

Spielräume und Grenzen des EuGH

I. Einleitung

Das mir gestellte Thema – Spielräume und Grenzen des EuGH – hat zwei Seiten, eine europarechtliche und eine verfassungsrechtliche. Die beiden Normebenen sind – jedenfalls im Ansatz – strikt auseinanderzuhalten. Was europarechtlich dem EuGH erlaubt ist oder doch immerhin – selbst bei Überschreiten der Grenzen des rechtlichen Dürfens – Verbindlichkeit beanspruchen kann, mag verfassungsrechtlich verboten sein und zur Unanwendbarkeit eines europäischen Hoheitsaktes, unter Umständen sogar eines Judikats des EuGH, im Geltungsbereich des Grundgesetzes führen. Ob und gegebenenfalls wie ein etwaiges Auseinanderfallen der europa- und verfassungsrechtlichen Rechtslage infolge unterschiedlicher Maßstäbe unter Umständen überbrückt werden kann, ist eine andere, sich anschließende Frage.

II. Das europarechtliche Dürfen: Wie weit reicht die Juridiktionsgewalt der Europäischen Gerichtsbarkeit?

Umfang und Grenzen der Jurisdiktionsgewalt der Europäischen Gerichtsbarkeit ergeben sich zunächst und in erster Linie aus den Europäischen Verträgen selbst, seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages aus den institutionellen Bestimmungen der Art. 19 EUV und Art. 251 ff. AEUV. Dem den Gerichtshof, das Gericht und die Fachgerichte umfassenden Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 19 Abs. 1 S. 1 EUV) sind danach ganz bestimmte Rechtsprechungszuständigkeiten zugewiesen, andere ausdrücklich vorenthalten (siehe etwa Art. 275, 276 AEUV). Die europäische Juridiktionsgewalt ist somit von den Mitgliedstaaten als den Herren der Verträge genau vermessen und nach dem die Kompetenzverteilung beherrschenden Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV) zugeteilt.

Im Rahmen der dem Gerichtshof übertragenen Entscheidungskompetenzen besteht dessen Aufgabe, wie Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV in wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 220 EGV a.F., 164 EWGV a.F. formuliert, darin, die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern, und zwar nicht einseitig zugunsten der Union, sondern ebenso zum Schutz der Mitgliedstaaten. Die Europäische Gerichtsbarkeit hat zum einen zu gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten den von ihnen vertraglich oder sekundärrechtlich geschuldeten Beitrag zur europäischen Integration leisten, indem sie die übernommenen unionsrechtlichen Verpflichtungen getreulich erfüllen. Dazu dient das Vertragsverletzungsverfahren, aber auch das Vorabentscheidungsverfahren, in dem das Primär- und Sekundärrecht der Union vom EuGH verbindlich ausgelegt und die fragliche Vereinbarkeit der Handlungen der Unionsorgane (Sekundärrecht) mit dem Primärrecht nach Art. 267 AEUV geklärt wird, womit Existenz und Reichweite europarechtlicher Pflichten außer Streit gestellt werden. Zum anderen muss der Gerichtshof der Europäischen Union ebenso dafür Sorge zu tragen, dass die Staaten nicht überobligationsmäßig in die Pflicht genommen werden, insbesondere, dass die von den Mitgliedstaaten nicht übertragenen und daher bei ihnen verbliebenen Zuständigkeiten von der Union und ihren Organen geachtet werden. Diesem Zweck dienen mehrere Verfahrensarten, in den über die Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit europäischer Hoheitsakte judiziert wird, insbesondere die Nichtigkeitsklage gegen Gesetzgebungsakte oder sonstige Handlungen von

Unionsorganen gemäß Art. 263 AEUV¹, bei der der EuGH als ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittelgericht (Art. 256 Abs. 2 AEUV) fungiert, aber auch das Vorabentscheidungsverfahren, soweit hier über die Gültigkeit von Handlungen der Unionsorgane entschieden wird. Die europäische Gerichtsbarkeit nimmt folglich in verfahrensrechtlicher Hinsicht eine Mittlerposition zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten ein, indem ihr die Wahrung des Rechts nach beiden Seiten hin aufgegeben ist.

1. Auslegung und Anwendung der Verträge

Spielräume eröffnen sich für den Gerichtshof wie das Gericht ungeachtet der Verpflichtung „auf die Wahrung des Rechts“ sowohl auf der Ebene der Auslegung als auch auf der Ebene der Anwendung des Vertrages. Die dem Richter gestellte Aufgabe der Rechtsgewinnung ist ein zweistufiger, aus interpretatorischer Rechtserkenntnis und sich anschließender Rechtserzeugung in Individualisierung und Konkretisierung der erkannten abstrakt-generellen Normen zusammengesetzter Prozess².

Hinsichtlich der Auslegung ist zwar m.E. rechtstheoretisch daran festzuhalten, dass nur ein Auslegungsergebnis richtig sein kann³. Aber dessen ungeachtet kann und wird regelmäßig über die richtige Interpretation Streit bestehen, konkurrieren verschiedene Interpretationen ein und derselben, sinnidentischen Norm miteinander. Man wird daher rechtspraktisch konzedieren müssen, dass es in aller Regel eine Bandbreite vertretbarer Auslegungen gibt. Insofern mag man von einem Spielraum sprechen, innerhalb dessen sich die Rechtsprechung nach Maßgabe eigener Rechtsüberzeugung positionieren kann.

Den „Freiraum“, den das durch Interpretation festzustellende Recht belässt, kann und muss der insoweit zur Rechtsetzung ermächtigte richterliche Rechtsanwender durch autonome, rechtspolitische Wertsetzungen füllen. Hier besteht echter Gestaltungsspielraum. Je allgemeiner nun die vertragliche Zwecksetzung, je offener die vertraglichen Tatbestände formuliert und je unbestimmter die dabei verwendeten Rechtsbegriffe sind, desto geringer ist die Bindungskraft des anzuwendenden Rechts und um so höher ist der rechtsetzende Anteil an der richterlichen Entscheidungsfindung. Der Entscheidungsspielraum des Richters vergrößert sich bei Generalklauseln bis hin zu „dezisionistischer Freiheit“ (*Imboden*)⁴. Blankettbegriffe bringen keine sachliche Entscheidung und bewirken daher auch keine sachliche Bindung des Richters. Durch ihre Verwendung wird die Sachentscheidung vielmehr im Ergebnis auf die Rechtsprechung abgewälzt.⁵

¹ Auch hier stellen sich regelmäßig Interpretations- und Gültigkeitsfragen, und zwar als Vorfragen, die vom Gericht inzident beantwortet werden.

² *M. Jestaedt*, Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR 55 (2000), 133, 153: „Rechtsgewinnung erschöpft sich nicht in Rechtserkenntnis, oder, was dasselbe ist, in Auslegung (Interpretation), sondern ist immer auch Rechtsetzung“. Erst unter die „geschöpften“ konkreten Rechtssätze kann der rechtlich zu beurteilende Sachverhalt subsumiert werden.

³ Zwar ist jede Auslegung von Recht notwendig subjektgebunden und subjektbedingt ist und kann „schon deshalb nicht unabhängig von der schöpferischen Eigenleistung des Auslegenden gedacht werden“ (*M. Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 47). Aber die Interpretation bleibt andererseits ihrem Erkenntnisgegenstand verhaftet. Mit rechtserkenntnisbezogener Kreativität „wird nicht das Gegebene selbst verändert, sondern Unsicherheiten und Uneindeutigkeiten in der Deutung des Gegebenen behoben. [...] Im Erkenntnisakt wird das Gegebene entweder zutreffend erfasst oder verfehlt – tertium non datur. Dass sich mit mehr oder minder überzeugenden Gründen mehrere Sinndeutungen vertreten lassen, darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass dem Gegebenen, hier: einer Rechtsnorm, tatsächlicher mehrfacher Sinn eignet – was der Norm im übrigen den Vorwurf der Perplexität eintrüge“ (*M. Jestaedt*, aaO, S. 48 f.)

⁴ Zitiert nach *W. Knies*, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967, S. 98 m. Fn. 217. Siehe auch BAGE 2, 165, 175.

⁵ *W. Knies*, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967, S. 98 f. Siehe dazu auch *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 32004, § 24 Rn. 24 m. Fn. 35.

Die Einsicht in das von der tatbestandlichen Bestimmtheit der Rechtsnormen abhängige Maß der durch das vorgegebene Recht bewirkten Bindung der Rechtsprechung hat für das Europarecht deshalb besonderes Gewicht, weil die Europäische Union mittlerweile bei der Festlegung und Durchführung ihrer weit ausgreifenden, thematisch kaum begrenzten Politik (siehe nur Art. 3 EUV) und Maßnahmen einer Vielzahl und Vielfalt von allgemeinen, die Einzelpolitiken übergreifenden, richtungsweisenden Zielen Rechnung zu tragen hat. Man lese nur einmal die Art. 2, 3 EUV sowie Art. 8-13 AEUV. Für eine teleologische, an den Vertragszielen orientierte Auslegung der operativen Bestimmungen des Vertrages eröffnet sich damit ein praktisch unbegrenztes Spielfeld, auf dem mit den weit gefassten, manigfaltigen Zielen, je nach Argumentationsbedarf, wie mit Spielbällen ohne feste Spielregeln mehr oder weniger virtuos jongliert werden kann. Um nicht missverstanden zu werden: Dieser Mißstand ist, jedenfalls im Ausgangspunkt, nicht dem Gerichtshof, sondern den Mitgliedstaaten vorzuhalten, die die Union in ihren vertraglichen Grundlagen mittlerweile zu einem Gemischtwarenladen gemacht haben, der einen „Kessel Buntes“ anbietet, aus dem sich die Organe, der Gerichtshof eingeschlossen, nach Belieben selbst bedienen können. Um so mehr muss jedoch darauf geachtet werden, dass die allgemeinen Aufgaben- und Zielbestimmungen nicht selbst zu Kompetenztiteln mutieren, sondern die gestellten Aufgaben und Ziele von der Union nur nach Maßgabe und in den Grenzen der verliehenen Handlungsermächtigungen verfolgt werden. Ganz in diesem Sinne stellt Art. 7 AEUV die Verwirklichung der unionalen „Ziele in ihrer Gesamtheit“ unter den Vorbehalt der „Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung“.

In der Rechtsprechung des EuGH dominiert die objektiv-teleologische Auslegungsmethode. Dies stellt kein Spezifikum des Europarechts dar und ist daher auch nicht auf dessen Autonomie zurückzuführen. Die Vorherrschaft dieses Auslegungsansatzes kann vielmehr auch für das nationale deutsche Recht konstatiert werden⁶.

An sich ist die Auslegung einer Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck zwar eine legitime und in allen Rechtsbereichen anerkannte Methode der Rechtsfindung. Die zweckorientierte Interpretationsmethode darf aber nicht isoliert und verabsolutiert werden, sondern muss die sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und der Systematik des Vertrages und seiner Teile ergebenden Auslegungsgrenzen beachten. Ohne diese disziplinierende Einhegung führt teleologische Auslegung dagegen mit innerer Folgerichtigkeit zu unbegrenzter Auslegung. Denn dann muss (potentieller) Inhalt eines auf Integration zielenden Vertrages alles sein, was der Erreichung dieses Zieles dient. Eine solche ausschließlich auf das Integrationsziel ausgerichtete Auslegung entwickelt bei der Bestimmung der Reichweite von Kompetenznormen eine – einer self-fulfilling prophecy gleichkommende – Eigendynamik, die keine Grenzen kennt und ein System begrenzter Einzelermächtigungen, wie es dem Recht der europäischen Verträge erklärtermaßen zugrunde liegt, überspielt⁷. Das aber wäre offensichtlich vertragswidrig.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch der häufige, pauschale Rückgriff auf den sog. *effet utile*, mit dem die Integrationswirkung des Europarechts verstärkt werden soll. Nach diesem, dem französischen Recht entlehnten Auslegungstopos soll eine jede Gemeinschaftsnorm möglichst ergiebig und mit größter Nutzwirkung für den Integrationsprozess ausgelegt, d.h. in ihrem normativen Potential voll ausgeschöpft werden. Nun hat auch das Bundesverfassungsgericht sich in seiner älteren Rechtsprechung dafür ausgesprochen, bei der Interpretation des Grundgesetzes, insbesondere der Grundrechte, derjenigen Auslegung den Vorrang zu ge-

⁶ Die generellen Einwände gegen diese Art der Auslegung bleiben davon unberührt. Siehe hierzu aus verfassungsrechtlicher Perspektive C. Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 97 (Stand: Dezember 2008), Rn. 58 ff.

⁷ Es dürfte kein Zufall sein, dass das BVerfG der Genese und der Historie bei der Auslegung von Zuständigkeitsvorschriften des Grundgesetzes – anders als bei sonstigen Vorschriften – eine „wesentliche Bedeutung“ (BVerfGE 41, 205, 220; 67, 299, 315) zugesprochen und so weitgehend die Kontinuität, Stabilität und Verlässlichkeit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung gewahrt hat.

ben, die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet⁸. Doch handelt es sich in beiden Fällen zunächst um nichts anderes als eine bloße *petitio principii*. Jede Rechtsordnung will grundsätzlich funktionstüchtig und effektiv sein, doch muss die Auslegung erst ergeben, in welchem Grade sie es in ihrer gegebenen Form sein kann. Weder darf das Ergebnis dieser Auslegung durch bloße Berufung auf den *effet utile* vorweggenommen noch eine einzelne Rechtsnorm oder gar die Gesamtrechtsordnung durch Richterspruch effektiver gemacht werden als sie es nun einmal ist. Auch und gerade im Völkervertragsrecht, das europäische Primärrecht ist davon nicht ausgenommen, gibt es von den Vertragsparteien aus Gründen des Selbstschutzes bewusst geschaffene „leges imperfectae“, die nach deren maßgeblichem Willen eben – wenn überhaupt – nur begrenzt effektiv sein sollen. Vor allem aber muss berücksichtigt werden, dass die europäischen Rechtsnormen nicht lediglich bestimmten, weiter zu effektivierenden Integrationszielen dienen. Auch die (wohlgemerkt: effektive!) Erhaltung des institutionellen Gleichgewichtssystems und die Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Belange sind Ziel und Zweck zahlreicher Vorschriften und setzen diesen gerade deshalb tatbestandliche Grenzen. Europarechtliche Aufgabenzuweisungs- und Ermächtigungsnormen bringen daher regelmäßig gerade in ihrer Begrenztheit konfligierende Regelungsziele zu einem ganz bestimmten, von den Mitgliedstaaten abgewogenen und im Vorgang der Auslegung zu respektierenden Ausgleich, der notwendig verfehlt werden muss, wenn unter Berufung auf einen nur auf den Integrationszweck bezogenen *effet utile* dieser einseitig, d.h. zulasten gegenläufiger Interessen und Zwecke gefördert wird, die in der Vorschrift austariert worden sind.

Die Forderung nach effektiver Auslegung und Handhabung des Europarechts muss daher dem ausdifferenzierten Regelungssystem als Ganzem gelten und darf nicht auf das allgemeine Integrationsziel beschränkt werden; sie dürfte damit allerdings auch ihre die Auslegung steuernde Wirkung einbüßen und zu einem Nullsummenspiel werden.

Hält sich der EuGH in den hier angedeuteten Grenzen der Auslegung der Verträge (EUV und AEUV), entscheidet er sich unter mehreren Auslegungsvarianten für eine vertretbare, dann nimmt er die ihm zugewiesene Rechtsprechungsaufgabe kompetenzgemäß wahr⁹. Da dem EuGH in Sachen Auslegung des Europarechts das entscheidende letzte Wort zusteht, ist seine autoritative Auslegung des primären wie sekundären Europarechts für die Organe der EU ebenso wie für die Mitgliedstaaten verbindlich.

2. Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH?

Wenn auch der Übergang insbesondere von der erweiternden Auslegung zur Rechtsfortbildung mitunter fließend ist, bestehen doch, wie gesehen, Grenzen für die juristische Interpretation, soll sie, methodisch geleitet, „richtig“ sein. Werden diese Grenzen möglicher Auslegung des Unionsrechts, die sich insbesondere aus dem möglichen Wortsinn, dem Regelungszusammenhang, in dem auszulegende Rechtssatz steht, oder aus der Regelungsabsicht ergeben können, die die Mitgliedstaaten mit einer Vertragsbestimmung erklärmaßen oder doch erkennbar verfolgt haben, ergeben können, durch den EuGH überschritten – und das dies mehrfach geschehen ist, wird man kaum ernstlich bestreiten können, erinnert sei nur an die richterrechtliche Begründung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen nach Ablauf der Umsetzungsfrist¹⁰ oder den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch –, dann stellt sich die Frage, ob der EuGH auf die vertragsauslegende Feststellung des bestehenden Europarechts beschränkt oder die Kompetenz zu vertragsübersteigender Fortbildung des (primären) Europarechts besitzt? Eine solche Kompetenz ist dem EuGH nicht ausdrücklich

⁸ BVerfGE 6, 55, 72; 32, 54, 71; 39, 1, 38; 43, 154, 167.

⁹ So auch P. *Mittmann*, Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2000, S. 233.

¹⁰ Vgl. dazu BVerfGE 75, 223, 241.

verliehen worden, und sie liegt darüber hinaus nach dem Wortlaut der bis zum Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages maßgeblichen Aufgabenbeschreibung in Art. 220 EGV a.F., deren ersatzloser Wegfall keine Änderung in der Sache bedeuten sollte (Nachweis), fern. Wenn hier von der Sicherung der Wahrung des Rechts die Rede ist, dann spricht diese konservative Formulierung, die sich auch in der englischen und französischen Fassung wiederfindet¹¹, zumindest prima facie dafür, dass die Aufgabe von Gericht und Gerichtshof in der Erhaltung und Sicherung des gemeinschaftsrechtlichen Normenbestandes, nicht in der eigenmächtigen Erweiterung desselben bestehen soll. Er hat, so dürfte die Vorschrift zu lesen sein, die Auslegung und Anwendung des Vertrages, die primär in der Hand anderer, „politischer“ Organe der Union – Kommission, Rat, Parlament – liegt, daraufhin und nur daraufhin zu kontrollieren, ob dabei die vertraglich festgelegten Rechtsbindungen beachtet worden sind. Vertraglich den anderen Organen eingeräumte Beurteilungs- und Ermessensspielräume hat er zu respektieren und lediglich zu überprüfen, ob die insoweit bestehenden rechtlichen Grenzen überschritten sind. Einen Hinweis auf ein über den Vertrag hinausgehendes, richterlich zu schöpfendes „Mehr an Recht“ enthält die Vorschrift jedenfalls nicht¹². Zudem darf nicht übersehen werden, dass Rechtsfortbildung durch den EuGH nicht nur das institutionelle Gleichgewicht innerhalb der vertragsmäßigen Organstruktur der Union, sondern auch die vertikale Gewaltenteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten im Mehrebenensystem beeinträchtigt. Die Europarechtswissenschaft hat sich von solchen Einwänden allerdings nicht beirren lassen und eine Befugnis der europäischen Gerichtsbarkeit zur Rechtsfortbildung „unmittelbar aus ihrer Stellung im Verfassungssystem“ der Union abgeleitet. Sie sei dazu berufen, „für die Einhaltung des Rechts in der täglichen Praxis Sorge zu tragen, indem sie bestehende Unklarheiten und Widersprüche im Rechtsnormengefüge im Wege der Auslegung beseitigen und unvollkommene oder fehlende Regelungen im Wege der Rechtsfortbildung ergänzen. Der Gerichtshof beziehe die dafür erforderliche Legitimation aus dem ihm erteilten Rechtsprechungsauftrag. Dieser Auftrag, so heißt in einem von *Carl-Otto Lenz* und *Klaus-Dieter Borchardt* herausgegebenen Kommentar, sei denkbar weit angelegt und umfasse „eben nicht nur die Auslegung des Rechts, sondern gleichermaßen auch die Wahrung des Rechts, die angesichts des unvollkommenen Regelungsbestandes [...] nur im Wege der Rechtsfortbildung sichergestellt werden kann“. Die Gründungsverträge seien dynamisch, d.h. auf fortschreitende Entwicklung angelegt, so dass die Rechtsvorschriften notwendigerweise vielfach offen formuliert und auf spätere Entfaltung und Ergänzung angewiesen seien. Diese Aufgabe komme zwar in erster Linie dem Gesetzgeber, sie sei aber vom Gerichtshof wahrzunehmen, sofern dieser dem Auftrag nicht nachkomme. Verweigere der Gerichtshof notwendige Rechtsfortbildung, so setze er sich dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aus¹³. Keine der angeführten Gründe vermag zu überzeugen. Zwar hat auch das Bundesverfassungsgericht keinen Zweifel daran, „daß die Mitgliedstaaten die Gemeinschaft mit einem Gericht ausstatten wollten, dem Rechtsfindungswege offenstehen sollten, wie sie in jahrhundertelanger gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind. Der Richter war in Europa niemals lediglich "la bouche qui prononce les paroles de la loi"; das römische Recht, das englische common law, das Gemeine Recht waren weithin richterliche Rechtsschöpfungen ebenso wie in jüngerer Zeit etwa in Frankreich die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts durch den Staatsrat oder in Deutschland das allgemeine Verwaltungsrecht, weite Teile des Arbeitsrechts oder die Sicherungsrechte im

¹¹ „The Court of Justice and the Court of First Instance, each within its jurisdiction, shall ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed“. « La Cour de justice et le Tribunal de première instance assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité ».

¹² A.A, aber nicht überzeugend. *K. Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 135-141 m.w.N., 144, der deshalb die Aufgabenbeschreibung des Gerichtshofs in Verbindung mit den konkreten Verfahrensarten als Ermächtigungsgrundlage des EuGH zur Rechtsfortbildung ansieht.

¹³ *C.-O. Lenz/K.-D. Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 4. Aufl. 2006, Art. 220 EGV, Rn. 42 f.

privatrechtlichen Geschäftsverkehr“¹⁴. Der Rekurs auf eine angebliche gemeineuropäische Rechtsprechungstradition trägt indes nicht, weil diese Tradition sich nur auf nationale Gerichte bezieht. Für ein Gericht einer supranationalen Organisation gibt es kein historisches Vorbild, das traditionsbildend hätte wirken können, und internationalen Gerichten wird in aller Regel keine Rechtsfortbildungskompetenz zugebilligt¹⁵. Der Gerichtshof stellt ein Rechtsprechungsorgan eigener Art dar, dessen Kompetenzen nur aus seinen eigenen vertraglichen Rechtsgrundlagen abgeleitet werden können¹⁶.

Ebensowenig greift der Hinweis auf den dynamischen Charakter des Gemeinschaftsrechts. Die unbestreitbare Dynamik des Integrationsprozesses ist „durch den Vertrag in bestimmte verfahrensrechtliche Formen eingebunden“; die europäische Gerichtsbarkeit ist an den vertraglich vorgesehenen Verfahren der Fortentwicklung des Europarechts, auch soweit sie autonom ausgestaltet sind, indes nicht beteiligt.

Eine Rechtsfortbildungskompetenz der europäischen Gerichte lässt auch nicht – ohne Rücksicht auf den Willen der Vertragsparteien – als selbstverständlich rechtsordnungsimmanent ausweisen, „gleichsam“ aus der Natur der Sache begründen. Insbesondere ergibt sie sich nicht aus der Lückenhaftigkeit der europäischen Rechtsordnung. Ein System begrenzter Einzelermächtigungen, bei dem alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben (Art. 4, 5 Abs. 2 S. 2 EUV), ist bewusst und gewollt lückenhaft¹⁷. Das Europarecht reflektiert diese lückenhafte Kompetenzausstattung seit jeher in der sog. Vertragsabrundungsklausel des Art. 235 bzw. 308 E(W)GV¹⁸ und nun in Art. 352 AEUV. Diese Flexibilitätsklausel ermöglicht, ohne förmliche Vertragsänderung für ein als erforderlich angesehenes Tätigwerden der Union notwendige, aber in den Verträgen nicht vorgesehene Befugnisse auf Vorschlag der Kommission und mit Zustimmung des Parlaments durch einstimmigen Ratsbeschluss zu schaffen. Dies gilt nun für alle Politikbereiche der Union. Für eine eigenmächtige kompetenzverschiebende „Lückenfüllung“ durch den EuGH ist danach primärrechtlich kein Raum mehr. Ob die Integration durch Begründung zusätzlicher Handlungsermächtigungen der Union über den primärrechtlichen abgesteckten Rahmen hinaus fortschreiten soll, bestimmen entweder die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge im Vertragsänderungsverfahren oder andere Unionsorgane in autonomen Verfahren. Diese mit bestimmten exklusiven Zuständigkeitszuweisungen verbundenen Entscheidungsverfahren schließen eine konkurrierende autonome Entscheidungsgewalt des Gerichtshofs aus¹⁹.

Das gilt nicht nur für richterrechtliche Kompetenzerweiterungen der Union, sondern für jede Form der Rechtsfortbildung; denn sie ist der Sache nach nichts anderes als ein formlose Vertragsänderung. Für Vertragsänderungen jedweder Art hält der EU-Vertrag aber ganz bestimmte Verfahren mit bestimmten Entscheidungs- und Mitwirkungszuständigkeiten vor. Der Vertrag von Lissabon verfeinert hier das Instrumentarium und unterscheidet nun zwischen einem ordentliches und vereinfachten Änderungsverfahren (Art. 48 Abs. 2-5, Abs. 6 u. 7 EUV).

¹⁴ BVerfGE 75, 223, 243 f.

¹⁵ Vgl. dazu P. Mittmann, aaO, S. 239-244.

¹⁶ In den „Erläuterungen zu den Verträgen zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft“ (BT-Drucks. 2/3440, Anlage C, S. 101 ff., 146) hieß es, die Befugnisse des Gerichtshofs seien „weder mit denen eines internationalen Gerichts noch mit denen nationaler Gerichte gleichzusetzen“.

¹⁷ Zutreffend P. Mittmann, aaO, S. 251 f. Dies verkennt K. Walter, aaO, S. 89 f., der die Gemeinschaftsrechtsordnung zu Unrecht „als prinzipiell vollständige Rechtsordnung versteht“.

¹⁸ Dazu näher C. Hillgruber, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode?, in: v. Danwitz/Heintzen u.a. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer Europäischen Staatlichkeit?, 1993, S. 31-46, 40-44.

¹⁹ Vgl. Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV: „Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnissen nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Verträgen festgelegt sind“ (Hervorhebung C.H.). Die These von A. v. Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum. Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, NJW 2010, 1, 5: „Ohne richterliche Rechtsfortbildung ist dieser Rechtsraum kaum erfolgreich zu gestalten“ ist daher eine unbewiesene Behauptung, wobei noch zu fragen wäre, was unter „erfolgreich“ zu verstehen ist und wer dies entscheidet.

Wenn in letzteren keine Ausdehnung der der Union im Rahmen der Verträge übertragenen Zuständigkeiten beschlossen werden darf, dann bleibt dies erkennbar dem ordentlichen Änderungsverfahren vorbehalten. Es wird aber zugleich deutlich, dass auch sonstige Vertragsänderungen nur in einem formalisierten, wenn auch unter erleichterten Bedingungen durchzuführenden Verfahren stattfinden können und sollen. Auch insoweit besitzt der EuGH keine Befugnis, integrationshinderliche „Lücken“ zu schließen, wie der dies beispielhaft bei der Erfindung der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht fristgemäß umgesetzter Richtlinien getan hat, als er eine „neue Sanktionskategorie“ schuf²⁰, die der Vertrag nicht vorsah. Deshalb war der Vertrag jedoch nicht lückenhaft. „Vielmehr enthielt der Vertrag eine abschließende, wenn auch möglicherweise integrationspolitisch unzureichende, Regelung“²¹ der Reaktionsmöglichkeiten auf die vertragsverletzende Nichtumsetzung von Richtlinien in Gestalt des Vertragsverletzungsverfahrens. Die sog. Lücke war auch hier „nichts anderes als die Differenz zwischen dem positiven Recht und einer für besser, gerechter, richtiger gehaltenen Ordnung“²². Weil die Annahme von „Lücken im Recht – in dem Sinne, dass ein Rechtsstreit ohne deren Schließung nicht entschieden werden könnte – eine Illusion herkömmlicher Jurisprudenz“²³ darstellt, ist auch das zur Rechtfertigung gesetzesübersteigender richterlicher Rechtsschöpfung gern herangezogene Argument der verbotenen Rechtsverweigerung nicht stichhaltig. „Déni de justice“ meint die Nichterfüllung der Justizgewährungspflicht. Der Pflicht zur Entscheidung jedes zulässigerweise vor ihn gebrachten Falles kommt der Richter jedoch mit jeder Sachentscheidung, die er trifft, nach, ganz gleich wie diese inhaltlich ausfällt.

Schließlich stellt die Nichtanspruchnahme der Flexibilitätsklausel durch die dafür zuständigen Unionsorgane oder das Nichtzustandekommen einer Vertragsänderung durch die Mitgliedstaaten, aus welchen Gründen auch immer, mangels entsprechender rechtlicher Handlungspflicht keine Verletzung der Pflicht zur Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) dar. Erst recht begründet eine derartige, bloß rechtlich ungeschützte Integrationserwartungen enttäuschende „Untätigkeit“, die in Wahrheit eine zu respektierende politische Willensentscheidung der zuständigen Unionsorgane darstellt, keine Reserveorgankompetenz des Gerichtshofs zur „Ersatzvornahme“ qua richterlicher Rechtsfortbildung²⁴.

Dem Gerichtshof steht nach alledem die von ihm bei Überschreitung der Auslegungsgrenzen tatsächlich in Anspruch genommene Kompetenz zu einer vermeintliche Lücken im europäischen Rechtssystem schließenden Rechtsfortbildung vertraglich nicht zu. Eine solche Kompetenz könnte daher dem EuGH allenfalls gewohnheitsrechtlich zugewachsen sein. Da es sich dabei um eine die institutionelle Struktur der Union berührende, stillschweigende Vertragsänderung handeln würde, setzte dies voraus, dass die vom EuGH immer wieder betriebene Rechtsfortbildung von sämtlichen Mitgliedstaaten konsentiert wird. Eine solche allseitige Zustimmung ist indes nicht feststellbar. Zwar ist es nur selten zu rechtsverwahrenden Protesten von Mitgliedstaaten gegen vom EuGH vorgenommene Rechtsschöpfungen²⁵, vielmehr haben sich die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte ergangenen Entscheidungen des EuGH, durch die der Union und ihren Organen bestrittene Verbands- und Organkompetenzen im

²⁰ Zutreffend BVerfGE 75, 223, 241 f.: „Die Sanktionierung der Nichterfüllung von Richtlinien nicht allein durch eine Verletzungsklage der Gemeinschaft gegen den Mitgliedstaat, sondern auch durch ‚Berufung auf die Richtlinie‘ im Rechtsstreit des privaten Einzelnen gegen den Mitgliedstaat zu ermöglichen, schafft eine neue Sanktionskategorie“.

²¹ P. Mittmann, aaO, S. 254. Auch K. Walter, aaO, S. 252-257 hält entgegen BVerfGE 75, 223 die postulierte unmittelbare Wirkung von Richtlinien mit Recht für ein „Beispiel vertragsändernder Rechtsfortbildung“ (S. 252), durch die der EuGH seine Kompetenzen überschritten hat.

²² H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 101 f.

²³ Zutreffend M. Jestaedt, Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR 55 (2000), 133, 139.

²⁴ Zur Frage, ob bei eindeutigen, verbindlichen Rechtsetzungsaufträgen des Primärrechts ausnahmsweise etwas Anderes gilt, siehe P. Mittmann, aaO, S. 248 f., der zu Recht auf die Untätigkeitsklage (jetzt: Art. 265 AEUV) als möglichen Rechtsbehelf verweist.

²⁵ Vgl. dazu die bei P. Mittmann, aaO, S. 265-268 angeführten Fälle.

Wege der Rechtsfortbildung zugesprochen worden sind, in aller Regel schließlich gebeugt. Eine Billigung der vom Gerichtshof dabei angewandten Methode der Rechtsfortbildung kann darin jedoch nicht erblickt werden. „Die Staaten mögen einzelnen inhaltliche Ergebnisse der EuGH-Rechtsprechung anerkannt haben, selbst wenn sich diese an sich nicht aus den Verträgen herleiten ließen. [...] Eine Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH in der Form, dass eine Vertragsänderung durch Richterrecht kompetenzmäßig und damit erlaubt wäre, lässt sich auch anhand der Praxis der Mitgliedstaaten nicht nachweisen“²⁶.

Dies erklärt auch, warum der Gerichtshof stets verdeckte Rechtsfortbildung betreibt, die er als bloße Auslegung des Europarechts ausgibt: Die Mitgliedstaaten würden offen deklarierte Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof nicht akzeptieren; denn sie verstehen „den Gerichtshof grundsätzlich nur als Anwender, nicht als Setzer des Rechts; [...] er soll [...] sich nicht an die Stelle der Mitgliedstaaten setzen und selbst neues Recht begründen“²⁷.

III. Das europarechtliche Können: Die Verbindlichkeit „vertragsübersteigender“, rechtsfortbildender Entscheidungen des EuGH

Setzt der EuGH rechtsfortbildend neues europäisches (Primär-)Recht, dann handelt er nicht mehr „nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse“ (Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV), sondern *ultra vires*. Das schließlich indes nicht notwendig aus, dass auch solche kompetenzüberschreitenden Entscheidungen verbindlich sein können.

Allerdings ist der EuGH nicht authentischer Interpret der Verträge in dem Sinne, dass sie – auch jenseits der Auslegungsgrenzen *per se* den Inhalt hätten, den er ihnen beilegt. Der Inhalt des Unionsrechts ist dem Gerichtshof vielmehr durch die Mitgliedstaaten vorgegeben und wird durch eine sich darüber hinwegsetzende Rechtsprechung des EuGH nicht mit materiell-rechtlicher Wirkung umgestaltet.

Auch der Hinweis auf den Vorrang des Unionsrechts verfängt nicht, weil er voraussetzt, was es zu begründen gilt, dass nämlich *ultra-vires* ergangene Entscheidungen des EuGH gleichwohl europarechtlich Verbindlichkeit beanspruchen können. Gleiches gilt für den Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV). Zum einen wirkt er nicht einseitig pflichtenverstärkend zulasten der Mitgliedstaaten, sondern begründet eine wechselseitige Loyalitätspflicht zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten, die der EuGH durch unzulässige Rechtsfortbildung zum Nachteil der Mitgliedstaaten gerade selbst verletzt hat, so dass er nun nicht seinerseits bedingungslosen Gehorsam gegenüber seiner europarechtswidrigen Judikatur einfordern kann. Zum anderen führt die modale, die Art und Weise der Kompetenzausübung regulierende Unionstreuepflicht nicht zu Kompetenzverschiebungen. Auch der Rekurs auf die Gemeinschaftstreue setzt daher das Bestehen einer nicht durch sie selbst begründbaren, anderweitig ausgelösten Rechtspflicht der Mitgliedstaaten zur Befolgung auch aus der Kompetenzordnung ausbrechender Judikate des EuGH voraus.

Eine strikte Befolgungspflicht könnte sich aus dem unionsrechtlichen System des gerichtlichen Rechtsschutzes ergeben. Das Verfahren der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) räumt der Union das prozessuale Recht ein, über die Grenzen ihrer Verbandskompetenz durch ein eigenes gerichtliches Organ Entscheidungen zu treffen, die spätestens nach einer auf Rechtsfragen beschränkten Kontrolle durch den EuGH unanfechtbar sind. Die in diesem Verfahren und im Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 f. AEUV) ergehenden Entscheidungen sind verbindlich (Art. 260, 266 AEUV). Auch die im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV ergangenen Urteile des Gerichtshofs sind für alle mit demselben Ausgangsverfahren befassten mitgliedstaatlichen Gerichte bindend und daher ihren Entscheidungs-

²⁶ So richtig *P. Mittmann*, aaO, S. 268. Auch *K. Walter*, aaO, S. 356 verneint jedenfalls eine „Heilung“ unzulässiger, kompetenzüberschreitender Rechtsfortbildung des EuGH durch vertragsderogierendes Gewohnheitsrecht.

²⁷ *B. Börner*, Der rechtliche Nutzen logischer Fehler, oder: Die Richtlinien des EWGV, oder: Rechtsanwendung v. Rechtsetzung, in: FS G. Kegel, 1987, S. 57, 68.

gen zugrundelegen. Nach Art. 344 AEUV sind die Mitgliedstaaten darüber hinaus verpflichtet, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge „nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln“. Es besteht daher keine Möglichkeit, europarechtliche Rechtsfragen auf einem anderen, als den in den geregelten gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Weg einer Klärung zuzuführen; insbesondere kann die Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit von Handlungen der Unionsorgane außerhalb des Verfahrens der Nichtigkeitsklage nicht geltend gemacht bzw. dürfen solche Akte ohne vorherige Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nicht von nationalen Gerichten als nichtig bzw. unanwendbar behandelt werden²⁸. Verfahrensrechtlich besitzt also allein der Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen seiner Zuständigkeiten die Befugnis, über die Frage der Vereinbarkeit von Rechtsakten der Union mit den Ermächtigungsgrundlagen in den Verträgen abschließend zu befinden. Er hat das Entscheidungs- und Verwerfungsmonopol.

Aus diesem eindeutigen verfahrensrechtlichen Befund ohne weiteres die Verbindlichkeit jedweder Entscheidung des EuGH, und sei sie noch so eindeutig kompetenzüberschreitend, abzuleiten, würde außer Betracht lassen, dass die Rechtsbindung des EuGH ebenso eindeutig durch die Verträge festgelegt ist (siehe Art. 13 Abs. 1 S. 2, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV). Die Verträge gehen also davon aus, dass der EuGH seine Bindung an das Europarecht beachtet und die Mitgliedstaaten im Gegenzug seine Urteile befolgen. Sie haben damit den Normalfall der Verbindlichkeit kompetenzgemäß ergangener Entscheidungen im Blick. Sie geben dagegen „keine Antwort auf die Frage, welche Folge eintreten soll, wenn die bei der Statuierung der verfahrensrechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten implizit vorausgesetzte Beachtung der vertraglichen Grundlagen durch den EuGH nicht gegeben ist“, dieser vielmehr aus seinen materiell-rechtlichen Gebundenheit ausbricht und damit seine Kompetenzen überschreitet.²⁹

Allerdings sieht das System der Europäischen Union in der Tat kein institutionalisiertes Verfahren vor, in dem die Kompetenzwidrigkeit von Rechtsprechungsakten des EuGH geltend gemacht werden könnte. Der Einwand der Kompetenzwidrigkeit ist daher gegenüber dem EuGH nicht gerichtlich durchsetzbar. Gleichwohl ließe sich vertreten, dass das bloße Fehlen eines Verfahrens nicht zum Verlust der bei den Mitgliedstaaten liegenden Kompetenzkompetenz führen kann und sich aus dem materiellrechtlichen Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ungeachtet des Verfahrensrechts als ultima ratio das Recht der Mitgliedstaaten ergeben könnte, unilateral die Unverbindlichkeit vertragsübersteigender Judikate des EuGH geltend zu machen³⁰. Immerhin gilt im Recht der internationalen Organisationen der Grundsatz, dass ultra-vires-Akte internationaler Organe regelmäßig keine Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen können, sondern null and void sind, wenn auch eine verfahrensrechtliche Unterwerfung unter Entscheidungen internationaler Organe, nicht nur gerichtsförmiger, möglich, wenngleich bisher so gut wie nie erfolgt ist³¹. Jedenfalls führt nach Völkerrecht „allein der Umstand, dass einem Organ bestimmte Fragen zur autonomen, rechtsverbindlichen Entscheidung zugewiesen ebenso wenig zur Verbindlichkeit von ultra-vires-Akten wie das Fehlen eines institutionalisierten Rechtsmittels“³².

Enthalten die Verträge einer inter- oder supranationalen Organisation – wie hier – keine ausdrückliche Regelung, so muss zur Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer formellen Kompetenzkompetenz in Gestalt der Verfahrensherrschaft eines inter- oder supranationalen Organs maßgeblich auf die subsequent practice der Vertragsstaaten (Art. 31 Abs. 3 lit. b) WVK) abgestellt werden. Sie allein kann Aufschluss darüber geben, wie die Vertragsparteien

²⁸ EuGH, Rs. 314/85, Urteil vom 22.10.1987, Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, Slg. 1987, S. 4199, 4231. Zur Unkorrigierbarkeit grenzüberschreitender Rechtsfortbildung durch den EuGH im Auslegungs-, Berichtigungs- und Wiederaufnahmeverfahren siehe *K. Walter*, aaO, S. 339-344.

²⁹ Zutreffend *P. Mittmann*, aaO, S. 297, 295.

³⁰ Siehe dazu *P. Mittmann*, aaO, S. 296.

³¹ Zur Verfahrensherrschaft des Sicherheitsrates siehe *U. Fink*, Kollektive Friedenssicherung, 1999, Teil 2, S. 859-861.

³² Vgl. dazu *P. Mittmann*, aaO, S. 353-389, 388.

den im Hinblick auf die Reichweite der Bindungswirkung von Entscheidungen des EuGH ergebnisoffenen Vertragstext tatsächlich verstanden haben und verstanden wissen wollten, ob sie von einer absoluten oder einer – zum Schutz ihrer souveränen Rechte – relativierten Verbindlichkeit ausgehen. Eine von *Patrick Mittmann* durchgeführte, eingehende Analyse der einschlägigen Staatenpraxis³³ hat zu dem Ergebnis geführt, das es so gut wie keinen Fall gibt, in dem die mitgliedstaatlichen Regierungen dem EuGH offen die Gefolgschaft verweigert haben³⁴. Zwar wurden Urteile des Gerichtshofs, die von den Mitgliedstaaten als Kompetenzüberschreitungen gewertet wurden, teilweise nur schleppend und unvollständig umgesetzt, aber ihre Verbindlichkeit wurde in aller Regel nicht in Frage gestellt. Wo nationale Gerichte ausgeschert sind, wie etwa der BFH im Fall Kloppenburg³⁵, mußten sie schließlich, höchst-richterlich oder verfassungsgerichtlich korrigiert, klein begeben. Selbst empfindliche kompetenzwidrige Eingriffe in ihrer verbliebenen Souveränitätsrechte hätten die Mitgliedstaaten, wenngleich als ultra-vires Akte erkannt und kritisiert, schließlich hingenommen. Dieses Verhalten kann nicht allein mit politischen Opportunitätserwägungen erklärt werden. Vielmehr läßt die Vielzahl solcher Fälle und die Konsistenz der Staatenpraxis nur den Schluss zu, dass die Mitgliedstaaten der Rechtsüberzeugung seien, selbst kompetenzwidrigen Entscheidungen des EuGH Rechtsgehorsam zu schulden. Sie bestätigt mit der vorbehaltlos akzeptierten Verbindlichkeit auch rechtsschöpferischer Urteile unter Verzicht auf die Erhebung der ultra-vires-Einrede die Anerkennung einer unbeschränkten Verfahrensherrschaft des EuGH durch die Mitgliedstaaten³⁶. Dass sie dem EuGH nicht nur mit der Einführung obligatorischer Gerichtsbarkeit ausdrücklich die Interpretationsherrschaft über die Verträge übertragen, sondern ihm auch durch nachfolgendes Verhalten mit Erklärungscharakter eine darüber hinausgehende formelle Kompetenzkompetenz zuerkannt haben, zeigt eine bemerkenswert weitgehende, die Berufung auf ihre Souveränität hintanstellende Integrationsbereitschaft.

Zusammengefasst kann festgestellt werden, dass der EuGH zwar materiellrechtlich an das von ihm auszulegende und anzuwendende Europarecht gebunden ist und dessen Fortbildung verbotene Eigenmacht darstellt, er sich darüber aber aufgrund der den Vertragsschlüssen nachfolgenden Staatenpraxis verfahrensrechtlich wirksam, d.h. für die Mitgliedstaaten gleichwohl verbindlich, hinwegsetzen kann. Europarechtlich fallen also das rechtliche Dürfen und das rechtliche Können auseinander³⁷.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsprechungsgewalt des EuGH

Wie aber liegen die Dinge verfassungsrechtlich? Die Integrationsbereitschaft der vom Grundgesetz verfassten Bundesrepublik Deutschland ist groß, aber nicht grenzenlos.

Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten, verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität. Das Grundgesetz will eine weitgehende Völkerrechtsfreundlichkeit, grenzüberschreitende Zusammenarbeit und politische Integration in eine sich allmählich entwickelnde internationale Gemeinschaft demokratischer Rechtsstaaten. Es will jedoch keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsakte. Selbst die weitreichende supranationale europäische

³³ aaO, S. 300-348.

³⁴ Eine Ausnahme bildet das sog. Schaffleisch-Urteil des EuGH (Rs. 232/78, Kommission ./ Frankreich, Urteil vom 25.09.1979, Slg. 1979, S. 2729 ff.); siehe dazu *P. Mittmann*, aaO, S. 315-318.

³⁵ Siehe dazu BVerfGE 75, 223, 226-231.

³⁶ Vgl. *P. Mittmann*, aaO, S. 349-351, 389 f. Im Ergebnis ebenso *K. Walter*, aaO, S. 358 ff., der von einer „Heilung“ grenzüberschreitender Rechtsfortbildung „durch Akzeptanz der Mitgliedstaaten“ spricht. Entgegen *Walter*, aaO, S. 361 kann die bloß stillschweigende Hinnahme von ultra vires ergangenen Entscheidungen des EuGH aber wohl kaum als „Kennzeichen gelungener Rechtsfortbildung durch den EuGH“ gelten.

³⁷ So auch *P.M. Huber*, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), S. 210-251, 219.

Integration, die sich für den aus der Gemeinschaftsquelle herrührenden innerstaatlich unmittelbar wirkenden Normanwendungsbefehl öffnet, steht unter einem, allerdings weit zurückgenommenen Souveränitätsvorbehalt (vgl. Art. 23 Abs.1 GG)³⁸.

Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG wirkt die Bundesrepublik Deutschland zur Verwirklichung eines vereinten Europa bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Die indikativische Formulierung beinhaltet in Konkretisierung des schon in der Präambel formulierten Staatsziels eines „vereinten Europa“ eine verbindliche normative Festlegung Deutschlands auf eine Mitwirkung, d. h. aktive Beteiligung an dem sich nun im Rahmen der Europäischen Union vollziehenden Integrationsprozess. Der damit begründete Verfassungsauftrag wird zugleich an die Bedingung verfassungsstruktureller Homogenität der Europäischen Union geknüpft. Die Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG erlaubt die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an einer supranationalen Kooperationsordnung, doch ist die von der Europäischen Union auf vertraglicher Grundlage ausgeübte, „autonome“, d.h. selbständige, aber abgeleitete Hoheitsgewalt „staatsverfassungsrechtlich“ grundgelegt³⁹.

In Erfüllung seines verfassungsrechtlichen Mitwirkungsauftrages an der Fortentwicklung der Europäischen Union kann der Bund durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG). Die Entscheidung ist dem Gesetzgeber vorbehalten, um eine selbstherrliche Entäußerung deutscher Staatsgewalt durch die Regierung als Trägerin der auswärtigen Gewalt zu verhindern.

Die verfassungsrechtliche Integrationsermächtigung berechtigt allerdings lediglich zur völkervertraglichen Übertragung einzelner, hinreichend bestimmter und damit inhaltlich begrenzter Hoheitsrechte, nicht der allein dem souveränen deutschen Staat zukommenden und vorbehaltenen, umfassenden, gesamten Staatsgewalt⁴⁰. Der Grund dafür liegt im Demokratieprinzip des Grundgesetzes, das eine – Entäußerung deutscher Staatsgewalt bedeutende – General- oder Blankettermächtigung der EG/EU zur Rechtsetzung und einen damit verbundenen Übergang zu europäischer Staatlichkeit mit potentieller Allzuständigkeit nicht erlaubt, sondern nur die Erteilung begrenzter Einzelermächtigungen zulässt, bei denen Umfang und Ausmaß der Verlagerung der Ausübung von Hoheitsrechten feststehen und eine Inanspruchnahme nicht benannter Aufgaben und Befugnisse durch die Europäische Union ausgeschlossen ist⁴¹. Ein Gesetz, das die deutsche Rechtsordnung für die unmittelbare Geltung und Anwendung von Recht der supranationalen Europäischen Gemeinschaft öffnet, muss deshalb die zur Wahrnehmung übertragenen Rechte und das beabsichtigte Integrationsprogramm hinreichend bestimmbar festlegen. Nur ein hinreichend bestimmtes parlamentarisches Zustimmungsgesetz kann die Grundlage für ein demokratisch verantwortbares Integrationsprogramm bilden. Jeder über das schon konsentiertere Programm hinausgehende, weitere erhebliche Integrations-schritt bedarf erneuter, demokratische Legitimation vermittelnder parlamentarischer Zustimmung in Gesetzesform⁴².

³⁸ BVerfGE 111, 307, 318 f.

³⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nrn. 227, 231, 234.

⁴⁰ Vgl. *K. Schmalenbach*, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996, S. 57 f. m.N. aus der Entstehungsgeschichte.

⁴¹ BVerfGE 89, 155 (172, 182 ff., 187); BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 236. Dazu grundlegend *P. Kirchhof*, HStR VII, § 183 Rdnrn. 157 ff.

⁴² Konkret bedeutet dies nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG (2 BvE 2/08 vom 30.6.2009), dass eine jede auf primärrechtlicher Ermächtigungsgrundlage ohne förmliche Vertragsänderung mögliche, in ihrer Tragweite aber im vorhinein nicht vorsehbare Modifikation der vertraglichen Grundlagen und Entscheidungsprozeduren der Europäischen Union ihrerseits vorheriger (gesetzlicher) Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften nach Art. 23 Abs. 1 GG bedarf, die nur auf diese Weise ihre unveräußerliche Verantwortung für die Steuerung des Integrationsprozesses wahrnehmen können (zur Reichweite des Gesetzesvorbehalts s. Rn. 236, 242 f., 409).

1. Die Kategorie des „ausbrechenden Rechtsakts“

Der strikt zu handhabende⁴³ verfassungsrechtliche Vorbehalt eines hinreichend bestimmten Gesetzes für die Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Europäische Union einschließlich unmittelbarer Rechtsetzungsgewalt gegenüber den Unionsbürgern hat weitreichende Konsequenzen; denn er begründet einen nationalen Kontrollvorbehalt: Dem EuGH obliegt die authentische Interpretation des primären und sekundären Unionsrechts, insbesondere im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens; er besitzt aber nicht die Kompetenz, die Frage der Normenkollision und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen für das nationale Recht verbindlich zu entscheiden. Dies ist vielmehr Sache der nationalen Instanzen⁴⁴. Ob das in der maßgeblichen Auslegung durch den EuGH geltende Europarecht im Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland so Anwendung finden und sich gegen ihm widersprechendes Verfassungsrecht durchsetzen kann, entscheidet sich notwendig nach diesem Verfassungsrecht. Das BVerfG wacht dabei nicht nur über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Integrationsermächtigungen der Art. 23 Abs. 1 und 24 Abs. 1 GG, sondern prüft auch, ob Rechtsakte von Organen der Europäischen Union sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen⁴⁵.

Daher bedarf die Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland in dem durch den Vertrag von Lissabon eingeführten sog. vereinfachten Vertragsänderungsverfahren (Art. 48 Abs. 6 EUV-Lissabon) einer gesetzlichen Grundlage im Sinne des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG (Rn. 305, 412). Gleiches gilt für sonstige sachbereichsspezifische Vertragsänderungsverfahren (Rn. 314), die Inanspruchnahme der in ihrem Anwendungsbereich erweiterten Vertragsabrundungsklausel (Art. 352 AEUV; s. Rn. 328, 417) und Brückenverfahren, mit denen die Abstimmungsmodalitäten im Rat (Übergang vom Einstimmigkeitserfordernis zur qualifizierten Mehrheit) und das anzuwendende Gesetzgebungsverfahren geändert werden können (Rn. 413).

⁴³ Obwohl es die Beachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung in den Verträgen und bei ihrer Anwendung und Auslegung aus demokratischen Gründen für geboten erachtet (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 265), akzeptiert das BVerfG auch dynamische Evolutivklauseln und blankettartige Ermächtigungsnormen, „wenn sie noch in einer Weise ausgelegt werden können, die die nationale Integrationsverantwortung wahr“ (Absatz-Nr. 239). Das ist bedenklich, weil eine die Unionsorgane ermächtigende Vertragsvorschrift, die normstrukturell zu unbestimmt ist, auch durch Auslegung nicht wirksam eingrenzbar ist, auch durch Interpretationsanstrengung nicht beherrschbar wird und daher als solche nicht demokratisch verantwortbar ist (vgl. Rn. 306). Sie sollte daher schon aus diesem Grunde – mangels Bestimmtheit – als den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen nicht genügend und damit nicht zustimmungsfähig zurückgewiesen werden.

⁴⁴ Vgl. dazu schon die Schlußanträge des deutschen Generalanwalts *K. Roemer* in der Rs. van Gend & Loos, EuGH Slg. 1963, S. 31ff. (47-49): "Die verfassungsrechtliche Situation in den Mitgliedstaaten ist nicht einheitlich, vor allem nicht die Beurteilung des Verhältnisses von supranationalem oder internationalem Recht zu später ergangenen Gesetzen (wird näher ausgeführt) ... Diese verfassungsrechtliche Situation stand den Vertragsautoren bei der Abfassung des Gemeinschaftsrechts vor Augen ... Ein einheitliche Rechtsentwicklung wäre ... auch in den Staaten nicht gewährleistet, deren Verfassungsrecht internationalen Vereinbarungen einen Vorrang gibt vor nationalem Recht. Der Vertrag kennt kein sicheres Instrument zur Abwendung dieser Gefahr. Art. 177 sieht nur ein Vorlagerecht und eine Vorlagepflicht vor, wenn eine Frage der Vertragsinterpretation ansteht, nicht dagegen, wenn das Problem der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht auftaucht" (Hervorhebung vom Verf.).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 89, 155 (188); siehe auch bereits E 37, 271 (279f.); 58, 1 (30f.); 73, 339 (375f.); 75, 223 (242). Die doppelte Kontrolle europäischer Hoheitsakte durch den EuGH und ein nationales Verfassungsgericht an zwar formell von einander zu unterscheidenden, materiell aber identischen Prüfungsmaßstäben – nämlich den die Gemeinschaft und die Union konstituierenden Verträgen einerseits, den nationalen Zustimmungsgesetzen, die den Inhalt dieser Verträge rezipieren und im nationalen Hoheitsbereich anwendbar machen, andererseits – birgt die Gefahr unterschiedlicher Interpretationen in sich und gefährdet die angestrebte einheitliche Geltung und Anwendung des Europarechts in allen Mitgliedstaaten. Diese Gefahr wird dadurch, dass das BVerfG gemäß dem Lissabon-Urteil (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 241) nach dem in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken die ultra-vires-Kontrolle exklusiv für sich selbst reklamiert zwar gemindert, aber nicht gebannt. Die Kontrolle auch durch das BVerfG ist indes notwendige Konsequenz des Delegations- und Legitimationszusammenhangs, in dem das auf völkerrechtlichen Verträgen basierende Europarecht zum nationalen Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten steht. Damit das Europarecht in Deutschland (vorrangige) Anwendung finden kann, bedarf es, seiner Aufnahme in die nationalen Rechtsordnung durch einen – seine inner-

Bei dieser sog. ultra-vires-Kontrolle durch das BVerfG geht es nicht um die vom EuGH getroffene und auch für das BVerfG verbindliche⁴⁶ Entscheidung über die europarechtliche Gültigkeit und Auslegung des europäischen Hoheitsaktes, sondern darum, ob die dem zugrundeliegende Auslegung und Handhabung der Verträge mit dem durch die deutsche Zustimmungsgesetze aufgenommenen Vertragsinhalt vereinbar ist, andernfalls er, weil vom Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetz nicht erfasst bzw. gedeckt, keine Bindungswirkung entfaltet und von Verfassungs wegen nicht angewendet werden darf⁴⁷. Dort, wo die Brücke des Rechtsanwendungsbefehls nicht mehr trägt, weil es sich um einen „ultra-vires-Akt“ handelt, der unter Missachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung jenseits der Verbandskompetenz der Gemeinschaft erlassen worden ist, kann das Gemeinschaftsrecht in Deutschland keine Rechtsverbindlichkeit beanspruchen.

Verfassungsrechtlich betrachtet gibt es dabei keinen Unterschied zwischen Können und Dürfen. Was von Verfassungs wegen nicht übertragen werden darf, kann auch nicht verfassungsrechtlich wirksam transferiert werden, und was nicht mit Zustimmung der deutschen gesetzgebenden Körperschaften auf die Union übertragen worden ist, darf in verfassungsrechtlicher Sicht auch nicht so behandelt werden, als sei es übertragen worden.

Allerdings muss die erfolgte Übertragung von Kompetenzen auf die Union und ihre Organe stets im Zusammenhang mit der auf die europäische Gerichtsbarkeit übertragenen Interpretationsherrschaft „gelesen“ werden. Die Zustimmung zum Vertragstext erfasst von vornherein auch die darin enthaltenen Interpretationsspielräume. Auslegungen des Unionsrechts, die sich in der Bandbreite möglicher und damit vertretbarer Interpretationen bewegen, sind daher vom deutschen Zustimmungsgesetz gedeckt. Insofern setzt das Zustimmungsgesetz lediglich einen relativ weiten, ausfüllungsfähigen Ermächtigungsrahmen. Ebenso wie es Grenzen der Auslegung gibt, findet aber auch mit dem Zustimmungsgesetz erteilte Rechtsanwendungsbefehl seine Schranken. Das Zustimmungsgesetz ist keine Blankettermächtigung zu einem beliebigen Vertragsinhalt. Insbesondere bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaften ist zu beachten, dass die Verträge grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche „Auslegung“ von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten⁴⁸.

Ausbrechende Rechtsakte können auch Entscheidungen des EuGH sein, wenn und soweit sie der Union vertraglich nicht eingeräumte Kompetenzen in unzulässiger richterlicher Rechtsfortbildung zusprechen. Das BVerfG hat zwar – entgegen der hier vertretenen Auffassung – dem EuGH eine Rechtsfortbildungskompetenz zugesprochen, aber zugleich betont, dass diese Kompetenz nicht schrankenlos sei. Der Union sei „nicht eine Rechtsprechungsgewalt zur unbegrenzten Kompetenzerweiterung übertragen worden“. Grenzen würden durch das Grundgesetz gezogen und unterlägen daher letztlich der Gerichtsbarkeit des BVerfG⁴⁹. Schon in der Kloppenburg-Entscheidung ist daher, was weithin übersehen worden ist, die ultra-vires-Kontrolle, die durch die Maastricht- und Lissabon-Entscheidung näher ausgeprägt worden ist, angelegt gewesen.

staatliche Anwendbarkeit erst ermöglichenden – Rechtsanwendungsbefehl auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG.

⁴⁶ Siehe für das Vorabentscheidungsverfahren BVerfGE 37, 271 (282); 45, 142 (162); 52, 187 (201).

⁴⁷ BVerfGE 89, 155 (188, 210). Ist es ausnahmsweise vor Einleitung des verfassungsgerichtlichen Verfahrens noch nicht zu einer Entscheidung der die Vorfrage bildenden europarechtlichen Rechtsfrage gekommen, dürfte das BVerfG allerdings im Rahmen des bestehenden "Kooperationsverhältnisses" vor einer stattgebenden Entscheidung zur Vorlage nach Art. 234 Abs. 3 EG gehalten sein, um auf diese Weise eine vorrangige gemeinschaftsrechtliche Behebung des geltend gemachten Kompetenzmangels zu ermöglichen.

⁴⁸ BVerfGE 89, 155, 156 (LS 6), 210.

⁴⁹ BVerfGE 75, 223 (235, 242) – Kloppenburg.

Nun liegt der Einwand nahe, dass mit dem Zustimmungsgesetz auch die in den Verträgen in ihrer durch die subsequent practice der Mitgliedstaaten legitimierten nachträglichen Auslegung enthaltene Verfahrensherrschaft des EuGH akzeptiert worden ist, so dass dessen Entscheidungen, selbst im Falle unzulässiger Rechtsfortbildung, als verbindlich hinzunehmen sind und keiner verfassungsgerichtlichen ultra-vires-Kontrolle unterworfen werden dürfen. Doch verkennt diese Ansicht, dass das Zustimmungsgesetz in einem anderen normativen Kontext als die Verträge selbst steht. Es ergeht auf einer verfassungsrechtlichen Grundlage und muss daher verfassungskonform sein, erforderlichenfalls verfassungskonform interpretiert werden, während gegenüber den völkervertraglich übernommenen Verpflichtungen verfassungsrechtliche Einwände und Restriktionen, wenn sie nicht durch einen Vorbehalt geltend gemacht worden sind, nicht vorgebracht werden können.

Die verfassungsrechtliche Integrationsermächtigung erlaubt aber, wie dargelegt, aus demokratischen Gründen keine Inanspruchnahme nicht hinreichend bestimmt übertragener, d.h. unbenannter Aufgaben und Befugnisse durch die Organe der Europäischen Union, den Gerichtshof eingeschlossen. Eine General- oder Blankettermächtigung, mittels derer sich die Union der Kompetenzkompetenz bemächtigen könnte, kann der Union daher nicht einmal im Wege einer Verfassungsänderung erteilt werden. Daher ist auch die unbeschränkte Anerkennung einer formellen Kompetenzkompetenz des Gerichtshofs von Verfassungen wegen ausgeschlossen. Dessen europarechtliche Akzept durch die Mitgliedstaaten, die Bundesrepublik Deutschland eingeschlossen, ist verfassungsrechtlich irrelevant, weil die Letztentscheidung von Verfassungen wegen nicht übertragbar ist. Verfassungsrechtlich aber gilt: *Nemo plus iuris transferre potest quam habet*.

Ultra-vires-Akte der Union können daher in Deutschland erst nach einer nachträglich eingeholten gesetzlichen Zustimmung gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG Anwendung finden. Lediglich für vor dem Inkrafttreten des 38. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992 erfolgte Kompetenzusurpationen (einschließlich unzulässiger Rechtsfortbildungen durch den EuGH) lässt sich vertreten, dass sie durch die verfassungsändernde Vorschrift des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG im Ergebnis als Teil des bis zur Gründung der Europäischen Union erreichten Integrationsstandes, des *acquis communautaire*, bereits verfassungsunmittelbar gebilligt worden sind.⁵⁰

2. Die Bestimmung des Grenzverlaufs: Wann liegt ein ultra-vires-Akt vor?

Wenn man, wie das BVerfG, dem Grunde nach dem EuGH eine Kompetenz zur „Rechtsfortbildung innerhalb der Verträge“ zuspricht, stellt sich die Frage, wie diese von „einer deren Grenzen sprengenden, vom geltenden Vertragsrecht nicht gedeckten Rechtsetzung“ unterschieden werden soll⁵¹. Das wird die schwierige Aufgabe sein, die dem BVerfG in den ersten zur Entscheidung anstehenden Fällen einer ultra-vires-Kontrolle gestellt ist. Indem es die Prü-

⁵⁰ Zur „Zugehörigkeit der Rechtsfortbildung zum *acquis communautaire*“ siehe *K. Walter*, aaO, S. 363-365.

⁵¹ Siehe BVerfGE 89, 155, 209. *K. Walter*, aaO, S. 251 f., 310 will im Anschluss an EuGH, Gutachten 2/94, Gutachten vom 28.03.1996 – Beitritt zur EMRK, Slg. 1996, I-1759, 1788 f. (Rn. 30, 34) die Grenze zwischen „noch zulässiger Rechtsfortbildung (Vertragsergänzung) und unzulässiger richterlicher Vertragsänderung“ dort ziehen, wo inhaltlich die Trennlinie zwischen der Vertragsabrundungskompetenz nach Art. 308 EGV a.F. und der Vertragsänderungskompetenz nach Art. 48 EUV verläuft. Aber hier existiert keine scharfe Trennlinie, und in beiden Fällen geht es der Sache nach um Vertragsänderungen, einmal um eine autonome, durch Organe der Union bewirkte, zum anderen um eine heteronome, von den Mitgliedstaaten herbeizuführende. Wie *Walter* selbst betont, „können sich noch stets aus den Kompetenzen, die den anderen Organen der Gemeinschaften ausschließlich zugewiesen sind, Grenzen für die Rechtsfortbildungsbefugnis ergeben“ (S. 370). *Walter* nennt solche Interorgangrenzen „Rechtsfortbildungsgrenzen zweiter Stufe“ (S. 268 ff.). *Walter* übersieht jedoch, dass es sich bei Art. 308 EGV a.F. ebenso wie bei Art. 352 AEUV n.F. genau um eine solche Grenze handelt. Siehe oben bei Fn. 18.

fung der Einhaltung des Integrationsprogramms erklärtermaßen europarechtsfreundlich ausüben will, signalisiert das Bundesverfassungsgericht einen behutsamen Umgang mit der in Anspruch genommenen Kontrollkompetenz. Das dürfte eine Evidenzmaßstab hinauslaufen: Nur offensichtliche Kompetenzüberschreitungen werden mit der Anordnung der Nichtanwendung sanktioniert. Die Evidenz allerdings bestimmt das BVerfG selbst, und es muss, um ernst genommen zu werden, auch irgendwann ernst machen⁵².

Nach hier vertretener Ansicht gilt es im Rahmen der ultra-vires-Kontrolle zu prüfen, ob die äußersten Auslegungsgrenzen durch den EuGH offensichtlich überschritten worden sind. Da einfache Auslegungsfehler noch nicht zur Unanwendbarkeit eines EuGH-Judikats in Deutschland führen können, kommt es entscheidend auf die angewandte Methodik an. Hier muss die ultra-vires-Kontrolle ansetzen, denn das verfassungsrechtliche gebotene, europarechtliche Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bedarf der methodischen Absicherung.

Nun hat das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil „eine Tendenz zur Besitzstandswahrung (*acquis communautaire*) und zur wirksamen Kompetenzzuslegung im Sinne der US-amerikanischen *implied powers*-Doktrin“ „oder der *effet utile*-Regel des Völkervertragsrechts“ – „als Teil des vom Grundgesetz gewollten Integrationsauftrages“ – ausdrücklich gebilligt⁵³. Dieser methodische Freibrief vermag – jedenfalls in dieser Pauschalität – nicht zu überzeugen. Der gemeinschaftsrechtliche Besitzstand verdient nur Anerkennung und Schutz, soweit er nicht unredlich, d.h. durch Kompetenzusurpation erworben oder ein unredlicher Erwerb durch Art. 23 Abs. 1 GG geheilt ist. Die „*implied powers*“-Lehre entstammt der amerikanischen Bundesstaatsdoktrin und ist daher auf den europäischen Staatenverbund, dem die Kompetenzkompetenz fehlt, nicht übertragbar (siehe dazu BK, GG, Art. 30); ihre Geltung als allgemein anerkannte völkerrechtliche Auslegungsregel ist durchaus zweifelhaft⁵⁴. Vor allem aber steht die vom EuGH extensiv praktizierte Auslegung nach dem Prinzip des *effet utile* nicht nur „in einer Spannungslage zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“, wie das BVerfG meint⁵⁵, sondern konterkariert ein System begrenzter Einzelermächtigungen, wenn es als Optimierungsgebot (miß-)verstanden wird. Es ebnet dann, weil das unbedingt zu erreichende Integrationsziel letztlich *alle* dafür notwendigen Handlungsmittel fordert, mit innerer Notwendigkeit und Folgerichtigkeit, aber entgegen dem erklärten Willen der Herren der Verträge (Art. 5 Abs 1 S. 1, Abs. 2 EUV) schleichend den Weg zur Entgrenzung. Eine ausdehnende Auslegung einer (begrenzten) Unionskompetenz, die ausschließlich mit der damit angeblich verbundenen nützlichen Integrationswirkung („*effet utile*“) gerechtfertigt wird, begründet daher geradezu die Vermutung einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung. Dies gilt etwa für die Herleitung einer Kompetenz der Gemeinschaft/Union zur Koordinierung des Umweltstrafrechts als Annexkompetenz zu Art. 192 AEUV = 175 EGV a.F.⁵⁶

Die falsche Großzügigkeit, die das BVerfG hier in methodischer Hinsicht walten lässt, könnte sich im Konfliktfall rächen, weil das BVerfG dann der – zu den interpretativen Grenzüberschreitungen führenden, fragwürdigen Methodik des EuGH⁵⁷ argumentativ kaum mehr etwas entgegensetzen hat und sich unter diesen Umständen schwer tun wird, die „*Interpretationen*“ des EuGH als schlechthin unvertretbar, d.h. nicht mehr *lege artis* auszuweisen.

⁵² L. Gerken/V. Rieble/G.H. Roth/T. Stein/R. Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, Vorwort: „Es hat oft genug die Lippen gespitzt, es wird Zeit, auch einmal zu pfeifen“.

⁵³ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 237, s.a. 242.

⁵⁴ Vgl. P. Mittmann, aaO, S. 127-133.

⁵⁵ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 238.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-176/03, Urteil vom 13.09.2005, EuZW 2005, 632, 634 (Rn. 47 f.); dazu mit Recht kritisch K. Walter, aaO, S. 292 f.

⁵⁷ Siehe dazu jüngst aus niederländischer Sicht H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, 2009 sowie aus österreichischer Perspektive G. Roth/P. Hilpold (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, 2008.

Außerdem muss das BVerfG der Auslegung von Tatbestand und Rechtsfolgen einer primärrechtlicher Rechtsetzungsermächtigung entgegentreten, durch die eine begrenzte Einzelermächtigung zur verfassungsrechtlich unzulässigen Generalermächtigung mutiert. Man geht wohl nicht zu weit, wenn man feststellt, dass insbesondere Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV = Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV a.F: in der Auslegung und Anwendung durch den EuGH zu einer solchen Generalermächtigung geworden ist, die der Union – vorbehaltlich der Bereichsausnahmen des Abs. 2. – *plein pouvoir* zur harmonisierenden Rechtsangleichung, sodann zur Fortschreibung des die Harmonisierung bewirkenden Unionsrechts auch ohne Binnenmarktbezug verleiht⁵⁸. Aufgrund ihrer generalklauselartigen Weite nimmt diese zielorientierte Rechtsangleichungskompetenz unweigerlich den Charakter einer allgemeinen Wirtschaftsregulierungskompetenz der Union an. Folgt man der Deutung dieser Vorschrift durch den EuGH, insbesondere den geringen Anforderungen an deren tatbestandliche Voraussetzungen, dann ist praktisch keine Harmonisierungsmaßnahme vorstellbar, die nicht wenigstens dem Grunde nach (auch) dem Ziel des Binnenmarktes zu dienen geeignet ist und daher auf der Grundlage dieser Ermächtigungsnorm erlassen werden kann, wie die Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung noch einmal belegt hat.

V. Schluss

Die Untersuchung hat ergeben, dass der EuGH nach Europarecht vertragsändernde Rechtsfortbildung zwar nicht betreiben darf, aber wirksam betreiben kann, während er dies nach deutschem Verfassungsrecht weder tun darf noch mit Anspruch auf Befolgung kann. Das, was europarechtlich, wenngleich kompetenzwidrig, verbindliche Rechtsprechung darstellt, ist in Deutschland von Verfassungs wegen unanwendbar. Mit anderen Worten: Die verfassungsrechtliche gebotene Inanspruchnahme einer Kontrollkompetenz durch das BVerfG ist nichtsdestoweniger europarechtswidrig. Die sich in Sachen Letztentscheidungsrecht realisierende Möglichkeit eines Auseinanderfallens von europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Rechtslage ist in der Koexistenz zweier voneinander unabhängiger Rechtsordnungen angelegt und de lege lata nicht überbrückbar.

Selbst wenn man dem BVerfG die Reservekompetenz mit verfassungsrechtlichen Argumenten bestreiten wollte, bleiben seine Entscheidungen und die ihnen zugrundeliegende Interpretation des Grundgesetzes doch für alle deutschen Staatsorgane, Behörden und Gerichte gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG bindend, in gleicher Weise bindend wie die Urteile des EuGH für den Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland. Es konkurrieren also mit gleicher Verbindlichkeit die miteinander unvereinbaren, wechselseitigen erhobenen Ansprüche von EuGH und BVerfG, über die Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten mit einem Letztentscheidungsrecht zu wachen.

Der aus dieser Konkurrenz potentiell resultierende Konflikt lässt sich nicht durch ein im Wege der Auslegung oder Abwägung begründbares Zurücktreten einer der beiden Ansprüche auflösen. Der verfassungsrechtlich fundierte Kontrollvorbehalt des BVerfG ist nicht verzichtbar, und die durch subsequent practice der Mitgliedstaaten erfolgte Übertragung der Verfahrensherrschaft auf den EuGH ist nicht einseitig rücknehmbar, sondern kann nur durch übereinstimmende Änderung des Verhaltens aller Mitgliedstaaten gegenüber dem EuGH diesem wieder entzogen werden⁵⁹. Auch die von den Organen der Union geschuldete Rücksichtnah-

⁵⁸ Siehe dazu und zum Folgenden C. Hillgruber, Die Verwirklichung des Binnenmarktes durch Rechtsangleichung – Gemeinschaftsziel und -kompetenz ohne Grenzen?, in: GS Blomeyer, 2004, S. 597-616.

⁵⁹ Rückblickend muss allerdings festgestellt werden, dass deutsche Staatsorgane, Behörden und Gerichte an dieser subsequent practice aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht hätten mitwirken, aus der Kompetenzordnung ausbrechende Judikate des EuGH nicht ohne verfassungsrechtlichen Restvorbehalt als verbindlich hätten akzeptieren dürfen. Sie haben sich damit zu integrationswillig gezeigt, nämlich auch über die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen hinaus.

me auf die Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 3 EUV) gebietet diesen nicht, eine Reservekontrollkompetenz des BVerfG zu akzeptieren, zumal dessen Existenz und verfassungsrechtliche Grundlage für die Union angesichts des uneinheitlichen Verhaltens der deutschen Staatsorgane in dieser Frage nicht ohne weiteres und offensichtlich erkennbar war (vgl. Art. 27, 46 WVK).

Der offene Konflikt kann aber vermieden werden, wenn der EuGH durch eine kontinuierliche, aber zurückhaltend ausgeübte ultra-vires-Kontrolle dazu veranlasst wird, sein einem Gericht, das auf die Wahrung des Rechts verpflichtet ist, unangemessenes Selbstverständnis als „Motor der Integration“ aufzugeben, sich künftig auf die autoritative Feststellung dessen, was geltendes Europarecht ist, zu beschränken und den Integrationsfortschritt durch Vertragsserweiterung den dazu prinzipiell bereiten Mitgliedstaaten zu überlassen.

Letztlich sichert nur die Übereinstimmung seiner Entscheidungen mit dem von ihm zu wahrenden Europarecht dem EuGH die erforderliche freiwillige, weil nicht erzwingbare (vgl. Art. 280 i.V.m. Art. 299 Abs. 1 2. Hs. AEUV) Akzeptanz seiner Rechtsprechung. Das Grundgesetz jedenfalls erlaubt nur eine Integration in eine Rechtsgemeinschaft, als die sich die Union nach ihrer Selbstbeschreibung begreift, dagegen keine der verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung⁶⁰.

Sollte sie gleichwohl abverlangt werden, müsste Deutschland die Europäische Union verlassen (zum Austritt siehe Art. 50 EUV). Unter diesen Umständen stellt sich eine beschränkte ultra-vires-Kontrolle durch das BVerfG, welche die Fortsetzung der verfassungsgewollten Mitwirkung Deutschlands an der Fortentwicklung der Europäischen Union unter gleichzeitiger Beachtung ihrer äußersten verfassungsrechtlichen Grenzen ermöglicht, jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Perspektive als milderer, weil die verfassungsrechtliche Integrationsbereitschaft nach Art. 23 Abs. 1 GG grundsätzlich aufrecht erhaltendes Mittel dar. Ob sie auch für Europa eine verträgliche Lösung bietet, muss die Union selbst entscheiden⁶¹.

⁶⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 228.

⁶¹ Wegen Durchführung der ultra-vires-Kontrolle könnte gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 f. AEUV) einleiten; in diesem könnte ein die Vertragsverletzung feststellendes Urteil ergehen (Art. 260 Abs. 1 AEUV), dessen Missachtung in einem weiteren Verfahren zur Festsetzung eines vom Verletzestaat zu zahlenden Pauschalbetrages oder Zwangsgeldes durch den EuGH führen kann (Art. 260 Abs. 2 AEUV), das allerdings nicht zwangsweise beizutreiben ist (vgl. Art. 280 i.V.m. Art. 299 Abs. 1 2. Hs. AEUV). Hier hört das Europarecht auf. Die Europarechtswissenschaftler bestreiten dies allerdings teilweise und hält zudem die Aufrechnung mit der nicht vollstreckbaren Geldforderung der Union gegen den Mitgliedstaat für möglich (siehe nur *P.-T. Stoll*, in: Grabitz/Hilf (Hg), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 244 Rdnr. 1 m.w.N.; *T. El-Shabassy*, *Die Durchsetzung finanzieller Sanktionen der Europäischen Gemeinschaft gegen ihre Mitgliedsstaaten*, S. 109, 158), womit jedoch die vertraglich angeordnete Nichtvollstreckbarkeit – von einem Redaktionsverfahren kann jedenfalls bezogen auf den AEUV keine Rede sein – umgangen würde.