

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

Peter Badura · Rüdiger Breuer
Jochen Abr. Frowein · Peter Häberle
Gerhard Robbers

Herausgegeben von

Udo Di Fabio · Martin Eifert
Peter M. Huber

146. Band, Heft 2
Juni 2021



Mohr Siebeck

Archiv des öffentlichen Rechts

146. Band (2021)

Zitierweise: AöR

Herausgegeben von

Professor Dr. Dr. *Udo Di Fabio* [geschäftsführender Herausgeber, V.i.S.d.P.], Adenauerallee 44, 53113 Bonn

Professor Dr. *Martin Eifert*, Unter den Linden 11, 10099 Berlin

Professor Dr. *Peter M. Huber*, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München

In Verbindung mit

Professor Dr. *Peter Badura*, Professor Dr. *Rüdiger Breuer*, Professor Dr. *Jochen Abr. Frowein*,

Professor Dr. Dr. *Peter Häberle*, Professor Dr. *Gerhard Robbers*

Wiss. Mitarbeiter der Redaktion: Richard Froitzheim (richard.froitzheim@uni-bonn.de)

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an die Adresse des geschäftsführenden Herausgebers erbeten (per E-Mail an sekretariat.difabio@jura.uni-bonn.de), Besprechungsanfragen, Besprechungsexemplare und geschäftliche Mitteilungen an den Verlag.

Hinweise für Autoren: Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu übertragenden und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/aoer in der Rubrik „Manuskripte“.

Erscheinungsweise: Pro Jahr erscheint ein Band zu je vier Heften.

Abonnements: Informationen zu Abonnements finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/aoer in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen.

© 2021 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie bitte an rights@mohrsiebeck.com.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Anzeigenservice: Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, Telefon (07476) 3405, tilman.gaebler@t-online.de.

V.i.S.d.P.: Kendra Mäschke im Verlag, maeschke@mohrsiebeck.com.

Satz und Druck: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

ISSN 0003-8911 (Gedruckte Ausgabe) ISSN 1868-6796 (Online-Ausgabe)

Printed in Germany.

Archiv des öffentlichen Rechts

146. Band (2021), Heft 2

Inhalt

Abhandlungen

Prof. Dr. *Ulrich Haltern*, München

Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen.
Zum europäischen Verfassungsgerichtsverbund 195

Prof. Dr. *Lando Kirchmair* / Prof. Dr. *András Jakab* / *Valerie Schwarzer*,
München / Wien

Der schrittweise Bedeutungsverlust der Versteinerungsmethode.
Eine rechtsdogmatische und quantitative Analyse über das Verblassen
einer gesetzespositivistischen Erinnerung der vorkelsenianischen
Rechtskultur in Österreich 253

Dr. *Isabelle Ley*, Berlin

Zwischen parlamentarischer Routine und exekutiven Kernbereichen:
Die Kompetenzverteilung der auswärtigen Gewalt von Parlament
und Regierung unter dem Grundgesetz 299

Kleiner Beitrag

Prof. Dr. *Daniel Wolff*, Augsburg

Function Follows Form. Eine rechtsvergleichende Analyse
der Kodifizierung von Verfassungsänderungen 353

Literatur

Besprechung

Heiko Sauer: Öffentliches Reaktionsrecht. Theorie und Dogmatik
der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen

(Prof. Dr. *Bernd Grzeszick*, Heidelberg) 393

Redaktionelle Notiz 400

ABHANDLUNGEN

Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen

Zum europäischen Verfassungsgerichtsverbund*

ULRICH HALTERN

Inhalt

1. Einleitung	196
2. Das Framing des PSPP-Urteils	198
3. Das Framing der Zeit	200
a) Verzerrte Vergangenheit	201
b) Verzerrte Zukunft	207
c) Verzerrte Zeit	209
4. Das Framing der Akteure	209
a) Vernebelte EZB	210
b) Vernebelter EuGH	211
c) Vernebelte Kompetenzdrift	212
d) Vernebelte Politik durch unabhängige Institutionen	213
5. Das Framing des Rechts	217
a) Verletzung des Grundgesetzes	218
b) Verletzung des unionsrechtlichen Vorrangprinzips	220
c) Verletzung der Unterscheidung von Verhältnismäßigkeit und begrenzter Einzelermächtigung	224
d) Verletzung der Pflicht zur neuerlichen Vorlage	227
6. Das Framing von Gemeinschaft	230
a) Politischer Götzendienst	230
b) Eine Geschichte zweier Gemeinschaften	232
c) Gerichte lesen Gemeinschaften	237
d) BVerfG und Volkssouverän	239
e) Das demokratische Problem des Vorrangs	241
7. Schluss: Und nun?	243
Summary	252

* Eine frühere englische Fassung dieses Textes ist erschienen in *International Journal of Constitutional Law* (I-Con) 19 (2021), 208–240. Alle Übersetzungen sind meine.

„[Dies] hebt diese Widersprüche nicht auf, schafft aber die Form, worin sie sich bewegen können. Dies ist überhaupt die Methode, wodurch sich wirkliche Widersprüche lösen.“

KARL MARX, DAS KAPITAL¹

1. Einleitung

Mit ein wenig Abstand zum *PSPP*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)² und unter dem Eindruck des damit zusammenhängenden Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland, das die Kommission im Juni 2021 formell eingeleitet hat, lohnt sich ein Blick sowohl auf die Debatte über das *PSPP*-Urteil als auch auf die Zukunft des europäischen Verfassungsgerichtsverbundes. Es geht mir in diesem Text nicht um eine Apologie für ein Gericht, das alles richtig gemacht hätte und dann – ein wenig wie *Kafkas Josef K.* – mit Erstaunen zur Kenntnis nehmen musste, was über es hineinbrach. Wenn das wohl einflussreichste nationale Verfassungsgericht in der Europäischen Union eine Entscheidung des Gerichtshofs (EuGH) als „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ und „objektiv willkürlich“ bezeichnet und den Anwendungsvorrang des Unionsrechts ebenso wie die Entscheidungszuständigkeit des EuGH aktiv zur Seite schiebt, ist es recht wahrscheinlich, dass es sehr genau wusste, was es tat und was folgen würde.

Was folgte, war ein Zornesspektakel Mosaischen Ausmaßes von dem Moment an, als der damalige Präsident des BVerfG, *Andreas Voßkuhle*, die Entscheidung vor den Livekameras der Fernsehsender verkündete. Die meisten Kommentatoren waren der Auffassung, das BVerfG veranstalte einen Tanz um das Goldene Kalb der nationalen Souveränität, und äußerten sich inhaltlich äußerst kritisch. Die Form der Kritik überschritt das übliche Maß um ein Vielfaches, schreckte weder vor Ordinärem noch vor persönlicher Herabwürdigung der beteiligten Richter zurück und skandalisierte das Urteil durch die Ventilierung persönlicher Betroffenheit. Wer die Hoffnung gehabt hatte, die Europarechtswissenschaft habe die entdifferenzierende Zweiteilung in europhil und euroskeptisch endlich überwunden, sah sich enttäuscht und erlebte stattdessen die Auferstehung der „*Pescatore*-Schule“, wonach der EuGH „wie ein Heiliger“ ist, die Mitgliedstaaten „verschlagen und durchtrieben“ sind.³

¹ K. Marx, Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie, Bd. 1 (= MEW 23), 1867, S. 118.

² BVerfGE 154, 17, Urt. v. 5. 5. 2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – *PSPP*.

³ J. H. H. Weiler, *Nemo propheta in patria sua*, in: Haltern/Bergmann (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, 2012, S. 187/187f. Dazu bereits U. Haltern, *Europarecht und ich*, JöR N.F. 68 (2020), 439/467f.

In der Bibel ist recht eindeutig, wer am Fuße des Berges Sinai heilig und wer verschlagen ist.⁴ In Karlsruhe ist die Sache nicht so klar. Ich teile mit der Kritik eine Reihe von Beobachtungen; bei anderen bin ich skeptischer.

Wie viele andere bin auch ich der Auffassung, dass das *PSPP*-Urteil einen Affront für die einheitliche Anwendbarkeit des Unionsrechts darstellt, und das in mehr als nur einer Beziehung. Der unionsrechtliche Anwendungsvorrang durchkreuzt mitgliedstaatliche Versuche, den Einfluss von Unionsrecht in ihrem Rechtskreis durch einseitige Maßnahmen zu verringern oder ganz zu verhindern. Wären die Mitgliedstaaten in der Lage, einseitig manche Bereiche als so wichtig zu kennzeichnen, dass diese sich des unionsrechtlichen Vorrangs erwehren könnten, würde das Unionsrecht in Umfang und Wirkung außerordentlich fragmentiert. Vorrang minimiert also die Möglichkeit kostengünstiger Verletzungen des Unionsrechts. Sich darüber hinwegzusetzen gefährdet nicht nur die einheitliche Anwendbarkeit des Unionsrechts im gesamten europäischen Rechtsraum, sondern auch die Verfassungsarchitektur der EU als Rechtsgemeinschaft, die sich qualitativ gerade durch ihre Stärke bei der Einforderung von *compliance* vom Völkerrecht unterscheidet. Ich teile auch die Beobachtung, dass das BVerfG das „Schlüsselement“⁵ des europäischen Gerichtssystems, das Vorabentscheidungsverfahren, strapaziert. Als wichtigster Kommunikationskanal zwischen nationalen Gerichten und EuGH verspricht Art. 267 AEUV dadurch Einheitlichkeit, dass er der Stimme des EuGH große Autorität einräumt. Der EuGH selbst sieht das Entscheidende des Vorabentscheidungssystems darin, dass es „durch die Einführung eines Dialogs von Gericht zu Gericht gerade zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten soll (...) und damit die Sicherstellung seiner Kohärenz, seiner vollen Geltung und seiner Autonomie sowie letztlich des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts ermöglicht“.⁶ Das ist natürlich übertrieben: Keine Rechtsordnung, die eine solche Diversität von Geschichte, Traditionen, Politik, Wirtschaft, Kulturen und Erinnerungen abdeckt wie die europäische, kann überall gleich sein oder gleich wirken.⁷ Aber auch relative

⁴ Trotz dieser Eindeutigkeit betete Moses zu Gott, er möge seinen Zorn zügeln – vielleicht für eine wissenschaftliche Analyse keine schlechte Grundhaltung, statt gleich strafend in die pietätlose Menge zu fahren. So zerschmettert Michelangelos Moses auch keine Tafeln, sondern zeigt sich sitzend, erstarrt und in der Bewegung gefroren – ein Zaudern, das sich von Unentschlossenheit, Trägheit, Ratlosigkeit, Willensschwäche oder reinem Nichtstun stark unterscheidet durch die aktive Geste der Befragung. Der klassische Text dazu ist natürlich *S. Freud*, Der Moses des Michelangelo, in: *Gesammelte Werke*, 1999, Bd. 10, S. 74–181; kluge Kontextualisierung bei *J. Vogl*, Über das Zaudern, 2007.

⁵ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014, EU:C:2014:2454 – EMRK-Beitritt, Rn. 176.

⁶ Ebd. (Verweis auf Rs. van Gend en Loos weggelassen).

⁷ *S. Weatherill*, Law and Values in the European Union, 2016, S. 155.

Gleichheit verleiht dem Unionsrecht im Vergleich zum Völkerrecht eine deutlich robustere Struktur und dichtere Normativität. Indem das BVerfG das *Weiss*-Urteil des EuGH⁸ aggressiv zur Seite schiebt, setzt es sich über die Bindungswirkung der Luxemburger Vorabentscheidungen hinweg und unterminiert die Autorität des EuGH in schwierigen Zeiten. Das ist für die Zukunft kein gutes Zeichen (obwohl Ungarn und Polen freilich keinerlei Einflüsterungen bedürfen, um dem Rechtsstaat das anzutun, was sie ihm antun⁹). Und schließlich teile ich auch die Ansicht, dass dies vielleicht nicht die glücklichste Konstellation ist, um ein gerichtliches Ausrufezeichen hinter die Notwendigkeit rechtlich angeleiteter Kompetenzkontrolle zu setzen. Die Europäische Zentralbank (EZB) muss sich vom BVerfG nichts sagen lassen (und hat es daher auch abgelehnt, sich in der mündlichen Verhandlung zu äußern); die Umsetzung des Urteils erschien ziemlich kompliziert; und das *Weiss*-Urteil des EuGH ist bei weitem nicht so furchtbar, wie das BVerfG es aussehen lässt.

In manch anderer Hinsicht bin ich nicht so sicher; ich bin nicht einmal davon überzeugt, dass es überhaupt ein Goldenes Kalb gibt. Vielmehr habe ich den Eindruck, dass vieles vom „Framing“ abhängt, also davon, welchen erzählerischen Rahmen man der Urteilsanalyse mit welchen Formulierungen mitgibt. Dieser Frame, oder Deutungsrahmen, gleicht sich in vielen Kommentaren – und er hat Auswirkungen darauf, wie das *PSPP*-Urteil verstanden wird. Ich meine, dass dieser Frame zu einer Verzerrung und dadurch zu einer übermäßig kritischen Haltung gegenüber dem BVerfG führt.

2. Das Framing des *PSPP*-Urteils

Gerichtsurteile setzen sich aus vielen Elementen zusammen: Sie berichten, historisieren, deduzieren, legen aus und wollen ihre Inhalte zumindest einseitig, bestenfalls zwingend erscheinen lassen. Ein Gericht bindet diese Elemente zu einer Einheit zusammen; günstigstenfalls gelingt es ihm dadurch, überzeugend darzulegen, dass mit dem erreichten Ergebnis eine erfolgreiche und gute Lösung des Problems gelungen ist. Natürlich ist nichts davon objektiv, nicht einmal der Sachverhalt; er ergibt nur dann Sinn, wenn er sich in einem Kontext lesen lässt, der über die Art des Falles Aufschluss gibt.¹⁰ Rechtswissenschaftliche Kommentierungen bieten alternative Kontexte an, die den Fall anders aussehen lassen.

⁸ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2018, Rs. C-493/17, EU:C:2018:1000 – Weiss u. a.

⁹ A. Voßkuhle, Applaus von der falschen Seite, in: Urbanik/Bodnar (Hrsg.), *Waiting for the Barbarians: Law in the Days of Constitutional Crisis*, Festschrift Mirosław Wyrzykowski, 2021, i. E. vgl. auch unten Fn. 127.

¹⁰ P. W. Kahn, *Making the Case: The Art of the Judicial Opinion*, 2016, S. 18 ff.

Man kann ohne Übertreibung formulieren, dass das BVerfG nicht in jeder Hinsicht erfolgreich bei seinem Versuch gewesen ist, das PSPP-Programm in einen überzeugenden Kontext zu stellen und ihm einen triftigen Deutungsrahmen mitzugeben. Andere Versuche der rechtswissenschaftlichen Kritik waren wohl – trotz ihrer mitunter befremdlichen Lautstärke – erfolgreicher. Sie beschreiben das *PSPP*-Urteil als den ersten Fall, in dem das BVerfG den Vorrang des Unionsrechts implodieren lässt, in dem es beißt statt nur zu bellen, oder in dem es eine Atombombe zündet, statt gegenseitige Abschreckungspolitik zu betreiben. Diese Metaphern – deren Hang zur Indienstnahme extremer Gewalt eine eigene Analyse lohnte – sind nicht per se falsch. Aber sie geben der Entscheidung einen Deutungsrahmen, der die Lektüre des Urteils strategisch in eine bestimmte Richtung lenkt und seine Rezeption nachhaltig beeinflusst. Der Frame ist derjenige eines abrupten zeitlichen Bruchs – die Erzählung einer Revolution, die die Geschichte nach alt und neu gliedert; eines Blitzschlags, der die Zeit in ein Vorher und ein Nachher zerteilt. Ein solcher Frame hat Konsequenzen. Er deutet; durch die Deutung verschiebt sich die Bedeutung des Geschehenen, und zwar in mehrfacher Hinsicht. Erstens (zeitbezogen) besitzt er eine temporale Dimension, die dem BVerfG eine große Rechtfertigungslast aufbürdet (3.). Zweitens (akteursbezogen) beleuchtet er ausschließlich das BVerfG und verbannt andere Akteure und die Narrative, die an diesen hängen, ins Halbdunkel (4.). Drittens (handlungsbezogen) sind revolutionäre Erzählungen notwendig Transgressionserzählungen, die mit der Überschreitung rechtlicher Grenzen einhergehen; entsprechend stehen Rechtsbrüche des BVerfG im Zentrum (5.). Viertens schließlich (gemeinschaftsbezogen) erscheint das *PSPP*-Urteil nicht nur als (schlechte Anwendung von) Recht, sondern als eigentlich politische Handlung im Gewand des Rechts: Revolutionäres Handeln erscheint nicht als Rechtsakt, sondern als politischer Akt, der das Recht zur Seite schiebt. Entsprechend wird auch der Richter zur Seite geschoben durch den Politiker unter der Robe, dessen Politik europäische Maßstäbe durch deutsche Maßstäbe ersetzt. Das *PSPP*-Urteil scheint dadurch die politische Referenzgemeinschaft im Zentrum der europäischen Integration auszutauschen (6.).

Obwohl der revolutionäre Deutungsrahmen eine Narration kategorialer Unterschiede in der Form – zumeist temporaler und figurativer Natur – privilegiert, verdeckt er paradoxerweise einen kategorialen Unterschied in der Substanz. Untersucht man nämlich ausschließlich das, *was* BVerfG und EuGH sagen, übersieht man eine andere wichtige Dimension des Falles. Sie manifestiert sich darin, *wer* spricht. Denn während beide Gerichte die Sprache des Rechts sprechen, ist die Autorität des Rechts nicht unabhängig davon, wer Autor ist. Autorschaft verteilt sich auf einer Skala zwischen dichtem und dünnem Konstitutionalismus. An dem Ende, an dem dichter Konstitutionalismus angesiedelt ist (der insbesondere mit politischer Identität einhergeht), er-

scheint der Volkssouverän als Autor des Rechts, und die Gerichte sprechen im Namen dieses Souveräns. Natürlich handelt es sich um Imaginationen, aber es sind diese Imaginationen, die das Recht und die Gerichte zu „unsrigen“ werden lassen. Am anderen Ende der Skala, wo sich der dünnere Konstitutionalismus befindet, sehen wir keinen Volkssouverän, sondern Experten für Funktionen und Interessen. Autorität und Legitimität sehen hier ganz anders aus als am dichterenden Ende (auch wenn die Worte, die gelesen und gesprochen werden, identisch sind), und „wir“ sind nicht unbedingt die Autoren von Rechtstexten und Urteilen. Eben hier, an dieser Stelle, lauert der tiefste, der „wirkliche Widerspruch“.

Ich wende mich zunächst den vier Aspekten des Framings zu, die die Bedeutung des *PSPP*-Urteils – und des *BVerfG* selbst – verschieben. Dabei werde ich mich neben der Kritik am Urteil zunehmend dem „wirklichen Widerspruch“ widmen, der das Urteil vielleicht nicht zu einer guten, aber doch zu einer legitimen Entscheidung macht; sie ist Teil der Form, in der sich die „wirklichen Widersprüche“ bewegen und dadurch lösen können (7.).

3. *Das Framing der Zeit*

Wählt man den Deutungsrahmen der revolutionären Handlung, erscheint die Form des *PSPP*-Urteils als außergewöhnliches Ereignis, das in die Zeit einbricht. Es definiert die Zukunft dadurch neu, dass es mit den Bedeutungen der Vergangenheit bricht. „Vorher“ unterscheidet sich dann deutlich von „nachher“. Der Unterschied zwischen diesen beiden erschöpft sich nicht etwa darin, dass man auf einer Skala ein wenig nach oben oder unten rückt, sondern ist kategorialer Natur. Das Neue, das die legitimierenden Erzählungen der Vergangenheit abbricht und von sich weist, muss sich selbst als legitim rechtfertigen – eine ziemlich große Last.¹¹ Wenn das *BVerfG* tatsächlich eine eigene Revolution im Recht angezettelt hat, ist es in der Pflicht, die europäische „post-Vorrang-Welt“ zu rechtfertigen, die es errichtet hat. Das fällt natürlich viel schwerer, als nur zu rechtfertigen, dass man das, was man vorher gemacht hat, auch weiterhin macht, nur ein wenig energischer. Es ist kein großes Wagnis vorherzusagen, dass das wohl nicht klappen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn das scheinbar Neue eigentlich gar nichts revolutionär Neues ist, sondern Ausdruck eines viel älteren Bewusstseins – wenn die Revolution eigentlich eine reaktionäre Restauration einer vor-integrierten,

¹¹ Solche Revolutionsnarrative sind nicht nur im Politischen, sondern auch in der Ideengeschichte weit verbreitet. Ein bekanntes Beispiel ist etwa *Hans Blumenbergs* Werk (v. a. *Die Legitimierung der Neuzeit*, 1983), das zugleich Lektionen dazu bereithält, wie Legitimationserzählungen zu konstruieren sind.

nationalistischen und souveränitätsbesessenen Ordnung ist. Exakt dies ist der Frame, der in vielen Kommentaren das *PSPP*-Urteil rahmt, und er versagt dem BVerfG praktisch alle Pfade zur Rechtfertigung seiner Entscheidung.

Dieses strategische Framing kann aber nur Erfolg haben, wenn es gelingt, das *PSPP*-Urteil von einer Rechtsprechungslinie abzuschneiden, die es mit der Vergangenheit verbindet. Nur wenn die Leser davon überzeugt werden können, dass das *PSPP*-Urteil ganz neu und nicht Teil einer Flugbahn innerhalb der hergebrachten Ordnung ist, werden sie nach einer neuen Legitimationserzählung verlangen, die überzeugend genug ist, um die alte Ordnung zu verabschieden. Der Frame legt deshalb allein das *PSPP*-Urteil unter die Lupe, wo es unabhängig von den Vektoren untersucht wird, die auf diese Entscheidung hindeuteten und sie mit hervorgebracht haben. Dadurch entstehen absichtliche Leerstellen, die sich sowohl auf die Vergangenheit (a) als auch auf die Zukunft (b) beziehen und das Verständnis des *PSPP*-Urteils beeinflussen.

a) *Verzerrte Vergangenheit*

Augenfällig ist das Fehlen oder jedenfalls das Herunterspielen des verzweigten Netzes von Reaktionen nationaler Gerichte auf die Behauptung des EuGH, Unionsrecht sei bedingungslos vorrangig. Diese Behauptung reicht bis zu den Rs. *van Gend en Loos*, *Costa/ENEL* und *Internationale Handelsgesellschaft*¹² zurück und wird vom EuGH selbst in Zeiten des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) und der sich stetig erweiternden Unionskompetenzen nicht qualifiziert oder gar revidiert. Im Gegenteil scheint sich der EuGH an seiner eigenen Geschichte und seiner ehernen Logik der einheitlichen Anwendbarkeit des Unionsrechts zu berauschen – die Rs. *Melloni*¹³ legt beredtes Zeugnis hiervon ab. Doch haben die nationalen Gerichte die Absolutheit des Vorranganspruchs in dieser Form nie akzeptiert. Aus der Sicht der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte ergibt sich Vorrang nicht aus dem Unionsrecht, sondern aus dem nationalen Anwendungsbefehl, also der Öffnung des nationalen Rechts für das Unionsrecht. Diese Perspektive lässt den EuGH in ihren Augen manchmal auch ein wenig eigensüchtig, fast arrogant erscheinen in der einseitigen Durchsetzung von Einheitlichkeit, Effektivität und Kohärenz des Unionsrechts, die zuweilen zulasten der mitgliedstaatlichen Verfassungswerte geht.¹⁴ Die Rechtsprechung des BVerfG steht stellvertretend für die Vorbehalte, die auch andere nationale Gerichte gegen-

¹² EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, EU:C:1963:1 – *van Gend en Loos*; EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, EU:C:1964:66 – *Costa/ENEL*; EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70, EU:C:1970:114 – *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹³ EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, EU:C:2013:107 – *Melloni*.

¹⁴ *Weatherill*, Law and Values (Fn. 7), S. 163.

über dem Vorranganspruch des EuGH geltend machen; sie wurzeln nicht nur in Deutschland im Schutz von Grundrechten, von besonders wichtigen, unantastbaren Kerngehalten nationaler Verfassungen (Identitätskontrolle) und von mitgliedstaatlichen Kompetenzen (*ultra vires*-Kontrolle).¹⁵ Diese Grenzen des europarechtlichen Vorrangs existieren seit langer Zeit. In Deutschland war es lediglich das europarechtskonforme Ergebnis jedes einzelnen Falles,

¹⁵ Es bedarf kaum der Erwähnung, dass die Rechtsprechung in den 27 Mitgliedstaaten weder einheitlich noch gar identisch ist, sondern – aufgrund der unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben und juristischen Sensibilitäten im Umgang mit den komplexen Verschlingungen – kompliziert, häufig auch innerhalb einer Rechtsordnung, einer Gerichtsbarkeit oder gar eines Urteils. So lehnte der französische Conseil d'Etat im April 2021 zwar die *ultra vires*-Kontrolle ab („... il n'appartient pas au juge administratif de s'assurer du respect, par le droit dérivé de l'Union européenne ou par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Il ne saurait ainsi exercer un contrôle sur la conformité au droit de l'Union des décisions de la Cour de justice et, notamment, priver de telles décisions de la force obligatoire dont elles sont revêtues, rappelée par l'article 91 de son règlement de procédure, au motif que celle-ci aurait excédé sa compétence en conférant à un principe ou à un acte du droit de l'Union une portée excédant le champ d'application prévu par les traités.“), stellte aber in der gleichen Entscheidung klar: „Toutefois, tout en consacrant l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne, dans les conditions mentionnées au point précédent, l'article 88-1 confirme la place de la Constitution au sommet de ce dernier. Il appartient au juge administratif, s'il y a lieu, de retenir de l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée des obligations résultant du droit de l'Union la lecture la plus conforme aux exigences constitutionnelles autres que celles qui découlent de l'article 88-1, dans la mesure où les énonciations des arrêts de la Cour le permettent. Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écarter dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige.“, Conseil d'Etat, décision du 21 avril 2021 statuant au contentieux Nos 393099, 394922, 397844, 397841, 424717, 424718 – French Data Network et autres, Analyse dieser Entscheidung bei B. Stepanek, *Diplomatie à la française?*, EuZW 2021, 701. Obwohl es eine homogene Position in den Gerichtsbarkeiten der Mitgliedstaaten in Anbetracht der institutionellen, materiellen und rechtskulturellen Heterogenität nicht geben kann, hat sich in dieser schwierigen Gemengelage juridischer Interessen eine im Großen und Ganzen vergleichsweise einheitliche Position dahingehend gebildet, dass der Vorrang Beschränkungen unterworfen wird, die sich recht stark einander annähern. Dies ist angesichts der unterschiedlichen Verfassungs Traditionen und -konzeptionen (monistisch/dualistisch) nicht selbstverständlich. Das Fundament, auf dem diese Beschränkungen stehen, ist die fast (eine Ausnahme sind wohl die Niederlande) durchgehende Überzeugung, dass die Art und Weise, wie sich das Unionsrecht in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einfügt, durch das nationale Verfassungsrecht determiniert wird. Umso bemerkenswerter ist, dass sich die Vorrangbeschränkungen nur auf einen harten Kern des Verfassungsrechts beziehen, dessen genaue Umrisse variieren, der aber regelmäßig mit Grundrechten, Verfassungswerten von sehr hohem Rang und der Kontrolle der Kompetenzen zu tun hat. Dieser Kern wird bewacht und kontrolliert, doch ist die Kontrolle wiederum durch Schranken, insbesondere Strukturvorbehalte eingeghegt.

das bisher Frieden bewahrt hat. Aber natürlich kann man sich schon fragen, wie lange man auf die Ergebnisse von Einzelfällen schauen und darauf vertrauen darf, dass die Ergebnisse immer gleichbleiben werden, insbesondere vor dem Hintergrund von Indizien, die in die Gegenrichtung deuten.

Solche Indizien gab es zuhauf, auch unabhängig vom Ringen um die Kompetenzen der EZB und von den vorrangverkürzenden Interventionen der dänischen und tschechischen Gerichte.¹⁶ Eine zunehmende Zahl von Gerichtsentscheidungen drängte den EuGH in unangenehme Situationen, die sich am besten mit der Logik des „Friss oder stirb“ beschreiben lassen (hierunter fällt auch der gesamte *Taricco*-Komplex¹⁷, der von vielen Kommentatoren als leuchtendes Beispiel dafür angeführt wird, wie das BVerfG sich hätte verhalten sollen). Auch das BVerfG hat dem EuGH solche „Friss oder stirb“-Entscheidungen serviert. Zu den bekannteren Beispielen zählt die Art und Weise, wie es seine Identitätskontrolle im zweiten Beschluss zum Europäischen Haftbefehl ausgeübt hat.¹⁸ Unzufrieden mit Inhalt (mangelnde Grundrechtssensibilität) und Form (apodiktische bis spröde-dreiste Formulierungen) der *Melloni*-Entscheidung des EuGH zog das BVerfG die Entscheidung über die Auslegung des Rahmenbeschlusses an sich und urteilte, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts im integrationsfesten Kern des Grundgesetzes (einschließlich der das strafrechtliche Schuldprinzip umfassenden Menschenwürdegarantie aus Art. 1 GG) seine Grenze finde. Daraus ergebe sich eine Prüfungspflicht deutscher Gerichte auch bei Europäischen Haftbefehlen, und zwar auch im Lichte dessen, dass der Rahmenbeschluss am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teilnehme und, wie der EuGH in der Rs. *Melloni* entschieden hat, eine abschließende Regelung über Abwesenheitsurteile enthalte. Die Zeichen standen daher auf Sturm, denn die Identitätskontrolle lief ja tatsächlich durch. Doch brach dieser Sturm nie los, denn das BVerfG entschärfte dieses Ergebnis dadurch, dass es – man möchte fast formulieren: trickreich – eine Vorrangverkürzung vermied. Nicht nur das Grundgesetz, sondern auch die Grundrechtecharta der Union und die EMRK führten zum gleichen Ergebnis wie Art. 1 GG, sodass die Karlsruher Entscheidung, so das BVerfG, das Unionsrecht weder verletze noch in seinem Vorranganspruch verkürze. Wie ein gerichtlicher Bauchredner¹⁹ legte das BVerfG dem EuGH dabei Worte

¹⁶ Højesteret afgørelse af 6. 12. 2016, No. 15/2014 – Dansk Industri acting for Ajos; Nález Ústavního soudu ze dne 31. 1. 2012, (ÚS) sp.zn. Pl. ÚS 5/12 – Landtová.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 8.9.2015, Rs. C-105/14, EU:C:2015:555 – *Taricco* u. a.; Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24, Foro it. 2017, II, 394; EuGH, Urt. v. 5.12.2017, Rs. C-42/17, EU:C:2017:936 – M.A.S. und M.B. (*Taricco* II).

¹⁸ BVerfGE 140, 317, Beschl. v. 15.12.2015 (Zweiter Senat), 2 BvR 2735/14 – Europäischer Haftbefehl II.

¹⁹ Diese schöne Metapher stammt (in anderem Zusammenhang) von A. Vauchez, *Brokering Europe*, 2015, S. 124.

in den Mund, die dieser so wohl nie gesprochen hätte, zumal er kurz zuvor Gegenteiliges in der Rs. *Melloni* geurteilt hatte – das war ja gerade der Auslöser des *Haftbefehl II*-Beschlusses.²⁰ Der wundersame Gleichlauf deutscher und europäischer Grundrechtskontrolle sei zudem so offenkundig, dass er in die kuriose Annahme eines *Acte clair* mündete;²¹ dieser gehört wohl zu den humorvolleren Episoden der Karlsruher Rechtsprechung, und man wäre gern bei der Senatsberatung dabei gewesen, hätte mitgeschmunzelt und sich vielsagend zugezwinkert.

Es ist allein dieser erfindungsreichen, fast witzigen Wendung zu verdanken, dass sich der Groll der Kommentatoren in Grenzen hielt und kein Moses vom Berg Sinai kam, um zornig seine Tafeln zu zerschmettern. Unter dem Karlsruher Druck nahm der EuGH in Windeseile, nur wenige Wochen später, den Stellenwert des die Menschenwürde berührenden Schuldprinzips im Strafrecht ernster und korrigierte seine Rechtsprechung zum Rahmenbeschluss.²² Das Motiv dafür war freilich kein bisschen witzig. Wie *Don Vito Corleone* hatte der Zweite Senat dem EuGH ein Angebot gemacht, das dieser nicht ablehnen konnte. Hätte der EuGH nicht eingelenkt, hätte ihn die volle Wucht der Karlsruher Identitätskontrolle einschließlich der Vorrangverkürzung getroffen. Der EuGH hatte keine Wahl – friss oder stirb. Weder beschränkt sich diese Art des Angebots auf den Einzelfall noch auf den Zweiten Senat.²³

Einen kategorialen Unterschied zwischen dem *Haftbefehl II*-Beschluss und dem *PSPP*-Urteil gibt es nicht. Inhaltlich greifen beide den unionsrechtlichen Vorrang an. Institutionell unterminieren beide den EuGH; der Beschluss tut dies, indem er die Karlsruher Auslegung des Unionsrechts dem EuGH aufdrängt, das Urteil tut dies, indem es die Karlsruher Auslegung des Unionsrechts an die Stelle der EuGH-Auslegung setzt. Beide Entscheidun-

²⁰ Ausführliche Analyse u. a. bei U. Haltern, *Europarecht: Dogmatik im Kontext*, Bd. II, 2017, Rn. 1205 ff.

²¹ BVerfGE 140, 317/376, Beschl. v. 15. 12. 2015 (Zweiter Senat), 2 BvR 2735/14 – Europäischer Haftbefehl II, Rn. 125.

²² EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 – Aranyosi und Căldăraru.

²³ Der Haftbefehl II-Beschluss steht in einer Reihe senatsübergreifender, ähnlich angelegter, rhetorisch nur leicht verbrämter Drohungen. Ein anderes Beispiel ist das Urteil zur Antiterrordatei, BVerfGE 133, 277, Urt. v. 24. 4. 2013 (Erster Senat), 1 BvR 1215/07. Dort reagiert das BVerfG auf das Schwesterurteil zur Rs. *Melloni*, die Rs. Åkerberg Fransson (EuGH, Urt. v. 26. 2. 2013, Rs. C-617/10, EU:C:2013:105), und droht mithilfe einer Paralyse eine ultra vires-Kontrolle an (S. 316, Rn. 91). Im gleichen Urteil spielt das BVerfG auch wieder die *Acte clair*-Karte (S. 315 f., Rn. 90). Die *Acte clair*-Option scheint auch nach den beiden Beschlüssen des Ersten Senats zum Recht auf Vergessen (BVerfGE 152, 152, Beschl. v. 6. 11. 2019 [Erster Senat], 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I; BVerfGE 152, 216, Beschl. v. 6. 11. 2019 [Erster Senat], 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II) für die Zukunft bewahrt und ausgeweitet werden zu sollen: vgl. nur BVerfGE, 156, 182/199, Beschl. v. 1. 12. 2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 1845/18 u. a. – Europäischer Haftbefehl III, Rn. 39.

gen reagieren auf die verbissene Konzentration des EuGH auf Einheitlichkeit und Vorrang, indem sie sich ohne Weiteres über EuGH-Urteile hinwegsetzen; die Trope der „Begrenzung des ... Anwendungsvorrangs“, derer es „im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht [bedarf]“²⁴, ist im *Haftbefehl II*-Beschluss ein Taschenspielertrick, den wir leicht durchschauen (und auch durchschauen sollen). Der einzige Unterschied zwischen dem *Haftbefehl II*-Beschluss und dem *PSPP*-Urteil ist der Stil. Wo der Beschluss implizit bleibt, wird das Urteil explizit; wo der Beschluss kontrafaktisches Bauchrednertum praktiziert und dieses mit der kaum verhüllten Drohung der Identitätskontrolle mit Vorrangverkürzung verbindet, verwendet das Urteil das Verdikt der „objektiven Willkürlichkeit“ und der tatsächlichen Vorrangverkürzung; wo der Beschluss besserwisserisch und ein wenig frech ist, ist das Urteil stirnrunzelnd streng und brusttrommelnd brutal. Die aktuelle Ordnung post-*PSPP*-Urteil sieht daher nicht komplett anders aus als die vorherige Ordnung prä-*PSPP*-Urteil.

Nun kann man natürlich einwenden, dass das kein Trost ist: Es bedeutet nur, dass der Tanz um das Goldene Kalb schon lange stattfindet. Aber wenn ein Tanz um das Goldene Kalb „schon lange“ stattfindet, kann man sich fragen, wie es eigentlich um die monotheistische Ordnung – den absoluten Vorranganspruch des EuGH – steht. So oder so steht für unseren Zusammenhang fest, dass das BVerfG, anders als ein Revolutionär, nicht mit den Bedeutungen der Vergangenheit gebrochen hat. Mit dem *PSPP*-Urteil hat es sich auf der Skala möglicher Reaktionen auf umstrittene EuGH-Urteile lediglich um einige Einheiten – ausschließlich stilistischer Natur – nach oben orientiert.

Es gibt viele Hinweise im *PSPP*-Urteil (und in den Interviews, die der damalige Präsident des BVerfG und der Berichterstatter mehreren Zeitungen gewährten²⁵) darauf, dass das BVerfG lediglich die Lautstärke der Kompetenzkontrolle um ein paar Dezibel aufdrehen wollte. Der vielleicht deutlichste Hinweis hierauf liegt im Ergebnis des Urteils, das von vielen Kommentatoren als äußerst beschränkt in seiner Wirkung kritisiert wird: Der Berg habe gekreißt (nämlich einen riesigen Aufwand um die Kompetenzkontrolle und die Vorrangverkürzung betrieben), aber nur eine Maus geboren (nämlich die EZB-Beschlüsse mit Nichtanwendbarkeit bedroht, weil und solange der Rat der EZB nicht gezeigt hat, dass er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geprüft habe). Das BVerfG verlangte also nicht mehr als die Darlegung von Argumenten seitens der EZB, die auf die Verhältnismäßigkeit des *PSPP*-Programms verweisen. Auch *Peter M. Huber*, der Berichterstatter, nannte dieses

²⁴ BVerfGE 140, 317/355, Beschl. v. 15. 12. 2015 (Zweiter Senat), 2 BvR 2735/14 – Europäischer Haftbefehl II, Rn. 84.

²⁵ Süddeutsche Zeitung v. 13. 5. 2020, S. 5; Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13. 5. 2020, S. 2; DIE ZEIT v. 14. 5. 2020, S. 6–7; Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 29. 6. 2020, S. 19; Neue Zürcher Zeitung v. 8. 12. 2020.

Ergebnis eine „homöopathische Botschaft“²⁶ – und das ist es zweifellos. Aber deshalb muss man es nicht verlachen, sondern im Gegenteil erst recht ernst nehmen. Es handelt sich nicht um eine verirrte Expedition in die Wüste, in der man außer einem veritablen Shitstorm nichts findet, sondern um Absicht: Das BVerfG greift zu dieser homöopathischen Botschaft, um die Befolgung des Urteils leicht, schnell und schmerzlos werden zu lassen. Wie bei einem Zaubertrick verschwindet das *ultra vires*-Verdikt, soweit es sich auf die EZB bezieht, sobald die Argumente der EZB vorliegen. Die EZB zückt einmal ihren Zauberstab (der, wenn man die vorgelegten Dokumente²⁷ besieht, zweifellos aus Plastik ist und keinen Kern aus Drachenherzfasern besitzt), und der Zuschauer fragt sich – jedenfalls nach einer kurzen Zeit des Wartens auf die Ablehnung der Anträge auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung Ende April 2021²⁸, während derer nach dem erfolgreichen Befangenheitsantrag gegen die Richterin *Astrid Wallrabenstein*²⁹ noch einmal der Puls hochging –, ob es überhaupt jemals ein *ultra vires*-Verdikt gegeben hat.

Damit stellt sich nicht nur die prä-*PSPP*-Urteil-Rechtsprechung weniger unionsrechtsfreundlich und vorrangakzeptierend dar, als das Framing der Kommentare suggeriert, sondern auch die gegenwärtige Situation ist weniger unionsrechtsunfreundlich, als sie im Framing des Urteils als Revolution erscheint. Die Ordnungen vor und nach dem *PSPP*-Urteil sind ganz nah beieinander. Der Unterschied ist in erster Linie ein stilistischer – statt dreist und frech gibt sich das BVerfG streng und harsch (wofür es heftig kritisiert wird, was aber natürlich seinen Grund darin hat, dass es die selbstgesetzten, hohen und europarechtsfreundlichen Hürden der *Honeywell*-Prüfung³⁰ irgendwie überspringen muss).

Die Konsequenz ist, dass die Last des BVerfG, das *PSPP*-Urteil zu legitimieren, deutlich geringer ist als im revolutionären Frame. Man kann und muss fragen, ob die Umstände das hochgefahrte Karlsruher Dezibel-Volumen – den Stilunterschied – rechtfertigen. Fragt man stattdessen danach, ob die Umstände eine Revolution rechtfertigen, wie das viele tun, manipuliert man durch das vorhersehbare Ergebnis Bedeutung und Bewertung des Urteils.

²⁶ Süddeutsche Zeitung v. 13. 5. 2020, S. 5.

²⁷ Deutscher Bundestag, Antrag zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Anleihekaufprogramm *PSPP* der Europäischen Zentralbank, 1. Juli 2020, BT-Drs. 19/20621, S. 1.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 29. 4. 2021 (Zweiter Senat), 2 BvR 1651/15 u. a. – Vollstreckungsanordnung *PSPP*.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 12. 1. 2021 (Zweiter Senat), 2 BvR 2006/15 – Befangenheitsantrag Wallrabenstein.

³⁰ BVerfGE 126, 286, Beschl. v. 6. 7. 2010 (Zweiter Senat), 2 BvR 2661/06 – *Honeywell*.

b) Verzernte Zukunft

Das Framing des PSPP-Urteils als revolutionärer Akt deutet zudem auf eine zweite Leerstelle bei der Interpretation. Das BVerfG hat immer wieder und in großer Ausführlichkeit den Ausnahmecharakter seiner Kontrollfunktion betont. Es hat seine *ultra vires*-Prüfung in den Kontext integrationsfreundlicher Aussagen eingebettet und seine Nachrangigkeit gegenüber der Prüfkompetenz des EuGH unterstrichen; es hat auch versprochen, nur in Ausnahmefällen selbst intervenieren zu wollen. So hat das BVerfG dem Gedanken zugestimmt, dass unionsrechtlicher Vorrang unabdingbar für das Funktionieren der europäischen Integration ist: „Für den Erfolg der Europäischen Union ist die einheitliche Geltung ihres Rechts von zentraler Bedeutung ... Als Rechtsgemeinschaft ... könnte sie nicht bestehen, wenn die einheitliche Geltung und Wirksamkeit ihres Rechts nicht gewährleistet wäre.“³¹ Die institutionellen Konsequenzen, die der EuGH in der Rs. *Foto Frost*³² zieht, bejaht auch das BVerfG: „Wenn jeder Mitgliedstaat ohne Weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet.“³³ Diese grundsätzliche Akzeptanz des Vorrangs deckt den weitaus größten Teil der Verschraubungsthematik von Unionsrecht und nationalem Recht ab, sodass es zu echten Konflikten nur „ausnahmsweise“, „selten“, in „eng begrenzten Ausnahmefällen“ und „unter strengen Voraussetzungen“ kommt.³⁴ Diese Ausnahmefälle betreffen einen harten Kern des Verfassungsrechts, dessen genaue Umrisse variieren, der aber regelmäßig mit Grundrechten, Verfassungswerten von sehr hohem Rang (Identitätskontrolle) und der Kontrolle von Kompetenzgrenzen der Unionsorgane (*ultra vires*-Kontrolle) zu tun hat. Dieser Kern wird nicht nur in Deutschland von nationalen Gerichten bewacht.³⁵ Natürlich ist auch diese Kontrolle wiederum durch Schranken eingegegnet. Hierzu zählen vor allem Strukturvorbehalte: Grundrechte werden nur dann geprüft, wenn das Niveau des europäischen Grundrechtsschutzes insgesamt nicht mehr mit dem nationalen vergleichbar ist; die *ultra vires*-Kontrolle wird nur dann erfolgreich sein, wenn es sich um strukturelle Verschiebungen im konstitutionellen Macht- und Einflussbereich handelt; die Identitätskontrolle kann nicht dezentral von den Fachgerichten ausgeübt werden usw. Das

³¹ BVerfGE 140, 317/335, Beschl. v. 15. 12. 2015 (Zweiter Senat), 2 BvR 2735/14 – Europäischer Haftbefehl II, Rn. 37 (Verweis auf Rs. Costa/ENEL weggelassen).

³² EuGH, Urt. v. 22. 10. 1987, Rs. 314/85, EU:C:1987:452 – Foto Frost.

³³ BVerfGE 154, 17/91, Urt. v. 5. 5. 2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP, Rn. 111.

³⁴ BVerfGE 140, 317, Beschl. v. 15. 12. 2015 (Zweiter Senat), 2 BvR 2735/14 – Europäischer Haftbefehl II, passim.

³⁵ S. bereits oben Fn. 15.

BVerfG fasst dies unter dem Begriff der „zurückhaltenden und europafreundlichen“ Ausübung der Kontrolle zusammen. Die unmittelbare institutionelle Konsequenz im Verhältnis zum EuGH besteht darin, jedenfalls grundsätzlich dem EuGH das letzte Wort zuzuerkennen: „Die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts einschließlich der Bestimmung der dabei anzuwendenden Methode ist zuvörderst Aufgabe des Gerichtshofes, dem es gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV obliegt, bei der Auslegung und Anwendung der Verträge das Recht zu wahren.“³⁶ Dabei muss eine EuGH-Entscheidung auch dann respektiert werden, wenn sich ihr mit gewichtigen Argumenten entgegengetreten ließe, solange sie sich auf immerhin anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint. Hierin steckt die „Offensichtlichkeit“, und mit ihr ist auch ein Anspruch des EuGH auf Fehler-toleranz verbunden.³⁷ Zudem muss es auch zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen kommen.³⁸ Manche sahen diese EuGH-Freundlichkeit bereits damals als übertrieben an.³⁹

Das BVerfG ist sich völlig darüber im Klaren, dass die eigene Kontrolle des Unionsrechts eine ernste Bedrohung der europäischen Integration darstellt, vor allem falls es sich dazu entschließen würde, Unionsrecht am laufenden Band oder in vielen wichtigen Rechtssachen für unanwendbar zu erklären. In den meisten Reaktionen auf das *PSPP*-Urteil wird dies nicht für bare Münze genommen; oft tauchen diese Aussagen nicht auf oder werden für leere rhetorische Floskeln gehalten. Aber es ist ein Unterschied – sowohl für das Verständnis des Urteils als auch für die Analyse des Verhältnisses von nationaler Gerichtsbarkeit und EuGH –, ob sich das BVerfG in seinem Bekenntnis zur europäischen Integration lauwarm verhält oder ob es entschlossen ist, die europäische Integration zu fördern. Ein souveränitätsversessenes Gericht wird in seiner Abwehrbereitschaft gegenüber unionsrechtlichen Eingriffen andere Wege zu gehen bereit sein als ein Gericht, das – wie es ja auch im Grundgesetz vorgeschrieben ist – die europäische Integration als einen Teil des Wesens deutscher Staatlichkeit betrachtet und dabei mithelfen will, die Grundlagen der Union rechtstreu durch die zahlreichen Riffe und Untiefen zu steuern. Man kann gerade bei der Lektüre des *PSPP*-Urteils und der daraus ersichtlichen Bereitschaft des BVerfG, sich entschieden und zugleich relativ rasch über diese Grundsätze hinwegzusetzen, Zweifel an der Belastbarkeit dieser Aussagen anmelden (dazu komme ich gleich noch, vgl. unten 5.c)). Aber das Urteil

³⁶ Beide Zitate BVerfGE 154, 17/91, Urt. v. 5.5.2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – *PSPP*, Rn. 112.

³⁷ BVerfGE 154, 17/91 f., Urt. v. 5.5.2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – *PSPP*, Rn. 112.

³⁸ BVerfGE 154, 17/90, Urt. v. 5.5.2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – *PSPP*, Rn. 110.

³⁹ Z. B. D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S. 178.

dieses Rahmens zu entkleiden, der ein ernsthaftes Bekenntnis nicht nur zur europäischen Integration, sondern auch zu den sich daraus ergebenden funktionellen Notwendigkeiten der kontrollrechtlichen Details beinhaltet, dürfte einer Dekontextualisierung der Entscheidung, der Karlsruher Motivlage und des institutionellen Selbstverständnisses des BVerfG gleichkommen. Ein solches Vorgehen lässt das *PSPP*-Urteil deutlich bedrohlicher für die Zukunft der Integration klingen, als es ist.

c) *Verzerrte Zeit*

Der Frame, der das *PSPP*-Urteil als revolutionären Akt beschreibt, suggeriert also eine Vergangenheit, die sich deutlich von der Welt des *PSPP*-Urteils unterscheidet, und projiziert eine Zukunft, in der das BVerfG mit der europäischen Integration auf Kriegsfuß steht. Keine dieser Flugbahnen ist in dieser Form zutreffend. Das *PSPP*-Urteil ist keine Revolution im Rechtlichen, die den Zeitstrahl zerteilt; und selbst wenn sie es wäre, wären die Unterschiede nur in extremen und seltenen Ausnahmesituationen wahrnehmbar – nicht gerade der Stoff, aus dem Revolutionen gemacht sind. Das *PSPP*-Urteil bricht weder mit den Bedeutungen, die uns die Vergangenheit zur Verfügung stellt, noch definiert es die Zukunft neu. In diesem Licht zeigt sich, dass die Last der Legitimation dieser Entscheidung und dessen, was daran tatsächlich neu sein soll, dann doch nicht ganz so groß ist, wie manche vermuten.

4. *Das Framing der Akteure*

Der Frame, der im *PSPP*-Urteil eine Revolution sieht, beschränkt sich nicht darauf, das Urteil auf dem Zeitstrahl zu isolieren, während es doch tatsächlich nur Teil eines längst bekannten Vektors ist, der eine ebenfalls bekannte Flugbahn mitdefiniert. Der Frame isoliert zudem das BVerfG als den einzigen Akteur, der wirklich zählt, während es doch tatsächlich nur einer von vielen Akteuren ist, die sich in einer komplexen Choreographie zueinander verhalten. Das Framing lässt einen eindimensionalen Bösewicht auf einer Bühne auftreten, wo er, von uns allen beobachtet und dann ausgebuht, einen lauten und fiesen Monolog aufführt. Natürlich wissen wir, dass am Rand der Bühne, gerade außerhalb des Lichtkegels, die EZB und der EuGH ihre eigenen Rollen spielen, und nicht nur sie; es befinden sich dort viele weitere Akteure mit ihren eigenen Themen, Skripten und Motiven, die alle auf verschlungene Weise miteinander zu tun haben und das Geschehen irgendwie beeinflussen. Aber wir können unseren Blick nicht vom Bösewicht abwenden, den wir, fasziniert von der Vulgarität seiner Aufführung, anstarren. Die anderen Akteure und Narrative kommen gar nicht erst richtig ins Licht, und daher können wir

nicht mit Bestimmtheit sagen, welche Rolle sie spielen. Wir stellen sie uns als Opfer des einzigen Akteurs vor, den wir mit seinen ganzen Fehlern, Schwächen und böswilligen Motiven sehen können. Das freilich scheint mir keine gute Ausgangsposition für das Verständnis der gesamten Aufführung zu sein. Ich möchte daher wenigstens kurz an die EZB (a), den EuGH (b) und die eine oder andere Erzählung, die mit ihnen verbunden sind – vor allem diejenige der Kompetenzendrift (c) und der Politik durch demokratisch unabhängige Akteure (d) –, erinnern.

Mein Argument ist nicht, dass die EZB oder der EuGH die Rolle des BVerfG übernehmen, im Rampenlicht stehen und sich ausbuhnen lassen sollten. Dieser Text hier ist nicht der Versuch, die Schuld an den entstandenen Unsicherheiten und Spannungen hierhin oder dorthin zu verschieben. Ich glaube auch nicht, dass das BVerfG keine andere Wahl hatte, als diesen hoch konfrontativen und risikoreichen Weg zu beschreiten – das Urteil war nicht „zwingend“⁴⁰, Alternativen hätte es durchaus gegeben. Zugleich aber ist ebenso klar, dass das Urteil nicht unabhängig vom Verhalten anderer Akteure ist und in ein hoch umstrittenes Umfeld politischer Entscheidungen, rechtlicher Kompetenzen, demokratischer Prozesse und legitimierender Narrative eingebettet ist. Davon abstrahieren zu wollen wäre so, als wollte man den Tanz um das Goldene Kalb verstehen, ohne miteinzubeziehen, dass das Volk Israel zu jenem Zeitpunkt ein wenig wie wir selbst war: verirrt in der Wüste, verloren herumwandernd und sich fragend, warum Moses so lange braucht, wo sein Gott ist und ob er sich überhaupt für sein Volk interessiert.

a) Vernebelte EZB

Weder der EZB noch dem EuGH passt aber die Rolle des Opfers. Die EZB gehört zu den klaren institutionellen Gewinnern der Finanzkrise. Neben dem stabilitätspolitischen Mandat ihrer geldpolitischen Funktion übernahm sie Verantwortung bei der Aufsicht über Systemrisiken (European Systemic Risk Board, ESRB) und wurde zur zentralen Aufsichtsbehörde im einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM). Daneben betreibt sie konditionierte Fiskalpolitik, indem sie etwa Liquidität für angeschlagene Bankensysteme zur Verfügung stellt. Geldpolitik, Makro- und Bankenaufsicht stehen in komplexen Schnittmengen- und Spannungsverhältnissen zueinander, was ein Problem für sich ist.⁴¹ Schwerer wiegt noch, dass

⁴⁰ So aber Berichterstatter *P. M. Huber* im Interview, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 13. 5. 2020, S. 2.

⁴¹ Statt vieler *C. Manger-Nestler/R. Böttner*, *Ménage à trois? – Zur gewandelten Rolle der EZB im Spannungsfeld zwischen Geldpolitik, Finanzaufsicht und Fiskalpolitik*, *EuR* 2014, 621.

die EZB diese umfangreichen Mandate extensiv interpretiert. Sie zielt faktisch auf die Erhaltung der Euro-Währungszone in ihrem Bestand. Dabei passte ihre Geldpolitik in den letzten Jahren kaum noch zum generellen wirtschaftlichen Umfeld. Die EZB hielt an ihrer expansiven Geldpolitik fest, obwohl sich die Konjunktur im gesamten Euro-Raum über mehrere Quartale hinweg deutlich über Potential entwickelte. Großen Anlass zur Sorge über eine drohende Deflation gab es nie. Dadurch, dass sich die EZB offiziell einseitig darauf festlegte, das selbstgesetzte Inflationsziel von knapp 2 % unter allen Umständen zu erreichen – *whatever it takes* –, erweckte sie immer mehr den Eindruck, Ziele zu verfolgen, die sie nicht nannte. Die Vermutung keimte auf, das mögliche Nebenziel – die Senkung der Refinanzierungskosten der Euro-Länder – sei inzwischen zum Hauptziel der Geldpolitik geworden. Nicht nur das BVerfG meint, dass dies einer Entgrenzung ihres Mandats gleichkomme. Diese Entgrenzung wirkt delegitimierend auf die Unabhängigkeit der EZB, da sich ihr Mandat zu einem politisch geprägten Kooperationsverhältnis zu Euro-Mitgliedstaaten und Union wandelt und dies das Primat der Preisstabilität überlagern kann. Für die Mitgliedstaaten ist das (auch) ein Kompetenzproblem, da die Wirtschaftspolitik in ihrer Zuständigkeit liegt und sie sich nach Art. 5 Abs. 1 AEUV in der Union nur koordinieren; eine Wirtschaftspolitik betreibende EZB kann daher zuständigkeitsabschneidend wirken.

b) Vernebelter EuGH

Der EuGH hat sich nie als verlässlicher Hüter mitgliedstaatlicher Kompetenzen hervorgetan. Es gibt gute Gründe für die Vermutung, dass Unionsinstitutionen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung manchmal nicht allzu ernst nehmen und es dadurch zu einer Praxis der Selbstausdehnung von Unionskompetenzen und der zentripetalen Drift von nationalen Kompetenzen nach Brüssel kommt.⁴² Deren judikative Kontrolle durch den EuGH ist bekanntermaßen dünn, auch aufgrund einer strukturellen Neigung des verschraubten Rechtssystems, das den EuGH wohl nicht in die Lage zu versetzen vermag, mit Kompetenzstreitigkeiten fair umzugehen.⁴³ In Bezug auf die EZB – die unabhängig und daher innerhalb ihres Mandats frei ist zu tun, was sie will – sichert der EuGH die Freiheit besser ab als die Mandatsbeschränkungen, indem er die EZB frei von politischem Druck hält, die Grenzen des Mandats, die rechtliche Kompetenzregeln spiegeln, aber (jedenfalls

⁴² M. A. Pollack, *Creeping Competence: The Expanding Agenda of the European Community*, J. Publ. Pol. 14 (1994), 95; S. Weatherill, *Competence Creep and Competence Control*, YEL 23 (2004), 1.

⁴³ G. Davies, *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, CMLRev. 43 (2006), 63.

nach Auffassung des BVerfG) vernachlässigt. Der EuGH hat das Ansinnen des BVerfG, die Grenzen des EZB-Mandats schärfer zu bewachen, wiederholt zurückgewiesen. Das BVerfG hat seine erste Warnung bereits in Form des OMT-Vorlagebeschlusses nach Luxemburg geschickt;⁴⁴ die zweite Warnung war das OMT-Endurteil⁴⁵, als Karlsruhe sich zähneknirschend, aber nicht ohne Qualifizierungen, auf die Luxemburger Beantwortung seines allerersten Vorlagebeschlusses einließ. Die dritte Warnung war der PSPP-Vorlagebeschluss.⁴⁶ Der EuGH war gewarnt. Gleichwohl reagierte er in der Rs. *Weiss* nicht in jeder Hinsicht ernsthaft auf die Bedenken des BVerfG und beließ es stattdessen bei seiner schwachen Kontrolle.

c) Vernebelte Kompetenzdrift

Natürlich lotet das Verhältnis von BVerfG und EuGH mit der EZB im Mittelpunkt das Umfeld dieses Urteils nicht aus. Ein größerer Rahmen ist das Kompetenzproblem. Die EU kann handeln, wie sie handelt, weil alle Mitgliedstaaten dieses Handeln sanktionieren, indem sie einstimmig die Gründungsverträge ratifiziert, damit den Handlungsradius der Union definiert und sich in diesem randscharf definierten Umfang ihrer souveränen Rechte begeben haben. Sobald Organe der Union ihre Mandatsgrenzen überschreiten, mangelt es ihrer Tätigkeit an Rechtsgrundlage und Legitimation, sie rauben den Mitgliedstaaten in diesen Bereichen ihre Regulierungsautonomie und ihre demokratische Selbstbestimmung. Dies ist keine Nebensache, sondern eine Konsequenz von größtem politischen und konstitutionellen Gewicht.

In politischer Hinsicht scheint es den Mitgliedstaaten unmöglich zu werden, der Union einen Kern nationaler Souveränität entgegenzustellen, wie der heutige Präsident des EuGH, *Koen Lenaerts*, bereits 1990 bemerkte.⁴⁷ Die Frustration der Mitgliedstaaten über ihre beständig schrumpfenden Regulierungsmöglichkeiten auch außerhalb der ausdrücklich übertragenen Kompetenzen wächst kontinuierlich. Ihr vormaliger permissiver Konsens ist zerstoßen, insbesondere seit die Union in politisch immer sensibleren und souveränitätsaffineren Bereichen handelt. Der EuGH ist ein wichtiger Akteur in diesem politischen Gerangel. Während die Differenzen zwischen den am europäischen Rechtsetzungsprozess Beteiligten wachsen und sich in manchen

⁴⁴ BVerfGE 134, 366, Beschl. v. 14. 1. 2014 (Zweiter Senat), 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlage.

⁴⁵ BVerfGE 142, 123, Urt. v. 21. 6. 2016 (Zweiter Senat), 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Endurteil.

⁴⁶ BVerfGE 146, 216, Beschl. v. 18. 7. 2017 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlage.

⁴⁷ *K. Lenaerts*, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, *Am. J. Comp. L.* 38 (1990), 205/220.

Bereichen Stillstand einstellt, eröffnet sich für den EuGH ein Handlungsraum, innerhalb dessen er seine eigenen Integrationsziele verfolgen kann. Viele befürchten, dass dadurch eine allseits akzeptable Balance zwischen Unionskompetenzen und mitgliedstaatlichen Kompetenzen gefährdet ist.

In konstitutioneller Hinsicht untergräbt die Erosion von Kompetenzgrenzen die Legitimation des gesamten Verfassungskonstrukts der Europäischen Union, einschließlich der Grundsätze von unmittelbarer Anwendbarkeit und Vorrang. Die Verfassungsförmigkeit – die die Hinnahme einer Dogmatik miteinschließt, nach der das Recht der Union nicht nur unmittelbar im Mitgliedstaat geltendes Recht, sondern auch dem mitgliedstaatlichen Recht vorgehendes Recht ist – ruht nämlich auf dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auf, nach dem Kompetenzen zwar im Konsens, aber eben in begrenzten Bereichen übertragen wurden. Der EuGH hat diese normative und legitimatorische Grundlage der Integration von Anfang an deutlich gemacht⁴⁸, sie aber dann jedenfalls im Hinblick auf die Begrenzungsnotwendigkeit etwas aus den Augen verloren.⁴⁹ Dadurch leiden sowohl die formelle Legitimität der Union (da die innere Begründung von Vorrang und unmittelbarer Anwendbarkeit implodiert) als auch ihre materielle Legitimität (da ein Zuwachs von Zuständigkeiten auch mit einem Zuwachs demokratischer Legitimierung einhergehen muss).⁵⁰

Das *PSPP*-Urteil scheint mit anderen Worten ein ganz bestimmtes Problem, nämlich die juristische Kontrolle des EZB-Mandats, lösen zu wollen – ein Projekt, das viele für unglücklich und schlecht ausgewählt erachten. Tatsächlich ist dies nur ein kleiner Teil eines ganz grundlegenden Kampfes um die Kontrolle, die die Mitgliedstaaten über den Integrationsprozess und über ihre eigene Selbstbestimmung auszuüben vermögen. Hierbei geht es nicht nur um Macht, sondern auch um Demokratie und Legitimität.

d) Vernebelte Politik durch unabhängige Institutionen

Demokratie und Legitimität sind auch zentrale Stichworte bei einem weiteren, noch breiter angelegten Thema, in das das *PSPP*-Urteil eingebettet ist.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, EU:C:1963:1 – van Gend en Loos, S. 25: „Aus alledem ist zu schließen, daß die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, *wenn auch in begrenztem Rahmen*, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben (...).“ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, EU:C:1964:66 – Costa/ENEL, S. 1269: „Denn durch die Gründung einer Gemeinschaft (...) haben die Mitgliedstaaten, *wenn auch auf einem begrenzten Gebiet*, ihre Souveränitätsrechte beschränkt (...).“ (meine Hervorh.).

⁴⁹ EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, EU:C:1991:490 – EWR I, Rn. 21: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes haben die Gemeinschaftsverträge eine neue Rechtsordnung geschaffen, zu deren Gunsten die Staaten *in immer weiteren Bereichen* ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben (...).“ (meine Hervorh.).

⁵⁰ Ausf. statt vieler *Haltern*, Europarecht, Bd. II (Fn. 20), Rn. 746 ff.

Dabei geht es um die europäische Praxis, unabhängige Institutionen zu nutzen, um hochpolitische Ereignisse herbeizuführen. Die Beispiele hierfür sind Legion und reichen von Agenturen bis zur EZB und zum EuGH, wobei die Kommission das wahrscheinlich bekannteste Beispiel ist.⁵¹ Viele dieser Institutionen genießen politische Unabhängigkeit, und diese erscheint auch notwendig, um Integrationsfortschritte trotz kollidierender nationaler Interessen zu erreichen. Allerdings ist die Kehrseite der politischen Unabhängigkeit die Einbuße an demokratischer Verantwortlichkeit und der Mangel an demokratischem Input in wichtige Entscheidungen. Üblicherweise wird das Spannungsverhältnis zwischen funktional notwendiger Unabhängigkeit und demokratischer Verantwortlichkeit so aufgelöst, dass eine öffentliche Aufgabe dann aus der demokratischen Kontrolle ausgegliedert werden kann, wenn ihre Erledigung zum einen Unabhängigkeit und zum anderen keine umfassenden oder grundlegenden politischen Erwägungen erfordert, sondern lediglich die Erreichung eines einzigen, gut definierten Ziels. In der europäischen Integration wurde dies anders gehandhabt. Jedenfalls der Beginn der Integrationsgeschichte war durch einen deutlichen Fokus auf Output-Legitimität geprägt mit der auch ausdrücklich formulierten strategischen Absicht, das revolutionäre Potential der Integration als Umorganisation dessen, was Staatlichkeit nach 1945 bedeutet, zu verdecken. In einer demokratisch und überstaatlich ungetesteten Nachkriegsbevölkerung mag es tatsächlich eines Nudges bedurft haben, den wir heute unter dem Begriff „integration by stealth“ kennen.⁵² Doch sind diese Zeiten vorbei. Die Union navigiert auf einem Ozean hochpolitischer und immer breiterer Themen und greift dabei viel tiefer in die staatlichen Ordnungen ein als in früheren Phasen der Integration. Das Paradigma rechtlicher oder managementförmiger Integration dürfte vor diesem Hintergrund jedenfalls als Leitstrategie ausgereizt sein. Die Suche nach einer reichhaltigeren Imagination politischer Integration in Europa hat zu einer zumindest vorsichtigen Umstrukturierung der Verfassungsarchitektur geführt. Die Kontroll-, Rechtfertigungs- und Legitimationsstrukturen der europäischen Exekutivordnung entwickeln sich zunehmend demokratisch, wobei insbesondere das Europäische Parlament und nationale Institutionen eine wichtige Rolle spielen.

Für zwei Institutionen gilt das allerdings nicht, nämlich den EuGH und die EZB; sie entziehen sich weitgehend demokratischer Einbindung und Kontrolle. Selbstverständlich genießen beide Unabhängigkeit, die es zu respektieren gilt (zumal es gerade Deutschland war, das auf der Unabhängigkeit der

⁵¹ Dazu wohl noch immer am besten *D. Curtin*, *Executive Power in the EU*, 2009, und *J. Trondal*, *An Emergent European Executive Order*, 2010.

⁵² *G. Majone*, *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, 2005.

EZB nach dem Beispiel der Bundesbank beharrt hatte). Unabhängigkeit als solche ist aber nicht das Problem: Zu einem guten Teil sind alle Gerichte und unabhängigen Zentralbanken vor demokratischer Verantwortlichkeit isoliert. Das Problem bei EuGH und EZB besteht vielmehr darin, dass sie – anders als die nationalen Institutionen ihres Zuschnittes – nicht sozial eingebettet sind. Die EZB, die bereits als solche im Vergleich zu anderen unabhängigen Unionsinstitutionen bemerkenswert geringen *checks and balances* unterliegt⁵³, kann sich nicht auf soziale Bedeutungsnetze stützen, um sich ein Legitimationsreservoir zuzulegen. Dies unterscheidet sie etwa von der Bundesbank, die sich eingebettet sieht in die kollektive Erinnerung an Hyperinflation.⁵⁴ Auch dem EuGH fehlt die soziale Einbettung, die nationale Gerichte ausmacht. Letztere sind zwar unabhängig, aber nicht vollständig unkontrolliert. Die im nationalen System wirkende Kontrolle durch die Gerichtshierarchie und durch politischen und sozialen Gegendruck fällt beim EuGH nahezu aus. Die EuGH-Verfahren sind praktisch allesamt einzügig. Politischer Gegendruck der Regierungen oder Parlamente ist durch die Vielfalt nationaler Interessen schwer aufzubauen, und eine auf EuGH-Urteile reagierende Vertragsrevision ist aufgrund der notwendigen Einstimmigkeit praktisch ausgeschlossen. Sozialer Gegendruck fällt ebenfalls weitgehend aus, da es kaum eine europäische Öffentlichkeit gibt, die entsprechenden Druck überhaupt aufbauen könnte.⁵⁵

Gleichwohl sind EZB und EuGH äußerst mächtige politische Akteure. Ihre Interventionen in den politischen Prozess sind dann am einflussreichsten, wenn die demokratischen politischen Kanäle blockiert sind. Die EZB hat eine Art Transferunion mit impliziter Vergemeinschaftung der Schulden durch die Hintertür des Managements der Finanzkrise genau zu der Zeit geschaffen, als der politische Vordereingang zur Transferunion verschlossen war. Der EuGH

⁵³ Nur als Beispiel: Die Mitglieder des Direktoriums der EZB werden für acht Jahre ohne die Möglichkeit der Wiederwahl ernannt, während die Mitglieder der Kommission oder des EuGH für fünf bzw. sechs Jahre mit der Möglichkeit der Wiederwahl ernannt werden; das ist eine zusätzliche politische Isolierung der EZB. Sogar als Finanzaufsicht unter der SSM-Verordnung besitzt die EZB einen hohen Autonomiegrad, im Unterschied zu vergleichbaren Institutionen auf der ganzen Welt. Vgl. etwa *M. Quintyn/S. Ramirez/M. W. Taylor*, The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors, IMF Working Paper No. 07/25, 2007; *P. Athanassiou*, Financial Sector Supervisors' Accountability: A European Perspective, ECB Legal Working Paper Series No. 12, 2011. Auch dort, wo Mechanismen zur Sicherstellung politischer Verantwortung bestehen, z. B. zwischen EZB und Europäischem Parlament unter dem SSM, ist die EZB in der Lage, Gegenwind auch bei hochpolitischen Themen ohne Weiteres zur Flaute werden zu lassen, vgl. *A. Maricut-Akbik*, Contesting the ECB in Banking Supervision, JCMS 58 (2020), 1199.

⁵⁴ *A. Verdun/Th. Christiansen*, Policies, Institutions and the Euro, in: Crouch (Hrsg.), After the Euro, 2000, S. 162; *D. Hodson*, The European Central Bank, in: ders./Peterson (Hrsg.), The Institutions of the European Union, 4. Aufl. 2017, S. 213.

⁵⁵ Zur Kleinarbeitung dieser Beobachtungen vgl. etwa *S. K. Schmidt*, The European Court of Justice and the Policy Process, 2018.

hat häufiger in den politischen Prozess zu Zeiten von dessen politischer Blockierung interveniert, als man aufzählen kann. Ein berühmtes Beispiel ist der Verfassungsumbau der Integration durch die unmittelbare Anwendbarkeit und den Vorrang des Unionsrechts genau zu dem Zeitpunkt, als der Entscheidungsprozess im Rat im Schatten des Vetos stockte und auf eine Blockade in Form der Politik des leeren Stuhles und des sich anschließenden Luxemburger Kompromisses hinauslief.⁵⁶ Ein anderes, nicht minder bekanntes Beispiel ist die Rechtsprechung zur gegenseitigen Anerkennung im Binnenmarkt, die als Reaktion auf die im Rat blockierte Rechtsangleichung erfolgte, nachdem ein Harmonisierungsversuch nach dem anderen fehlschlug.⁵⁷

Dieses Problem spießt das BVerfG auf und nimmt es dabei mit den beiden Protagonisten, EZB und EuGH, gleichzeitig auf. Aber warum jetzt? Die Strategie, demokratische Politikprozesse durch das Handeln unabhängiger Institutionen zu ersetzen, hat sich in der Integrationsgeschichte immerhin als nachhaltig erfolgreich erwiesen und das BVerfG hat vielleicht auch deshalb bislang nicht interveniert. Doch es gibt einen Unterschied zu den vorhergehenden Beispielen. Bislang lag eine deutliche demokratische Entscheidung darüber vor, wo der Weg insgesamt hinführen sollte und wie das übergeordnete Ziel lautete. Es bestand Einigkeit darüber, dass eine europäische Rule of Law, eingebettet in eine Verfassungsstruktur der Union, wünschenswert war. Ebenso bestand Einigkeit darüber, dass der Gemeinsame Markt (für den es Harmonisierungsgesetzgebung braucht) erreicht werden soll. Die großen Integrationsziele waren konsentiert; da konnte man auf dem Weg dorthin auch mal ein Auge bei den Prozessen zudrücken. Zur Zeit des *PSPP*-Urteils aber existierte gerade kein Konsens über den großen Rahmen des gewünschten Ergebnisses: Ob die Union eine Transferunion sein sollte, war stark umstritten. Das BVerfG nimmt die Prozesse in dieser Frage zwar nicht vollständig den demokratisch nicht verantwortlichen Entscheidungsträgern der EZB aus den Händen. Doch es zwingt die Ratio der Entscheidungen über Fiskal- und Wirtschaftspolitik in das Licht der Öffentlichkeit.⁵⁸ Am Maßstab der Rechtsstaatlichkeit gemessen ist das tatsächlich eine homöopathische Dosis an Rechtskontrolle. Am Maßstab demokratischer Entscheidungsfindung aber ist es deutlich mehr als das, möglicherweise sogar ein Schritt in Richtung einer stärker demokratisch legitimierten Union.

Vor dem Hintergrund des heftigen Streits über die substantiellen politischen Probleme der Materie kann es kaum Verwunderung auslösen, dass das

⁵⁶ Klassisch *J. H. H. Weiler*, *The Community Legal System: The Dual Character of Supranationalism*, YEL 1 (1981), 267.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78, EU:C:1979:42 – *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon).

⁵⁸ *T. Violante*, *Bring Back the Politics*, German L.J. 21 (2020), 1045; *U. Haltern*, *Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie*, NVwZ 2020, 817.

Urteil wenig Unterstützer hatte und das BVerfG allein auf weiter Flur stand. Kaum jemand hatte ein Interesse daran, die Transferdebatte, in der der Nord-Süd-Riss und die konzeptionellen Brüche des Euro-Systems offen zutage treten, in die schwierige Arena politischer Institutionen ohne die Hilfe der EZB-Politik zurückzuführen. Die Unionsorgane waren empört über den Umgang des BVerfG mit dem Vorrangprinzip. Die nationalen Gerichte der anderen Mitgliedstaaten hatten zwar Sympathie für das Karlsruher Anliegen, den EuGH zu stärkerer Aufmerksamkeit bei Fragen der nationalen Kompetenzen zu zwingen, waren aber in keiner Weise am „deutschen Sparer“ interessiert, um den sich das BVerfG sorgte.⁵⁹ Die deutsche Regierung und das deutsche Parlament konnten sich in AfD-Zeiten sicher auch Leichteres vorstellen, als das europapolitisch Notwendige dem deutschen Wähler zu vermitteln. Aber nach dem Urteil war es nicht länger möglich, die Diskussion über Corona- oder Eurobonds ohne Weiteres in der schweigenden Gewissheit zu führen, dass im Zweifel die EZB mit dem Ankauf von Staatsanleihen in gigantischem Ausmaß und mit Clearingsystemen wie Target-2 zu Hilfe eilt. Nicht lange nach dem Urteil verkündeten Kanzlerin *Merkel* und Präsident *Macron* ihre Pläne für den europäischen Wiederaufbaufonds, der die Eurozone näher an die Transferunion heranrückte; kurz danach, im Juli 2020, überbot der Europäische Rat⁶⁰ diese Pläne sogar noch. Natürlich war dieser Durchbruch der COVID-19-Pandemie geschuldet. Aber auch das BVerfG muss sich bestätigt gefühlt haben.

5. *Das Framing des Rechts*

Der Frame, der das *PSPP*-Urteil als revolutionäre Handlung liest, rückt ein Thema in den Mittelpunkt, das entsprechend breite Aufmerksamkeit in den Reaktionen auf das Urteil erhält – das des Rechtsbruchs. Die Verbindung ist eine natürliche, sogar unausweichliche. Denn Revolutionen lassen sich nicht an bestimmte Prozesse oder Regeln binden: Keine Rechtsordnung kann der Form, dem Vorgehen oder dem Ergebnis revolutionärer Handlung Grenzen setzen. Konstruktion und Destruktion sind untrennbare Momente jeder Revolution, die, um zu kreieren, zunächst zerstören muss. Rechtsübertretung ist daher integraler Bestandteil einer Revolution. Zeichnet man das *PSPP*-Urteil als Revolution, steht der Rechtsbruch im Zentrum. Es ist weder Zufall noch Ausreißer, sondern direkte Konsequenz des Framings, wenn das BVerfG

⁵⁹ BVerfGE 154, 17/125 f., Urt. v. 5. 5. 2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – *PSPP*, Rn. 173.

⁶⁰ Außerordentliche Tagung des Europäischen Rates vom 17.–21. Juli 2020, Schlussfolgerungen, 21. Juli 2020, EUCO 10/20.

„rogue court“ genannt wird.⁶¹ Gebrochen, so häufige Vorwürfe, wurden das Grundgesetz (a), das Vorrangprinzip (b), die rechtlich vorgeschriebene Unterscheidung von Verhältnismäßigkeitsprinzip einerseits und Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung andererseits (c) sowie die Pflicht zu einer weiteren Vorlage zum EuGH (d).

a) Verletzung des Grundgesetzes

Das BVerfG orientiert sich bei der Zulässigkeit an seiner gefestigten Rechtsprechung, die in das in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG garantierte Wahlrecht zum Deutschen Bundestag einen individuellen Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung hineinliest. Dieser gelte auch in der europäischen Integration und gewähre Schutz vor *ultra vires*-Akten der Unionsorgane sowie vor Verletzungen der Verfassungsidentität. Dadurch wird die Verfassungsbeschwerde wie ein Scheunentor geöffnet.

Mit vielen kritischen Kommentaren bin ich der Meinung, dass das keine uneingeschränkt gute Lösung ist. Denn erstens schwächt sich das BVerfG selbst. Diese Rechtsprechung ist eine Apotheose der Subjektivierung des Demokratieprinzips: Jedermann kann seine demokratischen Beteiligungsrechte geltend machen und den Einwand objektiver Verletzungen des Demokratieprinzips durch den Integrationsprozess im verfassungsgerichtlichen Verfahren geltend machen. Das BVerfG bezieht einen guten Teil seiner Legitimation aber aus dem Schutz individueller Freiheit; löst es sich von diesem Bezugspunkt, verliert es Legitimation. Die Diskussion des *PSPP*-Urteils dürfte diese Schwächung deutlich gezeigt haben. Zweitens unterschätzt das BVerfG den politischen Diskurs und überschätzt den juristischen Diskurs (und damit sich selbst) als demokratisches Forum. Es mag gute Gründe für diese Rechtsprechung gegeben haben, bevor mit der AfD eine explizit nationalistisch eingestellte Partei in den Bundestag einzog. Die Volksparteien waren traditionell europafreundlich: Die Christdemokraten aus ihrer Westbindung heraus, die Sozialdemokraten aufgrund ihrer internationalen Tradition, die Freien Demokraten aufgrund ihres Fokus auf Liberalisierung im Binnenmarkt und die Grünen aufgrund ihrer Skepsis gegenüber allem Nationalen. Parlamentarisch fiel es daher nicht leicht, Integrationsdefizite politisch angemessen zu diskutieren, wodurch ein unübersehbares Spannungsverhältnis zur ambivalenten Haltung der Bevölkerung entstand. Der juristische Diskurs sollte daher

⁶¹ Statt vieler: K. Pistor, Germany's Constitutional Court Goes Rogue, Project Syndicate v. 8. 5. 2020, <https://bit.ly/35OgqUF>, Abfrage: 8. 10. 2021; J. H. H. Weiler/D. Sarmento, The EU Judiciary After Weiss: Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice. A Reply to Our Critics, EU Law Live v. 6. 6. 2020, <https://bit.ly/3qUGXYK>, Abfrage: 8. 10. 2021.

zu einem Ventil werden, die Rechtswissenschaft zu einem alternativen Raum politischen Denkens. Die breite Zulässigkeit diene damit ursprünglich einer Kompensation politischer Diskursbeschränkungen und erfüllte, so kann man immerhin argumentieren, eine demokratieermöglichende Funktion.⁶² Heute haben sich die Kontexte geändert und es wäre Zeit, diese „Anomalie von höchst zweifelhafter demokratischer Qualität“⁶³ zu korrigieren.⁶⁴

Ein Verfassungsbruch ist diese Rechtsprechung freilich nicht. Das BVerfG tut nichts anderes als das, was sämtliche Verfassungsgerichte der Welt seit jeher tun, nämlich den Radius ihrer Zuständigkeit – und damit ihres Einflussbereiches – zu definieren. Das ist nicht nur eine Frage des Rechts, sondern auch und gerade der Politik und der Macht, und sie ist der Grund dafür, dass man den Bereich der Klagebefugnis als „eines der amorphesten Konzepte in der ganzen Welt des öffentlichen Rechts“ bezeichnet hat.⁶⁵ Es ist zu einfach, die langjährige bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung als mit dem Wortlaut des Grundgesetzes unvereinbar zu bezeichnen. Natürlich ist das BVerfG an das Recht der Verfassung gebunden. Aber das einzige Recht, das das BVerfG zu binden imstande ist, wird durch das BVerfG selbst artikuliert. Als Beobachter steht man entweder innerhalb dieser Gerichtswelt oder außerhalb. Wenn man sich in ihr befindet, misst man eine Entscheidung des BVerfG an der anderen und misst das BVerfG an seinem eigenen Maßstab; Verfassungsrechtler fangen dort an, wo das BVerfG aufhört. (Eine Strategie besteht folgerichtig darin, die letzte Entscheidung von vorhergehenden Entscheidungen abzukoppeln und dadurch zu isolieren, vgl. 3. a.) Wenn man sich außerhalb der Gerichtswelt befindet, kann man das Recht, das durch das BVerfG artikuliert wird, an Maßstäben wie Gerechtigkeit oder Demokratie messen. Das ist dann allerdings keine Frage des Wortlauts mehr.⁶⁶ Die Rechtsprechung des BVerfG ist, was die Klagebefugnis angeht, unglücklich, aber nicht verfassungswidrig.

⁶² S. z. B. den Berichterstatter im PSPP-Urteil, P. M. Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 4, Rn. 350 mit Bezügen zu den bekannten Karlsruher Urteilen zur Integration. Das scheint den Senat noch immer anzuleiten.

⁶³ Abw. Meinung der Richterin G. Lübke-Wolff, BVerfGE 134, 366/429, Beschl. v. 14.1.2014 (Zweiter Senat), 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlage, Rn. 28.

⁶⁴ Das BVerfG steuert freilich in die Gegenrichtung und erweitert seine Rechtsprechung, BVerfGE 153, 74, Beschl. v. 13.2.2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 739/17 – Einheitliches Patentgericht.

⁶⁵ P. A. Freund, Hearing Before the Subcommittee on Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary, 89th Congress, Session 2, 1966, S. 498.

⁶⁶ P. W. Kahn, *The Reign of Law*, 1997, S. 170 f.

b) Verletzung des unionsrechtlichen Vorrangprinzips

Natürlich sieht das *PSPP*-Urteil aus wie eine glatte Verletzung des unionsrechtlichen Vorrangprinzips, jedenfalls in der Form, wie der EuGH es versteht und wie Erklärung 17 zum Vertrag von Lissabon es bestätigt. Das Urteil scheint ebenso offenkundig gegen wichtige Vertragsziele zu verstoßen, insbesondere gegen das Prinzip der einheitlichen Anwendbarkeit, das zugleich der Fels ist, auf den der EuGH seinen unionsrechtlichen Vorranganspruch gebaut hat. Viele Kritiker bleiben bei diesen Feststellungen stehen und folgern, dass ein nationales Gericht, das die vom EuGH und den Mitgliedstaaten festgelegten Regeln nicht akzeptiert, die unionsrechtlichen Vorgaben verletzt. Zu diesen Kritikern gehören selbstverständlich auch die Vertreter der betroffenen Unionsinstitutionen. Der EuGH hat mit einer Presseerklärung im Mai 2020 seine Position bekräftigt; ein Generalanwalt hat diese Position im Dezember 2020 verstärkt; und die Kommission hat im Juni 2021 ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.⁶⁷

Aus institutioneller Sicht ist diese Position verständlich; aus wissenschaftlicher Sicht aber kann man weiter überlegen. Erstens lohnt sich ein Blick auf das Argument, die Mitgliedstaaten hätten in Erklärung 17 den unionsrechtlichen Vorranganspruch im Sinne des EuGH akzeptiert. Zutreffend ist, dass die Erklärung die Autorität des EuGH stärkt: Sie signalisiert immerhin die Unterstützung der *Costa/ENEL*- und *Internationale Handelsgesellschaft*-Rechtsprechung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten und durch die Parlamente, die den Vertrag von Lissabon ratifiziert haben.⁶⁸ Doch liegt der autorisierende und legitimierende Wert einer Erklärung weit unter demjenigen einer Vertragsnorm. Eine Vertragsnorm, die den Vorrang rechtsverbindlich festschrieb, war im Verfassungsvertrag als Art. I-6 enthalten. Nach dem unruhmlichen Ende des Verfassungsvertrages aber fiel auch Art. I-6 aus dem Vertrag von Lissabon heraus, wie so viele Normen und Formulierungen, die Verfassungsförmigkeit und eindeutige Hierarchien signalisierten. Politisch und juristisch war das auch keine schlechte Entscheidung.⁶⁹ Der Kontext, in dem Erklärung 17 gelesen und verstanden werden muss, ist insofern einer von herabgestufter Zustimmung zum Vorrangprinzip und einer (zumindest in Teilen) Offenhaltung der Vorrangfrage – und daran wird auch die jahrzehntelange Rechtsprechung der nationalen Gerichte in praktisch allen Mitgliedstaaten nicht unschuldig gewesen sein.

⁶⁷ EuGH, Presseerklärung im Nachgang zum Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020, Nr. 58/20, 8. Mai 2020; GA Tanchev, Schlussanträge A. B. u. a. v. 17. 12. 2020, Rs. C-824/18, EU:C:2020:1053, Rn. 79–84; Europäische Kommission, Vertragsverletzungsverfahren im Juni: wichtigste Beschlüsse, 9. Juni 2021, S. 17.

⁶⁸ Zweifel aber, auch aus Sicht der Gewaltengliederung, etwa bei *D. Chalmers*/G. Davies/G. Monti, *European Union Law*, 4. Aufl. 2019, S. 216 f.

⁶⁹ Ausf. Haltern, *Europarecht*, Bd. II (Fn. 20), Rn. 1036 ff.

Zweitens ist diese Rechtsprechung trotz der Heterogenität der Mitgliedstaaten und ihrer unterschiedlichen Verfassungstraditionen und -konzeptionen (etwa monistisch/dualistisch) im Großen und Ganzen überraschend homogen. Der Grund dafür liegt in der gemeinsamen Überzeugung der nationalen Gerichte (mit der möglicherweise einzigen Ausnahme der Niederlande), dass die Art und Weise, wie sich das Unionsrecht in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einfügt, durch das nationale Verfassungsrecht bestimmt wird.⁷⁰ Dass das Unionsrecht selbst – aufgrund seiner Eigenschaft als „aus einer autonomen Rechtsquelle fließendes“ Recht mit seiner genau darin wurzelnden „Eigenständigkeit“⁷¹ – seinen eigenen Status bestimmt, klingt für die mitgliedstaatlichen Gerichte wie die Behauptung des Barons von Münchhausen, er könne sich am eigenen Haarschopf aus dem Sumpf ziehen.⁷² Dieser Streit ist weder marginal noch rein theoretischer Natur, denn er dreht sich um die Quelle der Autorität des Unionsrechts, die vom EuGH und den nationalen Gerichten unterschiedlich bestimmt wird. Im Herzen der europäischen Integration und ihrer Anlage des Verhältnisses der unterschiedlichen Rechtsordnungen zueinander liegt daher ein fundamentaler Widerspruch, der natürlich auch auf das zwischengerichtliche Verhältnis übergreifen muss. Es geht bei dieser Unvereinbarkeit nicht lediglich um die Frage, welche Norm vor welcher anderen Norm Vorrang besitzt. Es geht auch nicht lediglich um die Frage, wie institutionelle Macht zwischen Union und Mitgliedstaaten verteilt ist oder sein sollte. Und schließlich geht es erst recht nicht nur um die Frage, ob sich das BVerfG dem Integrationsprozess gegenüber aufgeschlossen zeigt oder stattdessen Abwehrgesten aus dem Geist „alter“, längst vergilbter und nur noch in Stammtischgesprächen valide geglaubter Souveränität vollführt.⁷³ Die Unvereinbarkeit liegt vielmehr in einem Konflikt über Verfassungswerte und vor allem darüber, wessen kollektive Werte anerkennenswert sind und durchsetzungsstark sein sollen (unten 6.). Genau an diesem Punkt beginnen die „wirklichen Widersprüche“. Sie sind der Stoff, aus dem der institutionelle Konflikt eigentlich besteht, und sie müssen daher auch der Rahmen sein, in dem sich die Diskussion dieses Konflikts entfaltet.

Drittens ist selbst dann, wenn man eine enge Lesart von Dogmatik vertritt und keine größeren Diskussionsrahmen aufmachen möchte, das Vorrang-

⁷⁰ S. dazu bereits oben Fn. 15.

⁷¹ Beide Charakterisierungen natürlich in EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, EU:C:1964:66 – Costa/ENEL, S. 1270.

⁷² Diese schöne Metapher stammt von *B. de Witte*, Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2. Aufl. 2011, S. 323/351.

⁷³ Das scheint ein in den dünnhäutigen Echokammern mancher Blogs verbreiteter Glaube zu sein, der aus jedem selbstbewusst vorgetragenen Karlsruher Argument einen nationalistischen Affront herausliest.

problem komplizierter, als es in manchen Stellungnahmen erscheint. Anwendungsvorrang genießen die Rechtsakte des Unionsrechts gegenüber denjenigen des nationalen Rechts selbstverständlich nur dort, wo sich die Union innerhalb des Radius der ihr zuerkannten Kompetenzen bewegt. Aussagen zum Vorrang beinhalten daher immer Aussagen zur Bestimmung der Grenze zwischen den Rechtsordnungen, und diese ist zunehmend unsicher und umstritten. Die Widersprüche hierbei werden normativ nicht substantiell, sondern institutionell aufgelöst. Das ist eine sehr große Last für eine kleine prozedurale Vorschrift. Der gegenwärtige Streit zeigt, dass sie dieser Last nicht gewachsen ist. Ich sehe daher auch nicht, wie man sich hier ernsthaft einer Kontextualisierung eng verstandener Dogmatik durch größere Zusammenhänge und Rahmen verschließen könnte, denn die Allokation von gerichtlicher Macht dreht sich um, na ja, eben um Macht, und Machtdiskurse spiralisieren natürlich in Diskurse über Legitimität und Imagination.

Vor diesem Hintergrund ist der Vorwurf, das BVerfG „verstoße“ gegen das Vorrangprinzip oder das Verwerfungsmonopol des EuGH, ein wenig billig. Man kann bei einer solchen Aussage nicht einfach stehenbleiben, sondern müsste überlegen, wo der Grund dafür liegt, dass nationale Gerichte sich standhaft einer vollumfänglichen und unbedingten Anerkennung des Vorrangprinzips in der Auslegung des EuGH verweigern, und wie sich diese Verweigerung in das Verständnis dessen übersetzt, was eigentlich ein unionsrechtlicher Rechtsbefehl ist. Wenn *Karen Alter* kurz nach der *Maastricht*-Entscheidung des BVerfG Recht hatte mit ihrer Bemerkung, dass „der EuGH sagen kann, was er will; die eigentliche Frage ist, warum ihm irgendjemand gehorchen würde“⁷⁴, dann sind nationale Gerichtsentscheidungen nicht einfach kleine Zahnräder im Getriebe des hierarchisch geordneten Maschinenraums unionsrechtlicher Dogmatik. Vielmehr möchte man *Stephen Weatherill* zustimmen, der (freilich nicht ganz metaphernsicher) meint, dass die Urteile mitgliedstaatlicher Gerichte „der Lebenssaft des Betriebssystems der Union“ seien.⁷⁵ Man muss vielleicht nicht gleich so weit gehen wie der ein oder andere nationale Verfassungsrichter und auf der gleichen institutionellen Hierarchie von nationalen Verfassungsgerichten und EuGH bestehen (und sogar die Einführung eines umgekehrten Vorabentscheidungs-systems befürworten, in dem der EuGH die nationalen Verfassungsgerichte zum Inhalt der mitgliedstaatlichen Verfassungen zu befragen hat⁷⁶). Aber die Rolle nationaler Gerichte kann nicht ohne Konsequenzen dafür bleiben, wie der Inhalt

⁷⁴ *K. Alter*, The European Court's Political Power, 2009, S. 93 (Orig. in: WEP 19 [1996], 458).

⁷⁵ *Weatherill*, Law and Values (Fn. 7), S. 229.

⁷⁶ *Ch. Grabenwarter/P. M. Huber/R. Knez/I. Ziemele*, The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network, European Public Law 27 (2021), 43.

eines unionsrechtlichen Rechtsbefehls zu verstehen ist und wie weit er reicht. Recht in einem hybriden Rechtsraum – in dem unterschiedliche Verfassungsschichten aneinanderstoßen und sich, mit von Fall zu Fall unterschiedlicher Kraft, Platz zu schaffen versuchen, wo gegensätzliche politische und rechtliche Vorstellungen aufeinanderprallen und wo starke und selbstbewusste Gerichte unterschiedliche Bedeutungen in identische Worte hineinlesen – ist nicht dasselbe wie Recht in einem Staat. Statt die streitigen äußeren Ränder des Unionsrechts aus der Perspektive eines Rechtsbefehlsempfängers zu betrachten (was immer eine technische Form des Gehorsams ist), sollten wir, die wissenschaftlich Beobachtenden, uns diesen Rändern aus der Perspektive von Entscheidungsträgern nähern. Die technischen und moralischen Probleme, denen sie gegenüberstehen, lassen sich nicht in die Form von Gehorsam kleiden, sondern nehmen die Form einer Entscheidung zwischen verschiedenen in Frage kommenden, angemessenen Lösungen an. Recht ist dann eine komplexe und mit Autorität versehene Kommunikation, die Informationen über bestimmte Interpretationsgemeinschaften, Werte und soziale Ziele enthält.⁷⁷ Statt also die rhetorische Frage zu stellen, ob Unionsrecht Vorrang vor nationalem Recht genießt, sollte man fragen, ob zu diesem konkreten Zeitpunkt und in Bezug auf diese konkrete Sachfrage gute Gründe existieren, den Vorrang zu verkürzen, die einheitliche Anwendung zu gefährden und Druck auf das System der gerichtlichen Zusammenarbeit auszuüben. Sucht man nach einer Antwort, lässt sich Vorrang nicht in eine simple Ja/Nein-Alternative pressen oder auf ein schwarz-weißes dogmatisches Schema einfachster Natur reduzieren. Vielmehr ist Vorrang dann Teil einer Skala, die von Einheit bis Vielfalt reicht; eine sinnvolle Antwort auf die Vorrangfrage ist eine solche, die auf dieser Skala einen Punkt findet, an dem das konkrete Problem, unter Berücksichtigung aller Faktoren, alles in allem zufriedenstellend gelöst werden kann und dabei all jene Interessen, die nach Anerkennung streben, auch so weit wie möglich anerkannt werden. Eine solche Antwort hängt natürlich von vielen Dingen ab; schwarz-weiß ist keines davon. Daher überrascht die ostentative Selbstsicherheit, mit der viele Kommentatoren schreiben und die bis zur moralischen Empörung und damit einhergehendem *grandstanding* reicht. Die ironische Abschätzigkeit, mit der das Urteil, seine Autoren und seine Verteidiger abgewatscht werden, ist fehl am Platz, wenn man ein anspruchsvolles Verhältnis zu rechtswissenschaftlicher Dogmatik pflügen will.

⁷⁷ Das ist natürlich der Ansatz der klassischen New Haven-Schule, vgl. etwa W. M. Reisman, *The View From the New Haven School of International Law*, *Proceedings ASIL* 86 (1992), 118.

c) Verletzung der Unterscheidung von Verhältnismäßigkeit und begrenzter Einzelermächtigung

Auch die Art und Weise, wie das BVerfG mit dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz umgeht und ihn im Rahmen seiner *ultra vires*-Kontrolle nutzt, trifft überwiegend auf Befremden, sowohl in dogmatischer als auch in politischer Hinsicht.

In dogmatischer Hinsicht scheint das BVerfG die Existenz von Kompetenzen mit der Ausübung von Kompetenzen zu verwechseln. Art. 5 Abs. 1 EUV unterscheidet zwischen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung einerseits, das über die Frage entscheidet, ob die Union eine bestimmte Kompetenz besitzt, und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit andererseits, das über die Frage entscheidet, wie die Union die ihr zuerkannten Kompetenzen auszuüben hat. Es gibt daher auch einen offenkundigen Unterschied zwischen *ultra vires*-Akten der Union und einfach rechtswidrigen Akten der Union. Das BVerfG aber vermischt diese beiden Dinge.

In politischer Hinsicht entstehen dadurch Bedenken im Hinblick auf die zukünftige Haltung des BVerfG zur Integration. Karlsruhe könnte sein neu-gefundenes Instrument dafür nutzen, sich selbst als europäischer Supreme Court zu gerieren – indem es alle möglichen Unionsrechtsakte auf die ordnungsgemäße Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips hin untersucht.⁷⁸

Beide Bedenken sind völlig zutreffend. Und gleichwohl bringt das BVerfG ein sensibles Thema auf den Tisch, nämlich dasjenige der Kompetenzdrift (vgl. 4. c)). Deren Ursachen sind vielgestaltig, und nicht wenige von ihnen sind von den Mitgliedstaaten hausgemacht.⁷⁹ Doch das größte Problem besteht darin, dass die Unionsorgane – auch wenn sie sich im Prinzip innerhalb der Grenzen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung bewegen – die Übertragungsnormen der Verträge ernst genommen und sich nicht selten dafür entschieden haben, den Zuständigkeitsknochen der Verträge auch das Fleisch hinzuzufügen. Die robuste und ausgreifende Art der Interpretation und Ausübung der Kompetenzen führt zu einer Drift, die wie eine Selbstausdehnung der Unionszuständigkeiten aussieht. Die Kommission profitiert davon, dass die Verträge praktisch keine roten Linien ziehen, die nicht überschritten werden dürfen, und gestaltet ihre Gesetzgebungsvorschläge häufig so, dass das, was in den Kompetenznormen angelegt ist, auch wirklich größtmöglich zur Geltung kommen kann. Art. 4 Abs. 1 EUV, nach dem alle der Union nicht in den Verträgen über-

⁷⁸ Vgl. etwa Editorial Comments: Not Mastering the Treaties. The German Federal Constitutional Court's PSPP Judgment, CMLRev. 57 (2020), 965; M. Wendel, Paradoxes of Ultra-Vires Review, German L.J. 21 (2020), 979; H. Sauer, Staatsrecht III, 6. Aufl. 2020, S. 221 ff.

⁷⁹ L. Azoulay, The Question of Competence in the EU, 2014; U. Haltern, Europa-recht: Dogmatik im Kontext, Bd. I, 2017, Rn. 767 ff.

tragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben und der in Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV fast wörtlich gedoppelt ist, liest sich wie die normative Variante der mit der Faust auf den Tisch schlagenden Mitgliedstaaten, die endlich einen rechtsfesten Damm gegen die Kompetenzdrift bauen und auf ihre Souveränität hinweisen wollen. Gelingen will das freilich nicht: Art. 4 Abs. 1 EUV ist kein taugliches Instrument, denn er benennt gar kein echtes Problem. Dass die Union nicht auf Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten zugreift und diese nicht gegen den Wortlaut der Verträge an sich reißt, ist nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit, und es geschieht auch nicht. Das Kompetenzproblem ist komplexer. Erstens sind Zuständigkeitsnormen oft wenig klar und insofern subversiv, als sie die Zuständigkeit etwa vom Erreichen bestimmter Ziele abhängig machen; zweitens nutzen Unionsinstitutionen die entstehenden Räume durch ausdehnende Auslegung und ebensolche Praxis, entweder um reale zwischenstaatliche Probleme lösen oder um den eigenen Status erhöhen und die eigene Macht vergrößern zu können; drittens gelingt den Unionsinstitutionen dies, weil sie ein gehöriges Maß an Abstand, mitunter gar Isolierung von der Kontrolle durch Wähler, öffentliche Aufmerksamkeit oder mitgliedstaatliche Institutionen genießen; viertens erweist sich der EuGH in praktisch jeder Hinsicht als unzuverlässiger Hüter der nationalen Kompetenzen. Das Vertragsmodell besteht also darin, grundsätzlich einen weiten Bereich von Unionskompetenzen zu eröffnen (ohne bestimmte Bereiche als tabu für die Union zu kennzeichnen) und die Kontrolle über die Ausübung dieser Kompetenzen *innerhalb* der Unionsrechtsordnung anzusiedeln. Diese Kontrolle fällt freilich schwach aus.

Genau an dieser Stelle interveniert das BVerfG. Das Kompetenzproblem ist kein Problem der Kompetenz*zuteilung* in der begrenzten Einzelermächtigung, sondern ein Problem der Kompetenz*ausübung*. Kompetenzdrift existiert in erster Linie aufgrund der Art und Weise, wie Zuständigkeiten genutzt werden. Zwar sieht die Karlsruher Dogmatik aus wie eine Kategorieverwechslung, die nicht begreifen will, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Unionsrecht eine Kompetenzausübungsregel ist, und es stattdessen zur Kompetenzabgrenzung nutzt: Nicht jeder Ausübungsfehler ist ein Kompetenzverstoß, denn sonst wäre die Unterscheidung von Abgrenzung und Ausübung von Kompetenzen, die die Verträge vorsehen, sinnlos. Das BVerfG scheint hier Äpfel und Birnen durcheinanderzuwerfen. Aber dahinter steckt ein zutreffendes Verständnis des eigentlichen Problems: Kompetenzen driften nicht aufgrund von Problemen bei der Abgrenzung, sondern aufgrund von Problemen bei der Ausübung. Äpfel und Birnen sind in der Realität der Kompetenzdrift durcheinandergeworfen. Daher ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit – so abseitig es auch aus unionsrechtlicher Sicht erscheint – praktisch natürlich kein schlechter Ansatz, um das Problem der Kompetenzdrift in den Griff zu bekommen. Es beschränkt die Eingriffstiefe unionsrechtlicher Interventionen und teilt daher mit dem Prinzip der Subsidiarität das Potential, die Auto-

nomie der Mitgliedstaaten jedenfalls zum Teil zu schützen. Dieses Potential liegt aber größtenteils brach. Seine Anwendung durch den EuGH verrät eine aktive Zurückhaltung Luxemburgs, die zwar schwächer ist als diejenige im Bereich der Subsidiarität, ihr aber im Prinzip nicht unähnlich ist.

Das bedeutet natürlich nicht, dass das BVerfG dieses Instrument nun regelmäßig benutzen sollte. Es könnte, wenn es wollte – die Dogmatik steht nun, die Waffe ist geschärft. Genau das bereitet Sorgen. Zwar ist das BVerfG 2021 nicht das adrenalingetränkte, souveränitätsstrotzende BVerfG des *Maastricht-Urteils* 1993 – die Zeit ist irgendwie über die Extrempositionen gegangen.⁸⁰ Aber die erschöpfte Geduld des BVerfG mit dem EuGH – was *Miguel Maduro* „deterrence fatigue“ nannte⁸¹ – könnte in Karlsruhe den Reiz auslösen, die Zügel ergreifen zu wollen und dem EuGH den richtigen Weg in der Kompetenzfrage zu weisen. Nichts wäre schädlicher. Das BVerfG würde sich beim Versuch, deutsche Kompetenzen und Verfassungswerte zu schützen, eine Rechtsprechungszuständigkeit anmaßen, die weit über die deutschen Grenzen hinaus spürbar wäre und Konsequenzen besäße; dadurch wäre das Management der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit, ja die gesamte *Raison d'être* der europäischen Integration (einschließlich der immer latent prekären Autorität des EuGH) beschädigt. Das sollte Anlass für stärkste Zurückhaltung sein.

Damit sind wir wieder beim Thema der Europarechtsfreundlichkeit Karlsruhes und des Versprechens des BVerfG, seine *ultra vires*-Kontrolle nur im absoluten Ausnahmefall auszuüben (oben 3. b)). Kann man sich wirklich darauf verlassen, dass das BVerfG meint, was es sagt? Auf der einen Seite ist das Vertrauen vieler Beobachter in die Ernsthaftigkeit des BVerfG durch die Art und Weise erschüttert, wie das Gericht die hohen Hürden seiner *Honeywell*-Formeln überquert und behauptet, das *Weiss*-Urteil des EuGH sei „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“, „objektiv willkürlich“ und „methodisch nicht mehr vertretbar“. All das ist starker Tobak; so schlecht, wie Karlsruhe vorschützt, ist das *Weiss*-Urteil natürlich nicht. So unterminiert das BVerfG selbst den Glauben daran, dass es tatsächlich noch an einer zurückhaltenden, das Verhältnismäßigkeitsprinzip lediglich im absoluten Ausnahmefall zur Anwendung bringenden Rechtsprechung interessiert ist. Auf der anderen Seite steht das politische und verfassungsrechtliche Bekenntnis Deutschlands zur europäischen Integration außerhalb jeden Zweifels, und es ist unvorstellbar, dass das BVerfG hier Hand anlegen und die deutsche Einbindung schwächen möchte. Viel wahrscheinlicher ist, dass sich das BVerfG in einer Klemme wie-

⁸⁰ Das dürfte auch der Grund sein, warum die Stellungnahme des seinerzeitigen Berichterstatters *Paul Kirchhof* ebenso aus der Zeit gefallen schien wie die entgegengesetzte Stellungnahme des früheren deutschen EuGH-Richters *Günter Hirsch*, beide *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 20. 5. 2020, S. 6.

⁸¹ *Europagruppe Grüne*, Webinar: Is EU Community law in Jeopardy?, YouTube v. 18. 6. 2020, <https://bit.ly/3dvXM8n>, Abfrage: 8. 10. 2021.

derfand zwischen seiner Unterstützung des Integrationsprozesses einerseits und seiner Weigerung, die eigene Verfassungskontrolle ganz aufzugeben, andererseits. Es wollte einen Anreiz für den EuGH schaffen, die Kompetenzgrenzen besser zu bewachen, und drehte dafür – da es sich zuvor ungehört fühlte – den Lautstärkereglern auf. Ich habe nach wie vor Vertrauen darin, dass das BVerfG den EuGH nicht durch eine routinemäßige eigene Verhältnismäßigkeitsprüfung europäischer Rechtsakte verdrängen will. Aber freilich ist das eine Sache des politischen Glaubens, und es wird notwendig sein, dass BVerfG gut zu beobachten und in seiner Rechtsprechung zu begleiten. Dass viele Kommentatoren seit Mai 2020 wie Moses vom Berg Sinai gestürmt sind und ihre Tafeln mit lautem Getöse zerschmettert haben, könnte insofern auch eine willkommene Abschreckungswirkung besitzen.

d) Verletzung der Pflicht zur neuerlichen Vorlage

Schließlich leuchtet vielen nicht ein, warum das BVerfG den EuGH nicht einfach um eine zweite Vorabentscheidung ersucht hat. Ein Gericht, das ein EuGH-Urteil „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ findet, sollte um Erläuterung dessen bitten, was da so unverständlich ist. Das BVerfG hätte dem Beispiel der italienischen Corte costituzionale folgen sollen, die eben diesen Weg beschritten hat und dabei zugleich selbstbewusst und unterwürfig aufgetreten ist, statt – wie das BVerfG – Art. 267 AEUV zu verletzen.⁸²

Es ist unwahrscheinlich, dass der Zweite Senat etwas in der Rs. *Weiss* nicht verstanden hat, und es ist noch unwahrscheinlicher, dass er für irgendeinen Aspekt eine weitere Erläuterung aus Luxemburg benötigte. Die Vorlage im *PSPP*-Verfahren war nicht das erste Mal, dass das BVerfG seine Bedenken gegen das Handeln der EZB und dessen schwache Kontrolle durch den EuGH deutlich aussprach (oben 4. b)). Die *OMT*-Vorlage war so kritisch formuliert, dass manch dünnhäutiger Europarechtler schon ihre Unzulässigkeit befürchtete⁸³; das *OMT*-Endurteil nahm von dieser Kritik nur manches zurück und

⁸² Zumal der EuGH – vielleicht schon in Vorbereitung auf das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland? – gerade noch einmal betont hat, dass auch mehrere Vorlagen in einem Verfahren notwendig und geboten sein können: „Desgleichen schließt die Bindungswirkung eines im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils nicht aus, dass das nationale Gericht, an das dieses Urteil gerichtet ist, eine erneute Anrufung des Gerichtshofs vor der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits für erforderlich hält ... Eine solche Vorlage ist für ein in letzter Instanz entscheidendes Gericht geboten, wenn es beim Verständnis der Tragweite des Urteils des Gerichtshofes Schwierigkeiten hat.“ (EuGH, Urt. v. 6. 10. 2021, Rs. C-561/19, EU:C:2021:799 – *Consorzio Italian Management and Catania Multiservizi*, Rn. 38).

⁸³ Z. B. I. *Pernice*, Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxemburg, *VerfBlog* v. 10. 2. 2014; M. *Wendel*, Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH, *ZaöRV* 74 (2014), 615/648 ff.

das BVerfG fügte sich hier nur zögernd und mit langen Zähnen in den Rechtsgehorsam; die *PSPP*-Vorlage nahm die Karlsruher Zweifel wieder auf. Die Rs. *Weiss* war nach der Rs. *Gauweiler* das zweite Mal, dass der EuGH auf diese scharfe Kritik reagierte, und zwar auf eine Art und Weise, die mit der vorherigen Rechtsprechung vollkommen konsistent war. Eben diese Rechtsprechung ist der Stein des Anstoßes: Das BVerfG ist der Überzeugung, dass der EuGH der EZB eine Blankovollmacht ausgestellt und dadurch waghalsig und unbesonnen agiert hat, jedenfalls sorglos mit den mitgliedstaatlichen Kompetenzen umgegangen ist. Es fühlte sich mit seinen Mahnungen ungehört, sah dies als unerhörte luxemburger Verantwortungslosigkeit an und ließ die Alarmsirenen schrillen. Das BVerfG hat das *Weiss*-Urteil sehr wohl verstanden; es war nur nicht bereit, diese Linie unter Aufgabe eigener Verfassungsautorität weiter zu akzeptieren. Warum sollte es unter diesen Umständen ein weiteres Vorabentscheidungsersuchen nach Luxemburg schicken, in der Gewissheit, dass sich die Antwort nicht ändern würde? Das Argument der zweiten Vorlage zielt wohl eher darauf, dass es seit 2018 Kammerrechtsprechung des sich im Verhältnis zu nationalen Gerichten zunehmend sicher fühlenden EuGH dazu gibt, dass Vorlagepflichtverletzungen als Vertragsverletzungen judiziert werden.⁸⁴

Die eher dünne Dogmatik des Vorwurfs, das BVerfG hätte sich erneut an den EuGH wenden müssen – der bar jeder Überraschung oder intellektueller Anreicherung auch von einem Generalanwalt des EuGH erhoben wurde⁸⁵ und von der Kommission nun vor den EuGH getragen wird⁸⁶ –, weist eine Tiefendimension auf, die sich dogmatisch nicht abbilden lässt. Sie zeigt sich, wenn man den zwischengerichtlichen Dialog nicht in der hierarchisch-dogmatischen Form, die der EuGH ihm gegeben hat (und die von nationalen Verfassungsgerichten jedenfalls in besonderen Ausnahmefällen nicht akzeptiert wird), sondern in der politischen Form begreift, in der der EuGH und die nationalen Verfassungsgerichte auf Augenhöhe miteinander kommunizieren. Macht man sich nun auf die Suche nach der Legitimation der Mahnung, das BVerfG hätte um eine weitere Vorabentscheidung ersuchen sollen, findet man ein bekanntes Muster. Das Modell politischer Legitimation in einem guten Teil liberaler politischer Theorie (nicht nur im frühen Werk von *Habermas*) ist dasjenige eines nicht enden wollenden Gesprächs. Jeder Versuch,

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 4. 10. 2018, C-416/17, EU:C:2018:811 – Kommission/Frankreich (Steuervorabzug für ausgeschüttete Dividenden); dazu etwa *L. Hering*, Zwischen Dialog und Kontrolle, EuR 2020, 112.

⁸⁵ GA Tachev, Schlussanträge A. B. u. a. v. 17. 12. 2020, Rs. C-824/18, EU:C:2020:1053, Rn. 79–84.

⁸⁶ Europäische Kommission, Vertragsverletzungsverfahren im Juni: wichtigste Beschlüsse, 9. Juni 2021, S. 17.

das Gespräch zu beenden – also zu entscheiden –, kann als Handlung gesehen werden, eine Stimme zum Schweigen zu bringen. Das Politische muss sich immer als diskussions- und verhandlungsoffen zeigen: Politisch zu sein heißt, die Last des ständigen Gesprächs auf sich zu nehmen. Das Gespräch selbst wird zu einem Symbol moderner Zivilisation: Sprechen ersetzt Gewalt, das Gespräch ersetzt den Moment des Entscheidens. Die wichtigste Annahme in diesem Modell besteht darin, dass dann, wenn das Gespräch andauert, irgendwann jeder die Wahrheit erkennen wird. Das Gespräch verläuft konvergent: Alle Teilnehmer werden sich in derselben Position treffen, wie in den Naturwissenschaften; und diese Position ist am besten gegen jede Kritik gefeit und eignet sich am besten dazu, das jeweilige Problem, um das es geht, zu lösen.⁸⁷ In diesem Gedanken der Konvergenz kommen das Politische und das Rechtliche, vor allem das Ideal eines gerichtlichen Prozesses, zusammen. Wenn die Regeln des gerichtlichen Prozesses als Gesprächsstruktur gedacht werden – eines Gesprächs, in dem niemand zum Schweigen gebracht wird und in dem jeder jeden zu überzeugen versucht –, dann gibt es weder Gewinner noch Verlierer, denn beide Seiten kommen schließlich am Ende des Gesprächs in einer Position, der besten, zusammen. Niemand verliert sein Gesicht – und das ist das Ideal, das in vielen Kommentaren eine Rolle spielt und dessen Verfehlen dem BVerfG zum Vorwurf gemacht wird.⁸⁸

Die Interpretation von Fakten und von Texten aber verläuft nicht notwendig in eine Richtung. Sie bewegt sich nicht unbedingt auf Einheit statt auf Vielfalt oder Fragmentierung zu. Manchmal gibt es „wirkliche Widersprüche“, und selbst ein noch so langes Gespräch und noch so viel vernünftiger Argumentationsaustausch können nicht die eine Antwort erbringen. Gespräche bringen nicht immer Vernunft zur Entfaltung. In der Rechtsprechung mag man einen Herkules von *Dworkin* benötigen, der alles in Richtung Einheit schiebt⁸⁹, aber das würde auch bedeuten, das Gespräch von echten Gesprächsteilnehmern zu entkleiden. Echte Menschen und echte Gerichte haben echte Meinungsverschiedenheiten mit „wirklichen Widersprüchen“.⁹⁰

BVerfG und EuGH haben verschiedene Meinungen im Hinblick auf den Umfang und die Tiefe der Kontrolle der EZB, aber ihre echte Meinungsverschiedenheit reicht viel tiefer. Als die beiden Gerichte nach zwei Vorlagen und zwei Vorabentscheidungen in ihre jeweiligen Positionen eingemauert waren,

⁸⁷ P. W. Kahn, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, 2011, S. 149 ff.

⁸⁸ Beispiel: J. Dietzel/M. Kellerbauer/M. Klamert/L. Malferrari u. a., *Europa – Quo vadis? Ein kritischer Kommentar zum EZB-Urteil des BVerfG*, EuZW 2020, 525/529, die einen Gesichtsverlust des EuGH vermeiden wollen.

⁸⁹ R. Dworkin, *Law's Empire*, 1986.

⁹⁰ Kahn, *Political Theology* (Fn. 87), S. 149 ff.

ging es um die Frage gerichtlicher Macht, die durch „wirkliche Widersprüche“ gekennzeichnet ist. Das Gespräch war plötzlich eines, das sich um die letzte Quelle rechtlicher Autorität in der europäischen Integration drehte (vgl. 5. b)). Hier arbeitet sich Vernunft nicht in Richtung Einheit durch, und das Gespräch führt nicht zu Konvergenz. Vielmehr bringt die Autoritätsfrage weitere Elemente zum Schwingen, etwa Vorstellungsräume von politischer Identität, Zugehörigkeit, Loyalität und Verantwortung. All diese Elemente entziehen sich jedenfalls zum Teil dem Zugriff des Rechts. Das BVerfG zu einer weiteren Vorlage zu zwingen oder die Bundesrepublik mit einem Vertragsverletzungsverfahren zu überziehen, weil Karlsruhe nicht noch einmal vorgelegt hat, bringt keine einzige Antwort in nähere Reichweite.

6. *Das Framing von Gemeinschaft*

Die vielleicht wichtigste – und schwierigste – Konsequenz des revolutionären Bezugsrahmens geht über die Betonung eines Rechtsbruchs hinaus. Eine revolutionäre Tat erscheint immer als außergewöhnliche politische Handlung: Nur Handlung außerhalb des Rechts kann das Recht beseitigen. Daher ist die paradigmatische revolutionäre Handlung kein Rechtsakt, nicht einmal ein schlechter, falscher oder absichtlich fehlerhafter Rechtsakt, sondern ein politischer Akt, der das Recht außer Kraft setzt. Das BVerfG tritt daher nicht in erster Linie als Akteur des Rechts, sondern als Akteur des Politischen auf, der die politische Referenzgemeinschaft im Herzen der europäischen Integration austauscht. Im Politischen kommt dies einem Götzendienst gleich (a). Indem im *PSPP*-Urteil das Deutsche das Europäische ersetzt, rücken die „wirklichen Widersprüche“ ins Zentrum, die sich auch als Graben zwischen Autorität und Legitimität und als Unterschied zwischen dichtem und dünnem Konstitutionalismus formulieren lassen (b). Diese „wirklichen Widersprüche“ tauchen auch in der Arbeit von Gerichten auf. Gerichte lesen nicht lediglich Rechtstexte, sondern „ihre“ politischen Gemeinschaften jenseits dieser Texte (c). Genau hierin liegt die Legitimität des *PSPP*-Urteils: nicht in den Worten, die das BVerfG spricht, sondern in der Tatsache, dass das BVerfG spricht (d). Dies legt das demokratische Problem des Vorrangs offen (e).

a) Politischer Götzendienst

Die politische Dimension hinter dem *PSPP*-Urteil, die von Kommentatoren heftig kritisiert wird, liegt darin, dass das BVerfG aus einer rein deutschen Sicht und mit deutschen Interessen in den rechtlichen und politischen Prozess interveniert. Es beharrt zwar darauf, dass es ihm um die Rule of Law und die Einhaltung des (auch europäischen) Rechts gehe, doch geht es ihm

in Wirklichkeit um den deutschen Sparer.⁹¹ Es ersetzt europäische Gesichtspunkte, Abwägungen, Vorgaben, Regeln, Interessen und Institutionen durch deutsche Gesichtspunkte, Abwägungen, Vorgaben, Regeln, Interessen und Institutionen und nimmt dadurch eine deutsche Froschperspektive auf die europäische Integration ein. Es ersetzt sogar ein europäisches Urteil durch ein deutsches Urteil. Das BVerfG wird so zu einem politischen Akteur außerhalb der Rechtsordnung, der die rechtlichen Grundlagen der Integration im Namen einer national beschränkten Perspektive (und eben nicht im Namen des Rechts) zerstört.

Dadurch erscheint das *PSPP*-Urteil nicht nur als Bruch des Rechts. Rechtsbrüche – auch schwere – sind in allen politischen Gemeinschaften an der Tagesordnung und liegen innerhalb der Reichweite jedes Mitglieds einer politischen Gemeinschaft. Auch und gerade Richterinnen und Richter machen Fehler und brechen dadurch das Recht. Im *PSPP*-Urteil aber gibt es etwas Überschüssiges gegenüber einem gewöhnlichen Rechtsbruch, das dafür sorgt, dass Rechtswissenschaftler wie Moses vom Berg Sinai gestürmt kommen. Dieses Überschüssige besteht natürlich im götzendienerischen Anstrich des Urteils. Das BVerfG scheint um das Goldene Kalb herumzutanzten, und das Goldene Kalb ist hier die deutsche Souveränität.

Eben dieser Aspekt lässt das bundesverfassungsgerichtseigene Narrativ – der EuGH erhalte einen Anreiz, die Kompetenzgrenzen besser zu bewachen – für viele so unplausibel klingen. Er ist auch dafür verantwortlich, dass in nicht wenigen Kommentaren die Grenze üblicher wissenschaftlicher Kritik überschritten wurde bis hin zu *ad hominem*-Angriffen auf *Andreas Voßkuhle* und *Peter M. Huber*; viele Kritiker nahmen die Sache irgendwie persönlich. Kehren wir noch einmal zu *Joseph Weilers* Beschreibung der *Pescatore*-Schule und ihres wahren Glaubens an die europäische Integration zurück⁹², könnte man sagen, dass der Eindruck herrschte, das BVerfG verehere einen anderen Gott. Schlimmer noch: Der Götzendiener verehrt nicht einen anderen, sondern einen falschen, also gar keinen Gott, denn im Zeitalter des Monotheismus (und was sind Vorrang und Verwerfungsmonopol des EuGH anderes als Metaphern für rechtlichen Monotheismus) kann es eben nur einen Gott geben. Das Goldene Kalb ist gerade kein Gott, sondern nur ein goldblitzen-

⁹¹ BVerfGE 154, 17/125 f., Urt. v. 5. 5. 2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – *PSPP*, Rn. 173. Manche Kritiker kleiden dieses Argument prozessual ein: Nationale Gerichtsordnungen beschränken den Horizont nationaler Gerichte notwendigerweise; demgegenüber besitzt der EuGH große institutionelle Vorteile. Diese Formulierung hört sich technischer und damit nicht ganz so zornig an, doch handelt es sich im Prinzip um den gleichen Vorwurf: Indem das BVerfG Deutschland gegenüber der Union privilegiert, vertauscht es die politische Referenzgemeinschaft im Herzen der Integration und definiert insofern Wesen und Wert der Integration neu.

⁹² Oben Fn. 3.

der Götze. Während der Götzendiener versucht, das Göttliche zu berühren, berührt er doch nur das Nichts; und dieses Nichts ist das, was Götzendienst von Rechtsbruch unterscheidet, indem es das Böse hinzuaddiert. Wenn da nichts ist, dann schafft sich der Mensch seine eigenen Götter und meint, selbst die Quelle des Göttlichen zu sein. Derjenige, der dem Nichts huldigt, huldigt nur sich selbst.⁹³ Exakt dies ist der Eindruck, den das BVerfG bei vielen Kritikern hinterlassen hat, als es den europäischen Referenzrahmen durch einen deutschen Referenzrahmen ersetzt hat. Letzterer hatte überhaupt nichts dort zu suchen, und daher versuchte – so der Eindruck – das BVerfG nicht nur die falsche politische Gemeinschaft zu berühren, sondern erreichte gar nichts außer dem Versuch der eigenen Selbsterhöhung. Indem das BVerfG nichts huldigte, huldigte es ausschließlich sich selbst. Kein Wunder, dass sich *Voßkuhle* und *Huber* persönlichen Angriffen ausgesetzt sahen. Verstärkt wurde dies dadurch, dass die deutsche politische Gemeinschaft ohne den europäischen Referenzrahmen und in dem Versuch, sich selbst zu erhöhen und zu huldigen, eine dunkle Vergangenheit besitzt. Umso weniger verwundert es, dass manche Kommentare gleich eine (im Zusammenhang mit dem *PSPP*-Urteil groteske) Verbindungslinie zum Nationalsozialismus zogen.⁹⁴

b) Eine Geschichte zweier Gemeinschaften

Mit der Metapher vom politischen Götzendienst lassen wir den Bereich des Gesprächs, das sich konvergent entwickelt, hinter uns und betreten einen Bereich, der deutlich durch „wirkliche Widersprüche“ geprägt ist. Zum Teil hat das mit der Frage nach der letzten Rechtsautorität in der Integration zu tun, doch reichen die Widersprüche tiefer. Jenseits von Autorität und Macht liegen gesellschaftliche Vorstellungsräume vom Zuschnitt politischer Gemeinschaften, von Zugehörigkeit zu ihnen und davon, was der Zugehörige schuldet und erwarten kann. Die Legitimität von Autorität, Herrschaft und Macht ist abhängig von der Imagination politischer Vergemeinschaftung und unserer Loyalität. Nichts davon kann einfach vorgeschrieben oder befohlen werden, denn alles beruht auf Erfahrung und Glaube. Vernunft ebnet den Weg in keine dieser Dimensionen.

⁹³ P. W. Kahn, *Out of Eden: Adam and Eve and the Problem of Evil*, 2007, S. 76 f.

⁹⁴ Diese historische Referenz und der damit verbundene Zorn taucht regelmäßig in Kommentaren zur Rechtsprechung des BVerfG in europäischen Integrationsdingen auf. Vgl. etwa J. H. H. Weiler, *Der Staat „über alles“: Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, JöR N.F. 44 (1996), 91; M. Everson/*Ch. Joerges*, *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, in: Kröger (Hrsg.), *Political Representation in the European Union: Still democratic in times of crisis?*, 2014, S. 400; F. C. Mayer, *To Boldly Go Where No Court Has Gone Before: The German Federal Constitutional Court's ultra vires Decision of May 5, 2020*, German L.J. 21 (2020), 1116.

Es ist längst bekannt, dass die Europäische Union und der Nationalstaat unterschiedliche Formen politischer Vergemeinschaftung sind (und sein sollen), und dass sie daher innerhalb ganz unterschiedlicher Formen von gesellschaftlichen Vorstellungsschemata existieren und ganz unterschiedliche individuelle und kollektive Loyalität einfordern können. Diese Unterschiede beeinflussen auch die Vorstellungen davon, was und wie „Recht“ in diesen Gemeinschaften ist. Nur aus der Perspektive von eng verstandener Dogmatik sehen diese Gemeinschaften als „Rechtsgemeinschaften“ ähnlich aus: Ihre Grundregeln garantieren Demokratie, Gleichheit, Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und all die anderen normativen Werte der Spätmoderne; ihre Institutionen sind zwar nicht identisch, dienen aber ähnlichen Zwecken; und sogar die Instrumente, die Individuen in das Gewebe kollektiver Identität hineinbringen sollen (wie etwa Bürgerschaft), scheinen sich zu gleichen.⁹⁵ Aber man muss auch über die Worte und Funktionen hinausblicken⁹⁶, nämlich auf die Imagination, die das Politische und seine Gesetze und Regeln stabilisiert; dann sind diese politischen Gemeinschaften ganz (vielleicht sogar kategorial) unterschiedlich.

Das BVerfG bewegt sich in der deutschen Rechtsordnung am dichten, reichhaltigen Ende der konstitutionellen Skala, nämlich dort, wo Recht und politische Identität organisch miteinander verbunden sind und sich gegenseitig stabilisieren. Recht markiert einen Vektor, der sowohl auf die Vergangenheit und Erinnerungen einer politischen Gemeinschaft verweist als auch auf ihre Zukunft und Hoffnungen. Der Nationalstaat und seine Bürger konstituieren sich jedenfalls teilweise durch das Recht: Die rechtliche Imagination bringt eine politische Imagination hervor (und umgekehrt). Nationale Verfassungen konstruieren sowohl das Gemeinwesen als auch die Bürger. Sie sind nichts weniger als eine Glaubensstruktur, die sich auf das Gemeinwesen und das Selbst bezieht, und sie besitzen ein reiches und differenziertes Reservoir kultureller Ressourcen, die der Staat in Anschlag bringen kann, um diese Glaubensstruktur ihrerseits zu stabilisieren. Die politischen Bedeutungen, die sich darin wiederfinden, sind trotz ihrer Formulierung als universelle Werte

⁹⁵ Diese Ähnlichkeit ist der Anlass für viele wissenschaftliche Unternehmungen, etwa für die „Prinzipienlehre“ von A. von Bogdandy, vgl. etwa sein *A Disputed Idea Becomes Law: Remarks on European Democracy as a Legal Principle*, in: Kohler-Koch/Rittberger (Hrsg.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, 2007, S. 33, und meine Kritik in U. Haltern, *A Comment on von Bogdandy*, ebd., S. 45; „Verfassungsprinzipien“ spielen auch in manchen Spielarten von Verfassungsppluralismus eine große Rolle, vgl. etwa M. Kumm, *The Moral Point of Constitutional Pluralism*, in: Dickson/Eleftheriadis (Hrsg.), *Philosophical Foundations of European Union*, 2012, S. 216.

⁹⁶ Vgl. abw. Meinung von Richter F. Frankfurter in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 1952, S. 610: „It is an inadmissibly narrow conception of ... constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them.“

abhängig von der ganz partikularen Geschichte und der kollektiven Erfahrung der jeweiligen politischen Gemeinschaft. Diese Partikularität, die das Besondere der Gemeinschaft spiegelt, verleiht der Verfassung ihre Authentizität: Sie ist voller Erinnerungen, (Gründungs-)Mythen und Gedächtnis, nicht nur voller Rationalität; sie ist kollektiver Wille, nicht nur Vernunft und Interesse. Dies macht sie zu „unserer“ Verfassung. Nationales Recht übt einen normativen Sog nicht deshalb aus, weil es auf formalem Konsens beruht oder weil es mit Zwang droht, sondern weil es dem Willen des Volkssouveräns Ausdruck verleiht – es erscheint als Spur des Volkssouveräns. In Regimen mit demokratischer Herrschaft werden die Bürger selbst Teil des Souveräns. Das ist essenziell, denn hierdurch sind Recht und Souveränität miteinander verschränkt. Das souveräne Volk regiert sich selbst durch die Herrschaft des Rechts; dadurch, dass die Bürger den Gesetzen folgen, partizipieren sie am Volkssouverän und erreichen demokratische Selbstbestimmung. Das Bewahrungsprojekt des Rechts wird, wie *Paul Kahn* erklärt, ein Projekt der Transsubstantiierung: Das Individuum wird zum Bürger und schließlich zum Souverän.⁹⁷ In der Folge ist Recht mehr als nur ein Ordnungsversprechen. Es geht im Recht auch um Identität im Politischen. Dadurch ist das Recht in einem wahrhaft konstitutiven Sinne hochpolitisch, sinnstiftend, erotisch und gefährlich. Und es befindet sich in den Händen des BVerfG.

Der EuGH bewegt sich in der europäischen Rechtsordnung am dünneren Ende der konstitutionellen Skala, nämlich dort, wo das Recht diese sinnstiftende, erotische und zugleich gefährliche Komponente, die im Staat konstitutiv für individuelle und kollektive Identität ist, vermissen lässt. Unionsrecht verkörpert das Projekt einer normgestützten Vernunft. Die Europäische Union wurde nicht aus visionärer Revolution, gemeinsamen Opfern oder geteilter Liebe geboren (die üblichen Gründungsmythen von Nationalstaaten), sondern sehr bewusst aus dem Geist der Vernunft. Emotionale Appelle an Gemeinschaftsgefühle hätten die Integration frühzeitig zum Scheitern verurteilt.⁹⁸ Stattdessen wurde Europa als Kontrakt und Projekt aufgeklärter Rationalität neu gedacht.⁹⁹ Europa wandte sich von der Imagination der Souveränität ab hin zur Imagination des Marktes, ersetzte souveränen Willen durch das funktionale Äquivalent Geld und ließ dadurch Geschichte und Individuali-

⁹⁷ P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, 1999.

⁹⁸ Zur Geschichte statt vieler K. Patel, *Projekt Europa: Eine kritische Geschichte*, 2018; D. Dinan, *Europe Recast: A History of European Union*, 2. Aufl. 2014; klassisch A. S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, 2. Aufl. 2000.

⁹⁹ Evokative Analysen der Unionsikonographie bei C. Shore, *Building Europe*, 2000, und K. R. McNamara, *The Politics of Everyday Europe*, 2015. Zur Relevanz von Ikonographie für das Recht der Union U. Haltern, *Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, *ELJ* 9 (2003), 14, und ausf. ders., *Europarecht und das Politische*, 2005.

tät zwar nicht verschwinden, aber doch in der zweiten Reihe Platz nehmen. Grenzen verloren ihre existentielle Bedeutung und Europa begann, von einer post-souveränen, vielleicht post-nationalen oder gar post-politischen Gemeinschaft zu träumen. Aber natürlich besitzt wirtschaftliche Integration ein kaltes Herz, das Europas Seele leer ließ: Märkte können uns nicht sagen, wer wir sind, denn sie funktionieren durch die Befriedigung von Bedürfnissen, die reine Platzhalter sind. Diese ökonomische Gleichgültigkeit gegenüber politischer Identität war zwar ein wunderbares Werkzeug, um einen Bogen um die Spannungen und Konflikte aus Europas hypernationalistischer Vergangenheit zu machen. Doch konnte sich so eben auch keine kollektive Identität entwickeln, die in der Lage gewesen wäre, die Legitimationslast der immer weiter ausgreifenden und tiefer reichenden Herrschaftsmacht der Union zu schultern. Dieses Problem betrifft die soziale Legitimation ebenso wie das Recht. Ein europäisches Gemeinwesen, dessen Bürgerinnen und Bürger sich der Union entfremdet fühlen, hat, wie die Europawahlen immer wieder zeigen, ein manifestes soziales Legitimationsdefizit. Soziale Legitimation hängt aber auch engstens an Rechtstexten. Europas Texte haben sich nie dadurch ausgezeichnet, ein imaginatives Band zwischen den Bürgerinnen und Bürgern Europas zu weben, das es der Union ermöglicht hätte, ihre Identität in die Identität der Individuen einzuschreiben. Diese Texte besitzen keine ausreichende vorgestellte Authentizität, die sie zu „unsrigen“ werden lassen könnte; sie konstituieren keine politische Identität, sondern einen Binnenmarkt, in den man sich nicht verliebt, wie *Jacques Delors* sagte. Eine tiefe politische Ordnung, die tiefe Loyalität einfordern könnte, kann so nicht entstehen.¹⁰⁰ Diese funktionale, aber dünnere Ordnung befindet sich in den Händen des EuGH.

Obwohl diese beiden sehr unterschiedlichen Gemeinschaften ausgezeichnet funktionieren und kooperieren, sind doch Autorität und Legitimation offenkundig teilweise entkoppelt. Funktionelle Notwendigkeiten und Bedürfnisse haben zwar zu einer immer weiteren Delegation von Regulierungsmacht auf supranationale Institutionen geführt, doch bleibt die Erfahrung demokratischer Selbstbestimmung hartnäckig national.¹⁰¹ Dieses Entkoppelte, dieser Graben zwischen Funktion und Erfahrung und zwischen Autorität und Imagination, ist der „wirkliche Widerspruch“. ¹⁰² Die Spannung, die sich auch im zwischengerichtlichen Tauziehen niederschlägt, dreht sich nicht lediglich um Autorität und Macht, sondern um unterschiedliche Formen politischer Imagination. Wo die eine Souveränität, *pouvoir constituant* und politische Identität

¹⁰⁰ Ausf. *U. Haltern*, Internationales Verfassungsrecht?, AöR 128 (2003), 511/545 ff.

¹⁰¹ Vgl. z. B. *P. L. Lindseth*, The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance, in: Bignami (Hrsg.), EU Law in Populist Times, 2020, S. 505/506.

¹⁰² Klassisch dazu: *Weiler*, Der Staat „über alles“ (Fn. 94); neuer u. a. *Lindseth* (Fn. 101).

tität sieht, sieht die andere Funktionalismus, Regierungsnetzwerke und die Neuformierung von Grenzen in einem Umfeld von Heterarchie und Polyzen-trismus. Das Politische selbst nimmt dann unterschiedliche Imaginationsformen an, wenn sich dichter Konstitutionalismus mit einer beschnittenen oder ungeklärten Form von hybridem Konstitutionalismus paart.¹⁰³ Der „wirkliche Widerspruch“ besteht demnach in unterschiedlichen Formen politischen Glaubens – und unterschiedliche Formen des Glaubens betrachten sich gegenseitig nun einmal als ketzerisch oder götzendienerisch.

Ich behaupte natürlich nicht, dass diese „wirklichen Widersprüche“ prä-politischer Natur oder in Stein gemeißelt wären. Dass der imaginative Stoff, aus dem die Europäische Union heute besteht, bei weitem nicht so dicht ist wie derjenige des Staates, bedeutet nicht, dass sich das nicht ändern könnte. Selbstverständlich könnten sich die beiden angleichen. Politische Gemeinschaften werden durch Vorstellungsräume und imaginative Gewebe konstruiert, die bestimmte Bedeutungen annehmen; diese Bedeutungen können sich ändern, manchmal in einem Wimpernschlag. Zur Zeit deutet sich nach meiner Beobachtung allerdings nichts dergleichen an, und man kann sich auch nicht durch Vernunft zu einem europäischen politischen Glauben argumentieren. Dies zu beschreiben ist nicht das Gleiche wie eine moralische Rechtfertigung eben hierfür. Als Moralist kann man beschämt sein über die Imagination des Nationalen, die bis heute die bei weitem wichtigste Quelle politischer Identität ist. Aber das ist eben der Zustand unserer Welt, wie wir sie uns vorstellen; so unvernünftig dies auch sein mag, es ist nicht die Vernunft, die Geschichte macht.¹⁰⁴

¹⁰³ N. Walker, The European Union's Unresolved Constitution, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012, S. 1185.

¹⁰⁴ Vielleicht liegt hierin das Problem des Rechtspluralismus, der sich nun im Belagerungszustand befindet. Manche Autoren legen zwar Wert darauf, die Diskussion des PSPP-Urteils von der Theorie des Rechtspluralismus zu entkoppeln (z. B. Wendel, Ultra-vires Review [Fn. 78], 982). Aber natürlich ist ziemlich klar, dass die Praxis des Angriffs des BVerfG auf das Vorrangprinzip der Theorie des Rechtspluralismus einen ähnlichen Schaden zufügt wie beispielsweise die Praxis der alternativen Fakten der Trump-Regierung der Theorie des Dekonstruktivismus. Vertreter des Pluralismus versuchen verzweifelt, Abwehrstellungen aufzubauen, etwa dadurch, dass sie die Menschenwürde ins Zentrum ihrer Theorie stellen (etwa M. Avbelj, Constitutional Pluralism and Authoritarianism, German L.J. 21 [2020], 1023). Das mag zutreffend sein, aber helfen wird es nicht viel: Wir wissen auch, dass „Wahrheit“ ein komplexes Konzept ist, aber dieses Wissen ist unter der Endmoräne des Trumpismus und des Querdenkens verschüttet. Mein Punkt ist stattdessen, dass wir in einer Europäischen Union mit „wirklichen Widersprüchen“ einfach nichts anderes haben als Rechtspluralismus, was auch immer dessen moralischer Kern sein mag.

c) Gerichte lesen Gemeinschaften

So wie es aus einer eng dogmatischen Perspektive schwierig ist, unterschiedliche Welten des Rechts und des Konstitutionalismus zu sehen, ist es aus jener Perspektive auch schwierig zu verstehen, wie sich diese unterschiedlichen Welten im Gericht zeigen und zu „wirklichen Widersprüchen“ werden. Warum, könnte man dann fragen, sollte dieser Gegensatz in einem zwischengerichtlichen Dialog zwischen BVerfG und EuGH überhaupt zur Sprache kommen, und warum sollte er derart grundsätzlicher Natur sein? Selbst wenn die nationalen Verfassungsgerichte richtig lägen und die entscheidende Quelle rechtlicher Herrschaft in der europäischen Integration der staatliche Anwendungsbefehl wäre, könnten die nationalen Gerichte nicht einfach europarechtsfreundlicher agieren und ihre nationalen Verfassungen stärker im Lichte des Unionsrechts auslegen? Warum sollten sie dem viel besser positionierten EuGH nicht Vertrauen entgegenbringen bei dessen Versuch, das „gemeinsame“ normative Material – Grundrechte, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, Kompetenzkataloge, Demokratiekláuseln und all die anderen Wertaussagen der Verträge – zur Anwendung zu bringen? Täten sie dies, könnten sie dann nicht eine größtmögliche Kooperation mit dem EuGH ins Werk setzen, um gemeinsam mit ihm die europäische Verbundverfassung zu einer belastbaren, stabilen und gerechten Basis des geschichteten, hybriden und ungeklärten europäischen Gemeinwesens zu entwickeln? Und *sollten* sie dies nicht insbesondere dann, wenn ihr Bekenntnis zur Integration außer Frage steht (was, wie ich argumentiere, beim BVerfG ja der Fall ist) und wenn sie genau wissen, wie destruktiv ihre unilaterale Intervention in den Rechtsprozess der Union ist (was das BVerfG ja ebenfalls weiß und explizit zum Ausdruck bringt)?

Diese Fragen sind dann sinnvoll, wenn man Richterinnen und Richter als Spezialisten in der Wissenschaft des Rechts ansieht – als Experten einer bestimmten Form des Denkens und Argumentierens, die in der Abwägung kulminiert. Sobald man das tut, schaut man ausschließlich darauf, was Gerichte sagen, und nicht darauf, wer sie sind. Man analysiert den Inhalt ihrer Rede und nicht, wer da gerade spricht. Man sieht die Worte – und diese Worte sind in unserem Fall praktisch identisch in der Welt des Staates und der Welt der Union: Menschenwürde, Freiheit, demokratische Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit usw. (vgl. oben 6. b)) – und ignoriert die Quelle dieser Worte. Nicht nur ist das für die Analyse eines Sprechakts natürlich unzureichend. Indem man das „Was“ und das „Wer“ verwechselt, verwechselt man zudem, wie *Paul Kahn* erklärt, auch zwei analytische Kategorien: Gerechtigkeit und Legitimität.¹⁰⁵ Es ist eine Frage der Gerechtigkeit, die Vernunft des Rechts im Politischen durchzuarbeiten. Es ist hingegen eine Frage der Legitimation, wer

¹⁰⁵ *Kahn*, Making the Case (Fn. 10), S. 49.

das tut. Wir streiten endlos über die Regeln, die sich aus einem Urteil ergeben, und hinterfragen, ob diese gerecht, angemessen oder effizient sind: Ist die Steuer zu hoch? Ist die Geschwindigkeitsbegrenzung zu niedrig? Um diese Fragen beantworten zu können, benötigen wir kein Wissen über die Herkunft der Regel. Genau dies ist die eng dogmatische Herangehensweise an einen Rechtstext. Aber selbst wenn wir zu dem Ergebnis kommen, dass die Regel unserer Auffassung von Gerechtigkeit oder Effizienz nicht entspricht, richten wir unser Verhalten an ihr aus und halten sie für legitim. Der Grund dafür liegt natürlich darin, dass wir glauben, dass die Regeln, die uns steuern, nicht nur gerecht sein müssen, sondern jedenfalls *unsere eigenen* Regeln sind.¹⁰⁶

Regeln sind unsere eigenen Regeln, wenn wir uns selbst für sie verantwortlich halten. Das tun wir, indem wir uns selbst als Autoren dieser Regeln konstruieren. Autorschaft ist entscheidend, wenn wir sie nicht mit der Frage verwechseln, wer denn den Entwurf der Regel eigenhändig geschrieben hat, sondern wenn wir darunter eine soziale Praxis der Übernahme von Verantwortung verstehen.¹⁰⁷ Deutlicher wird dies anhand meiner Analogie zu religiösem Glauben. Wenn ich als Christ (statt als Religionswissenschaftler) die Bibel lese und danach frage, wer der Autor ist, frage ich nicht danach, welcher Mensch die Feder in die Tinte getaucht und die Schriftrollen beschrieben hat, sondern ich frage nach Gott. Wenn ich als Bürger (statt als Historiker oder verfassungsgeschichtlich interessierter Rechtswissenschaftler) die Verfassung lese und danach frage, wer der Autor ist, frage ich nicht danach, wer sich im Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee mit welcher Position durchsetzen konnte, sondern ich frage nach dem Volkssouverän. In beiden Fällen schaue ich durch den Text hindurch direkt auf seine imaginierte Quelle. Die Bedeutung des Textes ist nicht unabhängig von der Quelle und von meinem Glauben an die Quelle. Bestreitet man die Autorschaft Gottes oder des Volkssouveräns, beseitigt man den normativen Mehrwert – die steuernde Autorität – des jeweiligen Textes. Verfassungen verkünden Inhalte im Namen des „deutschen Volkes“, von „le peuple français“ oder von „We the People“. Das „Wir“ schließt uns selbst ein, als Teile des Volkssouveräns, der sich über Generationen hinweg erstreckt, der Demokratie als Selbstbestimmung konstruiert (statt als Fremdbestimmung durch die Entscheidung von längst verstorbenen Leuten) und der uns kollektive und individuelle Identität verleiht. Wir werden zugleich zu Lesern und Autoren: Lesend übernehmen wir die Verantwortung des Autors. Es ist „unser“ Text.

Kein Text kann die Last einer derart komplexen und kontraintuitiven sozialen Praxis alleine tragen. Sie muss eingebettet sein in entsprechende histori-

¹⁰⁶ Ebd.

¹⁰⁷ In diesem Sinne ist Autorschaft weniger eine Sache des Verfassens als vielmehr eine Sache der Lektüre. Ebd., S. 50.

sche Narrative, Ideologien, Institutionen und gesellschaftliche und politische Rituale. Ein wichtiger Bestandteil dieses Kontexts ist die Gerichtsentscheidung selbst, die dazu beiträgt, die eigene Autorschaft, die eigene Urheberverantwortung am Recht als soziale Praxis plausibel zu machen. Die Gerichtsentscheidung beansprucht nicht die Autorität, neues Recht zu setzen, sondern nur die Autorität, das Recht, das bereits da ist, in seiner Bedeutung und Anwendung zu verdeutlichen; sie schreibt nicht, sondern repräsentiert den Rechtstext. Sie lädt uns ein, an der Seite des Gerichts zu stehen und mit ihm so auf die Verfassung zu schauen, wie das Gericht es tut. Die Gerichtsentscheidung ist dann am erfolgreichsten, wenn es ihr gelingt, sich selbst so durchsichtig wie möglich für den Verfassungstext zu machen. Die Autorität des Urteils beruht darauf, dass durch sie hindurch der Text der Verfassung, deren Autoren wir selbst sind, sichtbar wird. Indem das Gericht die Verfassung als Text, der von uns selbst verfasst wurde, liest, stützt es sich auf die Narrative, Ideologien, Institutionen und Rituale des Gemeinwesens. Das Gericht „liest das Gemeinwesen durch die Verfassung hindurch“¹⁰⁸; es liest nicht nur einen Text, sondern uns.

Dies dürfte die tiefste Ebene der „wirklichen Widersprüche“ sein. Die Aussage „Das Recht ist das Recht ist das Recht“ ist ebenso unrichtig wie die Aussage „Ein Urteil ist ein Urteil ist ein Urteil“. Bedeutungen hängen nicht nur von dogmatischen Inhalten, sondern auch von imaginierter Autorschaft ab. Die Verbindung eines Rechtstextes zum Volkssouverän als Autor – und in letzter Instanz zu „uns“ als Autor – verleiht dem Text Legitimität, denn diese Verbindung kennzeichnet den Text als demokratischen Text – als „unsrigen“. Eine Gerichtsentscheidung hat an dieser Verbindung Teil, indem sie sich selbst durchlässig für den Rechtstext macht, der nichts anderes repräsentiert als die demokratische Selbstbestimmung, mit der „wir“ „uns“ regieren. Die Urheberschaft des Volkes in Frage zu stellen lässt weder den Rechtstext noch seinen Interpreten im Übrigen unberührt.

d) BVerfG und Volkssouverän

Die imaginative Verknüpfung von Urteil und eigener Autorschaft des Volkes wird durch das *PSPP*-Urteil des BVerfG, nicht durch das *Weiss*-Urteil des EuGH hergestellt. Es ist kein Zufall, dass das BVerfG „im Namen des Volkes“ spricht, während der EuGH einfach nur spricht. Ersteres ist keine ästhetische Verzierung; letzteres ist keine versehentliche Auslassung. Das BVerfG zeigt vielmehr, dass seine Stimme identisch mit derjenigen des Urhebers des Grundgesetzes ist – dem Volkssouverän und letztlich „uns“. Wir sind nicht an die Herrschaft toter Männer und einiger weniger Frauen gebunden, die in Herrenchiemsee und Bonn schwer änderbare Regeln erdacht haben, und wir

¹⁰⁸ P. W. Kahn, *Putting Liberalism In Its Place*, 2005, S. 258.

sind auch nicht an die Herrschaft der Richterinnen und Richter des BVerfG gebunden. Die Herrschaft des Rechts ist vielmehr gleichbedeutend mit der Herrschaft des Volkes. Der Glaube an unsere Teilhaftigkeit am Volkssouverän – der den Staat in die Existenz gesprochen hat, der uns als Bürgern eine kollektive Identität zur Verfügung stellt und der nun eine verfassungsgerichtliche Entscheidung gesprochen hat – ist das Fundament des nicht lockerlassenden Zugriffs des Staates auf unsere Loyalität und unsere Identität. Natürlich, unumgänglich oder vopolitisch ist davon gar nichts; stattdessen ist es eine Sache des Glaubens an Bedeutungen, die durch Rituale, Erinnerungen und eben auch Gerichtsurteile stabilisiert werden.

Im Gegensatz dazu spricht der EuGH in niemandes Namen, denn weder gibt es einen einigermaßen plausiblen europäischen Volkssouverän noch die daran hängende eigene Autorschaft. Natürlich ist die Perspektive der „eigenen Autorschaft“ nicht der einzige Maßstab, an dem demokratische Herrschaft oder ihre Institutionen gemessen werden können; man kann beispielsweise auch Wählerstimmen zählen oder ideologische und institutionelle Interessen untersuchen. Doch hängt die Legitimation einer Rechtsauslegung an dem Glauben, dass „Recht uns nicht passiert, sondern dass wir das Recht uns selbst und für uns selbst schaffen. Abseits dieses Glaubens können wir uns nicht vorstellen, wie die Herrschaft des Rechts und die Herrschaft des Volkes eins sein könnten.“¹⁰⁹ Im nichtstaatlichen Recht ist dieser Glaube – wenig überraschend – sehr viel weniger robust. Die Legitimität des überstaatlichen Rechts beruht auf der Rationalität der Norm, nicht auf der Vorstellung ihres Ursprungs oder ihrer Quelle.¹¹⁰ Die Erfahrung mit dem Völkerrecht in den letzten hundert Jahren und insbesondere die Tatsache, dass es so gar nicht im Einklang mit der Politik funktionierte, ist ein deutlicher Hinweis auf die irreduzible Qualität politischer Bedeutungen, die mit dem Glauben an Zugehörigkeit einhergehen. Der EuGH ist nicht ungeschützt und schon gar nicht unberührt von dieser Erfahrung, denn „das Leben des Rechts besteht nicht aus Logik; es besteht aus Erfahrung“.¹¹¹ Die Erfahrung des Lebens von

¹⁰⁹ Kahn, Making the Case (Fn. 10), S. 176.

¹¹⁰ Transnationales Recht verlässt sich daher auf prinzipienorientierte Rechtfertigungsmodelle. Wenn Staaten völkerrechtlich Menschenrechte anerkennen, liegt die Rechtfertigung für solche Vorschriften in einem Prinzip der Menschenwürde. Wenn sie sich völkerrechtlich auf umweltschützende Normen einigen, liegt die Rechtfertigung in einem Prinzip der treuhänderischen Verantwortung für zukünftige Generationen. Wenn sie sich unionsrechtlich auf den Vorrang des Unionsrechts und das Verwerfungsmonopol des EuGH einigen, liegt die Rechtfertigung in einem Prinzip der einheitlichen Anwendbarkeit. Prinzipienbasierte Rechtsansprüche haben überstaatlich allerdings kaum verlässlich und umfassend die Wirklichkeit geprägt, freilich mit gemäßigten Ausnahmen in Bereichen, deren innere Logik politische Grenzen per se schon als unerwünschte Interventionen erblickt; vgl. etwa die Fallstudien in A. Bradford, The Brussels Effect, 2020 (Märkte, IT, Gesundheitswesen, Umwelt).

¹¹¹ O. W. Holmes, The Common Law, 1881, S. 1.

Unionsrecht besteht aus seiner Legitimation durch Kontrakt. Sein Fundament ist „vertraglich, nicht geistig“, schreibt *Andrew Williams*; „es beruht nicht auf einem Herrschaftssystem durch das Volk, für das Volk und vom Volk.“¹¹²

Normalerweise spielt das alles kaum eine Rolle. Denn erstens, substantiell, machen die nationalen Verfassungen europäische Integration zu einem Teil der mitgliedstaatlichen Verfassungsidentität. Zweitens, prozedural, führt die Form des Vorabentscheidungsverfahrens dazu, dass das Endurteil von den nationalen Gerichten gefällt wird. Das Unionsrecht wird in der Form, die der EuGH ihm gibt, durch den Mund der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit gesprochen; dadurch gelingt es den EuGH-Entscheidungen, bei den Mitgliedstaaten in den Status einer sonst dem nationalen Recht vorbehaltenen Rechtsbefolgung zu rutschen – was *Joseph Weiler* in Anschluss an *H. L. A. Hart* „habit of obedience“ nannte¹¹³ und was ich als Glauben daran beschrieb, dass das Recht „unsriges“ ist (vgl. oben 6. c)). Dieser Glauben hat sich auf sämtliche Rechtsschutzverfahren in Luxemburg ausgeweitet. Die alltägliche europäische Erfahrung des Rechts ist daher tatsächlich: „Recht ist Recht ist Recht“, unabhängig von seinem Ursprung.

Dieser Glaube, dass auch Unionsrecht „unser“ Recht ist, wird freilich dann auf die Probe gestellt, wenn sich nationale Verfassungsgerichte in außergewöhnlichen Umständen dazu entschließen, Unionsrecht am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts zu überprüfen. In dem Moment wird die alltägliche „habit of obedience“ angezweifelt; die normale Erfahrung der Rechtsunterworfenheit findet ein Ende und stattdessen stellt sich die Frage, wie und welche politischen Gemeinschaften durch das Recht hindurch gelesen werden. Die europäische Integration erscheint dann nicht länger als heterarchisches Netzwerk, sondern es kommt zu Abgrenzungsimaginationen: nationale Gemeinschaften gegen Europäische Union, dichter Konstitutionalismus gegen dünnen Konstitutionalismus und Identität gegen Rationalität. Eine rein verfahrensrechtliche Unionsnorm, die in einer solchen Situation dem EuGH und seinem Vorranganspruch zunickt, ist einfach nicht robust genug, um in diesem Konflikt für eine eindeutige Lösung zu sorgen.

e) *Das demokratische Problem des Vorrangs*

Ein guter Teil der amerikanischen Verfassungstheorie wird durch die Linse der „democratic difficulty of judicial review“ gefiltert; in der europäischen Integration kann man einen guten Teil des Verfassungsdenkens durch die Linse der „democratic difficulty of supremacy“ filtern, das demokratische Problem

¹¹² A. Williams, *The Ethos of Europe*, 2010, S. 188.

¹¹³ J. H. H. Weiler, *A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors*, *Comp. Pol. Stud.* 26 (1994), 510.

des Vorrangs. Vorrang privilegiert eine Stimme, die zwar funktional unverzichtbar und auch für viele Bürgerinnen und Bürger wichtig ist, die aber unsere politische Imagination nur marginal beeinflusst. Vielen erscheint sie unauthentisch. Bringt man in bestimmten außergewöhnlichen Situationen mithilfe des Vorrangs eine Stimme zum Verstummen, die – trotz oder vielleicht gerade aufgrund ihrer Froschperspektive – als authentisch „unsrige“ erscheint, fügt man der gesamten europäischen Integration Schaden zu, indem man sie eines Teils ihrer imaginierten Authentizität beraubt. Verschiebt man die Perspektive von einem engen dogmatischen hin zu einem kontextangereicherten Verständnis von Rechtswissenschaft, erkennt man schnell eine große Konstante in der Erfahrung des Lebens von Recht: Dichte, reiche Verfassungsordnungen widersetzen sich der Kontrolle durch dünnere Verfassungsordnungen und sehen es als ihre eigene Aufgabe an, die Stimmen von Gerichten zu einer strikten Hierarchie zu ordnen.¹¹⁴ Ein Beispiel ist etwa die US-amerikanische Haltung zum Völkerrecht, die keinen Zweifel daran lässt, dass dann, wenn es ans Eingemachte geht, das Völkerrecht nicht in der Lage ist, die eigene Autorschaft des amerikanischen Volkssouveräns am als authentisch imaginierten „eigenen“ Recht zu verdrängen. Was viele Europäer als amerikanischen Exzeptionalismus brandmarken, ist aber wohl eher ein Goldstandard nationaler Imagination überhaupt¹¹⁵, denn die meisten anderen Staaten – Deutschland eingeschlossen – tun im Prinzip das Gleiche.¹¹⁶ Das ist kein Zufall, sondern Konsequenz einer nach wie vor tief in unsere politische Imagination eingeschriebenen Bedeutung von demokratischer Selbstbestimmung, die im Politischen auf Zugehörigkeit und im Rechtlichen auf eigener Urheberschaft von Regeln insistiert.

Dass das demokratische Problem des Vorrangs sich nur derart selten zeigt, dürfte ein Zeichen der tiefen politischen und rechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten an die europäische Integration sein. Das *PSPP*-Urteil erinnert freilich daran, dass im Herzen der Integration ein „wirklicher Widerspruch“ liegt, der nicht dazu angetan ist, sich in absehbarer Zeit zu lösen. Er wird von Zeit zu Zeit in den nationalen Urteilen auftauchen und für Aufregung sorgen,

¹¹⁴ Das gilt noch vor materiellen Versuchen des Streamlining von außen natürlich für institutionelle Versuche; Institutionelles hat sich regelmäßig widerständiger erwiesen als Materielles, auch aufgrund der direkten Verbindung zu Zugehörigkeit, Loyalität und Identität. Dass der Ansatz des EuGH (Urt. v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, EU:C:2018:117 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses [ASJP]; Urt. v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 – Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems]; Urt. v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, EU:C:2019:531 – Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts]) noch ohne deutlichen Widerspruch geblieben ist, dürfte an der Hauptzielrichtung Polen und Ungarn liegen. Freilich gab es außerhalb dieser beiden Mitgliedstaaten auch noch keinen klaren Anlass zum Widerspruch.

¹¹⁵ P. W. Kahn, *American Exceptionalism, Popular Sovereignty, and the Rule of Law*, in: Ignatieff (Hrsg.), *American Exceptionalism and Human Rights*, 2005, S. 198.

¹¹⁶ BVerfGE 141, 1, Beschl. v. 15.12.2015 (Zweiter Senat), 2 BvL 1/12 – Treaty Override.

denn aus enger dogmatischer Perspektive sieht er illegal und von nationalen politischen Interessen getrieben aus. Aber darum genau geht es. Gerade die Froschperspektive verleiht diesen Stimmen Legitimität. Was sie sagen, mag national gefärbt und froschperspektivisch sein, es mag sogar falsch sein. Aber weil nationale Gerichte „unsere“ politischen Gemeinschaften lesen – Gemeinschaften, die sich durch Imaginationen von Zugehörigkeit, Loyalität und geteilten Erinnerungen auszeichnen –, hören wir in ihren Stimmen „unsere“ Stimmen. Ihre Fehler sind „unsere“ Fehler, deshalb verweigern wir ihnen auch nicht unsere Loyalität. Kein Vorrangprinzip, keine einheitliche Anwendbarkeit wird dies ändern können. Das *PSPP*-Urteil ist weder ein Donner Schlag noch eine Revolution. Es macht nur explizit, was längst implizit war; es stellt nur ins Schaufenster, was unter der Oberfläche täglicher Kollaboration verborgen war. Diese Oberfläche lässt manchmal vergessen, dass im Kern der Integration ein Widerspruch lauert, der noch nicht abgearbeitet oder gar aufgelöst wurde, sondern der, wie sich jetzt wieder zeigt, „wirklich“ ist.

7. Schluss: Und nun?

Diese Reibungen zwischen Imaginationen des Politischen, die sich mitunter in Reibungen im Rechtlichen übersetzen, sind ein „wirklicher Widerspruch“ in der DNA der europäischen Integration. Lässt man dies – statt der Revolutionsmetapher – das *PSPP*-Urteil rahmen, erscheint das Urteil nicht als verirrte Expedition in die Wüste, deren Navigationsfehler man durch die Anwendung des „richtigen Rechts“ oder durch die Konstruktion der „richtigen Institutionen“ beheben und in die richtige Richtung weisen könnte.

Das „richtige Recht“ anzuwenden bedeutet natürlich, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland einzuleiten, wie es die Kommission im Juni 2021 getan hat.¹¹⁷ Der eigenartig autistische Monolog des EuGH in seiner Presseerklärung zum *PSPP*-Urteil¹¹⁸ und die vorhersagbaren, zugleich auftrumpfenden und oberflächlichen Bemerkungen von Generalanwalt *Tanchev* in einem Verfahren auf Vorlage des Polnischen Obersten Verwaltungsgerichts¹¹⁹ lassen kaum einen Zweifel daran, wie ein solches Verfahren ausgehen wird. Die Kommission gewinnt etwa neun von zehn Vertragsverletzungsverfahren, die vom EuGH mit Urteil abgeschlossen werden, und dieses Verfahren wird nicht zu den wenigen gehören, die die Kommission verliert. Der EuGH wird

¹¹⁷ Europäische Kommission, Vertragsverletzungsverfahren im Juni: wichtigste Beschlüsse, 9. Juni 2021, S. 17.

¹¹⁸ EuGH, Presseerklärung im Nachgang zum Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020, Nr. 58/20, 8. Mai 2020.

¹¹⁹ GA *Tanchev*, Schlussanträge A. B. u. a. v. 17. 12. 2020, Rs. C-824/18, EU:C:2020:1053, Rn. 79–84.

ja darüber entscheiden müssen, ob seine eigenen Urteile sanktionslos übergangen werden dürfen; welche Institution würde das schon bejahen? Hier stehen sich zwei Kontrahenten, Karlsruhe und Luxemburg, gegenüber, und einer von beiden wird den Streit entscheiden; Überraschungen wird es da nicht geben. Das Vertragsverletzungsverfahren wird – soweit es nicht vorher im Rahmen des langen Dialogprozesses politisch abgeräumt werden kann – insoweit erfolgreich sein, als die Kommission gewinnen und Deutschland (in Gestalt des BVerfG) als Rechtsbrecher dastehen wird. Es wird freilich vollständig erfolglos insoweit bleiben, als rechtlich rein gar nichts gewonnen und politisch viel verloren wird. Rechtlich handelt es sich zum einen um eine ebensolche „große Wüstenwanderung, die zu keiner Quelle führt“, wie sie das Sondervotum der Richterin *Gertrude Lübbe-Wolff* zum OMT-Vorlagebeschluss 2014 umgekehrt kritisiert hat:¹²⁰ Was soll denn angesichts der Unabhängigkeit des BVerfG und seiner Möglichkeit, sich auf Art. 79 Abs. 3 GG zu stützen, das Ergebnis sein? Zum anderen, und deutlich wichtiger, kann und wird das BVerfG seine jahrzehntelange konsistente Rechtsprechung zu der Frage, woraus sich letztlich die rechtliche Autorität des Unionsrechts – und damit die Grenzen des Unionsrechts – ergeben, nicht ändern. Ein Vertragsverletzungsverfahren heizt nur einen Konflikt auf, für den keine echte rechtliche Lösung zur Verfügung steht.¹²¹ Politisch handelt die Union einmal mehr im Modus des „Als Ob“-Konstitutionalismus.¹²² Unionsrecht tut gern so, als sei es ähnlich wie nationales Recht am dichteren Ende der konstitutionellen Herrschaftsskala politischer Gemeinschaften angesiedelt; Unionspolitik tut gern so, als spiele sie sich ähnlich wie nationale Politik in einem Umfeld dichter politischer Vergemeinschaftung ab. Solche Behauptungen gehen praktisch immer nach hinten los¹²³, und

¹²⁰ Abw. Meinung der Richterin *G. Lübbe-Wolff*, BVerfGE 134, 366/426, Beschl. v. 14. 1. 2014 (Zweiter Senat), 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlage, Rn. 23.

¹²¹ Dieses Aufheizen konnte man in den Medien mühelos verfolgen. Der in Brüssel steigenden Temperatur begegneten z. B. 29 Staatsrechtslehrer mit einem „Aufruf“ (mit vielen rhetorischen Ausrufezeichen: „europäischer Bundesstaat durch die Hintertür“, „Axt an rechtsstaatliche und demokratische Grundlagen der Europäischen Union gelegt“; *M. Burgi u. a.*, FAZ.net v. 4. 7. 2021); auch von einem „Staatsstreich“ war die Rede (*K.-F. Gärditz*, FAZ.net v. 12. 7. 2021). Die Hitzewallungen des Staatsrechts erreichten zwischenzeitlich sogar den früheren Präsidenten des BVerfG *Andreas Voßkuhle*, der sich in einem öffentlichen Zoom-Gespräch zum Vorwurf eines „kollusiven Zusammenwirkens“ von Kommission und EuGH und zu einer Bemerkung über die Einführung eines europäischen Bundesstaates „auf kaltem Wege“ hinreißend ließ (Landesvertretung NRW bei der EU, NRW.Diskussion.Online v. 29. 6. 2021, <https://bit.ly/3mtda92>, etwa ab Min 32); später rückte *Voßkuhle* hiervon (nach scharfer Kritik von vielen Seiten, vgl. FAZ.net v. 11. 7. 2021) in Interviews wieder ab (DIE ZEIT v. 16. 9. 2021, S. 10f.; Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 23. 9. 2021, S. 8). Auch der gegenwärtige Präsident des BVerfG *Stephan Harbarth* bemüht sich jetzt um größere Gelassenheit (Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28. 9. 2021, S. 14).

¹²² Der Begriff stammt von *P. L. Lindseth*, *The Perils of „As If“ European Constitutionalism*, ELJ 22 (2016), 696.

das werden sie auch in diesem Fall. Sich mit den fremden Federn eines dichten und reichhaltigen Konstitutionalismus zu schmücken ist nicht nur peinlich, sondern macht die Leute auch wütend. Diese Wut generiert das Argument, dass „wir“ uns doch nicht von „den Anderen“ sagen lassen müssen, wie wir uns zu regieren hätten. Das Argument ist krude und in dieser Form natürlich auch nicht zutreffend – aber es ist doch immerhin eine Formulierung der eben nicht abseitigen Überzeugung, dass im Fall von „wirklichen Widersprüchen“ dünner Konstitutionalismus nicht dichten Konstitutionalismus ersetzen sollte und dass dann, wenn er das doch tut, die Möglichkeit demokratischer Selbstbestimmung leidet.¹²⁴ Insofern hat die Wüstenwanderung der Kommission, der sich der EuGH nicht entziehen können und wollen wird, das Potential zu schlimmen Verwüstungen, denn die Zukunft der europäischen Integration wird sich nicht in der Peripherie – in einem Bereich, der in Karlsruhe als absoluter Randbereich judiziert wird –, sondern im Zentrum der sozialen Legitimation entscheiden: Wie viel und wie tiefe Integration die Unionsbürgerinnen und -bürger wollen oder akzeptieren, wird davon abhängen, bis wann sie sich als demokratisch selbstbestimmt und ab wann sie sich als fremdbestimmt ansehen.

Die „richtigen Institutionen“ zu konstruieren bedeutet natürlich, eine neue gemischte Kammer am EuGH einzurichten, die aus Richterinnen und Richtern des EuGH und der nationalen Verfassungs- und Obergerichte besteht.¹²⁵

¹²³ Beispiele: Die Symbole dichter politischer Vergemeinschaftung aus der Klamottenkiste des Nationalstaates, wie Flagge und Hymne, sind im Unionskontext häufig hölzern, unbeholfen und ein wenig peinlich. Politische Prozesse auf Unionsebene genießen geringere Aufmerksamkeit und Legitimität. Verfassungsrhetorik in den Verträgen wird von Referenden versenkt. Dem EuGH gelingt es nicht, die Unionsbürger und Unionsbürgerinnen vom „fundamentalen Status“ dieser Unionsbürgerschaft in einem irgendwie bedeutsamen Sinne zu überzeugen. Seit den frühen 1960ern befindet sich der EuGH selbst unter einer dunklen Wolke: Indem er Europarecht ins Rampenlicht geschoben hat, hat er auch den politischen Prozess zur Herstellung dieses Rechts ins Rampenlicht geschoben, ohne dass dieser – vielleicht bis heute – die Last der Legitimation voll tragen kann. Das Legitimationsdefizit fällt auf das Unionsrecht und seinen Interpreten zurück. Dadurch wird der Anspruch des Unionsrechts, sich im Bereich des dichtereren Konstitutionalismus zu bewegen, noch weniger stimmig und vermag nur dann zu überzeugen, wenn das Unionsrecht am Maßstab noch dünnerer Verfassungsordnungen wie etwa der EMRK und dem Völkerrecht gemessen wird.

¹²⁴ Dem EuGH ist eine solche Haltung alles andere als fremd. Sobald der EGMR vorschützt, auf der gleichen verfassungsrechtlichen Ebene wie der EuGH zu spielen, weil Unionsrecht und EMRK-Recht auf ähnlichen Punkten der konstitutionellen Skala angesiedelt seien, erhält er vom EuGH eine schallende Ohrfeige: Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014, EU:C:2014:2454 – EMRK-Beitritt.

¹²⁵ J. H. H. Weiler/D. Sarmiento, *The EU Judiciary After Weiss: Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice*, EU Law Live v. 1. 6. 2020, <https://bit.ly/3t6EkoQ>, Abfrage: 8. 10. 2021; *dies.*, A Reply (Fn. 61). Auch der frühere Präsident des BVerfG, Andreas Voßkuhle, hat sich dafür ausgesprochen: vgl. Ex-BVerfG-Präsident Voßkuhle zum Streit um EZB-Urteil: „Befangener kann man nicht sein“, Legal Tribune Online v. 22. 6. 2021, <https://bit.ly/3dcV5IF>, Abfrage: 8. 10. 2021.

Der „wirkliche Widerspruch“ ist hier jedoch keine Frage von Autorität und Macht – wäre er das, wäre es tatsächlich sinnvoll, Autorität und Macht in einer neuen gemischten Kammer anzusiedeln. Der „wirkliche Widerspruch“ ist vielmehr eine Frage der demokratischen Selbstbestimmung einer politischen Gemeinschaft als Form politischer Imagination, nicht als Funktion oder Dogmatik. Gemeinschaft lässt sich nicht einfach vorschreiben, und es gibt auch keine verhandelbaren Kompromisse, wenn es um Zugehörigkeit und Authentizität geht. Die Befürworter neuer institutioneller Lösungen erhoffen sich (unter anderem) gemeinsame, für alle gültige Interpretationen, die Dilemmata entscheiden, Rätsel lösen und überhaupt das Unmögliche möglich machen können. Aber die Interpretation von Texten ist natürlich nicht losgelöst von der Imagination von Quelle, Urheber- und Autorschaft. Im Recht wie im Glauben gründet die Imagination die Auslegung. Sie ist das Fundament der Interpretation, die der Text selbst nicht zur Verfügung stellen kann. Unterschiedliche Imaginationen bringen auch unterschiedliche Interpretationen hervor.¹²⁶ Um noch einmal auf die Analogie zur Religion zurückzukommen: Christen und Juden lesen die identischen Worte im Alten Testament, aber die Form ihres jeweiligen religiösen Glaubens bleibt radikal verschieden. Das Gleiche gilt hier. Eine einheitliche Lesart von Unions- und Verfassungstexten gibt es nicht; daher kann es auch keinen *Dworkin*schen Herkules geben, auch nicht in einer neuen gemischten Kammer des EuGH. Der „wirkliche Widerspruch“ würde trotz einer solchen Kammer immer wieder in den nationalen Gerichten auftauchen.

Und nun? Ist die europäische Integration ohne rechtliche oder institutionelle Lösungen den Launen nationaler Gerichte ausgeliefert, die rechtswidrig, politisch und frochperspektivisch handeln und sich von niemandem aufhalten lassen? Ja und nein. Der „wirkliche Widerspruch“ wird nicht einfach verschwinden; das ist das halbleere Glas. Aber wie *Marx* sagte, wird er sich lösen, wenn er eine Form findet, in der er sich bewegen kann. Eine solche Form gibt es längst, und sie entfaltet sich auch im *PSPP*-Streit direkt vor unseren Augen. Natürlich handelt es sich um den gerichtlichen Dialog im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV, in dem der EuGH das europäische Gemeinwesen liest und die nationalen Gerichte ihre jeweiligen nationalen Gemeinwesen lesen; das ist das halbvolle Glas. Der Dialog ist alles andere als zusammengebrochen, im Gegenteil. In praktisch jedem einzelnen Fall werden sich EuGH und mitgliedstaatliche Gerichte einig – manchmal zähneknirschend, aber meistens in völliger Selbstverständlichkeit. Ich habe keinen Zweifel daran, dass die nationalen Gerichte, einschließlich des BVerfG, dem EuGH weiterhin in praktisch allem folgen werden, denn sie haben ein intrin-

¹²⁶ U. Haltern, Was bedeutet Souveränität?, 2007, S. 41 ff.; ders., Obamas politischer Körper, 2009, Kap. 3.

sisches Interesse am Erfolg der europäischen Integration. Dies gehört eben auch zum Prozess, das eigene Gemeinwesen durch die Verfassung hindurch zu lesen: Die nationalen Gerichte lesen ihre Staaten *als Mitgliedstaaten* der Union, die der europäischen Integration politisch und rechtlich tief verbunden sind. Dies müsste auch Anlass sein, dem BVerfG seine vielen Hinweise auf den Ausnahmecharakter seiner Kontrolle abzunehmen (oben 3. b)).

Es wird aber immer auch den seltenen Fall von besonderer Bedeutung geben, in dem ein mitgliedstaatliches Gericht Gegendruck auf den EuGH ausüben und dessen Urteile als „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“, „objektiv willkürlich“ oder „methodisch nicht mehr vertretbar“ zur Seite drängen wird. Eben dies ist im *PSPP*-Urteil geschehen. Das BVerfG hat Lautstärke und Aggressivität hochgedreht und, was nationale Verfassungsgerichte auch tun sollten, Gegendruck auf den EuGH ausgeübt. Es hat sich dafür nicht den allerbesten Fall ausgesucht und hat zudem seine Dogmatik durcheinandergebracht. Zugleich hat es drängende Probleme ins Zentrum der rechtlichen und politischen Aufmerksamkeit gerückt. Die eigenständige Selbsterweiterung von Unionskompetenzen – eine nicht eingedämmte Kompetenzdrift von den Mitgliedstaaten in Richtung Union – und das Mandat der EZB sind keine nebensächlichen Herausforderungen für die europäische Rechts- und Herrschaftsordnung; darin ähneln diese Bereiche durchaus dem Fehlen effektiven europäischen Grundrechtsschutzes in den 1960er Jahren oder dem schwachen Grundrechtsschutz im RFSR im Allgemeinen und beim Europäischen Haftbefehl im Besonderen vor wenigen Jahren. Man kann Vorrang-Verkürzungen nationaler Gerichte insoweit auch zum Anlass nehmen, auf eine materielle Kontext-Pathologie zu schließen, die diesen Gerichten sowohl das überragende, verfassungsrechtlich gehärtete politische Integrationsinteresse als auch das grundsätzlich vorhandene juristische Vertrauen in den EuGH nimmt. In solchen Konstellationen ist Gegendruck von nationalen Gerichten nicht rundheraus schlecht, trotz des hohen Risikos für die einheitliche Anwendbarkeit des Unionsrechts, die wiederum Gelingensvoraussetzung für die Integration als solche ist. Dieses hohe Risiko wird zugleich der Grund dafür sein, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte – die die europäische Integration nicht in ihren Grundfesten erschüttern wollen – diesen Gegendruck nicht oft ausüben werden, sondern nur dann, wenn es sich um ein wichtiges Problem handelt, das den „wirklichen Widerspruch“ zur Geltung bringt, und sich beide Gerichte hinter ihren jeweiligen Rechtsauffassungen verschanzt haben. In solchen Fällen geben sich nationale Gerichte nicht damit zufrieden, die zweite Geige in einer hierarchischen Beziehung zu spielen (was ja ohnehin in keiner denkbaren Beziehung eine gute Grundlage für einen sinnvollen Dialog ist), und sie lassen dann ihre Stärke spielen: den dichten, identitäts-gestützten und -stützenden Konstitutionalismus des Gemeinwesens, das sie lesen.

Wenn es zutrifft, dass es kein überzeugendes rechtliches oder institutionelles Arrangement gibt, das diesen Widerspruch auflösen könnte, außer einer Form, die dem seltenen Widerspruch erlaubt, sich zu bewegen, dann benötigt der Dissens Raum statt umgehender Lösung. Nehmen wir das *PSPP*-Urteil: Es ist nun einmal ergangen, und wenn man die meisten Kommentatoren beim Wort nimmt, ist eine Atombombe gezündet worden und hat viel Schaden angerichtet (was sonst sollen die wohlfeilen, aber zumeist unbedachten Verweise auf den Nationalsozialismus andeuten?). Das ist jetzt über ein Jahr her, und gleichwohl leben wir nicht in einer europäischen Postapokalypse: Die europäische Integration ist nicht in Flammen aufgegangen. Wie zuvor die Entscheidungen *Ajos* und *Landtová* verharret das *PSPP*-Urteil einfach, ohne sich irgendwie weiterzufressen und das Rechtliche oder gar das Politische zu korrodieren. Natürlich weiß man nie genau, was andere Gerichte und das BVerfG selbst noch damit anzufangen gedenken, doch haben sich weder Dänemark noch Tschechien zu rechtlich oder politisch unzuverlässigen Mitgliedstaaten gewandelt, die die Union zu sprengen drohen. Es gab weder im Inland noch im Ausland Dominoeffekte.¹²⁷ Was es gab, waren eine Vielzahl von politischen Initiativen, die sich des politischen Fallouts der Entscheidung annahmen (wobei der Fallout, der die EZB betraf, nach kurzer Zeit praktisch verschwunden war, vgl. oben 3. a)), und eine intensive, etwas einseitige wissenschaftliche Diskussion. Das Urteil selbst scheint aber seltsam abgeschnitten von möglichen Weiterungen zu sein (woran Karlsruhe durch die Ablehnung der Anträge auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung¹²⁸ und durch weitere Rechtsprechung¹²⁹ einen eigenen Anteil hat), ebenso wie die

¹²⁷ Eher im Gegenteil, vgl. die Entscheidung des französischen Conseil d'Etat (Fn. 15). Die freudigen Reaktionen auf das *PSPP*-Urteil in Polen und Ungarn sind kein Dominoeffekt. Die Angriffe auf die Union im Allgemeinen und den EuGH im Besonderen haben dort lange vorher begonnen und benötigen auch nicht das BVerfG als Stichwortgeber. Zudem ist die Stoßrichtung dort eine völlig andere als diejenige des BVerfG, dem es um mehr Kontrolle durch den EuGH geht, nicht um weniger. Vgl. nochmals *Voßkuhle* (Fn. 9). Die polnischen und ungarischen Relativierungen der normativen Kraft von EuGH-Entscheidungen sind eingebettet in eine umfassende politische Strategie des *democratic backsliding*, die den Normen und Werten der europäischen Integration zutiefst widerspricht und sich daher natürlich auch gegen Europa richtet; das gibt den Maßnahmen der längst „umpolitisierten“ Justiz eine ganz andere Färbung. Das BVerfG zum Steigbügelhalter der dortigen Demokratieverachtung auszurufen ist bestenfalls ein bizarres Missverständnis.

¹²⁸ BVerfG, Beschl. v. 29. 4. 2021 (Zweiter Senat), 2 BvR 1651/15 u. a. – Vollstreckungsanordnung *PSPP*; dazu auch *Ch. Walter*, *Wohin steuern die Ultra-vires- und die Identitätskontrolle?*, *Integration* 3/2021, 211.

¹²⁹ Ablehnung der Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Hinblick auf das Gesetz zum Einheitlichen Patentgericht: BVerfG, Beschl. v. 23. 6. 2021 (Zweiter Senat), 2 BvR 22160/20 u. a. – Eilanträge Einheitliches Patentgericht; Unzulässiges Ablehnungsgesuch gegen Mitglieder des Zweiten Senats: BVerfG, Beschl. v. 20. 7. 2021 (Zweiter Senat), 2 BvE 4/20 u. a.

Urteile, die ihm vorausgegangen sind. Einer der Gründe wird darin liegen, dass niemand, der denken kann, den unionsrechtlichen Vorrang zerstören wollen würde. Jeder – einschließlich des BVerfG – weiß, dass „[f]ür den Erfolg der Europäischen Union ... die einheitliche Geltung ihres Rechts von zentraler Bedeutung [ist] ... Als Rechtsgemeinschaft ... könnte sie nicht bestehen, wenn die einheitliche Geltung und Wirksamkeit ihres Rechts nicht gewährleistet wäre.“¹³⁰ Daher nickt das BVerfG auch zu den institutionellen Konsequenzen: „Wenn jeder Mitgliedstaat ohne Weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet. ... Die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts einschließlich der Bestimmung der dabei anzuwendenden Methode ist zuvörderst Aufgabe des Gerichtshofes, dem es gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV obliegt, bei der Auslegung und Anwendung der Verträge das Recht zu wahren.“¹³¹

Man kann nicht im Vorhinein wissen, was genau einen Angriff der nationalen Gerichte auf den Vorrang auslösen wird. Gegenseitige Verschanzung in einander widersprechenden Rechtspositionen und ein Problem, das das Risiko der Beschädigung einheitlicher Anwendbarkeit aufwiegt, werden dazu gehören, aber was noch? Das wird undeutlich bleiben, und auch die scheinbar klare Dogmatik der Verfassungsgerichte wird keine klarere Auskunft geben können. Beispielsweise sind die *Honeywell*-Maßstäbe des BVerfG keine detaillierte Landkarte der verfassungsrechtlichen Grenzen des Unionsrechts, sondern eher eine allgemeine Chiffre für die Entschlossenheit des BVerfG, sich bei der Kontrolle von Unionsrecht zurückzuhalten und dem EuGH einen weiten Spielraum zuzuerkennen. Auch die Beschlüsse *Recht auf Vergessen I* und *II* des Ersten Senats,¹³² die von vielen Kommentatoren, einschließlich des Präsidenten des EuGH,¹³³ als neue Stufe der intergerichtlichen Kooperation durch echte Verbunddogmatik gefeiert wurden, und vom Berichterstatter in

¹³⁰ BVerfGE 140, 317/335, Beschl. v. 15. 12. 2015 (Zweiter Senat), 2 BvR 2735/14 – Europäischer Haftbefehl II, Rn. 37 (Verweis auf Rs. Costa/ENEL weggelassen).

¹³¹ Beide Zitate in BVerfGE 154, 17/91 f., Urt. v. 5. 5. 2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP, Rn. 111 f.

¹³² BVerfGE 152, 152, Beschl. v. 6. 11. 2019 (Erster Senat), 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I; BVerfGE 152, 216, Beschl. v. 6. 11. 2019 (Erster Senat), 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II.

¹³³ Vgl. die Presseberichterstattung zum Triberger Symposium zur Rechtspolitik im November 2019 mit *Koen Lenaerts* und *Stephan Harbarth*, wo *Lenaerts* seiner Freude bei der Lektüre der Urteile Ausdruck verliehen hat: z. B. Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 30. 11. 2019, S. 10; Frankfurter Rundschau v. 1. 12. 2019, <https://bit.ly/3h28N25>; taz v. 29. 11. 2019, <https://bit.ly/3qnXbL7>; Abruf bei allen: 25. 6. 2021. S. auch *K. Lenaerts/J. A. Gutiérrez-Fons/S. Adam*, Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order, ZaöRV 81 (2021), 47/82.

Anbetracht seiner scharfen Kritik am Zweiten Senat zweifellos so gemeint waren,¹³⁴ öffneten in der Praxis zugleich die Tür zu möglichem Gegendruck Karlsruhes im Grundrechtsbereich.¹³⁵ Überraschend ist das nicht: Jeder gerichtliche Text ist das Ergebnis der Auslegung eines vorangegangenen Textes und wird postwendend Anlass für weitere Auslegungstexte. Ich bezweifle daher, dass es eine juristische Dogmatik geben kann, die größere Sicherheit zu verleihen imstande ist. Die tiefsten Überzeugungen davon, was uns als politische Gemeinschaft und als Individuen ausmacht, sind instabil, sprunghaft und kontextabhängig; wir sind sowohl kollektiv als auch individuell immer mehr als das, was wir durch Worte ausdrücken können. Das Recht kann dieses Wissen weder einfangen noch beschränken. Es mag das Gegenteil vorschützen und so tun, als ob derjenige, der im Ringen um verfassungsrechtliche oder unionsrechtliche Ansprüche obsiegt, auch den politischen Streit gewinnt. Die Geschichte aber zeigt, dass das bei weitem nicht immer der Fall ist; das Recht beendet die Auseinandersetzung manchmal nicht.

Vielleicht ist daher auch die Annahme naiv, dass das Recht einen Streit beenden könnte, der für den EuGH wichtig genug ist, um sich in seiner materiellen Position zu verschanzen, und für das BVerfG wichtig genug, um eben diese Position – und damit die gesamte institutionelle Position des EuGH – in Zweifel zu ziehen. Das BVerfG hat seine Position zu den Quellen und Grenzen der europäischen Autorität – im Einklang mit seiner jahrzehntelangen Rechtsprechung – erneut dargelegt. Der EuGH stützt sich ebenfalls auf eine mehr als ein halbes Jahrhundert zurückreichende Rechtsprechung, die anders lautet. Diese Rechtsprechung, die der EuGH eisern und unabhängig von Kompetenz-zuwächsen in Brüssel (und unabhängig von Kritik)¹³⁶ durchhält, wird nicht

¹³⁴ J. Masing, § 15 Das Bundesverfassungsgericht, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, Rn. 167 ff.

¹³⁵ Z. B. erweiterte der Zweite Senat in BVerfGE 156, 182/199, Beschl. v. 1. 12. 2020 (Zweiter Senat), 2 BvR 1845/18 u. a. – Europäischer Haftbefehl III umgehend die Optionen auf vom EuGH abweichende Chartaauslegungen: vgl. dort Rn. 39 gegenüber BVerfGE 152, 152/183, Beschl. v. 6. 11. 2019 (Erster Senat), 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rn. 72, und BVerfGE 152, 216/244, Beschl. v. 6. 11. 2019 (Erster Senat), 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, Rn. 70. In seinem Beschluss v. 27. 4. 2021 (Zweiter Senat), 2 BvR 206/14 – Ökotox suchte der Zweite Senat sich zudem explizit seinen eigenen inhaltlichen Einfluss auf die Auslegung der Grundrechtecharta zu sichern, indem er die „Direktivwirkung“ gewissermaßen umkehrte: Nicht nur empfangen die Grundrechte des Grundgesetzes Direktiven von der Grundrechtecharta (und der EMRK), sondern umgekehrt sei auch die Auslegung der Grundrechtecharta an den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten in Gestalt ihrer höchstrichterlichen Konkretisierung auszurichten (4. Ls und Rn. 69 ff.).

¹³⁶ In der Praxis hat der Gegendruck gegen Melloni und Åkerberg Fransson nicht zu einer Differenzierung, sondern nur zu taktischen Übergangsrückzügen geführt (ausf. Haltern, Europarecht, Bd. II [Fn. 20], Rn. 1619–1637). In der Wissenschaft finden EuGH-Richter auch nach ihrem Ausscheiden selten in eine reflektierende Position zurück und verharren stattdessen in institutioneller Parteinahme. Manchmal nimmt diese

dadurch inhaltlich angereichert, dass er sie im nun angelaufenen Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland aufgrund des *PSPP*-Urteils noch einmal wiederholen darf. In der *PSPP*-Sache hat das Recht seine Grenzen erreicht. Schlimm ist das nicht, denn das Spannungsverhältnis ist ein grundsätzlich erprobtes und pragmatisch eingehegtes; es befindet sich seit langem in einem dogmatischen Schwebezustand, der weder die Union noch die Mitgliedstaaten nachhaltig beschädigt. Der angemessene Ort für diese Auseinandersetzung ist nicht länger die gerichtliche, sondern die politische Arena. Alle zunächst verborgenen Narrative und Interessen liegen jetzt offen zutage; eine neue Fiskalunion mit demokratischer Legitimation ist auf dem Weg; und beide Gerichte haben ihre Stimmen gut hörbar erschallen lassen. Irgendwie scheint es, als ob – vor dem Hintergrund der sich weiter entwickelnden europäischen Integration – einmal alles auf den Tisch gekommen ist und man sich ausgesprochen hat. Auch ohne abschließenden Konsens kann so etwas wie ein reinigendes Gewitter wirken.

Dass die Kommission dies anders wahrnimmt, ist bedauerlich. Sie zwingt die „wirklichen Widersprüche“ aus dem Wollens-Universum des Politischen zurück in das Sollens-Universum des Rechts, wo sie sich aber im Vertragsverletzungsverfahren nicht bewegen und lösen können, sondern – belastet mit dem demokratischen Problem des Vorrangs – in einer Sackgasse stecken und keinen pragmatischen Weg in die Zukunft finden können. Das Unionsrecht, das diese „wirklichen Widersprüche“ nicht lösen können wird, wird dadurch ebenso in Mitleidenschaft gezogen wie die soziale Legitimation der europäischen Integration, sofern es nicht gelingt, die Sache vor Klageerhebung im Dialog der politischen Institutionen zum Ruhen zu bekommen. Lösen werden sich die „wirklichen Widersprüche“ nicht durch das rigide Urteil der einen Seite, sondern sie bedürfen der flexibel-flottierenden Form des Dialogs im Vorabentscheidungsverfahren, in der sie sich bewegen können.

Sollte sich allerdings herausstellen, dass „wirkliche Widersprüche“ in den Händen der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte ihrerseits zu einer Chiffre werden für die routinemäßige Zurückweisung von Unionsrecht immer dann, wenn es tatsächlich auf etwas ankommt, und dass der legitime Gegendruck nationaler Gerichte als Ausrede für eine europahobe Machtergreifung dienen soll, dann wäre recht deutlich, dass nationale Gerichte ihre politischen Gemeinschaften und in der Folge ihre Verfassungen falsch läsen. (Sollten die nationalen Gerichte so handeln und dabei ihre nationalen politischen Ge-

die Form eines Entrüstungsdiskurses an, von dem man hofft, dass er nicht auf die Gestimmtheit des EuGH schließen lässt. Vgl. z. B. den früheren Präsidenten des EuGH V. Skouris, Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht, EuR 2021, 3/20, Fn. 55, der die Geringschätzung von Gegenauffassungen durch eingeklammerte Ausrufezeichen hinter Aufsatztiteln signalisieren zu müssen glaubt.

meinschaften *nicht* falsch lesen, hat die europäische Integration ein deutlich größeres Problem als nur ein rechtliches – und auch das könnte nicht in der gerichtlichen Arena gelöst werden.) Warten wir ab, was mit *Egenberger*¹³⁷ und vergleichbaren Konstellationen geschieht. Ich verspreche, dass ich mich im Fall der Fälle dem Mosaischen Chor anschließe, ebenfalls vom Berg Sinai gestürzt komme und Tafeln zerschmettern werde.

Summary

The German Federal Constitutional Court's (FCC) *PSPP* Ruling has met with criticism of unprecedented fierceness: its doctrine, its politics, and its authors have been attacked and ridiculed. While I agree that the Ruling has its weaknesses, I also believe that many reactions to it are flawed. They frame the Ruling as an abrupt break in time – a revolutionary narrative of old and new, with the decision splitting history into before and after. This frame alters the meaning of what happened. It throws the FCC alone into the spotlight, keeps other actors and narratives connected with them in the shadow, places a huge burden of legitimacy on the FCC, and makes the Ruling appear not merely as bad law, but as political action in the guise of law. I argue that none of this does justice to the Ruling or to the politics behind it. This begs the deeper question of why the Ruling has elicited such Mosaic wrath. My answer is that courts read “their” political communities rather than merely legal texts – they link law to imaginations of self-government and popular sovereignty. In this social practice, the FCC operates at the thicker end of constitutionalism, with a surplus of authority, of legitimacy, and, ultimately, of political identity, compared to the Court of Justice of the European Union (CJEU), which labors at the thinner end of constitutionalism and must view the FCC, like many commentators do, as an idolater. This, rather than doctrine or politics, is where the “real contradiction” is. There is no resolving this contradiction through law (infringement proceedings) or institution-building (a new mixed chamber at the CJEU). But the preliminary ruling procedure under Article 267 TFEU does provide a form for it to move around and resolve itself.

¹³⁷ Anhängiges Verfahren vor dem Zweiten Senat des BVerfG, 2 BvR 934/19 zur beruflichen Anforderung einer Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung i. S. v. § 9 Abs. 1 AGG, vor dem Hintergrund von EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, EU:C:2018:257 – *Egenberger*. Berichterstatter ist hier nicht Richter *Peter M. Huber*, sondern Richter *Peter Müller*.