext des Vertrages von Lissabon nicht notwendig, so dass sich das in seiner Handlungsfreiheit beschränkte Parlament im konkreten Falle jeweils mit der Frage zu befassen hat, inwieweit die Ausführungen des Lissabon-Urteils insoweit noch zu den verbindlichen, da tragenden Gründen des Urteils gehören.

Abgesehen von der Tatsache, dass die Integrationsverantwortung nicht in Art. 23 Abs. 2-6 GG angesiedelt wird, wird sie aber auch nicht hinreichend in den Kontext des Integrationsauftrages des Grundgesetzes, die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, an der Entwicklung der Europäischen Union mitzuwirken, eingebettet. In der Folge misst das Bundesverfassungsgericht dem Begriff der Integrationsverantwortung einen zu stark defensiv-begrenzenden Ansatz bei, anstatt ihn stärker proaktiv-konstruktiv zu wenden. Der insoweit im Urteil immer wieder hervorgehobene Aspekt der „Europafreundlichkeit“ des Grundgesetzes bleibt immer dann, wenn es im Urteil „zum Schwure“ kommt, oftmals inhaltsleer und ohne sichtbare Konsequenzen.¹⁰ Das wird im Kontext der Kontrollvorbehalte, die sich das Bundesverfassungsgericht in Wahrnehmung seiner Integrationsverantwortung zuweist, ganz besonders deutlich. Sie werden im Lissabon-Urteil nicht nur bestätigt, sondern auch erweitert:

1. Der grundrechtliche Kontrollvorbehalt

Der erste, im Lissabon-Urteil bloß bestätigte¹¹ Kontrollvorbehalt betrifft den Grundrechtsschutz. Dieser ist in der Rechtsprechung Stück für Stück seit dem Solange I-Urteil des Bun-

⁹ Zu den Einzelheiten *Christian Calliess*, Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Parlamentarische Integrationsverantwortung auf europäischer und nationaler Ebene, ZG 2010, S. 1 ff.

¹⁰ Erfreulicherweise hat insoweit der neue Präsident des Bundesverfassungsgerichts in verschiedenen Vorträgen Hinweise gegeben, wie die Europafreundlichkeit künftig in verschiedenen Aspekten konkretisiert werden könnte: *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.; *ders.*, Fruchtbare Zusammenspiel, FAZ vom 22.4.2010, S. 11.

¹¹ BVerfGE 123, S. 267 (399).

desverfassungsgerichts¹² konkretisiert worden und findet sich heute in der Formulierung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG wieder, nach der die Europäische Union einen „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ zu gewährleisten hat. Was „im wesentlichen vergleichbar“ bedeutet, hat das Bundesverfassungsgericht in einem von Schwankungen nicht freien Diskurs mit dem Schrifttum von seiner Solange I- über seine insoweit grundlegende Solange II-Entscheidung¹³ bis hin zur Bananenmarktordnungs-Entscheidung¹⁴ konkretisiert. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Bundesverfassungsgericht sich insoweit eine Reserve- oder auch Notkompetenz zuweist, von der es im Falle eines generell – also unabhängig von einzelnen Entscheidungen – nicht mehr vergleichbaren Grundrechtsschutz durch den EuGH Gebrauch machen kann. Diese Formel, die auch nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG den Integrationsauftrag des Grundgesetzes im Hinblick auf den Grundrechtsschutz begrenzt, formuliert eine Art Auffangverantwortung des Bundesverfassungsgerichts, die im Staaten- und Verfassungsverbund der EU gerade mit Blick auf die gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV und die in Art. 4 Abs. 2 EUV verbürgte nationale Identität, die als Verfassungssouveränität verstanden wird, auch europarechtlich legitim ist. Denn im Verfassungsverbund sind die Verfassungsebenen miteinander verzahnt.

Dies bedeutet in der Praxis, dass Europäischer Gerichtshof und – notfalls – auch nationale Verfassungsgerichte um grundlegende Verfassungsfragen, man könnte auch sagen: Verfassungsstrukturfragen, ringen. Auffangverantwortung bedeutet aber immer auch, dass der EuGH seiner Verantwortung insoweit nicht gerecht geworden sein darf, obwohl er dazu Gelegenheit hatte. Mithin kann das Bundesverfassungsgericht also erst dann einschreiten, wenn der EuGH Gelegenheit hatte, den Fall gerade auch im Lichte der Bedenken des Bundesverfassungsgerichts zu prüfen, was im Zweifel eine Vorlage durch das Bundesverfassungsgericht im Sinne des zum EuGH bestehenden Kooperationsverhältnisses¹⁵ (das im Lissabon-Urteil leider unerwähnt geblieben ist) voraussetzt.

2. Der kompetenzrechtliche Kontrollvorbehalt (Ultra-Vires-Kontrolle)

¹² BVerfGE 37, S. 271 (279 ff.).

¹³ BVerfGE 73, S. 376 (387).

¹⁴ BVerfGE 102, S. 147 (167).

¹⁵ Zurückgehend auf das Maastricht-Urteil, vgl. BVerfGE 89, S. 155 (175).

Im Zentrum des Lissabon-Urteils steht aber die bereits im Maastricht-Urteil angedachte¹⁶ Ultra-Vires-Kontrolle, mit der das Bundesverfassungsgericht eine Zuständigkeit zur Kontrolle europäischer Kompetenzausübung für sich in Anspruch nimmt. Angesichts der Tatsache, dass die europäischen Akteure die Kompetenzordnung einschließlich des Subsidiaritätsprinzips nicht immer ernst genug nehmen, ist die vom Bundesverfassungsgericht beanspruchte Kompetenzkontrolle von ihrem Ansatz her im Europäischen Staaten- und Verfassungsverbund legitim, sie wird jedoch im Hinblick auf die im föderalen Verbund notwendige loyale Kooperation der höchsten Gerichte, die im Interesse der Rechtseinheit, konkret der einheitlichen Anwendung und Geltung des Europarechts in der europäischen Rechtsgemeinschaft unabdingbar ist, entgegen dem vom Bundesverfassungsgericht erhobenen Anspruch nicht hinreichend europarechtsfreundlich ausgestaltet.

Europarechtsfreundlich ist in der Tat der Ansatz, die Entscheidung über die bereits im Maastricht-Urteil formulierte Begrenzung des Vorrangs im Hinblick auf sog. „ausbrechende Rechtsakte“ beim Bundesverfassungsgericht zu monopolisieren. Wenn überhaupt, dann entscheidet also das Bundesverfassungsgericht. Allein bei ihm liegt künftig das Kontrollmonopol hinsichtlich der Ultra-Vires-Kontrolle wie auch der Identitätskontrolle. Problematisch ist jedoch, dass die Ultra-Vires-Kontrolle im Lissabon-Urteil nicht hinreichend im Sinne einer europarechtsfreundlichen Auffangverantwortung ausgestaltet worden ist. Insbesondere bleiben ihre Voraussetzungen zu unbestimmt.

Zwar will das Bundesverfassungsgericht von seiner Ultra-Vires-Kontrollkompetenz nur Gebrauch machen, wenn eine „ersichtliche“ Kompetenzüberschreitung vorliegt. Offen bleibt insoweit aber vor allem, wie das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH im Rahmen der Ultra-Vires-Kontrolle ausgestaltet ist. Weder befasst sich das Bundesverfassungsgericht konkret mit einer insoweit denkbaren Vorlage an den EuGH als Voraussetzung der Ausübung einer Ultra-Vires-Kontrolle, noch definiert es das Merkmal der „ersichtlichen“ Kompetenzüberschreitung genauer. So betrachtet, könnte eine einzige die Kompetenzordnung verletzende Maßnahme der europäischen Institutionen, die vom Europäischen Gerichtshof nicht korrigiert wird, ausreichen, um den Vorrang und damit die einheitliche Geltung des Unionsrechts in den Mitgliedsstaaten seitens des Bundesverfassungsgerichts in Frage zu stellen. Mithin würde eine einzige Maßnahme, ein einziges Urteil des EuGH (etwa das umstritte-

¹⁶ Siehe BVerfGE 89, S. 155 (188, 209 f.); vgl. auch schon BVerfGE 75, S. 223 (240 ff.).

ne in der Rs. Mangold¹⁷), das die Kompetenzordnung möglicherweise missachtet, ausreichen, damit das Bundesverfassungsgericht „in die Bresche springt“.

Angesichts der Tatsache, dass Kompetenzfragen gerade im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip einen gewissen Einschätzungs- und Prognosespielraum mit sich bringen und eingedenk der Tatsache, dass auch der EuGH in einer Entscheidung über eine Zuständigkeit der Unionsorgane oder seine eigenen Kompetenzen einer Fehleinschätzung unterliegen kann, sind die vom Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil formulierten Kriterien der Ultra-Vires-Kontrolle nicht hinreichend europarechtsfreundlich ausgestaltet. Letztlich müssten insoweit ähnliche Kriterien gelten, wie sie das Bundesverfassungsgericht mit seiner Solange II-Rechtsprechung für den Grundrechtsschutz formuliert hat. Wenn dort im Interesse des Integrationsprinzips gefordert wird, dass der europäische Grundrechtsschutz dem deutschen „nur“ „im wesentlichen vergleichbar“ sein muss, dann bedeutet dies, dass den europäischen Institutionen, und insbesondere dem EuGH, ein gewisser Beurteilungs- und Prognosespielraum eingeräumt werden muss, inwieweit die Kompetenzordnung missachtet worden ist. Überdies wird die Formel vom „im wesentlichen vergleichbaren“ Grundrechtsschutz so verstanden, dass es nicht um eine Gewährleistung im Einzelfall, sondern um eine generelle Gewährleistung geht. Mithin muss sich erweisen, dass der Einzelfall Methode hat, dass also die Kompetenzordnung in einer Vielzahl von Fällen missachtet wurde. Erst wenn sich eine Tendenz dergestalt feststellen lässt, dass die EU-Organe einschließlich des nach dem Unionsrecht letztzuständigen EuGH in mehreren Fällen die Kompetenzordnung verletzt haben, sie also strukturell verletzt ist, darf das Bundesverfassungsgericht meiner Meinung nach von seiner Auffangverantwortung Gebrauch machen. Diese muss aber im Hinblick auf Art. 4 Abs. 3 EUV und dem daraus fließenden im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund unabdingbaren Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit immer eine Notkompetenz bleiben muss.¹⁸ Verfassungskonflikte können im Europäischen Verbund nur auf der Basis konstruktiv-kritischer Kooperation zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EuGH gelöst werden. Insoweit ist es auch problematisch, dass das Bundesverfassungsgericht das noch im Maastricht-Urteil hervorgehobene Kooperationsverhältnis¹⁹ mit dem EuGH im Lissabon-Urteil unerwähnt lässt.

¹⁷ EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, S. I-9981; sehr kritisch dazu und zur Rspr. des EuGH allgemein der seinerseits vieldiskutierte Beitrag von Herzog/Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ vom 8.9.2008, S. 8.

¹⁸ Ausführlich dazu *Christian Calliess*, Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen..., ZEuS 2009, S. 559 (565 ff.).

¹⁹ BVerfGE 89, S. 155 (175).

Gerade das Kooperationsverhältnis vermag als Leitgedanke Konflikte zwischen deutschem Verfassungsrecht und europäischer Rechtsprechung einer europarechtsfreundlichen Lösung zuzuführen, insbesondere wenn es um die Frage geht, ob das Bundesverfassungsgericht vor Ausübung seiner Auffangverantwortung dem EuGH im Wege der Vorlage noch einmal die Chance geben sollte, sich zu korrigieren. Vor diesem Hintergrund ist zu hoffen, dass das Bundesverfassungsgericht bei nächster Gelegenheit – etwa in der Entscheidung der anhängigen Verfassungsbeschwerde im Fall Honeywell/Mangold – die Ultra-Vires-Kontrolle im vorstehenden Sinne konkretisiert und damit europarechtsfreundlich ausgestaltet.

3. Die Identitätskontrolle

Einen dritten Kontrollvorbehalt formuliert das Bundesverfassungsgericht mit der sog. Identitätskontrolle. Mit dieser will das Bundesverfassungsgericht prüfen, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gewahrt ist.²⁰ Auf den ersten Blick korrespondiert diese Identitätskontrolle sogar mit dem durch den Vertrag von Lissabon neu eingefügten Art. 4 Abs. 2 EUV, demzufolge die Union die jeweilige nationale Identität der Mitgliedsstaaten achtet, wie sie in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Dem entspricht für die EU ein Achtungsgebot hinsichtlich der grundlegenden Funktionen des Staates, zu denen beispielhaft die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der nationalen Sicherheit gezählt werden. Wenn das Bundesverfassungsgericht im Rahmen eines pauschalen Hinweises auf diese Norm versucht, seine Identitätskontrolle zu legitimieren, so vermag die damit angedeutete Spiegelbildlichkeit in der Wechselbezüglichkeit der Verfassungsebenen im Staaten- und Verfassungsverbund zwar eine gewisse Berechtigung haben, jedoch folgt aus dem Grundprinzip der loyalen Kooperation, dass das Bundesverfassungsgericht die Identitätskontrolle zunächst einmal dem Europäischen Gerichtshof überlassen müsste. Diese Konsequenz zieht das Bundesverfassungsgericht indes nicht.

²⁰ BVerfGE 123, S. 267, Rn. 240 f.

Zuvorderst resultieren meine Bedenken gegenüber der Identitätskontrolle aber daraus, dass sich das BVerfG deren Reichweite – was manche Autoren übersehen (wollen)²¹ – offen hält.²² So gibt es hinsichtlich der Reichweite zwei Interpretationsmöglichkeiten, die man im Ergebnis durchaus als zwei im Urteil angelegte Varianten der Identitätskontrolle bezeichnen kann: Die erste Variante ist eine Identitätskontrolle, die sich eindeutig „nur“ auf den von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Inhalt bezieht. Diese Form der Identitätskontrolle ist unproblematisch, wenn hier nicht mehr gefordert und geprüft wird als im Hinblick auf innerstaatlich veranlasste Verfassungsänderungen. Eine als Auffangverantwortung konzipierte Kontrolle im Hinblick auf die Menschenwürde und die Beachtung der Kerngehalte der Verfassungsstrukturprinzipien des Art. 20 GG (gemeint sind die Kernbereiche von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Bundestaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit) ist im europäischen Verbundsystem schon mit Blick auf den erwähnten Art. 4 Abs. 2 EUV legitim.

Explosiv ist freilich die zweite Variante der Identitätskontrolle, die im Urteil angelegt ist, aber vom BVerfG nicht deutlich herausgearbeitet wird.²³ So formuliert das Gericht, dass die „Vertragsunion souveräner Staaten“ – vom Staatenverbund mit seiner gemeinsam ausgeübten Souveränität²⁴ ist hier nicht mehr die Rede - nicht so verwirklicht werden dürfe, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt.²⁵ Der Gedanke ist an und für sich richtig und korrespondiert auf den ersten Blick mit dem erwähnten Achtungsgebot des Art. 4 Abs. 2 EUV wie auch dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EUV.

Daran anschließend werden von den Richtern des Zweiten Senats jedoch konkrete Bereiche, wie die Staatsbürgerschaft, das Gewaltmonopol, fiskalische Grundentscheidungen einschließlich der Kreditaufnahme, das Strafrecht und kulturelle Fragen beispielhaft aufgezählt und nachfolgend als identitätsbestimmende Staatsaufgaben – man könnte im defensiv-abwehrenden Duktus des Lissabon-Urteils auch nationalen Reservaten sprechen – im Detail

²¹ So etwa *Christian Hillgruber*, Die besseren Europäer, FAZ Nr. 210 vom 10.9.2009, S. 8; ferner *Klaus Ferdinand Gärditz/Christian Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, S. 872 (877 f.)

²² Ausführlich *Christian Calliess*, Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen..., ZEuS 2009, S. 559 (569 ff.).

²³ BVerfGE 123, S. 267, Rn. 244 ff.

²⁴ So noch explizit das Maastricht-Urteil, BVerfGE 89, S. 155 (188 f.).

²⁵ BVerfGE 123, S. 267, Rn. 249.

konkretisiert.²⁶ Zwar bleibt das Urteil hinsichtlich der konkreten Reichweite dieser gekoppelten und eindeutig über Art. 79 Abs. 3 GG hinausreichenden Identitätskontrolle unklar: Auf den ersten Blick scheinen „nur“ künftige Vertragsänderungen erfasst. Schon das ist bedeutsam genug, weil damit sogar der verfassungsändernde Gesetzgeber, der europapolitisch aktiv wird, unter eine über Art. 79 Abs. 3 GG hinausgehende Aufsicht des BVerfG gerät. Jedoch prägt das Urteil in diesem Kontext auch den neuen Begriff der „Veränderung“.²⁷ Kombiniert man diesen mit dem Grundtenor des Urteils, so ist nicht auszuschließen, dass künftig alle Rechtsakte der EU, die einen der genannten Bereiche auch nur berühren, die Identitätskontrolle auslösen können. Dies ist deswegen so brisant, weil über die zugunsten der Bürger unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten, aber auch über die Unionsbürgerschaft im Zusammenwirken der Art. 18, 20 und 21 AEUV²⁸ immer wieder Bereiche berührt werden, die damit zwar in die Zuständigkeit, nicht aber in die europäische Gesetzgebungszuständigkeit fallen. Solche Berührungspunkte gab es schon in der Vergangenheit immer wieder im Bereich der Bildung, aber auch in Kernbereichen der Sozialstaatlichkeit.²⁹ So hätte eine solche zunächst theoretisch anmutende Konfliktlage z.B. erst kürzlich im Bereich der an die nationale Staatsangehörigkeit anknüpfenden Unionsbürgerschaft praktisch relevant werden können. Denn dem EuGH lag mit dem Fall *Rottmann* ein Vorabentscheidungsersuchen des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage vor, ob die gesetzlich vorgesehene Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung in den deutschen Staatsverband mit Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV vereinbar ist, wenn hiermit der Verlust des Unionsbürgerstatus einhergeht.³⁰ Aufgrund der hin und her schwankenden Entscheidung des EuGH³¹ ist der Konflikt dabei diesmal noch nicht offen zutage getreten; Fallkonstellationen, die Bereiche berühren, die nach Ansicht des BVerfG in der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit verbleiben sollen, werden jedoch auch zukünftig auftreten. Mancher könnte versucht sein, nunmehr die Maßnahmen im Rahmen von Finanz- und Eurokrise am Maßstab der Identitätskontrolle überprüfen zu lassen.

²⁶ Zur Kritik an dieser Aufzählung vgl. nur *Matthias Ruffert*, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, DVBl. 2009, S. 1202 (1204 f.).

²⁷ BVerfGE 123, S. 267, Rn. 236, 238, 243, 409.

²⁸ Dazu *Christian Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/ Huber (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR Beiheft 1/2007, 7 ff.

²⁹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-147/03, Slg. 2005, I-5969 – Hochschulzugang; Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 – *Grzelczyk*; Rs. 293/83, Slg. 1985, 593 – Gravier.

³⁰ BVerwG, 5 C 13.07 – Beschluss vom 18. Februar 2008.

³¹ EuGH, Rs. C-135/08 – *Rottmann*, Urteil vom 2. März 2010, n.n.i.Slg.

Man kann die Auseinandersetzung mit dieser im Urteil angelegten zweiten Variante der Identitätskontrolle freilich als „hysterische“ und „ins Maßlose gesteigerte, die Autorität des Gerichts in Frage stellende Kritik“ von naiven Berufseuropäern brandmarken und eine „Kampagne“ wittern.³² Wer dies – ohne inhaltliche Auseinandersetzung – tut, entzieht sich aber einem notwendigen Diskurs, der sogar von jenen Interpreten des Lissabon-Urteils befördert wird, die dem zuständigen Berichterstatter wissenschaftlich verbunden sind. So schreibt etwa ein im Themenfeld des Urteils beim Berichterstatter habilitierter und mit dieser Arbeit im Urteil zitierter Kollege³³, der sich in den Medien und in seinen wissenschaftlichen Beiträgen als ehemaliger Mitarbeiter am BVerfG zitieren lässt³⁴ unter Hinweis auf Rn. 249 des Urteils³⁵:

„Die Identitätskontrolle wird in der Verfassungsrechtspraxis eine Bedeutung im Zusammenhang mit der Aufzählung notwendiger Staatsaufgaben erlangen. Denn was die in Art. 1 und 20 GG verfassten Grundsätze in einem konkreten Streitfall bedeuten, muss durch eine erhebliche Auslegungsleistung ermittelt werden. Das Gericht gibt an anderer Stelle den entscheidenden Hinweis: ‚Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten.‘“

Bestätigt werden Befürchtungen hinsichtlich der hier allein kritisierten zweiten Variante der Identitätskontrolle, die an – das sei nochmals betont – nicht vom Grundgesetz, sondern vom Zweiten Senat des BVerfG definierte identitätsbestimmende Staatsaufgaben anknüpft, durch das Urteil des Ersten Senats des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung. Hier findet sich in Rn. 218 die im konkreten Fall nicht relevante, aber in die Zukunft weisende Äußerung:

³² So Christian Hillgruber in seinem Beitrag „Die besseren Europäer“, FAZ Nr. 210 vom 10.9.2009, S. 8, in Antwort auf meinen Beitrag „Unter Karlsruher Totalaufsicht“, FAZ Nr. 198 vom 27.8.2009, S. 8, mit dem er sich aber leider nur unter dem Aspekt der (von der FAZ formulierten) Überschrift, nicht aber inhaltlich auseinandersetzt.

³³ BVerfGE 123, 267, Rn. 225.

³⁴ Frank Schorkopf, Der Mensch im Mittelpunkt, FAZ Nr. 162 vom 16.7.2009, S. 6; vgl. auch den Artikel „Wut und Tränen“, Der Spiegel 28/2009, S. 28 (29).

³⁵ Frank Schorkopf, Die Europäische Union im Lot – Karlsruher Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2009, S. 718 (722).

Die Einführung der Telekommunikationsverkehrsdatenspeicherung kann damit nicht als Vorbild für die Schaffung weiterer vorsorglich anlassloser Datensammlungen dienen, sondern zwingt den Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung. Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland (vgl. zum grundgesetzlichen Identitätsvorbehalt BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 u.a. -, juris, Rn. 240), für deren Wahrung sich die Bundesrepublik in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss. Durch eine vorsorgliche Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten wird der Spielraum für weitere anlasslose Datensammlungen auch über den Weg der Europäischen Union erheblich geringer.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Nicht nur mit Blick auf die europäische Rechtseinheit sind die im Lissabon-Urteile formulierten, in ihrer Reichweite zu unbestimmt gebliebenen Prüfvorbehalte des BVerfG, die zu einer Unanwendbarkeit des Unionsrechts in Deutschland und damit zu einer Erosion des Anwendungsvorrangs führen können, problematisch. Vielmehr fordert auch das Grundgesetz in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG die konstruktive Mitwirkung Deutschlands an der Entwicklung der EU. Dieser auch vom BVerfG anerkannte, mit dem Grundsatz der „Europafreundlichkeit“ umschriebene Verfassungsauftrag ermöglicht notwendige Anpassungen an europäische Vorgaben, formuliert in der Tat aber auch die vorstehend bereits erwähnten, notwendigen Grenzen. Diese Grenzen formulieren wichtige Strukturvorgaben für die Gestaltung der EU und des vereinten Europas, an dem Deutschland mitwirken darf und soll. Insoweit steht dem BVerfG in der Tat eine Auffangverantwortung zu, die es aber in loyaler Kooperation mit dem EuGH wahrnehmen muss. Dies bedeutet nicht nur, dass das BVerfG dem EuGH mit Blick auf das Vorlageverfahren (Art. 267 AEUV) eine Chance zur Korrektur geben muss, sondern auch, dass eine Ultra-Vires-Kontrolle sich hinsichtlich der Kriterien an der Solange II-Rechtsprechung orientieren sollte, mit der Folge, dass nicht schon ein einmaliger Kompetenzverstoß der Unionsorgane ausreicht, um den die Rechtseinheit in Europa gewährenden Vorrang des Unionsrechts auszuhebeln. Mit anderen Worten müssten also mehrere Kompetenzverletzungen dazu führen, dass sich die vertraglich vorgesehene Kompetenzordnung zu Lasten der Mitgliedstaaten verschiebt. Im Sinne der auch vom Bundesverfassungsgericht immer wieder betonten Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes scheint eine dahingehende konkretisierende Anpassung der Ultra-Vires-Kontrolle, etwa im Fall Honeywell/Mangold wünschenswert, wenn nicht sogar geboten.

Im Hinblick auf die vom BVerfG im Urteil aufgeführten identitätsbestimmenden „Staatsaufgaben“ ist zu bedenken, dass diese im Lichte des Art. 23 Abs. 1 GG betrachtet keine „nationalen Zuständigkeitsvorbehalte“ – aus der eher defensiven Perspektive des BVerfG könnte man auch von „nationalen Reservaten“ sprechen – begründen können. Sie können in dieser Form nicht ohne weiteres über Art. 79 Abs. 3 GG – einer Norm, die Deutschland vor dem Abgleiten in eine Diktatur schützen soll – zu Bereichen nationaler Identität erklärt werden und so an der vom Bundesverfassungsgericht beanspruchten Identitätskontrolle teilhaben. Zur nationalen Identität können im Ergebnis also nur jene Bereiche gezählt werden, die Art. 79 Abs. 3 GG

explizit benennt. Nur Eingriffe in diese Bereiche können daher auch der Identitätskontrolle unterliegen, was das Bundesverfassungsgericht in seiner expliziten Auslegungsvariante auch selbst betont.³⁶ Hält sich ein neuer Vertrag an die Leitplanken des Art. 23 Abs. 1 GG, indem er die in ihnen formulierten Strukturvorgaben optimiert, dann steht er – wie der Vertrag von Lissabon – in Übereinstimmung mit Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG. Erst wenn die absolute Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG durch Vertragsänderungen erreicht wird, man also – bei einer Vorstellung vom Integrationsprozess als Straße samt Leitplanken – vor einem verschlossenen Tor steht, kann die Identitätskontrolle einsetzen, im Rahmen derer dann zu prüfen ist, ob im konkreten Falle tatsächlich in die Verfassungsidentität eingegriffen wird. Wann dieses Tor erreicht ist, bestimmt sich aber allein nach den auch für innerstaatliche Verfassungsänderungen geltenden Kriterien des Art. 79 Abs. 3 GG. Mit anderen Worten kann hier nur ein und dieselbe, nicht aber eine unterschiedliche Grenze gelten.

³⁶ BVerfGE 123, S. 267, Rn. 240, vgl. aber eben auch daran anknüpfend Rn. 244 ff.