

## Von Lissabon zu Mangold

*di Dieter Grimm*

Es ist kaum mehr als ein Jahr her, dass der Lissabon-Vertrag die Billigung des Bundesverfassungsgerichts fand. Nach Ansicht des Gerichts änderte er nichts an der Grundstruktur der Europäischen Union, insbesondere am Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, dem es essentielle Bedeutung für die Wahrung der deutschen Souveränität zusprach. Das Gericht nützte aber die Gelegenheit, die Grenzen der Geltung von Europarecht in Deutschland nochmals hervorzuheben. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung muss danach nicht nur beim Vertragsschluss, sondern auch bei der Vertragsauslegung gewahrt werden. Deshalb ist europäischen Rechtsakten die innerstaatliche Geltung zu versagen, wenn sie auf der Inanspruchnahme einer Kompetenz beruhen, die der EU nicht übertragen worden ist. Aber selbst Rechtsakte, die sich auf eine übertragene Kompetenz stützen können, sind in Deutschland unanwendbar, wenn sie die Identität des Grundgesetzes angreifen. Zur Wahrung dieser beiden Grenzen fühlt sich das Bundesverfassungsgericht berufen.

Ein Jahr später lag der Anwendungsfall auf dem Tisch: Mangold. Er nötigte das Gericht, näher zu bestimmen, wann eine Kompetenzüberschreitung bei Auslegung und Anwendung der Verträge vorliegt und unter welchen Voraussetzungen sie zur Unanwendbarkeit des Rechtsakts führt. Eine Schlüsselrolle kommt dabei dem Begriff der Europarechtsfreundlichkeit zu. Das Gericht schöpft ihn aus der Erkenntnis, dass das Europarecht seine Funktion nicht erfüllen könne, wenn jeder Mitgliedstaat entscheiden dürfte, ob und wie es auf dem eigenen Territorium angewendet wird. Mit diesem Argument hatte der Europäische Gerichtshof schon in den 60er Jahren seine Auffassung von der unmittelbaren und vorrangigen Geltung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten begründet. Das Bundesverfassungsgericht ist dem nie entgegengetreten, sondern hat nur die aus dem Grundgesetz folgenden Grenzen des Vorrangs bestimmt und auf seiner Prüfungskompetenz bezüglich Grenzüberschreitungen beharrt.

Daran hält es auch im Mangold-Beschluss fest, weil ohne ein solches Prüfungsrecht die Mitgliedstaaten machtlos gegenüber Auslegungen des Unionsrechts wären, die einer Vertragsänderung gleichkämen und daher den Mitgliedstaaten ihre Rolle als „Herren der Verträge“ streitig machten. Eine Spannung zwischen nationalem und europäischem Recht sei daher unvermeidlich. Die Europarechtsfreundlichkeit soll sie aber möglichst entschärfen. Dasselbe darf man freilich vom EuGH erwarten. Was für das nationale Gericht die Europarechtsfreundlichkeit ist, sollte für ihn die Achtung der mitgliedstaatlichen Identität und Demokratie sein. So wie im nationalen Verfassungsrecht die Bundestreue eine reziproke Rücksichtnahme erfordert, ist es auch in der EU. Die Kriterien dafür müssen die Höchstgerichte ausarbeiten. Das Bundesverfassungsgericht versucht dies im Mangold-Fall. Es konkretisiert den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit, indem es die Feststellung einer Kompetenzverletzung durch den EuGH von einer prozeduralen und einer materiellen Vorbedingung abhängig macht.

In prozeduraler Hinsicht darf das Bundesverfassungsgericht eine Kompetenzüberschreitung danach erst feststellen, wenn es dem EuGH zuvor Gelegenheit gegeben hat, seine Sicht der Dinge zu entwickeln und darzulegen. Das ist in der Tat ein geeigneter Weg, dem schon im Maastricht-Urteil beschworenen "Kooperationsverhältnis" zwischen den Gerichten Konturen zu geben. Der EuGH ist durch die Vorlage gewarnt, dass die Gefahr eines ernsthaften Konflikts heraufzieht. Das Bundesverfassungsgericht kann sein letztes Wort unter Berücksichtigung der Argumente des europäischen Gerichtshofs und der übrigen Mitgliedstaaten sprechen, die in dem Verfahren Stellung genommen haben. In materieller Hinsicht soll die Feststellung einer Kompetenzüberschreitung

durch Unionsorgane für sich allein noch nicht zur Unanwendbarkeit des darauf beruhenden Rechtsakts in Deutschland führen. Die Kompetenzüberschreitung müsse offensichtlich sein und außerdem im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führen.

Das Bundesverfassungsgericht erinnert hier daran, dass Rechtstexte unterschiedlich ausgelegt werden können. Es sei nicht die Aufgabe des Verfassungsgerichts, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des EuGH zu setzen. In der Tat ist die Grenze zwischen Auslegung und Fortbildung der Verträge und ihrer Änderung im Gewand der Interpretation schwer zu ziehen. Ob das aber den einseitigen Rückzug des Bundesverfassungsgerichts zu rechtfertigen vermag, erscheint zweifelhaft. Die Schwierigkeit der Grenzziehung ist ja für beide Gerichte dieselbe. „Fehlertoleranz“, wie das Bundesverfassungsgericht sie dem EuGH in der Mangold-Entscheidung zubilligt, kann es daher nicht nur einseitig geben. In diesem Punkt fällt daher die Zustimmung zum Mangold-Beschluss schwerer, vor allem weil das Bundesverfassungsgericht vernachlässigt, was ihm noch im Lissabon-Urteil wichtig war und was zu den methodologischen Stärken der deutschen Verfassungsrechtsprechung zählt, nämlich die Berücksichtigung des Kontextes, in welchem sich das Unionsrecht entfaltet.

Zu diesem Kontext gehört, dass die Kompetenzverteilung in den europäischen Verträgen erheblich unklarer ist als in den Verfassungen von Bundesstaaten. Während hier auf Sachmaterien abgestellt wird, gilt im Europarecht ein finales Kriterium. Ziel der Vergemeinschaftung ist die Herstellung und Aufrechterhaltung des gemeinsamen Marktes. Von diesem Ziel her bestimmen sich die Kompetenzen. Alles was die Zielerreichung behindert, begründet potentiell eine Regelungszuständigkeit der EU. Der Markt wird damit zum alles beherrschenden Kriterium, und da es kein Rechtsgebiet gibt, das sich nicht in diesem oder jenem Fall hemmend auf den freien Marktzugang auswirken kann, das Scheidungsrecht wie das Kirchenrecht, das Schulrecht wie das Presserecht, sind Grenzbehauptungen schwierig. Die Ausnahmetatbestände, mit denen die Verträge einer Aushöhlung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten vorbeugen wollen, haben sich demgegenüber als relativ wirkungsarm erwiesen.

Ferner fallen auf der europäischen Ebene Korrekturmöglichkeiten gegenüber einer ausufernden Rechtsprechung aus, die im nationalen Rahmen bestehen und genutzt werden. Das hängt damit zusammen, dass die europäischen Verträge in erheblichem Umfang Normen enthalten, die in den Mitgliedstaaten nicht im Verfassungsrang stehen, sondern auf der Gesetzesebene zu finden sind wie beispielsweise das Wettbewerbsrecht. Der Unterschied hat gravierende Konsequenzen. Halten die nationalen politischen Instanzen die Auslegung von Gesetzen für unhaltbar, können sie die Rechtsprechung durch Gesetzesänderung umsteuern. Diese Möglichkeit fällt gegenüber allem, was in den Verträgen geregelt ist, aus. Kommission und Gerichtshof können vielmehr ihre oft recht weitherzigen Vertragsauslegungen ungehindert durchsetzen. Die politischen Organe der EU, Rat und Parlament, haben keine Möglichkeit, sich einzuschalten. Die einzige Korrekturmöglichkeit besteht in der Vertragsänderung, von der man aber weiß, dass sie nahezu aussichtslos ist.

Schließlich ist fraglich, ob die vom Bundesverfassungsgericht jetzt vorgenommene Unterscheidung zwischen Kompetenzüberschreitungen, die sich nur in einem Einzelfall auswirken, und solchen, die zu strukturellen Verschiebungen der Machtverteilung führen, realistisch ist. Gerichte sind immer mit Einzelfällen befasst. Nur selten wird aber eine Einzelfallentscheidung schon strukturverändernd wirken. Strukturveränderungen durch Rechtsprechung vollziehen sich gewöhnlich schrittweise. Die Einzelfallentscheidung, oft aus unspektakulärem Anlass gefällt, setzt einen Trend in Gang, der meist erst bemerkt wird, wenn das Gericht sich später auf eine gefestigte Rechtsprechung beruft. Für einen Einhalt ist es dann gewöhnlich zu spät. Strukturverschiebungen sind die Folge einer Kumulation von Einzelfällen. Das Kumulat selbst steht aber niemals zur Entscheidung eines Gerichts. Das war dem Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil bewusst. Deswegen hatte es sich dort gerade gegen schleichende Kompetenzaushöhlungen gewappnet. Nun fällt es nicht mehr ins Gewicht.

Ob die Mangold-Entscheidung des EuGH eine Strukturverschiebung zulasten der Mitgliedstaaten herbeigeführt hat oder nicht, ist hier, wo es um die Richtigkeit der Kriterien des Bundesverfassungsgerichts geht, nebensächlich. Klar ist freilich, dass das Gericht, sollte es auf einen noch deutlicheren Fall fragwürdiger Kompetenzgrundlagen warten wollen, wohl lange warten muss. Der EuGH hat die Unanwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts im Mangold-Fall aufgrund einer gemeinschaftsrechtlichen Norm festgestellt, die noch nicht galt, und aufgrund eines Gemeinschaftsrechtsgrundsatzes, den es nicht gibt. Die größere Strukturverschiebung im "System der Macht- und Einflussverteilung" ist daher dem Bundesverfassungsgericht selbst anzulasten. Ob es Strukturverschiebungen von Seiten der EU, um die es im Lissabon-Urteil noch so besorgt war, aufhalten kann, wenn es bei dieser Rechtsprechung bleibt, scheint zweifelhaft.