



*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. 133

11.10.2021

Christian Calliess:

Primacy of Union Law and Control of Competences: Challenges and Reforms in the Light of the German Constitutional Courts PSPP-Ruling and the EU Commission's Treaty Infringement Proceeding

Vorrang des Unionsrechts und Kompetenzkontrolle im europäischen Verfassungsgerichtsverbund: Zuständigkeiten und Reformen zwischen BVerfG und EuGH im Lichte des Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission

Zitiervorschlag:

VerfasserIn, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. XX, S. XX.



Christian Calliess*

Dieser Beitrag ist in deutscher Fassung in der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) 2021, S. 2845-2851 unter dem Titel „Vorrang des Unionsrechts und Kompetenzkontrolle im europäischen Verfassungsgerichtsverbund“ erschienen und ist im Anschluss an diesen englischsprachigen Beitrag zu finden.

The English version of this article is a translation of the German version published in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2021, S. 2845-2851 under the title „Vorrang des Unionsrechts und Kompetenzkontrolle im europäischen Verfassungsgerichtsverbund“, which can be found at the end of this document. following the English version.

Since the EU Commission initiated an infringement proceeding in June this year against Germany concerning the alleged infringement union law by the BVerfG's ECB ruling of 5 May 2020, the tussle for precedence and final decision-making authority in the European constitutional order shows no sign of abating. No matter how strictly the ECB's purchase programme (PSP) and related case law of the ECJ is assessed, the BVerfG's refusal to conform to the ECJ's binding preliminary ruling concerning PSP is bound to lead down a path of undesirable consequences. As such, in the light of Article 4 (2) TEU and Article 23 (1) GG, such ruling could only have been viable by way of an assertion for respect for the German constitutional identity within the meaning of Article 79 (3) GG as a last resort. The Conference on the Future of Europe promises an array of possible reforms and therewith an opportunity to defuse this tension. These reforms range from imposing a binding test grid for the European competence test to a concretisation of the requirements of Article 5 TEU as well as procedural changes in the relationship between the ECJ and the BVerfG. Finally, even the establishment of a European Judges' Platform to further dialogue and consultation will be debated.

I. Introduction

The German federal Constitutional Courts' ruling¹ on ECB's purchase of government bonds has triggered a palpable unrest in the European constitutional court network. The Second Senate

* The author holds the Chair of Public Law and European Law at Free University of Berlin (europarecht@fu-berlin.de) and was involved in the ESM and OMT proceedings before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice as one of the legal representatives of the German Bundestag.

¹ BVerfG, Urt. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 et al., NVwZ 2020, 857 et seq.; in principle agreeing *Kahl*, NVwZ 2020, 824 et seq.; *P. Kirchhof*, NJW 2020, 2057 et seq.; differentiating *Ludwigs*, EWS 2020, 186; predominantly critical *Calliess*, NVwZ 2020, 897 et seq.; rejecting *Pernice*, EuZW 2020, 508 et seq. each with further references.

opines that in order for it to not be ultra vires, the ECB ought to have listed, weighed and balanced the monetary policy objective and the economic policy effects of the PSPP programme within the framework of a proportionality test which, in its opinion, it did not do. The Second Senate noted that the Court of Justice of the EU (ECJ), which was called upon by the BVerfG by way of preliminary ruling proceedings, did not take the ECB to task under its ruling of 11 December 2018.² The BVerfG, thus considers that not one but two EU institutions have acted ultra vires and therefore the concerned monetary policy cannot have binding effect in Germany.

On 9 June 2021, a little over a year since the BVerfG's PSPP ruling, the Commission, as "guardian of the Treaties" (Art. 17 (1), second and third sentences of the TEU), has initiated infringement proceedings against Germany pursuant to Article 258 TFEU i.e., a letter of formal notice to Germany requesting it to submit its observations as a start. In its notice, the Commission asserts that the BVerfG has denied legal effect to a judgment of the ECJ and has thus violated the principle of the primacy of EU law. In its decision of 29 April 2021, the Commission acknowledges that while the BVerfG has since rejected two applications for enforcement of its own PSPP judgment of 5 May 2020,³ this rejection does not cure the violation of the principle of the primacy of EU law which has occurred due to its original ruling. On the contrary, it sets a dangerous precedent for itself as well as for constitutional courts of other member states to follow.⁴ Germany now has two months to respond to this notice. If the response does not satisfy the Commission, it may come back with a formal request, a so-called reasoned opinion addressed to Germany, which will necessitate a further response. If a solution is not found, the matter could be referred to the ECJ for a final ruling. Non-compliance with this final ruling could lead to a fine.

The infringement proceeding under Article 258 TFEU can be understood as taking place in two stages. At the first stage, the Commission must deliver a reasoned opinion after granting the State an opportunity to submit observations. If the state complies, the proceeding comes to an end. If the state doesn't comply, the Commission has two options, it may decide to drop the matter or it may bring it before the ECJ for a ruling. The discretion vested in the Commission

² ECJ, Case C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – White; on this, *Ludwigs*, EWS 2019, p. 1 and, in the run-up, *ibid.*, NJW 2017, 3563 (3565 f.).

³ ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210429.2bvr165115.

⁴ Cf. on the pros and cons the contributions by *Pernice* and *Möllers*, *Verfassungsblog.de* of 16.5.2020 (available online), *Calliess*, NVwZ 2020, 897 (903 f.); as well as currently critical *Burgi et al.*, Europe's self-assertion! The Commission's infringement proceedings must not be pursued. It lays the axe to the foundations of European integration. An appeal by 29 constitutional lawyers. FAZ Einspruch, 4 July 2021 (available online); *Ruffert*, Interview JuS 8/2021.

as to the second stage is evident by the use of optional language in Article 258 (2) TFEU (“may”). As to the first stage, it may be argued that the Commission is always obliged to initiate proceedings in cases of infringement, but opinions differ in view of the Commission’s discretionary power in the wording of Article 258 (1) TFEU; mediatorially, an exception for minor cases and fundamental institutional conflicts is advocated.⁵

That said, which cases merit an infringement proceeding is not always easy to predict. Theoretically, the Treaties command that the principle of equal treatment must always apply in Commissions’ treatment of Member States. The abovementioned infringement proceeding against Germany may be said to be comparable to a similar (but not identical) case previously brought against France.⁶ On the other hand, in certain instances the Commission chose not to take action against clearly ultra vires decisions of the Danish and Czech Constitutional Courts.⁷ One must also not forget the infringement proceedings against Hungary and Poland, which are not comparable to the subject matter at hand at all: for in Poland and Hungary’s case, a threat to the rule of law (value enshrined under Art. 2 TEU) indicates that the political procedure of Article 7 TEU is in the foreground. Indeed, the Commission has so far not opted for parallel systemic infringement proceedings against MS in addition to the Article 7 TEU procedure when there has been a violation of Article 2 TEU values. The irony however is difficult to miss: the rule of law value of the EU contemplates independent national judiciary performing their respective functions. While for Hungary and Poland, it is about preventing political influence by the Government on their constitutional courts,⁸ infringement proceedings against Germany are aimed at obliging the German federal government to compel compliance by the BVerfG.

The Federal Government in Germany, as the addressee of the infringement proceedings, is thus caught in a difficult political and constitutional dilemma. Against this background, this paper attempts to place the conflict of jurisdiction between the ECJ and the BVerfG in the legal and political context and outlines possible solutions.

⁵ See *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 6th edition 2021, Art. 258, marginal no. 40 ff. with further references.

⁶ Concerning the French Conseil d’État: ECJ, Case C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811, para. 100 et seq.

⁷ *Dansk Industri/Ajos*, No 15/2014, 6.12.2016; *Landtová*, Pl. ÚS 5/12, 31.1.2012.

⁸ v. *Bogdandy*, ZaöRV 2019, 503 et seq.; overview from practice: *Wunderlich*, EuR 2019, 557 (570 et seq.) with further references.

II. The constitutional context

The mothers and fathers of the Basic Law (*Grundgesetz*, GG) saw Germany's future to be an open constitutional state that integrates itself into the "project of the West".⁹ Thus its integration into the (Western) European community of states together with its system of values defined by democracy, the rule of law and the social market economy is in line with the constitutional vision. The Basic Law enshrines open statehood in the Preamble, Article 25 GG as well as in Article 24 GG, which allows for the transfer of sovereign rights to the EU. This transfer was further concretised in the run-up to the Maastricht Treaty by the special provision of Article 23 GG. This conception of the open constitutional state in this manner was almost visionary given the economic, social globalisation and the accompanying internationalisation as well as Europeanisation of traditional state tasks. Today, the European policy in particular has long since ceased to be "merely" foreign policy but has taken the form of – as the rights of participation of the Bundestag and Bundesrat in Article 23 of the Basic Law make clear – "Europeanised domestic policy".¹⁰

We must however not get too ahead of ourselves. The EU is not a federal state. It does not have the so-called "competence competence" typical of sovereign states as it derives its authority from the member states. Union law, therefore, does not break national law. Nevertheless, the EU must be able to function in its field of competences. In order for EU law to be applied uniformly, a priority in application over national law is envisaged in the Treaties as the ECJ rightly gleans.¹¹ Coupled with direct effect, i.e., its immediate justiciability of union law as regards citizens, the primacy of application of Union law single handedly distinguishes the EU from the classical international organisations.

Despite the wealth of competences conferred upon the EU by the national parliaments through the Treaties of Maastricht, Amsterdam, Nice and finally Lisbon (Art. 23 GG requires a 2/3 majority to amend the constitution in each case) and correspondingly democratically legitimized institutional structure, based on the directly elected European Parliament and the national parliaments controlling the governments in the Council (Art. 10 para. 2 TEU), it is evident that the EU has not developed into a federal state, but a new kind of pre-federal entity, which can be described as a union of states and constitutions. This union is not only committed to the

⁹ *Winkler*, *Der lange Weg nach Westen II, Vom Dritten Reich bis zur Wiedervereinigung*, 2014, 126 ff.

¹⁰ *Calliess*, in: *Isensee/Kirchhoff* (eds.), *Handbuch StaatsR Bd. IV*, 3rd ed. 2006, § 83.

¹¹ ECJ, Case C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 = NJW 1964, 2371 – *Costa/E.N.E.L.*

principle of subsidiarity (Art. 5 TEU) but is also characterised by the imperative of mutual consideration (Art. 4 TEU).¹²

Unlike in a federal state, there are no explicit hierarchies in the relationship between the European Court of Justice and national constitutional courts in the EU. There are also no means comparable to federal supervision and federal coercion in the European association. For its functioning, the EU is therefore dependent on loyal cooperation between national and European institutions (cf. Art. 4 para. 3 TEU). Since the integration and cohesion of the EU is essentially based on law – the first German Commission President Walter Hallstein aptly spoke of a community of law – the third power has a special role to play.

Through the preliminary ruling procedure of Article 267 TFEU which outlines an obligation to refer cases to the courts of last instance, national courts together with the ECJ form a judicial network.¹³ In this network, national and European courts carry out respective allocated tasks pursuant to the principle of loyal cooperation; not in the spirit of competition, but of cooperation and dialogue. In this respect, being at the apex of the EU, the ECJ acquires a prominent role in the network having the final say in all matters of EU law. Deriving jurisdiction from Article 19 (1) TEU to interpret and apply Union law within the framework of centralised (Art. 263 TFEU) and decentralised (Art. 267 TFEU) legal protection. This means, tasked as the authority interpreting and applying EU law, the ECJ enjoys the sole mandate to declare any Union law as unlawful. At the same time, according to Article 4 and 5 TEU, the ECJ must fulfil its role as a federal court of jurisdiction and thus graduate from its earlier (legitimate) role as the “motor” of European integration in an EEC which could be rightly seen to be underdeveloped with a view of its ambitious treaty goals.¹⁴

III. Reservations of control by the BVerfG and constitutional identity as the limit of the primacy of application

Until now, the ECJ’s authority has mostly withstood challenges from national courts. Indeed, the BVerfG has always deferred to the primacy of application of Union law with only certain

¹² For an overview, see *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, p. 43 ff. with further references.

¹³ *Vofskuhle*, NVwZ 2010, 1 ff.; from the perspective of the ECJ: *von Danwitz*, ZRP 2010, 143 ff.

¹⁴ *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2nd ed. 1999, p. 297 ff.

reservations:¹⁵ concerning the protection of European fundamental rights¹⁶, as well as regard to the exercise of European competence (“ultra vires control”)¹⁷ and the protection of Germany’s constitutional identity outlined in the Basic Law.¹⁸ However, these three reservations were linked by the BVerfG to strict requirements and thus designed in the sense of a catch-all responsibility.

As to the third aspect: that primacy of application of union law is circumscribed by respect for constitutional identity of MS is recognised by Article 4 (2) TEU as well as in a plethora of cases of the ECJ and national constitutional courts (at least in principle).¹⁹ This means that the EU is required to respect the fundamental political and constitutional structures (including federalism and local self-government) as well as the core functions of the state. For Germany, in the Basic Law, the constitutional identity is reflected in the eternity clause of Article 79 (3) GG via Article 23 (1) sentence 3 GG.²⁰ Accordingly, the (control) reservation of identity corresponds – in agreement with the predominant opinion in the literature and the Lisbon ruling of the BVerfG (the subsequent case law is unfortunately less clear in this respect)²¹ – to Article 4 (2) TEU. In the European constitutional court network, this norm becomes key in the case of jurisdictional conflicts, setting the framework for legitimate reference to national constitutional identity. Consequently, raising objection to EU law in order to preserve national constitutional identity, coupled with the duty of loyal cooperation in the Treaties, ought to be concretised by way of dialogue of the courts in individual cases. As a special manifestation of the EU’s duty of consideration, Article 4 (2) TEU enshrines that only those aspects (and not all) lying at the very core of the Member States constitutional identity are worthy of absolute protection; in all other cases a careful balancing between Member State and European interests is to be reckoned with.²²

And precisely here lies the real challenge of the PSPP ruling for the Constitutional Court network. For in this case the dispute concerns ultra vires control (exceeding of competences by the EU, specifically the ECB), which – as the BVerfG itself assesses – does not impact aspects of

¹⁵ Explaining in context *Huber*, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, 2014, p. 13 ff.; differentiating *Calliess*, *NVwZ* 2019, 684 (689 ff.).

¹⁶ BVerfGE 37, 271 (279 ff.); BVerfGE 102, 147 (161 ff.).

¹⁷ BVerfGE 89, 155 (188); BVerfGE 126, 286 (302 ff.).

¹⁸ BVerfGE 123, 267 (353 ff.).

¹⁹ Cf. *Weber*, *Europäische Verfassungsvergleichung*, 2010, p. 403 ff.; specifically, the country reports in *Calliess/van der Schyff*, *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, p. 41 ff.

²⁰ BVerfGE 135, 310 (386); even more ambiguous: BVerfGE 123, 267 (para. 218 vs. para. 236 ff., 249, 409).

²¹ BVerfGE 123, 267, marginal no. 240; on this *Calliess*, *NVwZ* 2019, 684 (691) with further references.

²² *Vofßkuhle*, *NVwZ* 2010, 1 (3); in-depth *Wischmeyer*, *AöR* 2015, 415 (450 ff.).

German constitutional identity.²³ In the light of the European law friendliness of the Basic Law, which the BVerfG has rightly emphasised time and again, it would have been obvious to limit the ultra vires control – not against the ECB’s actions, but against the ECJ’s ruling in the preliminary ruling proceedings following the BVerfG’s submission – to the unchangeable and integration-proof core of the Constitution (Art. 79 (3) GG).

The procedural prerequisite for this, due to the Basic Law’s friendliness towards European law (Art. 23 para. 1 sentence 1 GG) and the duty of loyal cooperation pursuant to Article 4 para. 3 TEU in conjunction with Article 267 para. 3 TFEU, dictates that a constructive dialogue must take place beforehand.²⁴ If this dialogue has failed can the BVerfG make use of its responsibility to take action and override the primacy of application of EU law by invoking preservation of its constitutional identity as the last resort.²⁵

As a special manifestation of the EU’s duty of consideration, Article 4 (2) TEU is based on the concept that the Member States’ identity is only in its core an absolutely protected legal interest; in all other cases, a careful balance between Member State and European interests is required.²⁶ Accordingly, the final determination of the reservation of identity in the association of states and constitutions and its judicial application in the corresponding association of constitutional courts requires the interaction between both constitutional levels in the sense of a constitutional system that goes beyond Article 4 para. 3 TEU and Article 23 para. 13 in conjunction with Article 79 para. 3 of the Basic Law.²⁷

In this sense, the coupling of the Federal Constitutional Court’s ultra vires review with the identity review, which was indicated by the BVerfG at various points in its OMT decision – which is compatible with Article 4 (2) TEU showed promise: “*Structurally significant are transgressions of competence in particular, but not only, if they extend to subject areas which count towards the constitutional identity of the Federal Republic of Germany protected by Article 79 (3) GG or which are particularly dependent on the democratic discursive process in the Member States*”.²⁸ Accordingly, the Karlsruhe judges emphasised that “*within the framework of the existing cooperation relationship (...) the Court of Justice (is) responsible for*

²³ BVerfG, Urt. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, NVwZ 2020, para. 116, 228.

²⁴ Very critical of the practice: *Kahl*, NVwZ 2020, 824 (826 f.).

²⁵ For an overview, see *Calliess*, NVwZ 2019, 684 (689 ff.) with further references.

²⁶ *v. Bogandy/Schill*, ZaöRV 2010, 701 (725); *Vofßkuhle*, NVwZ 2010, 1 (3); similarly *Wischmeyer*, AöR 2015, 415 (450 ff.).

²⁷ *Burchardt*, Die Rangfrage im europäischen Normenverbund, 2015, p. 298 f.; *van der Schyff*, European Law Review 2012, 563 (568); *Pernice*, AöR 136 (2011), 185 (211 ff., 216).

²⁸ BVerfGE 134, 366, marginal no. 37 with reference to BVerfGE 126, 286 (307).

*interpreting the measure. The Federal Constitutional Court, on the other hand, is responsible for determining the inviolable core area of constitutional identity and for examining whether this measure (as interpreted by the Court) encroaches on this core area.*²⁹ Accordingly, sufficiently qualified transgressions of competences would have to violate the identity of the national constitution at the same time, so that the ultra vires review represents a special case of application of the general protection of the national constitutional identity, which retains³⁰ its character as a procedurally independent review procedure, but then can only have the potential to override the primacy of Union law in the case of a simultaneous violation of the constitutional identity.³¹

No matter how strictly one assesses the ECB's policy and the connected ECJ's case law in this regard, does not afford the BVerfG the leeway to bluntly disregard the binding preliminary ruling and the primacy of application of Union law in its PSPP ruling. For this reserve competence of the BVerfG can, in the light of Article 4 (2) TEU and Article 23 (1) GG, only be considered as a last resort if the German constitutional identity within the meaning of Article 79 (3) GG would have been affected. In that case, right course of action would have meant making a further reference for preliminary ruling pursuant to Article 267 (3) TFEU, with the question of whether the ultra vires measure of an EU institution (in this case the ECB) at issue is suitable to violate the constitutional identity pursuant to Article 4 (2) TEU in the light of the ECJ's decision finding it lawful. In the present instance, the BVerfG has however, regrettably again turned away from this classification of ultra vires control, which would have been compatible with Article 4 (2) TEU.³²

IV. Perspectives and possible solutions

1. politics, the order of competences and the third power

The question of division of competences has gained importance since the fundamental change to the majority voting principle in the Council of the EU. With no right of veto and the contractual expansion of the EU's competences, (in particular through the Treaty of Maastricht and the Treaty of Lisbon), the principles outline the boundaries of the Union's competences, as

²⁹ BVerfGE 134, 366, marginal no. 27.

³⁰ This can be concluded from: BVerfGE 142, 123, marginal no. 153.

³¹ However, the BVerfG does not explicitly draw this conclusion.

³² BVerfG, Urt. v. 5.5.2020, 2 BvR 1651/15, NVwZ 2020, 857, para. 112-118.

expressed in particular in Articles 4 and 5 TEU have come to be hotly debated.³³ As a result, the ECJ is forced to decide on questions of competence amidst significantly political contexts with equally strong arguments at either side of the debates.³⁴ In this respect, it is of consequence that the EU – despite the structural parallels – is not a classic federal state.³⁵ As a result of this tension, the relationship between the EU and its member states is rendered correspondingly more fragile. Therefore, the question of the classification of competences demands to be dealt with corresponding sensitivity if the success of integration, and the EU itself, is to be preserved. In this scenario if the ECJ were to take a step back – as the German BVerfG has refrained in the from deciding legal disputes on the exercise of competences under Article 5 TEU as to their political character with regard to Article 72 (2) of the Basic Law³⁶, it could be seen to lose credibility as guarantor of the community based on the rule of law, which might even lead to multiple national constitutional courts – as the BVerfG already indicated in its Maastricht ruling – happily following suit. If that happens, this would call into question the primacy of EU law as well as the constitutional architecture of the EU.³⁷ Considering this, in the run-up to the Constitutional Convention, the Court of Justice finds itself in a position similar to that of a constitutional court in federally organised states: It can and must decide disputes as to which competences have been conferred to the EU at the ‘central’ level, and which remaining with the member states at the national level.³⁸

Often times however, conflicts as to division of competences arise because the treaties outline broad objectives but do not confer competences necessarily broad enough to attain those objectives, a problem which has not been resolved by the member states politically.³⁹ This becomes particularly clear with regard to the rulings of the BVerfG concerning the purchase of government bonds by the ECB: Through the OMT and PSPP programs, the ECB acted to the speculating financial markets in order to bide time so that MS could have opportunity to politically agree on the necessary reforms to stabilise the euro area and minimize damage. Instead of taking up the Commission’s reform proposals up to the so-called 5-Presidents’ Report of June 2015

³³ *Calliess*, Die neue EU, 2010, p. 1 ff. and 15 ff.

³⁴ *Wolf-Niedermaier*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik: Der Einfluß des EuGH auf die föderale Machtbalance zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, 1997, esp. p. 266 ff.

³⁵ *v. Bogdandy*, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, p. 9 ff.; *Martin y Pérez de Nanclares*, ZEuS 2001, p. 595 ff.; *Calliess*, Die neue EU, 2010, p. 43 ff.

³⁶ *Crit. Calliess*, DÖV 1997, 889 ff.

³⁷ See already *Weiler*, Journal of Common Market Studies 1993, p. 427 (434 ff.).

³⁸ *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2nd ed. 1999, p.297 ff.

³⁹ In detail *Calliess*, Öffentliche Güter im Recht der EU, 2021, pp. 19 ff. and 45 ff. (available online: DOI 10.11586/2020072).

or working out⁴⁰ substantial reform proposals, the responsible national political actors did nothing but make bold announcements and declarations in their Sunday speeches⁴¹ – while resting in the warm sunshine of the ECB programs postponing agreement on one reform package after another. Even in the ongoing Corona crisis, not only are sums of money hitherto deemed impossible are now finding their way to the table without any reform obligations (“conditionality” as a prerequisite for solidarity, cf. Art. 136 para. 3 TFEU) by way of a legally disputed indebtedness of the EU, but the legal basis of Article 122 TFEU, which allows immediate and prompt emergency aid in the euro area, is being overstretched in a challenging manner for the so-called reconstruction plan.⁴²

Furthermore, the national political actors in the Council, including the national parliaments (cf. Art. 10 and 12 TEU), should take the European order of competences more seriously and follow the subsidiarity principle of Article 5 TEU not only in their “Sunday speeches” but also in everyday political life. In practice, subsidiarity is still only a word used to prevent politically undesirable European legislative proposals. In this respect, the question of competence to be answered legally, including the principle of subsidiarity, should not be abused as a shield from all individual responsibility. If the European competence test with its three test questions (Art. 5 para. 2 TEU: *Can* the EU act?; if yes, Art. 5 para. 3: *Should* the EU act?; if yes, Art. 5 para. 4 TEU: *How* comprehensively should the EU act?) is to be effective, a meeting of minds as to understanding of the principle of subsidiarity is required throughout Europe, on the basis of which a common dialogue and culture of subsidiarity can take shape.⁴³

So far, little attention has been paid to the fact that the Juncker Commission, in the course of the White Paper on the Future of Europe⁴⁴ and in concretisation of the “Less but More Efficient” scenario that was met with much approval, set up a task force that presented its report “Active Subsidiarity” on 10 July 2018. This report proposes a new way of working for the EU that is more strongly oriented towards the principles of subsidiarity and proportionality and should enable local and regional authorities as well as national parliaments to make a more

⁴⁰ Communication from the Commission, COM(2015) 600 final, 21.10.2015; on this *Calliess*, in Kirchhof et al. (eds.), *Europa: In Vielfalt geeint!*, 2020, p. 263; sceptically *Schorkopf* ZSE 2015, 335.

⁴¹ Cf. for instance the Meseberg Declaration “Renewing Europe’s Promise for Security and Prosperity”, 19.06.2018, press release 214.

⁴² On this, *Schorkopf*, NJW 2020, 3085 ff; *Ruffert*, NVwZ 2020, 1777 ff.; on alternatives: *Calliess*, *VerfBlog*, 2020/4/22, <https://verfassungsblog.de/auf-der-suche-nach-der-europaeischen-solidaritaet-in-der-corona-krise/>.

⁴³ *Calliess*, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU*, 2nd ed. 1999, pp. 271 ff., 279 ff. and 389 ff.

⁴⁴ European Commission, *White Paper on the Future of Europe: The EU of 27 in 2025 – Reflections and Scenarios*, COM (2017) 2025, 1.3.2017.

effective contribution in the context of European policymaking, first and foremost in the drafting of new legislation. According to this, the aforementioned three review questions of Article 5 TEU are to be reviewed in all institutions and at all levels on the basis of a common review grid. In its Communication of 23 October 2018, the Commission has decided to take up the proposals of the report and intends to use the screening grid as a basis for the preparation of its legislative proposals.⁴⁵ This was done with the expectation that the European Parliament and the Council would also integrate the grid into their procedural rules, paving the way for a common understanding of subsidiarity in the EU. Indeed, the Austrian Council Presidency took an important step in this direction with its conference “Subsidiarity as a Building Principle of the EU” and the Bregenz Declaration of 16 November 2018 based on it. This declaration takes up the proposals of the Task Force as well as the Commission’s Communication and calls for a common review grid in explicit implementation of the guideline of “less, but more efficient”. This is valuable preliminary work that the Conference on the Future of Europe could take up at Germany’s suggestion. As a result, the audit grid would have to be made binding for all EU institutions via a protocol to the treaties in accordance with Article 51 TEU or at least via an inter-institutional agreement.⁴⁶

In the framework of the conference on the future of Europe, a concretisation of Article 5 (3) TEU, which governs the exercise of competences, could also be initiated. In this respect, one can learn from the German federalism and competence debate and supplement the content of the vague negative criterion (“not sufficient”) and the positive criterion (“better”) in Article 5 para. 3 TEU. Article 72 (2) GG was deliberately “made justiciable” by the Joint Constitutional Commission in the context of German unification. As the current experience with the BVerfG shows, this has been at least successful to a certain extent. In this respect, it would be of great importance that the negative criterion, which is still difficult to define despite all efforts in this regard, be replaced by a necessity criterion. This could pave the way for a competent proportionality test, as a result of which judicial control of the exercise of European competence would be improved.⁴⁷ Against this background, Article 5 para. 3 TEU (paras. 1, 2 and 4 remain unchanged) could be reformulated as follows:

⁴⁵ COM (2018) 703 final = Bundesrats Drucksache 554/18 of 5.11.2018, test grid in Annex 2.

⁴⁶ On all this *Calliess*, in Kirchhof et al. (eds.), *Europa: In Vielfalt geeint!*, 2020, p. 263 ff.

⁴⁷ For more details on all this, see *Calliess*, *EuGRZ* 2003, 181 ff.

“In areas which do not fall within its exclusive competence, the Union may, in accordance with the principle of subsidiarity, take action only if and insofar as measures within the scope of the objectives of Art. 3 TEU are necessary in order to avoid a

- considerable divergence in social, economic and ecological living conditions,

- a significant impediment to cross-border legal transactions, or

- to counteract a lasting distortion of competition in the functioning of the single economic space of the EU”.

With this formulation, Article 5 para. 2 TEU is enriched by concrete, substantive criteria which, as reference points of a competence-related proportionality test, lead to a significantly increased judicial control of the legislative prognosis with regard to the exercise of competence at the European level. Concomitantly, the Union institutions’ burden of explanation in the legislative process is increased when claiming concurrent competence, which in turn is reflected in the control of the obligation to state reasons.

Ultimately, it will also be crucial for the ECJ that the political actors take the subsidiarity principle seriously as formulated above in the form of its three test questions. A transparent and comprehensible examination of the competences of European and national actors based on an examination grid concretising Article 5 TEU would give the ECJ and national courts a robust basis for a more effective examination of competences. At the same time, misunderstandings between the courts – such as in the PSPP ruling between the ECJ and the BVerfG on the proportionality test – would be more easily avoided. And finally, a uniform understanding of the review questions of Article 5 TEU would promote coherence in the European constitutional court network. This is because the ECJ always takes its cue from the national courts in its decisions. If, for example, the BVerfG for decades left the federal competence test of Article 72 (2) GG largely to the political discretion of the legislature and even after the reform did not concretise today’s “necessity clause” by a competent proportionality test, it would be even less tenable for the BVerfG to demand such a test from the ECJ with regard to ECB measures.⁴⁸ Legal coherence understood in this way, as well as transparent and credible action by the political actors, especially in the Council of the EU, are indispensable prerequisites for effective competence control in the European constitutional court network.

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, para. 128, 232.

2. Cooperation in the Constitutional Court Network: Towards a European Judicial Platform

However, whether a proposed EU Court of Justice could help avoid⁴⁹ conflicts of jurisdiction between the ECJ and national constitutional courts seems doubtful, even in view of the acceptance of its ultimately binding decisions. Presumably, the role of the ECJ as a federal court of jurisdiction would only be transitory.

Reforms within the framework of the preliminary ruling procedure appear to be more expedient. On the one hand, the ECJ should be enabled to extend the scope of review beyond the questions posed by the referring court to questions of competence, as well as to extend the density of review with regard to the measures of the Union institutions according to the review grid aligned with Article 5 TEU.⁵⁰ Furthermore, it would be worth considering granting all national constitutional courts the right to issue an opinion if ultra vires violations, violations of the constitutional identity or of the fundamental values of Article 2 TEU are complained of in proceedings before the ECJ. At the same time, a kind of reverse obligation to refer could be introduced, in the course of which the ECJ would be obliged to involve the national constitutional courts by way of a referral in cases of serious conflicts of jurisdiction, which possibly affect the constitutional identity of the Member States secured by Article 4 (2) TEU and ask for interpretative assistance. Such a solution would oblige the ECJ as a federal court of jurisdiction, bring it proactively into a cooperative dialogue with the national constitutional courts and in this way sensitise it to the concerns of the member states.

With regard to the German actor in the constitutional court network, the BVerfG could be supplemented – as suggested⁵¹ by the second Senate in the Lisbon ruling itself – by a constitutional court procedure specifically tailored to ultra vires and identity review. On the one hand, this would have to be formulated in accordance with the requirements of Article 4 (2) TEU already outlined above.⁵² On the other hand, not only should a duty to refer a case to the ECJ be introduced (as has already been accepted by the BVerfG since the OMT procedure), but also a duty to hear the Union institutions and the German constitutional bodies. Moreover, with regard to

⁴⁹ *Goll/Kenntner*, EuZW 2002, 101; taken up again in May 2020 by CSU politician and EPP parliamentary group leader *Manfred Weber*; advocated by *Krings*, ZRP 2020, 160 (161); critical of an “identity court” *Schnettger*, Verbundidentität, 2021, p. 356 ff.

⁵⁰ In detail *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2nd ed. 1999, p. 297 ff.

⁵¹ BVerfGE 123, 267, marginal no. 241.

⁵² In-depth *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Kommentar, 6th edition 2021, Art. 4 TEU, para. 1 ff.

the Bundestag, a mandatory participation of the parliamentary groups should be provided for, since the opinion-forming of the Bundestag is prepared in their non-public sessions, especially in controversial issues of European integration – for example, the so-called bailout umbrellas during the crisis in the euro area. Finally, it should be provided that decisions establishing the violation of the constitutional identity by measures of the Union institutions can only be taken by the plenum of the BVerfG.

In addition, a European Judges' Platform could be created where the ECJ judges, the presidents of the national constitutional courts and the national constitutional judges responsible for European law would meet with experts to discuss conflicts of jurisdiction and constitutional law and to defuse them by means of expert opinions and reports. The competence of the Platform should be limited to fundamental questions of Union law, such as constitutional identity (Art. 4 para. 2 TEU), European values (Art. 2 TEU) including the rule of law, or precisely the scope of the primacy of application. Furthermore, the work of the Venice Commission of the Council of Europe⁵³ should be considered wherever possible. Such Judicial Platform, being detached from concrete cases, but certainly not blind to them could draw up guidelines on the basis of expert opinions and reports on the central questions for the European constitutional association of states. These would then have to be taken into account by the ECJ and national constitutional courts in concrete cases within the framework of the interpretation and application of the law.

V. Outlook

Unlike in a federal state, there are no explicit hierarchies in the relationship between the ECJ and the national constitutional courts of the Member States.⁵⁴ Therefore, the procedure of Article 267 TFEU points the way in the European constitutional court network⁵⁵ which, according to Article 4 (3) TEU, must be fully, constructively and in this sense,⁵⁶ innovatively and effectively exploited by both the ECJ and the national constitutional courts in its potential for dialogue. Now that the EU Commission has initiated infringement proceedings against Germany because of the BVerfG's PSPP ruling, the "state of limbo" as the question of priority and the

⁵³ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities&lang=DE.

⁵⁴ On the resulting state of limbo: *Mayer*, VVDStRL 75 (2016), p. 7 as well as in the context of the debate, *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Kommentar, 6th edition 2021, Art. 1 EUV, para. 27 et seq.

⁵⁵ *Vofskuhle*, NVwZ 2010, 1 et seq.; *ibid.*, Die Verwaltung 2010, supplement 10, p. 229 et seq.; on this from the practice *v. Danwitz*, ZRP 2010, 143 et seq. as well as on the duty to submit *Calliess*, NJW 2013, 1905 et seq.

⁵⁶ *Schnettger*, Verbundidentität, p. 371 ff. defines "communication obligations"; instructive also *Kahl*, NVwZ 2020, 824, who under III. points out the "danger of a (power) strategic-selective use" at the BVerfG, but at the same time also sees deficits at the ECJ under IV.

question of final decision threatens to escalate. Therefore, it is all the more important to “keep the ball rolling”: Precisely because the confrontation between the ECJ and the BVerfG was avoidable, both courts should – as they have already done once in the course of the *Solange* jurisprudence⁵⁷ – learn from a dialogue that failed for the time being and fill the constitutional court alliance with life in the indicated area of tension between loyal cooperation (Art. 4 (3) TEU) and mutual consideration (Art. 4 (2) TEU). The Conference on the Future of Europe offers the opportunity to defuse this conflict through the reforms outlined above, which range from a uniform European review grid for questions of competence based on the requirements of Article 5 TEU, to reforms in the preliminary ruling procedure including a reverse obligation to refer cases to the ECJ, to a European dialogue platform between the ECJ and national constitutional courts as a consultation body.

⁵⁷ BVerfGE 37, 271 – *Solange I* and BVerfGE 73, 339; on this, *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989.

unter Berufung auf § 346 II Nr. 2 BGB verweigern. Da der Einbau der „Verarbeitung oder Umgestaltung“ gleichgestellt wird, schuldet der Käufer analog § 346 III Nr. 1 BGB keinen Wertersatz, sondern lediglich nach § 346 III 2 BGB die Herausgabe einer verbleibenden Bereicherung. Diese bemisst sich nach dem objektiven Wert der Ware in ihrem derzeitigen, eingebauten Zustand. Ist die Ware aufgrund ihres Mangels für den Käufer funktionslos, wäre die verbleibende Bereicherung als Differenz von Wiederverkaufswert nach Ausbau und Ausbaurkosten zu bestimmen.⁴⁹

IV. Fazit

[31] Die Umsetzung der Warenkauf-RL setzt nach einem bewegten Jahrzehnt den Schlusspunkt der mit der *EuGH*-Entscheidung Weber und Putz 2011 eingeläuteten Entwicklung der Ein- und Ausbaurfälle im Kaufrecht. Die damit verbundene Einschränkung der Verbraucherrechte

bei absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung ist zwar grundsätzlich kritisch zu sehen. Durch eine sachgerechte Auslegung der Reichweite des neuen Aufwendungsersatzanspruchs in § 475 VI 1 BGB lässt sich aber zumindest in Bezug auf die Ausbaurkosten eine verbraucherfreundliche Lösung finden, durch die der Verbraucher nicht notwendigerweise (je nachdem, in welchem Verhältnis die Ausbaurkosten zu den nicht verschuldensunabhängig erstattungsfähigen Einbaurkosten stehen) schlechter gestellt wird als unter der bisherigen Rechtslage. Zu einer vollständigen Gleichstellung von Verbrauchsgüterkauf und unternehmerischem Geschäftsverkehr führt die Neuregelung daher nicht – der Verbraucher bleibt ein Stück weit privilegiert. Insoweit wird man auch aus Verbrauchersicht mit der Neuregelung leben können. ■

⁴⁹ So bereits *Hoffmann/Horn* AcP 218 (2018), 865 (896 f.).

Prof. Dr. Christian Calliess*

Vorrang des Unionsrechts und Kompetenzkontrolle im europäischen Verfassungsgerichtsverbund

Zuständigkeiten und Reformen zwischen BVerfG und EuGH im Lichte des Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission

Nachdem die EU-Kommission im Juni dieses Jahres mit Blick auf das EZB-Urteil des BVerfG vom 5.5.2020 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet hat, droht der dahinter stehende Konflikt um Vorrang und Letztentscheidung im europäischen Verfassungsgerichtsverbund zu eskalieren. Wie kritisch man das Ankaufprogramm (PSPP) der EZB und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH auch bewertet, das BVerfG hätte sich in seinem PSPP-Urteil vom 5.5.2020 nicht über das verbindliche Vorabentscheidungsurteil des EuGH und den Anwendungsvorrang des Unionsrechts hinwegsetzen dürfen. Denn im Lichte von Art. 4 II EUV und Art. 23 I GG hätte dies als *Ultima Ratio* allenfalls dann in Betracht kommen können, wenn die deutsche Verfassungsidentität im Sinne des Art. 79 III GG berührt gewesen wäre. Die Konferenz zur Zukunft Europas bietet die Chance, den Konflikt durch Reformen, die von einem verbindlichen Prüfraster für die europäische Kompetenzprüfung über eine Konkretisierung der Vorgaben des Art. 5 EUV sowie prozessuale Änderungen im Verhältnis von EuGH und BVerfG bis hin zur Einrichtung einer Europäischen Richter-Plattform als Dialog- und Konsultationsgremium reichen, zu entschärfen.

I. Einführung

[1] Mit seinem den Ankauf von Staatsanleihen der EZB betreffenden PSPP-Urteil¹ hat das BVerfG Unruhe im Verfassungsgerichtsverbund ausgelöst. Nach Auffassung des *Zweiten Senats* hätte die EZB im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich des PSPP-Programms das währungspolitische Ziel und die wirtschaftspolitischen Auswirkungen jeweils benennen, gewichten und gegeneinander abwägen müssen. Da der im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens vom BVerfG angerufene *EuGH* dies in seinem

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin. Er wirkte als einer der Prozessbevollmächtigten des Bundestags im ESM- und OMT-Verfahren vor dem BVerfG und dem *EuGH* mit. Von 2015 bis 2018 war er von seiner Professur beurlaubt, um als Rechtsberater und Leiter des Institutionellen Teams des European Political Strategy Center (EPSC) des Präsidenten der Europäischen Kommission in Brüssel zu arbeiten. Der Beitrag geht auf Überlegungen zurück, die der Autor im Anschluss an das PSPP-Urteil in den folgenden Monaten auf verschiedenen Foren in Wissenschaft und Praxis vorgestellt und diskutiert hat

¹ *BVerfGE* 154, 17 = NJW 2020, 1647; im Grundsatz zustimmend *Kahl* NVwZ 2020, 824; *P. Kirchhof* NJW 2020, 2057; differenzierend *Ludwigs* EWS 2020, 186; überwiegend kritisch *Calliess* NVwZ 2020, 897; ablehnend *Pernice* EuZW 2020, 508, jew. mwN.

Urteil vom 11.12.2018² nicht beanstandet hatte, stellt sich das Handeln der beiden Unionsorgane aus Sicht des *BVerfG* als Ultra-Vires-Akt dar, der keine Bindungswirkung für Deutschland entfalten kann.

[2] Mehr als ein Jahr später, am 9.6.2021, hat die Kommission als „Hüterin der Verträge“ (Art. 17 I 2 und 3 EUV) nunmehr deswegen ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV gegen Deutschland eingeleitet und ein Mahnschreiben mit der Aufforderung zur Stellungnahme an die Bundesregierung gerichtet. Die Kommission ist insoweit der Auffassung, dass das *BVerfG* einem Urteil des EuGH seine Rechtswirkung in Deutschland abgesprochen habe und somit gegen den Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts verstoßen habe. Mit Beschluss vom 29.4.2021 hatte das *BVerfG* kürzlich zwar zwei Vollstreckungsanträge zu seinem PStP-Urteil vom 5.5.2020 verworfen.³ Hierdurch, so die Kommission, werde jedoch der Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts nicht aufgehoben. Vielmehr stelle das Urteil des *BVerfG* einen ernstzunehmenden Präzedenzfall sowohl für die künftige Praxis des Gerichts selbst als auch für die Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten dar.⁴ Deutschland hatte nunmehr zwei Monate Zeit, um auf den Brief der Kommission zu antworten. Wird der Streit auf diesem Wege nicht gelöst, kann die Kommission eine formelle Aufforderung – eine so genannte mit Gründen versehene Stellungnahme – an Deutschland richten. Sollte es zu keiner Lösung kommen, könnte der EuGH angerufen werden, um eine endgültige Entscheidung zu treffen. Kommt Deutschland dem Urteil dann nicht nach, droht ein Bußgeld.

[3] Freilich war die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens seitens der Kommission rechtlich nicht zwingend. In prozessualer Hinsicht ist insoweit zwischen der Verfahrenseinleitung durch das Mahnschreiben samt begründeter Stellungnahme und der eigentlichen Klageerhebung zu unterscheiden. Letztere steht nach dem klaren Wortlaut des Art. 258 II AEUV („kann“) im Ermessen der Kommission. Hinsichtlich der Verfahrenseröffnung deutet der Wortlaut zwar auf eine Amtspflicht hin, jedoch gehen die Meinungen angesichts des im Wortlaut des Art. 258 I AEUV angelegten Beurteilungsspielraums der Kommission insoweit auseinander, vermittelnd wird eine Ausnahme für Bagatellfälle und grundlegende institutionelle Konflikte befürwortet.⁵

[4] Im Hinblick auf beide Verfahrensschritte ist jedenfalls der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten zu beachten. Für eine daraus folgende Ermessensbindung durch vergleichbare Fälle spricht einerseits ein ähnliches, aber nicht gleichgelagertes Verfahren gegen Frankreich.⁶ Dagegen spricht andererseits, dass die Kommission gegenüber Ultra-Vires-Entscheidungen des dänischen und tschechischen Verfassungsgerichts,⁷ soweit ersichtlich, nicht aktiv wurde. Nicht vergleichbar sind vor allem die Fälle Ungarn und Polen, ganz im Gegenteil: Denn hier steht unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV) zum einen das politische Verfahren des Art. 7 EUV im Vordergrund. Zum anderen konnte sich die Kommission hier im Hinblick auf Art. 2 EUV bislang gerade nicht für die parallele Einleitung eines Verfahrens nach Art. 258 AEUV entscheiden. Der wesentliche Unterschied liegt freilich in der materiellen Perspektive: Die gesamte Rechtsstaatlichkeit der EU basiert im europäischen Verfassungsgerichtsverbund auf unabhängigen nationalen Verfassungsgerichten. In Ungarn und Polen geht es vor

diesem Hintergrund gerade darum, politischen Einfluss auf deren Verfassungsgerichte zu verhindern.⁸ Demgegenüber würde ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland die Bundesregierung gerade dazu verpflichten, auf die Unabhängigkeit des *BVerfG* einwirken zu müssen.

[5] Verfassungsrechtlich und politisch gerät die Bundesregierung als Adressat des Vertragsverletzungsverfahrens damit in eine Zwickmühle, aus der nur schwer herauszukommen ist. Vor diesem Hintergrund wollen die nachfolgenden Überlegungen den Kompetenzkonflikt zwischen *EuGH* und *BVerfG* in den rechtlichen und politischen Kontext einordnen und Lösungsperspektiven skizzieren.

II. Zum verfassungsrechtlichen Kontext

[6] Die Mütter und Väter des Grundgesetzes sahen die Zukunft Deutschlands in einem offenen Verfassungsstaat, der sich in das „Projekt des Westens“⁹ und damit zuvorderst in die (west-) europäische Staatengemeinschaft samt ihres Wertesystems, definiert durch Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und soziale Marktwirtschaft, integriert. Im Grundgesetz äußerte sich die offene Staatlichkeit von Beginn an in der Präambel, Art. 25 GG und vor allem in Art. 24 GG, der die Übertragung von Hoheitsrechten ermöglicht und für die EU im Vorfeld des Vertrags von Maastricht durch die Spezialregelung des Art. 23 GG konkretisiert wurde. Die damit vorgegebene Konzeption des offenen Verfassungsstaates war mit Blick auf die wirtschaftliche und gesellschaftliche Globalisierung und die damit einhergehende Internationalisierung und Europäisierung traditionell staatlicher Aufgaben geradezu visionär. Im Zuge dessen handelt es sich vor allem bei der Europapolitik längst nicht mehr „nur“ um Außenpolitik, sondern – wie die Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat in Art. 23 GG deutlich machen – um „europäisierte Innenpolitik“¹⁰.

[7] Die EU ist allerdings auch kein Bundesstaat. Denn sie verfügt nicht über die für souveräne Staaten typische so genannte Kompetenz-Kompetenz; sie leitet ihre Kompetenzen von den Mitgliedstaaten ab. Dementsprechend bricht Unionsrecht auch nicht nationales Recht. Gleichwohl muss die EU funktions- und handlungsfähig sein. Daher räumt der *EuGH* dem Unionsrecht in Auslegung der Verträge im Interesse der europaweit einheitlichen Rechtsanwendung ei-

2 *EuGH* ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiß; dazu *Ludwigs* EWS 2019, 1 und im Vorfeld *ders.* NJW 2017, 3563 (3565 ff.).

3 *BVerfG* NJW 2021, 2187.

4 Vgl. zum Pro und Contra die Beiträge von *Pernice* und *Möllers*, *Verfassungsblog.de* v. 16.5.2020 (online verfügbar), *Calliess* NVwZ 2020, 897 (903 ff.); sowie aktuell kritisch *Burgi* ua, Die Selbstbehauptung Europas! Das Vertragsverletzungsverfahren der Kommission darf nicht betrieben werden. Es legt die Axt an die Grundlagen der europäischen Integration. Ein Aufruf von 29 Staatsrechtlern. FAZ Einspruch, 4.7.2021 (online verfügbar); *Ruffert*, Interview JuS 8/2021; aktuell Heft 25/2021.

5 Siehe dazu *Cremer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2021, Art. 258 Rn. 40 ff. mwN.

6 Betreffend den französischen Conseil d'État: *EuGH* ECLI:EU:C:2018:811 Rn. 100 ff.

7 *Dansk Industri/Ajos*, Nr. 15/2014 v. 6.12.2016; *Landtová*, Pl. ÚS 5/12 vom 31.1.2012.

8 *v. Bogdandy* ZaöRV 2019, 503; Überblick aus der Praxis: *Wunderlich* EuR 2019, 557 (570 ff.) mwN.

9 *Winkler* Der lange Weg nach Westen II, Vom Dritten Reich bis zur Wiedervereinigung, 2014, 126 ff.

10 Dazu *Calliess* in *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg.), HdBStR IV, 3. Aufl. 2006, § 83 Rn. 3 ff. und 68 ff.

nen Anwendungsvorrang vor dem gesamten nationalen Recht ein.¹¹ Zusammen mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts, also seiner Durchgriffswirkung auf die Bürger, liegt hierin die maßgebliche Besonderheit der EU, die sie von den klassischen internationalen Organisationen des Völkerrechts unterscheidet. Zusammen mit der Fülle der ihr von den nationalen Parlamenten im Zuge der Verträge von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon übertragenen Kompetenzen (Art. 23 GG fordert insoweit jeweils eine verfassungsändernde 2/3 Mehrheit) und ihrem dementsprechend demokratisch legitimierten Institutionengefüge, das auf dem direkt gewählten Europäischen Parlament und den die Regierungen im Rat kontrollierenden nationalen Parlamenten beruht (Art. 10 II EUV), wird deutlich, dass sich die EU zwar nicht zu einem Bundesstaat, aber doch zu einer neuartigen föderalen Vorstufe, die man als Staaten- und Verfassungsverbund bezeichnen kann, entwickelt hat. Dementsprechend ist die EU nicht nur dem Subsidiaritätsprinzip verpflichtet (Art. 5 EUV), sondern auch vom Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme geprägt (Art. 4 EUV).¹²

[8] Anders als im Bundesstaat gibt es im Staaten- und Verfassungsverbund der EU im Verhältnis von europäischem und nationalem Recht, von *EuGH* und nationalen Verfassungsgerichten, aber keine Hierarchien. Konsequenterweise gibt es im europäischen Verbund auch keine der Bundesaufsicht und dem Bundeszwang vergleichbaren Mittel. Zu ihrer Funktionsfähigkeit ist die EU daher auf die loyale Kooperation zwischen nationalen und europäischen Organen (vgl. Art. 4 III EUV) angewiesen. Da Integration und Zusammenhalt der EU somit ganz wesentlich auf dem Recht basieren – der erste deutsche Kommissionspräsident *Walter Hallstein* hat treffend von einer Rechtsgemeinschaft gesprochen – kommt insoweit der Dritten Gewalt eine besondere Rolle zu.

[9] Vermittelt über das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV und die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte bilden nationale Gerichte zusammen mit dem (*EuGH* einen) Gerichtsverbund.¹³ In diesem wirken nationale und europäische Gerichte im Lichte des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit arbeitsteilig zusammen, es geht es nicht um Konkurrenz, sondern um Kooperation und Dialog. Insoweit kommt dem *EuGH* im europäischen Verfassungsgerichtsverbund eine herausgehobene Rolle zu. Art. 19 I EUV weist ihm die Zuständigkeit für die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts vor allem im Rahmen des zentralen (Art. 263 AEUV) und dezentralen (Art. 267 AEUV) Rechtsschutzes zu. Im Zuge dessen kommt dem *EuGH* hinsichtlich rechtswidrigen Unionsrechts ein Verwerfungsmonopol zu. Zugleich ist der *EuGH* nach Art. 4 und 5 EUV gehalten, seiner Rolle als föderales Kompetenzgericht gerecht zu werden und damit seine – in den Anfangsjahren einer im Hinblick auf ihre anspruchsvollen Vertragsziele kompetenziell unterentwickelten EWG durchaus legitime – Rolle als „Motor“ der europäischen Integration hinter sich zu lassen.¹⁴

III. Kontrollvorbehalte des BVerfG und Verfassungsidentität

[10] Den Anwendungsvorrang des Unionsrechts hatte das *BVerfG* zwar immer schon nur unter bestimmten Vorbehal-

ten anerkannt.¹⁵ Zunächst hinsichtlich des europäischen Grundrechtsschutzes,¹⁶ sodann auch hinsichtlich der europäischen Kompetenzausübung („Ultra-Vires-Kontrolle“)¹⁷ sowie des Schutzes der Verfassungsidentität des deutschen Grundgesetzes.¹⁸ Jedoch waren diese drei Vorbehalte vom *BVerfG* an strenge Vorgaben gekoppelt und damit im Sinne einer Auffangverantwortung ausgestaltet worden.

[11] Die Verfassungsidentität als Grenze des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ist von Art. 4 II EUV sowie in der Rechtsprechung des *EuGH* und vieler nationaler Verfassungsgerichte zumindest im Grundsatz anerkannt.¹⁹ Konkret wird der EU eine Achtungspflicht hinsichtlich der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen (einschließlich der Bundesstaatlichkeit und der kommunalen Selbstverwaltung) sowie der Kernfunktionen des Staates aufgegeben. Im Grundgesetz wird die Verfassungsidentität über Art. 23 I 3 GG in der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG gespiegelt.²⁰ Dementsprechend korrespondiert auch der Identitäts (kontroll)vorbehalt – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung im Schrifttum und dem Lissabon-Urteil des *BVerfG* (die Folgerechtsprechung ist insoweit leider weniger klar)²¹ – Art. 4 II EUV. Im europäischen Verfassungsgerichtsverbund wird diese Norm im Falle von Jurisdiktionskonflikten zur Schlüsselnorm, die den Rahmen für den legitimen Bezug auf die nationale Verfassungsidentität setzt. Infolgedessen ist auch die Berufung auf die Verfassungsidentität, dem Gedanken der loyalen Kooperation entsprechend, im Dialog der Gerichte für den Einzelfall zu konkretisieren.

[12] Und genau hierin liegt die eigentliche Herausforderung des PSpP-Urteils für den Verfassungsgerichtsverbund. Denn in diesem ging es um eine Ultra-Vires-Kontrolle (Kompetenzüberschreitung der EU, konkret der EZB), die – auch nach Einschätzung des *BVerfG* selbst – keine Auswirkungen auf die Verfassungsidentität hatte.²² Im Lichte der vom *BVerfG* zu Recht immer wieder hervorgehobenen Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes hätte es nahe gelegen, auch die Ultra-Vires-Kontrolle – zwar nicht gegenüber dem Handeln der EZB, aber gegenüber dem im Vorabentscheidungsverfahren nach Vorlage des *BVerfG* ergangenen Urteil des *EuGH* – auf den unveränderlichen und integrationsfesten Kern der Verfassung (Art. 79 III GG) zu begrenzen.

11 *EuGH* ECLI:EU:C:1964:66 = NJW 1964, 2371 – *Costa/E. N. E. L.*

12 Dazu im Überblick *Calliess* Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, 43 ff. mwN.

13 Begriffsprägend *Vofskuble* NVwZ 2010, 1; aus Sicht des *EuGH* von *Danwitz* ZRP 2010, 143.

14 Dazu *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, 297.

15 Im Kontext erklärend *Huber* Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, 13 ff.; differenzierend *Calliess* NVwZ 2019, 684 (689 ff.).

16 *BVerfGE* 37, 271 (279 ff.) = NJW 1974, 1697 = NJW 2017, 3067 Ls.; *BVerfGE* 102, 147 (161 ff.) = NJW 2000, 3124.

17 *BVerfGE* 89, 155 (188) = NJW 1993, 3047; *BVerfGE* 126, 286 (302 ff.) = NJW 2010, 3422.

18 *BVerfGE* 123, 267 (353 ff.) = NJW 2009, 2267.

19 Vgl. *Weber*, Europäische Verfassungsvergleichung, 2010, 403 ff.; konkret dazu die Länderberichte in *Calliess/van der Schyff*, Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism, Cambridge University Press, 2020, 41 ff.

20 *BVerfGE* 135, 310 (386); noch mehrdeutig: *BVerfGE* 123, 267 = NJW 2009, 2267 (Rn. 218 gegenüber Rn. 236 ff., 249, 409).

21 *BVerfGE* 123, 267 = NJW 2009, 2267 Rn. 240; dazu *Calliess* NVwZ 2019, 684 (691) mwN.

22 *BVerfGE* 154, 17 = NJW 2020, 1647 Rn. 116, 228.

[13] Verfahrensmäßige Voraussetzung dafür ist aufgrund der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 23 I 1 GG) und der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit gem. Art. 4 III EUV iVm Art. 267 III AEUV, dass zuvor ein konstruktiver Dialog der Gerichte stattgefunden hat.²³ Nur wenn dieser gescheitert ist, kann das *BVerfG* als Ultima-Ratio von seiner Auffangverantwortung Gebrauch machen und den Anwendungsvorrang des EU-Rechts unter Berufung auf die Verfassungsidentität überspielen.²⁴

[14] Als besondere Ausprägung der Rücksichtnahmepflicht der EU liegt Art. 4 II EUV die Konzeption zugrunde, dass die mitgliedstaatliche Identität nur in ihrem Kern ein absolut geschütztes Rechtsgut ist, im Übrigen zwingt sie zu einem schonenden Ausgleich zwischen mitgliedstaatlichen und europäischen Belangen.²⁵ Dementsprechend bedarf die abschließende Bestimmung des Identitätsvorbehalts im Staaten- und Verfassungsverbund und seine gerichtliche Anwendung im korrespondierenden Verfassungsgerichtsverbund eines Zusammenwirkens beider Verfassungsebenen im Sinne einer über Art. 4 III EUV und Art. 23 I 3 iVm Art. 79 III GG vermittelten Komplementarität.²⁶

[15] Perspektivisch vielversprechend war in dieser Sinne die vom *BVerfG* in seiner OMT-Entscheidung an verschiedenen Stellen angedeutete – und allein mit Art. 4 II EUV kompatible – Koppelung der bundesverfassungsgerichtlichen Ultra-Vires-Kontrolle mit der Identitätskontrolle: „*Strukturell bedeutsam sind Kompetenzüberschreitungen insbesondere dann, aber nicht nur, wenn sie sich auf Sachbereiche erstrecken, die zur durch Art. 79 III GG geschützten verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland rechnen oder besonders vom demokratisch diskursiven Prozess in den Mitgliedstaaten abhängen.*“²⁷ Dementsprechend hoben die Karlsruher Richter hervor, dass „*im Rahmen des bestehenden Kooperationsverhältnisses (...) dem Gerichtshof die Auslegung der Maßnahme (obliegt). Dem BVerfG obliegt demgegenüber die Feststellung des unantastbaren Kernbereichs der Verfassungsidentität und die Prüfung, ob diese Maßnahme (in der vom Gerichtshof festgestellten Auslegung) in diesen Kernbereich eingreift.*“²⁸ Hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen müssten demzufolge zugleich also die Identität der Verfassung verletzen, so dass die Ultra-Vires-Kontrolle einen besonderen Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität darstellt, die zwar ihren Charakter als prozedural eigenständiges Prüfverfahren behält,²⁹ dann jedoch nur im Falle einer gleichzeitigen Verletzung der Verfassungsidentität das Potenzial haben kann, den Vorrang des Unionsrechts zu überspielen.³⁰

[16] Wie kritisch man das Handeln der EZB und die diesbezügliche Rechtsprechung des *EuGH* auch bewertet, im Ergebnis hätte das *BVerfG* sich in seinem PSPP-Urteil daher nicht über das verbindliche Vorabentscheidungsurteil des *EuGH* und den Anwendungsvorrang des Unionsrechts hinwegsetzen dürfen. Denn diese Reservekompetenz des *BVerfG* kann im Lichte von Art. 4 II EUV und Art. 23 GG I GG als Ultima Ratio nur dann in Betracht kommen, wenn die deutsche Verfassungsidentität iSd Art. 79 III GG berührt gewesen wäre. Im Zuge dessen hätte das *BVerfG* im PSPP-Verfahren den *EuGH* im Wege eines weiteren Vorabentscheidungsersuchens gem. Art. 267 III AEUV befassen müssen, nunmehr mit der Frage, ob die in Streit stehende Ultra-Vires-Maßnahme eines EU-Organs (hier der EZB) im Lichte

der diese für rechtmäßig erachtenden Entscheidung des *EuGH* geeignet ist, die Verfassungsidentität gem. Art. 4 II EUV zu verletzen. Im aktuellen PSPP-Urteil hat sich das *BVerfG* jedoch bedauerlicherweise von dieser Einordnung der Ultra-Vires-Kontrolle, die mit Art. 4 II EUV kompatibel gewesen wäre, abgewandt.³¹

IV. Perspektiven und Lösungsmöglichkeiten

1. Politik, Kompetenzordnung und Dritte Gewalt

[17] Die Kompetenzfrage hat mit dem grundsätzlichen Wechsel zum Mehrheitsprinzip im Rat der EU an Bedeutung gewonnen. Mit dem Fehlen eines Vetorechts und der insbesondere durch den Vertrag von Maastricht und den Vertrag von Lissabon erfolgten vertraglichen Erweiterung der Zuständigkeiten der EU ist die Begrenzung der Unionskompetenzen, wie sie insbesondere in Art. 4 und 5 EUV zum Ausdruck kommt, zu einem der sensibelsten Bereiche der EU – nicht zuletzt aufgrund der öffentlichen Meinung in den Mitgliedstaaten – geworden.³² Der *EuGH* ist in der Folge gezwungen, in einem Konfliktfeld kontroverser Diskussionen und verschiedener politischer Interessen Entscheidungen über Kompetenzfragen zu treffen.³³ Insoweit spielt überdies eine Rolle, dass die EU – trotz aller strukturellen Parallelen – gerade kein klassischer Bundesstaat ist.³⁴ Entsprechend fragiler ist das Verhältnis der EU zu ihren Mitgliedstaaten ausgestaltet, und entsprechend sensibler ist die Frage der Kompetenzabgrenzung zu handhaben, wenn nicht der Integrationserfolg, und damit die EU selbst, infrage gestellt werden soll. Würde sich daher der *EuGH* – wie ehemals das deutsche *BVerfG* mit Blick auf Art. 72 II GG³⁵ – aus der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über die Kompetenzausübung nach Art. 5 EUV mit dem Hinweis auf deren politischen Charakter zurückziehen, bestünde die Gefahr, dass er seine Glaubwürdigkeit als Garant der Rechtsgemeinschaft verliert und damit den Weg für eine Entwicklung ebnet, in der die nationalen Verfassungsgerichte – wie es das *BVerfG* bereits in seinem Maastricht-Urteil andeutete – diese Aufgabe an sich zögen. Damit aber würde, wie vorstehend gezeigt, der Vorrang des Unionsrechts wie auch die verfassungsrechtliche Architektur der EU infrage gestellt.³⁶ Vor diesem Hinter-

23 Sehr kritisch zur Praxis *Kabl* NVwZ 2020, 824 (826 f.).

24 Dazu im Überblick Calliess NVwZ 2019, 684 (689 ff.) mwN.

25 v. Bogdandy/Schill ZaöRV 2010, 701 (725); Voßkuhle NVwZ 2010, 1 (3); ähnlich auch Wischmeyer AöR 2015, 415 (450 ff.).

26 Burchardt Die Rangfrage im europäischen Normenverbund, 2015, 298 f.; van der Schyff, European Law Review 2012, 563 (568); Pernice AöR 136 (2011), 185 (211 ff., 216).

27 *BVerfGE* 134, 366 = NJW 2014, 907 = NVwZ 2014, 501 Rn. 37 mit Verweis auf *BVerfGE* 126, 286 (307) = NJW 2010, 3422.

28 *BVerfGE* 134, 366 = NJW 2014, 907 Rn. 27.

29 Das lässt sich folgern aus *BVerfGE* 142, 123 = NJW 2016, 2473 Rn. 153.

30 Diese Konsequenz zieht das *BVerfG* freilich nicht explizit.

31 *BVerfGE* 154, 17 = NJW 2020, 1647 Rn. 112–118.

32 Calliess Die neue EU, 2010, 1 ff. und 15 ff.

33 Wolf-Niedermaier, Der *EuGH* zwischen Recht und Politik: Der Einfluss des *EuGH* auf die föderale Machtbalance zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, 1997, insb. 266 ff.

34 v. Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, 9 ff.; Martin y Pérez de Nanclares ZEuS 2001, 595; Calliess, Die neue EU, 2010, 43 ff.

35 Dazu krit. Calliess DÖV 1997, 889.

36 Siehe bereits Weiler, Journal of Common Market Studies 1993, 427 (434 ff.).

grund ist der *Gerichtshof* schon im Vorfeld des Verfassungskonvents in eine Stellung gerückt worden, die dem der eines Verfassungsgerichts in föderal organisierten Staaten ähnelt: Er muss und kann Kompetenzstreitigkeiten zwischen der zentralen Ebene, der EU, und ihren Untergliederungen, den Mitgliedstaaten, entscheiden.³⁷

[18] Oftmals beruhen Kompetenzkonflikte in der EU freilich auf vertraglichen Diskrepanzen zwischen Zielen und Kompetenzen, die von den Mitgliedstaaten politisch nicht behoben werden.³⁸ Besonders deutlich wird dies mit Blick auf die den Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB betreffenden Urteile des BVerfG: Durch OMT- und PSPP-Programm wollte die EZB den Mitgliedstaaten während der Krise im Euroraum mit Blick auf die spekulierenden Finanzmärkte explizit Zeit kaufen, damit diese sich politisch auf die notwendigen Reformen zur Stabilisierung des Euroraums einigen können. Statt die Reformvorschläge der Kommission bis hin zum so genannten 5-Präsidenten-Bericht vom Juni 2015 aufzugreifen oder substanzielle Reformvorschläge auszuarbeiten,³⁹ ruhten sich die verantwortlichen politischen Akteure aller Mitgliedstaaten – abgesehen von bloßen Ankündigungen in Sonntagsreden und Deklarationen hinaus⁴⁰ – in den wärmenden Sonnenstrahlen der EZB-Programme aus und vertagten die Einigung über ein Reformpaket eins ums andere Mal. Im Zuge der Coronakrise werden nunmehr nicht nur bislang nicht für mögliche gehaltene Summen ohne jede Reformverpflichtungen („Konditionalität“ als Voraussetzung von Solidarität, vgl. Art. 136 III AEUV) im Wege einer rechtlichen umstrittenen Verschuldung der EU auf den Tisch gelegt, sondern es wird für den so genannten Wiederaufbauplan auch die Rechtsgrundlage des Art. 122 AEUV, die unmittelbare und zeitnahe Nothilfen im Euroraum erlaubt, in herausfordernder Weise überdehnt.⁴¹

[19] Abgesehen hiervon müssten die nationalen politischen Akteure im Rat samt der nationalen Parlamente (vgl. Art. 10 und 12 EUV) die europäische Kompetenzordnung ernst nehmen und das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV nicht nur in „Sonntagsreden“, sondern auch im politischen Alltag mit Leben füllen. Noch immer ist Subsidiarität in der Praxis bislang nur ein Wort, mit dem aus nationaler Sicht politisch unerwünschte europäische Gesetzgebungsvorschläge verhindert werden. Insoweit sollte die rechtlich zu beantwortende Kompetenzfrage samt Subsidiaritätsprinzip nicht als Deckmantel politisch missbraucht und damit in den europäischen Institutionen entwertet werden. Soll die europäische Kompetenzprüfung mit ihren drei Prüffragen (Art. 5 II EUV: *Kann* die EU handeln?; wenn ja, Art. 5 III: *Soll* die EU handeln?; wenn ja, Art. 5 IV EUV: *Wie* detailliert soll die EU handeln?) Wirkung entfalten, so ist ein europaweit einheitliches Verständnis des Subsidiaritätsprinzips erforderlich, auf dessen Basis sich eine gemeinsame Sprache und Kultur der Subsidiarität herausbilden kann.⁴²

[20] Bislang kaum beachtet wurde, dass die Juncker Kommission im Zuge ihres Weißbuchs zur Zukunft Europas⁴³ und in Konkretisierung des auf viel Zustimmung gestoßenen Szenarios „Weniger, aber effizienter“ eine Task Force eingesetzt hatte, die am 10.7.2018 ihren Bericht „Active Subsidiarity“ vorgelegt hat. In diesem wird eine neue Arbeitsweise der EU vorgeschlagen, die sich stärker an den Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit orientiert und lokalen und regionalen Behörden sowie nationalen Parlamenten ei-

nen wirksameren Beitrag im Rahmen der europäischen Politikgestaltung, zuvorderst bei der Ausarbeitung neuer Rechtsvorschriften, ermöglichen soll. Im Zuge dessen sollen die erwähnten drei Prüffragen des Art. 5 EUV in allen Institutionen und auf allen Ebenen auf Basis eines gemeinsamen Prüfrasters geprüft werden. Die Kommission hat die Vorschläge des Berichts in ihrer Mitteilung vom 23.10.2018 aufgenommen und will zuvorderst das Prüfraster („grid“) zur Grundlage bei der Ausarbeitung ihrer Gesetzgebungsvorschläge machen.⁴⁴ Dies geschah in der Erwartung, dass auch Europäisches Parlament und Rat das Prüfraster in ihre Verfahrensregeln integrieren, so dass der Weg für ein gemeinsames Verständnis von Subsidiarität in der EU geebnet wird. Einen wichtigen Schritt in diese Richtung hat die österreichische Ratspräsidentschaft mit ihrer Konferenz „Subsidiarität als Bauprinzip der EU“ und der darauf basierenden Bregenz-Deklaration vom 16.11.2018 unternommen. In dieser werden die Vorschläge der Task Force sowie die Mitteilung der Kommission aufgegriffen und in expliziter Umsetzung der Leitlinie eines „Weniger, aber effizienter“ ein gemeinsames Prüfraster gefordert. Dies sind wertvolle Vorarbeiten, die die laufende Konferenz zur Zukunft Europas auf Anregung Deutschlands aufnehmen könnte. Im Ergebnis müsste das Prüfraster über ein Protokoll zu den Verträgen gem. Art. 51 EUV oder wenigstens über eine interinstitutionelle Vereinbarung für alle EU-Institutionen verbindlich gemacht werden.⁴⁵

[21] Im Rahmen der Konferenz zur Zukunft Europas könnte überdies eine Konkretisierung des die Kompetenzausübung steuernden Art. 5 III EUV angestoßen werden. Insoweit kann man von der deutschen Föderalismus- und Kompetenzdebatte lernen und das unbestimmte Negativkriterium („nicht ausreichend“) samt Positivkriterium („besser“) in Art. 5 III EUV inhaltlich ergänzen. Art. 72 II GG wurde im Kontext der deutschen Einigung durch die Gemeinsame Verfassungskommission bewusst „justitiabel gemacht“. Dies hatte, wie die Erfahrung mit dem *BVerfG* zeigt, immerhin in einem gewissen Umfang Erfolg. Insoweit wäre es von großer Bedeutung, dass das trotz aller diesbezüglichen Bemühungen nach wie vor schwer zu definierende Negativkriterium durch ein Erforderlichkeitskriterium ersetzt wird. Dieses könnte einer kompetenziellen Verhältnismäßigkeitsprüfung den Weg bereiten, in deren Folge die gerichtliche Kontrolle der europäischen Kompetenzausübung verbessert werden wür-

37 Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, 297.

38 Ausführlich dazu Calliess, Öffentliche Güter im Recht der EU, 2021, 19 ff. und 45 ff. (online verfügbar: DOI 10.11586/2020072).

39 Mitteilung der Kommission, KOM (2015) 600 final v. 21.10.2015; dazu Calliess in *Kirchhof* ua (Hrsg.), Europa: In Vielfalt geeint!, 2020, 263; skeptisch *Schorkopf* ZSE 2015, 335.

40 Vgl. etwa die Erklärung von Meseberg „Das Versprechen Europas für Sicherheit und Wohlstand erneuern“, 19.6.2018, Pressemitt. 214.

41 Dazu *Schorkopf* NJW 2020, 3085; *Ruffert* NVwZ 2020, 1777; zu Alternativen Calliess, *VerfBlog*, 2020/4/22, <https://verfassungsblog.de/auf-der-suche-nach-der-europaeischen-solidaritaet-in-der-corona-krise/>.

42 Dazu Calliess Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, 271, 279 ff. und 389 ff.

43 Europäische Kommission, Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, KOM (2017) 2025, 1.3.2017; dazu Calliess NVwZ 2018, 1; krit. *Schorkopf* NVwZ 2018, 1, 9.

44 KOM (2018) 703 final = BR-Drs. 554/18 v. 5.11.2018, Prüfraster im Anhang 2.

45 Zu alledem Calliess in *Kirchhof* ua (Hrsg.), Europa: In Vielfalt geeint!, 263 ff.

de.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund könnte Art. 5 III EUV (Abs. 1, 2 und 4 bleiben unverändert) wie folgt neu formuliert werden:

„In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, darf die Union nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig werden, wenn und soweit Maßnahmen im Anwendungsbereich der Ziele des Art. 3 EUV erforderlich sind, um einer

- erheblichen Auseinanderentwicklung der sozialen, ökonomischen und ökologischen Lebensverhältnisse,
- einer spürbaren Behinderung des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs oder
- einer den Wettbewerb nachhaltig verzerrenden Störung der Funktionsfähigkeit des einheitlichen Wirtschaftsraums der EU zu begegnen.“

[22] Mit dieser Formulierung wird Art. 5 II EUV durch konkrete, inhaltliche Kriterien angereichert, die als Bezugspunkte einer kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einer deutlich erhöhten gerichtlichen Kontrolle der gesetzgeberischen Prognose hinsichtlich der Kompetenzausübung auf europäischer Ebene führen. Parallel dazu wird die Darlegungslast der Unionsorgane im Gesetzgebungsverfahren bei Inanspruchnahme einer konkurrierenden Zuständigkeit erhöht, was sich wiederum in der Kontrolle der Begründungspflicht (vgl. Art. 296 AEUV) niederschlägt.

[23] Denn letztlich wird es auch für den *EuGH* entscheidend darauf ankommen, dass die politischen Akteure das Subsidiaritätsprinzip in Form seiner drei Prüffragen ernst nehmen. Eine transparente und nachvollziehbare Kompetenzprüfung der europäischen und nationalen Akteure basierend auf einem Art. 5 EUV konkretisierenden Prüfraster würde *EuGH* und nationalen Gerichten eine robuste Grundlage für eine wirksamere Kompetenzprüfung geben. Zugleich würden Missverständnisse zwischen den Gerichten – wie etwa im PSpP-Urteil zwischen *EuGH* und *BVerfG* über die Verhältnismäßigkeitsprüfung – vermieden. Und schließlich würde ein einheitliches Verständnis der Prüffragen des Art. 5 EUV die Kohärenz im europäischen Verfassungsgerichtsverbund fördern. Denn der *EuGH* orientiert sich in seinen Entscheidungen auch immer an den nationalen Gerichten. Wenn also zB das *BVerfG* über Jahrzehnte die bundesstaatliche Kompetenzprüfung Art. 72 II GG weitgehend dem politischen Ermessens des Gesetzgeber überließ und selbst nach der Reform die heutige „Erforderlichkeitsklausel“ nicht durch eine kompetenzielle Verhältnismäßigkeitsprüfung konkretisierte, ist es seitens des *BVerfG* wenig überzeugend eine solche im Hinblick auf Maßnahmen der EZB vom *EuGH* einzufordern.⁴⁷ So verstandene rechtliche Kohärenz sowie transparentes und glaubwürdiges Handeln der politischen Akteure vor allem im Rat der EU sind unabdingbare Voraussetzung für eine wirksame Kompetenzkontrolle im europäischen Verfassungsgerichtsverbund.

2. Kooperation im Verfassungsgerichtsverbund: Auf dem Wege zu einer europäischen Richterplattform

[24] Ob nun aber ein verschiedentlich vorgeschlagener Kompetenzgerichtshof der EU⁴⁸ Jurisdiktionskonflikte zwischen *EuGH* und nationalen Verfassungsgerichten vermei-

den helfen könnte, erscheint bereits mit Blick auf die Akzeptanz seiner dann letztverbindlichen Entscheidungen zweifelhaft. Voraussichtlich würde die Rolle des *EuGH* als föderales Kompetenzgericht nur weitergereicht.

[25] Zielführender erscheinen Reformen im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens. Zum einen sollte der *EuGH* in die Lage versetzt werden, den Prüfungsumfang über die vom Vorlagegericht gestellten Fragen hinaus auf Kompetenzfragen auszudehnen sowie die Kontrolldichte am Maßstab des an Art. 5 EUV ausgerichteten Prüfrasters im Hinblick auf die Maßnahmen der Unionsorgane ausdehnen.⁴⁹ Ferner wäre daran zu denken, allen nationalen Verfassungsgerichten ein Recht zur Stellungnahme einzuräumen, wenn in Verfahren vor dem *EuGH* *Ultra-Vires-Verstöße*, Verletzungen der Verfassungsidentität oder der grundlegenden Werte des Art. 2 EUV gerügt werden. Zugleich könnte eine Art umgekehrte Vorlagepflicht eingeführt werden, im Zuge derer der *EuGH* in Fällen gravierender Kompetenzkonflikte, die möglicherweise die durch Art. 4 II EUV gesicherte Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten berühren, die nationalen Verfassungsgerichte im Wege einer Vorlage einbinden und um Auslegungshilfen bitten muss. Eine solche Lösung würde den *EuGH* als föderales Kompetenzgericht in die Pflicht nehmen, ihn proaktiv in einen kooperativen Dialog mit den nationalen Verfassungsgerichten bringen und solchermaßen für die mitgliedstaatlichen Belange sensibilisieren.

[26] Im Hinblick auf den deutschen Akteur im Verfassungsgerichtsverbund könnte das *BVerfG* – wie vom 2. Senat im *Lissabon-Urteil* selbst angeregt⁵⁰ – um ein speziell auf die *Ultra-Vires*- und die Identitätskontrolle zugeschnittenes verfassungsgerichtliches Verfahren ergänzt werden. Dieses müsste zum einen im Einklang mit den vorstehend bereits skizzierten Vorgaben des Art. 4 II EUV⁵¹ formuliert werden. Zum anderen sollte damit verbunden nicht nur eine (vom *BVerfG* seit dem OMT-Verfahren freilich bereits akzeptierte) Vorlagepflicht zum *EuGH*, sondern auch eine Pflicht zur Anhörung der Unionsorgane und der deutschen Verfassungsorgane eingeführt werden. Im Hinblick auf den Bundestag sollte überdies eine zwingende Beteiligung der Fraktionen vorgesehen werden, da in deren nichtöffentlichen Sitzungen die Meinungsbildung des Bundestages gerade auch in kontroversen Fragen der europäischen Integration – also etwa den so genannten Rettungsschirmen während der Krise im Euroraum – vorbereitet wird. Schließlich sollte vorgesehen werden, dass Entscheidungen, die die Verletzung der Verfassungsidentität durch Maßnahmen der Unionsorgane feststellen, nur durch das die beiden Senate umfassende *Plenum* des *BVerfG* getroffen werden können.

46 Vertiefend zu alledem Calliess *EuGRZ* 2003, 181

47 *BVerfGBVerfGE* 154, 17 = *NJW* 2020, 1647 = *NVwZ* 2020, 857 Rn. 128, 232.

48 *Goll/Kennntner* *EuZW* 2002, 101; im Mai 2020 wieder vom CSU-Politiker und EVP-Fraktionschef *Manfred Weber* aufgegriffen; befürwortet von *Krings* *ZRP* 2020, 160 (161); kritisch zu einem „Identitätsgericht“ *Schnettger* *Verbundidentität*, 2021, 356 ff.

49 Ausführlich Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, 297 ff.

50 *BVerfGE* 123, 267 = *NJW* 2009, 2267 = *EuZW* 2009, 552 Ls. Rn. 241. Daran anknüpfend jetzt aktuell die Vorschläge von *Karpenstein/Steinbeis*, <https://verfassungsblog.de/die-stunde-des-gesetzgebers/> (19.7.202).

51 Vertiefend Calliess in *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, Art. 4 EUV Rn. 15 ff.; 65 ff.

[27] Ergänzend könnte man eine Europäische Richter-Plattform schaffen, auf der sich EuGH-Richter, die Präsidenten der nationalen Verfassungsgerichte und die für das Europarecht zuständigen nationalen Verfassungsrichter mit Sachverständigen treffen, um Kompetenz- und Verfassungskonflikte zu diskutieren und im Wege von Gutachten und Berichten zu entschärfen. Die Zuständigkeit der Plattform sollte auf grundlegende Fragen des Unionsrechts, wie zB die Verfassungsidentität (Art. 4 II EUV), die europäischen Werte (Art. 2 EUV) einschließlich der Rechtsstaatlichkeit oder eben die Reichweite des Anwendungsvorrangs beschränkt bleiben. Wo immer möglich sollten insoweit die Arbeiten der Venedig-Kommission des Europarates⁵² berücksichtigt werden. Als so konstituiertes Konsultationsgremium könnte die Richter-Plattform überdies losgelöst von konkreten Fällen, aber durchaus unter Berücksichtigung dieser Problemfälle, auf Basis der Gutachten und Berichte Leitlinien zu den für den europäischen Staaten-Verfassungsverbund zentralen Fragen erarbeiten. Diese müssten in der Praxis von *EuGH* und nationalen Verfassungsgerichten in konkreten Fällen im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Rechts berücksichtigt werden.

V. Ausblick

[28] Anders als im Bundesstaat gibt es im Staaten- und Verfassungsverbund der EU im Verhältnis von europäischem und nationalem Recht, von *EuGH* und nationalen Verfassungsgerichten, keine Hierarchien.⁵³ Insoweit weist im europäischen Verfassungsgerichtsverbund das Vorlageverfahren des Art. 267 AEUV den Weg,⁵⁴ das gem. Art. 4 III EUV sowohl vom *EuGH* als auch den nationalen Verfassungsgerichten in seinem dialogischen Potenzial vollumfänglich, konstruktiv⁵⁵ und in diesem Sinne innovativ

und effektiv ausgeschöpft werden muss. Nachdem die EU-Kommission nunmehr wegen des *PSPP*-Urteils des *BVerfG* ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet hat, droht sich der „Schwebezustand“ im Hinblick auf Vorrang- und Letztentscheidungsfrage aufzulösen. Daher gilt es erst recht, „den Ball flach zu halten“: Gerade, weil die Konfrontation zwischen *EuGH* und *BVerfG* vermeidbar war, sollten beide Gerichte – wie schon einmal im Zuge der Solange-Rechtsprechung⁵⁶ aus einem vorerst gescheiterten Dialog lernen und im aufgezeigten Spannungsfeld von loyaler Kooperation (Art. 4 III EUV) und gegenseitiger Rücksichtnahme (Art. 4 II EUV) den Verfassungsgerichtsverbund mit Leben füllen. Die Konferenz zur Zukunft Europas bietet darüber hinaus die Chance, durch die vorstehend skizzierten Reformen, die von einem einheitlichen europäischen Prüfraster für Kompetenzfragen am Maßstab der Vorgaben des Art. 5 EUV über Reformen im Vorabentscheidungsverfahren einschließlich einer umgekehrten Vorlagepflicht des *EuGH* bis hin zu einer europäischen Dialogplattform zwischen *EuGH* und nationalen Verfassungsgerichten als Konsultationsgremium reichen, den Konflikt zu entschärfen. ■

52 https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities&lang=DE.

53 Zum daraus folgenden Schwebezustand *Mayer* VVDStRL 75 (2016), S. 7 sowie im Kontext der Debatte, *Calliess* in *Calliess/Ruffert* EUV/AEUV, Art. 1 EUV Rn. 27 ff.

54 *Voßkuhle* NVwZ 2010, 1; *ders.* Die Verwaltung 2010, Beiheft 10, S. 229 ff.; dazu aus der Praxis *Danwitz* ZRP 2010, 143 sowie zur Vorlagepflicht *Calliess* NJW 2013, 1905

55 „Kommunikationspflichten“ definiert *Schnettger*, Verbundidentität, 371 ff.; instruktiv auch *Kabl* NVwZ 2020, 824, der unter III beim *BVerfG* auf die „Gefahr eines (macht)strategisch-selektiven Einsatzes“ hinweist, unter IV zugleich aber auch Defizite beim *EuGH* sieht.

56 *BVerfGE* 37, 271 = NJW 1974, 1697 – Solange I und *BVerfGE* 73, 339 = NJW 1987, 577; dazu *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989.

ZUR RECHTSPRECHUNG

Prof. Dr. Brian Valerius*

NSU – Mitglieder terroristischer Vereinigungen als Mittäter

I. Zehn lange Jahre

[1] Spätestens durch den Tod von *Uwe Mundlos* und *Uwe Böhnhardt* sowie die Verhaftung von *Beate Zschäpe* im November 2011 erlangte die aus diesen drei Mitgliedern bestehende terroristische Vereinigung „Nationalsozialistischer Untergrund“ (NSU) öffentliche Bekanntheit und Aufmerksamkeit. Gegen *Zschäpe* und vier weitere Angeklagte begann am 6.5.2013 die Hauptverhandlung vor dem *OLG München*. 438 Hauptverhandlungstage später wurde am 11.7.2018 das Urteil verkündet. Bis zur schriftlichen Urteilsbegründung

am 21.4.2020 dauerte es sodann fast weitere 93 Wochen.¹ Während einer der allesamt verurteilten Angeklagten seine Revision noch zuvor zurücknahm, verwarf nun der *BGH* am

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht an der Universität Bayreuth. – Besprechung von *BGH* Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, NJW 2021, 2896 (unter Nr. 10 in diesem Heft).

1 Krit. zur Diskrepanz von gestaffelter Urteilsbegründungs- und ausnahmslos einmonatiger Revisionsbegründungsfrist *Valerius* NJW 2018, 3429.