

# Europäisierung des Rechts

Herausgegeben von  
HERBERT ROTH

---

**Mohr Siebeck**

# Europäisierung des Rechts





# Europäisierung des Rechts

Ringvorlesung der Juristischen Fakultät  
der Universität Regensburg 2009/2010

Herausgegeben von

Herbert Roth

Mohr Siebeck

*Herbert Roth*, geb. 1951; Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht an der Universität Regensburg.

ISBN 978-3-16-150508-9 / eISBN 978-3-16-162862-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

# Vorwort

Dieser Sammelband ist aus einer Ringvorlesung hervorgegangen, die durch die Juristische Fakultät der Universität Regensburg im Wintersemester 2009/2010 veranstaltet worden ist. Darin sind die Beiträge von siebzehn Mitgliedern der Fakultät versammelt.

Die Bandbreite der Veröffentlichungen reicht von der Enteignung von Bankaktionären, dem Beihilfe- und Rundfunkrecht über die Gebiete des Zivil-, Straf- und Verfassungsprozeßrechts sowie des Insolvenzrechts, die klassischen Bereiche des Erb-, Familien- und Arbeitsrechts bis hin zu Fragen des Bilanzsteuerrechts, des Lauterkeits- und des Sozialrechts. Jede der Abhandlungen setzt sich mit den Einflüssen der europäischen Rechtsentwicklung auf das jeweils behandelte nationale Rechtsgebiet auseinander und beleuchtet ihre Wirkkraft auf die nationalen Dogmatiken.

Die dadurch ermöglichte Gesamtschau macht deutlich, wie intensiv die einzelnen Teildisziplinen des Zivilrechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts die europäische Dimension angenommen und entfaltet haben. Ungeachtet der ganz unterschiedlichen Einwirkungstiefe der europäischen Rechtsakte auf das nationale Rechtsdenken wird sichtbar, in welchem Ausmaß sich die Europäisierung des Rechts über spezielle Rechtsgebiete hinaus ausgebreitet und auf breiter Front bereits die Diskussion methodischer Grundfragen beeinflußt hat.

Wir hoffen, dass die Veröffentlichung von Wissenschaft und Praxis freundlich aufgenommen werden wird.

Regensburg, im Juni 2010

Herbert Roth



# Inhalt

Vorwort .....	V
<i>Rainer Arnold</i>	
Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof: Kooperation oder Konflikt? .....	1
<i>Rolf Eckhoff</i>	
Der Europäische Gerichtshof und das Deutsche Bilanzsteuerrecht .....	11
<i>Jörg Fritzsche</i>	
Der Einfluss der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf die Dogmatik des Lauterkeitsrechts .....	27
<i>Peter Gottwald</i>	
Europäisches Insolvenzrecht – ein noch junges Rechtsgebiet .....	53
<i>Dieter Henrich</i>	
Europäisierungsbestrebungen im internationalen Familien- und Erbrecht .....	77
<i>Thorsten Kingreen</i>	
Bismarck und Binnenmarkt. Zur Supranationalisierung sozialer Rechte .....	89
<i>Inge Kroppenberg</i>	
Nationale Rechtskulturen und die Schaffung eines europäischen Erbrechts .....	103
<i>Jürgen Kühling</i>	
Die europarechtliche Vorsteuerung der nationalen Rundfunkordnung – Fluch oder Segen? .....	121

*Martin Löbnig*

Französisches Zivilprozeßrecht als Quelle des liberalen Zivilprozesses  
im Europa des 19. Jahrhunderts. Die Rezeption des französischen Rechts  
am Beispiel des Großherzogtums Berg ..... 141

*Reinhard Richardi*

Europäisierung des Arbeitsrechts.  
Ausbau eines Irrgartens durch den deutschen Gesetzgeber ..... 149

*Herbert Roth*

Zum Bedeutungsverlust des autonomen Internationalen  
Zivilprozessrechts ..... 163

*Friedrich-Christian Schroeder*

Der Fair-trial-Grundsatz im Strafverfahren.  
Entstehung, Rechtsnatur, Bedeutung ..... 183

*Ekkehard Schumann*

Gerichtliche Kompetenzen und Inkompetenzen in Europa:  
Menschenrechtsgerichtshof, EU-Gerichtshof und Bundesverfassungs-  
gericht ..... 197

*Wolfgang Servatius*

Enteignung von Bankaktionären – Der Fall Hypo Real Estate ..... 243

*Andreas Spickhoff*

Das europäisierte Internationale Schuldrecht und die Europäisierung  
des Zivilrechts ..... 261

*Robert Uerpmann-Witzack*

Die Kommission als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 4 VwVfG.  
Prinzipien des Europäischen Verwaltungsverbundes am Beispiel  
des Beihilfenrechts ..... 277

*Tonio Walter*

Fair trial statt Nemo tenetur?  
Der Durchgriff auf Artikel 6 Absatz 1 EMRK bei listigen  
Ermittlungen ..... 291

Autorenverzeichnis ..... 309

# Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof: Kooperation oder Konflikt?

*Rainer Arnold*

## I.

1. Verfassungsgerichte sind Hüter der Verfassung. Dies ist im Europa von heute relativiert. Der „integrierte Staat“ hat einen Teil seiner Souveränität in einen gemeinschaftlichen Verbund eingebracht, den wir Europäische Union nennen und der seit 1.12. 2009 in einer neuen Dimension erscheint. Der Staat hat mit Gründung der supranationalen Gemeinschaften seine interne Rechtsordnung für externes Recht, für das supranationale Recht, geöffnet und darauf verzichtet, dass auf seinem nationalen Territorium nur nationales Recht Geltung besitzt<sup>1</sup>. Gemeinschaftsrecht (Unionsrecht) dringt unmittelbar ein und gilt (im Kollisionsfall mit Vorrang) vor dem nationalen Recht<sup>2</sup>.

2. Die Rolle des Verfassungsgerichts ist verändert. Es gilt nicht nur, die nationale Verfassung nach innen und nach außen zu schützen, sondern auch die Trennungslinie zwischen nationalem Verfassungsbestand und integriertem Unionsbereich zu beachten. Die Verfassung gibt mit ihrer Integrationsnorm, konkretisiert durch das Zustimmungsgesetz zu den Integrationsverträgen, die nationale Basis der Integration ab; der Inhalt der Integrationsverträge bestimmt dabei den Umfang der Integration<sup>3</sup>.

3. Zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof kann es zu Konflikten kommen. Dies immer dann, wenn beide Gerichte die Kompetenz zur Entscheidung derselben Frage beanspruchen. Eigentlich müsste das Verhältnis beider Gerichte, das einmal mit „Kooperationsverhältnis“<sup>4</sup> gekennzeichnet wurde, friedlich sein. Es sind auch die Prüfungsmaßstäbe beider Ge-

---

<sup>1</sup> So die Erklärung des BVerfGE 37, 271, 280.

<sup>2</sup> Vgl. grundlegend EuGH Slg. 1964, 1251, 1252, Costa/ENEL.

<sup>3</sup> Zum „Integrationsprogramm“ vgl. BVerfGE 89, 155, 187, 189.

<sup>4</sup> BVerfGE 89, 155, 178.

richte verschieden, komplementär: Das Verfassungsgericht prüft Verfassungsrecht, der EuGH Gemeinschaftsrecht. Doch gerade die Tatsache, dass die nationale Verfassung eine Integrationsnorm enthält, die die verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Integration darstellt, eine Integration, die wiederum durch das primäre Gemeinschaftsrecht in Umfang und Modalität bestimmt wird, kann zu einer *doppelten Perspektive* führen, zu einer verfassungsrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Perspektive, jeweils ausgedrückt durch eine unterschiedliche Jurisdiktion.

## II.

1. Das friedliche Kooperationsverhältnis zwischen beiden Gerichten ist zur *Konkurrenz* auf drei Gebieten geworden, für die das Bundesverfassungsgericht seine Letztentscheidung beansprucht: Grundrechte, ultra vires-Akte der Gemeinschaftsorgane und, neuerdings im Lissabon-Urteil akzentuiert, die Wahrung der nationalen Verfassungsidentität<sup>5</sup>. Der *erste Konflikt* ist schon 35 Jahre alt und allen wohl bekannt. 1974 wurde das Bundesverfassungsgericht aufgerufen, einen deutschen Bürger grundrechtlich zu schützen, und zwar gegen die Anwendung einer (von ihm als unvereinbar mit dem Grundgesetz betrachteten) EWG-Verordnung<sup>6</sup>. Welche Grundrechte sollten zur Anwendung kommen? Deutsche oder gemeinschaftsrechtliche? Dem Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts widersprach es, deutsche Grundrechte einzusetzen. Gemeinschaftsgrundrechte aber gab es damals nicht. Sie fehlten im EG-Vertrag. Diese Lücke, die vom Bundesverfassungsgericht als unvereinbar mit dem rechtskulturellen Verfassungsstandard angesehen wurde, füllte das Gericht einfach dadurch, dass es die *deutschen Grundrechte* zu Hilfe nahm, dabei allerdings konzedierte: Sollten Gemeinschaftsgrundrechte geschaffen werden, würde es diese als relevant ansehen und die deutschen Grundrechte nicht mehr zum Schutz einsetzen<sup>7</sup>.

12 Jahre nach dieser Solange I-Entscheidung, 1986, kam die Gelegenheit, das Solange I-Konzept zu überprüfen. Jetzt konnte sich das Bundesverfassungsgericht mit der zwischenzeitlichen Entwicklung zufrieden geben. Die Gemeinschaftsrichter hatten (vielleicht unter dem Impuls der Entscheidung von 1974) ungeschriebene Gemeinschaftsgrundrechte entwickelt, abgeleitet aus europäischer Verfassungstradition<sup>8</sup>, die das Bundesverfassungsgericht nunmehr als den

---

<sup>5</sup> Aus der umfangreichen Literatur zu den drei Konfliktfeldern vgl. A. Haratsch und R. Arnold, Kongress 60 Jahre GG Milano Nov. 2009 (im Druck).

<sup>6</sup> BVerfGE 37, 271.

<sup>7</sup> BVerfGE 37, 271, 285.

<sup>8</sup> EuGH Slg. 1969, 419 und Internat. Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125.

deutschen Grundrechten *funktionell adäquat* betrachtete<sup>9</sup>. Jetzt löste das Bundesverfassungsgericht den Konflikt, wie 1974 angekündigt, im Sinne eines *Verzichts* auf Grundrechtsüberprüfung anhand des deutschen Rechts und entsprach damit auch verfassungsrechtlich der vom EuGH entwickelten Vorrangdoktrin.

Deutsche Grundrechte sollten keinen Vorrang vor dem autonomen Gemeinschaftsrecht haben; Grundrechtsschutz solle mit eigenen Gemeinschaftsmitteln bewerkstelligt werden: eine konsequente Lösung! Doch ein Vorbehalt bleibt. Auch heute noch: Sollte sich der europäische Grundrechtsstandard wesentlich absenken, werde das Bundesverfassungsgericht seine Grundrechtshüterrolle wieder aufgreifen und auch im Grundrechtsbereich die Tore von Karlsruhe wieder öffnen<sup>10</sup>. Allerdings eine kaum vorstellbare Perspektive, zumal die EU-Grundrechtecharta zusammen mit dem Lissaboner Vertrag normative Geltung erhalten hat.<sup>11</sup> (Im Übrigen: Die Feststellung einer wesentlichen Absenkung des Standards ist allein dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten, nicht jedem beliebigen Gericht anvertraut: dies wäre zuviel der Gefahr!). Wesentliche Absenkung heißt nicht punktuelle Divergenz zwischen deutschem und gemeinschaftlichem Grundrecht, selbst wenn nach deutschem Verständnis der Wesensgehalt angetastet wäre. Vielmehr kann nur eine *generelle* wesentliche Absenkung den *casus belli* auslösen<sup>12</sup>. Auch der 1993 (wohl unter der Fernwirkung der Solange II-Entscheidung) neu gefasste Art. 23 verlangt keine andere Sichtweise.

Das Bundesverfassungsgericht behält also seine generelle Hüterrolle, was einen adäquaten Grundrechtsschutz mit europäischen Mitteln betrifft. Der EuGH aber prüft im Einzelfall die Vereinbarkeit des Gemeinschaftsaktes mit den Gemeinschaftsgrundrechten. Hierin liegt (wie die Maastricht-Entscheidung es ausgedrückt hat) ein *Kooperationsverhältnis* zwischen beiden Gerichten<sup>13</sup> (in den Augen des EuGH ist dies allerdings eher eine angemäßte Konkurrenz; aber darüber schweigt die Gemeinschaft – politisch wohl besser so).

2. Eine deutlichere Konkurrenz zwischen den Gerichten kommt in der Maastricht-Entscheidung von 1993 zum Ausdruck. Stichwort ist der *ultra vires*-Akt der Gemeinschaft. Die deutsche Angst vor einem „ausbrechenden Rechtsakt“ führt dazu, dass ein solcher, käme er wirklich vor, „auf deutschem Territorium nicht angewendet werden dürfte“<sup>14</sup>. Die Kompetenz, in einem solchen Fall den „Kompetenzgau“ festzustellen, behält sich das Bundesverfassungsgericht vor.

---

<sup>9</sup> Solange II-Entscheidung des BVerfG, 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 581.

<sup>10</sup> Bananenmarkt-Entscheidung des BVerfG Az 2 BvL 1/97, NJW 2000, 3124, 3125/26.

<sup>11</sup> BVerfGE 73, 339, 387 und Art. 6 I EUV.

<sup>12</sup> BVerfGE 73, 339, 383 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Fn. 4.

<sup>14</sup> BVerfGE 89, 155, 188.

Hierin liegt ein offener (wenn auch von Seiten der Gemeinschaft bisher nicht thematisierter) Konflikt. Nach Art. 234 EG-Vertrag (jetzt Art. 267 AEU) ist es allerdings Sache des EuGH, über Inhalt und Grenzen eines Gemeinschaftsrechtsaktes letztverbindlich zu entscheiden. Dies schließt die Frage der Kompetenzbeachtung mit ein. Eine solche *ausschließliche* Zuordnung der Entscheidungskompetenz an den EuGH ist in den Verträgen vorgesehen und wird daher vom „Integrationsprogramm“ des deutschen Zustimmungsgesetzes mit umfasst.

Ich möchte hoffen, dass ein solcher Fall nie akut werden wird (wohl auch nicht, so hoffe ich, bei der Datenspeicherungsrichtlinie, die demnächst auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts steht)<sup>15</sup>. Würde er akut und entschiede das Bundesverfassungsgericht gegen die Kompetenzgemäßheit, wäre ein offener Justizkonflikt entstanden, mit unabsehbaren Folgen.

3. Die Lissabon-Entscheidung vor wenigen Monaten hat einen weiteren Konfliktherd geschaffen. Zum einen hat das Bundesverfassungsgericht sein *ultra vires*-Konzept bekräftigt, zum anderen aber die Beachtung der deutschen *Verfassungsidentität* seiner Kontrolle unterworfen<sup>16</sup>. Was ist Verfassungsidentität?

Dieser Begriff stammt schon aus der Solange I-Entscheidung von 1974<sup>17</sup> und wird in der Lissabon-Entscheidung zu einem zentralen Argument für die Notwendigkeit, den Verfassungskern zu bewahren und nicht dem Gemeinschaftsrecht preiszugeben. Verbunden wird dies konzeptionell mit Art. 79 Abs. 3 GG, was legitim erscheint, jedoch nach meiner Auffassung zu eng ist. Auch Art. 23 Abs. 1 GG ist dabei in Blick zu nehmen. Ob allerdings wirklich bestimmte Aufgabenfelder, wie das Bundesverfassungsgericht dies meint, in ihrer wesentlichen Substanz über das Demokratieprinzip und damit über den Verfassungskern geschützt werden, erscheint mir mehr als zweifelhaft.

Dennoch: Es ist sicherlich wichtig, einen eine bestimmte Verfassungsordnung identifizierenden Verfassungskern als nationales Reservat zu betrachten. Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass die zum Verfassungskern gehörenden Prinzipien, zumindest teilweise, funktionell durch Gemeinschaftsmechanismen ersetzt werden können. Die Solange II-Doktrin hat dies deutlich gemacht. Es kommt dann nicht auf den *substantiellen Verbleib* dieser Funktion bei der Bundesrepublik Deutschland an, sondern darauf, dass diese Funktion mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erhalten bleibt, wenn auch mit gemeinschaftsrechtlichen Mitteln und im europäischen (nicht mehr nationalen) Zuschnitt.

<sup>15</sup> Zur inzwischen erfolgten Entscheidung, die sich auf die Kritik nationalen Rechts beschränkte, vgl. Entscheidung vom 2.3.2010 (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08).

<sup>16</sup> Lissabon-Entscheidung des BVerfG Az 2 BvE 2/08, Rn. 226, 235, 249.

<sup>17</sup> BVerfGE 37, 271, 279.

Wenn sich das Bundesverfassungsgericht die Kompetenz festzustellen, die deutsche Verfassungsidentität sei durch einen Gemeinschaftsrechtsakt verletzt, zuspricht, so ist das problematisch. Der Vertrag von Lissabon (wie schon vorher die gescheiterte Europäische Verfassung) sieht an vorderer Stelle die Garantie der nationalen Identität der Mitgliedstaaten vor. Anders als im EU-Vertrag wird jetzt näher bestimmt, was dies ist: u.a. umfasst dieser Begriff die *verfassungsrechtlichen Grundstrukturen* eines Staates. Hier trifft sich dieser gemeinschaftsrechtliche Begriff mit dem Begriff der Verfassungsidentität, ohne aber ganz kongruent mit ihm zu sein. Die Auslegung des im Lissabon-Vertrag verwendeten Begriffs „nationale Identität“ obliegt zweifellos dem EuGH. Wenn dieser Begriff auch Verfassungsidentität beinhaltet, hat eigentlich der EuGH die Feststellungskompetenz, nicht das Bundesverfassungsgericht. Allerdings gebe ich zu, dass man daran zweifeln könnte.

Würde man die Kompetenz, die Verletzung der Verfassungsidentität festzustellen, dem nationalen Verfassungsgericht vorbehalten, dann würde dennoch ein Konflikt mit dem EuGH bleiben. Es wäre dann der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, der eingeschränkt würde, eine Begrenzung, die der bisherigen Doktrin widerspricht<sup>18</sup>.

Der Begriff der *Verfassungsidentität* ist ebenso wie der – weitere – Terminus „nationale Identität“ nur schwer zu bestimmen. Nationale Identität, als Begriff schon in Art. 6 Abs. 3 des alten EU-Vertrags enthalten, wird erstmals, wenn auch unvollkommen, in Art. 4 des neuen EU-Vertrag definiert. Während der Geltung des alten EU-Vertrags wurde weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur eine adäquate Definition gefunden, ja, es wurde dies auch kaum versucht.

Und weder der Text der gescheiterten „Verfassung für Europa“ noch der nunmehr in Kraft getretene Lissabon-Vertrag konnten bisher größere Aufmerksamkeit auf diesen Begriff lenken. Eine größere Impulswirkung geht in der Tat von der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus, wobei der Teilaspekt der nationalen Identität, die nationale Verfassungsidentität, in das Blickfeld gerückt ist. Dieser Begriff hat sich im deutschen Verfassungsrecht autonom entwickelt, da er, wie bereits erwähnt, im Kern schon 1974 in der Solange I-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, angesprochen wurde. Aber auch damals besaß er kaum verfassungsrechtliche Ausstrahlungswirkung über jene Entscheidung hinaus. Größere verfassungsrechtliche Breitenwirkung hat dieser Begriff eben erst mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009 erlangt.

Der Begriff „Verfassungsidentität“ besitzt einen europarechtlichen Sinngehalt als Teilaspekt des im Unionsprimärrecht erscheinenden Begriffs „nationale

---

<sup>18</sup> So auch die Erklärung Nr. 17 zum Vorrang.

Identität“ und einen autonomen verfassungsrechtlichen Sinngehalt, der sich speziell mit Bezug zum Grundgesetz entwickelt hat.

Unionsrechtlich werden die „verfassungsrechtlichen Grundstrukturen“ eines Mitgliedstaats von seinem Identitätsbegriff umfasst. Dies kann nicht nur im organisationsrechtlichen Sinn gemeint sein und lediglich die Staatsinstitutionen und die territoriale Organisation erfassen; vielmehr muss dies auch verfassungsfunktionell verstanden werden und alles einbeziehen, was in der Verfassung an *Werten* festgelegt bzw. anerkannt wird. Grundrechtsschutz gehört ebenso hierzu wie „institutionelle Werte“, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, offene Staatlichkeit und Integrationsbereitschaft. Kurz gesagt: Die organisatorischen und funktionellen Grundstrukturen der Verfassungsordnungen eines Mitgliedstaats unterfallen diesem unionsrechtlichen Begriff der nationalen Identität.

Davon zu trennen ist der *nationale Begriff* der Verfassungsidentität, der autonom aus der konkreten Verfassungsordnung eines Mitgliedstaats erwächst. Während der unionsrechtliche Begriff die Perspektive Union – Mitgliedstaaten aus dem Blickwinkel der Europäischen Union darstellt, drückt der nationale Begriff die Perspektive des nationalen Verfassungsrechts aus, der aus den Grundstrukturen der staatlichen Verfassung erwächst, zugleich aber auch, wie das Bundesverfassungsgericht mit Recht betont hat, die verfassungsrechtliche Verankerung der Offenheit und Integrationsbereitschaft der nationalen Rechtsordnung mit umfasst<sup>19</sup>.

Auch wenn es sich also um zwei – grundsätzlich autonome – Identitätsperspektiven handelt – eine unionsrechtliche und eine staatsrechtliche –, so sollen diese keine konzeptionelle Divergenz mit Konfliktpotenzial bilden. Beide Perspektiven sollen sich harmonisch verbinden, sie sollen, wie das Bundesverfassungsgericht es plastisch ausdrückt, Hand in Hand gehen.<sup>20</sup>

Es stellt sich eine weitere Frage: Was ist *deutsche* Verfassungsidentität? Kann sie zulässigerweise eingeschränkt werden? Das Bundesverfassungsgericht setzt, wie schon oben betont wurde, deutsche Verfassungsidentität mit Art. 79 Abs. 3 GG gleich. Dazu muss bemerkt werden, dass das Gericht vom unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität spricht<sup>21</sup>, also Relativierungen und Einschränkungen bis zu dieser – wiederum schwer zu definierenden – Grenze zulässt. Zugleich sind nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts, worin ihm ohne Zweifel zuzustimmen ist, Teil der deutschen Verfassungsidentität die „offene Staatlichkeit“ der Bundesrepublik und ihre in der Präambel zum Grundgesetz und speziell in Art. 23 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende europäische Integrationsbereitschaft. Völkerrechtsfreundlichkeit wird ergänzt durch Euro-

<sup>19</sup> Lissabon-Entscheidung des BVerfG, Az 2 BvE 2/08 (u.a.), Rn. 219–225.

<sup>20</sup> Lissabon-Entscheidung des BVerfG, Rn. 240.

<sup>21</sup> Lissabon-Entscheidung Rn. 240.

parechtsfreundlichkeit. Dies bedeutet auch, dass die potentielle Identitätsbedrohung durch Integration zur Verfassungsidentität gehört und dass diese Spannungslage adäquat und im Sinn optimaler Konkordanz aufgelöst werden muss.

Aber wenden wir uns zunächst der Frage zu, was als Elemente der Verfassungsidentität und seines Kerngehalts bestimmt werden kann.

Verfassungsidentität ist konkret, bezogen in dem Zeitpunkt, in dem die Identitätsfeststellung vorgenommen werden soll. Eine Verfassung als ein „living instrument“ verändert sich mit der Zeit in ihrem Aussagegehalt, im Wertebereich – innerhalb eines festen Rahmens – schneller als im institutionellen Bereich. Diese Dynamik erstreckt sich auf die Verfassung identifizierenden Merkmale einer Rechtsordnung. Identität bleibt nicht ein für allemal ein starrer Kontext, innerhalb dessen sich die dynamische Verfassungsentwicklung und -fortbildung vollziehen. Identität bedeutet nicht Versteinerung, wenngleich sie bestimmte Grundgedanken festschreibt. Auch die in der sog. Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG (und entsprechender meist weniger umfassenden Bestimmungen in anderen Rechtsordnungen) enthaltenen Prinzipien sind systemimmanenten Veränderungen unterworfen, was das Bundesverfassungsgericht selbst konzediert hat.<sup>22</sup>

Mit anderen Worten: Die Ewigkeitsklausel garantiert Prinzipien, die der Dynamik der Verfassungsentwicklung unterworfen sind, aber als solche weder durch formelle noch durch materielle (also integrationsbedingte) Verfassungsänderung eliminiert oder zu weitgehend relativiert werden dürfen.

Es stellt sich eine weitere Frage: Ist Verfassungsidentität mit den reformfesten Bestandteilen einer Verfassung gleichzusetzen? Blickt man auf andere Verfassungen, so sind solche Ewigkeitsgarantien, falls vorhanden, so doch meistens erheblich reduziert. Man hilft sich hier mit impliziten Sicherungen des verfassungsrechtlichen Kernbestands oder vernachlässigt die Frage einer zu weit gehenden Reform, die bereits Züge einer Verfassungsneuschöpfung enthält.

Was kann, unabhängig von Art. 79 Abs. 3 GG, als Identität des deutschen Grundgesetzes bezeichnet werden? Die „institutionellen Werte“ Sozialstaatlichkeit, Demokratie (das Hauptthema der Lissabon-Entscheidung), offene und europaorientierte Staatlichkeit müssen als Prinzip aufrecht erhalten bleiben; sie können (mit Ausnahme der Menschenwürde) Abwägungen unterliegen und moderat relativiert werden. Sie können funktionell durch andere Mechanismen ersetzt werden, so etwa der Grundrechtsschutz für bestimmte supranationale Akte durch Mechanismen der supranationalen Rechtsordnung selbst. Prinzipiell müssen sie aber erhalten bleiben, soll die Identität gewahrt bleiben.

Im institutionellen Bereich gehört zur Identität des Grundgesetzes das repräsentative parlamentarische Regierungssystem, das sich in einem auf Länderstaatlichkeit aufbauenden Bundesstaatssystem verwirklicht.

---

<sup>22</sup> BVerfGE 30, 1.

Verfassungsidentität kann *substantiell* oder *funktionell* gewahrt werden. Dies bedeutet, dass Eingriffe in die Verfassungsidentität, etwa seitens der supranationalen Gewalt, nur zulässig sind, wenn sie nicht den Kerngehalt der Identität berühren. Kerngehalt bedeutet dabei, dass das jeweilige Prinzip als solches trotz Modifikationen aufrecht erhalten bleibt. Dabei kann nicht ein Prinzip eliminiert werden, ohne dass das die Identität ausmachende Gesamtsystem gestört würde.

Aus dem Integrationsverhältnis, in dem sich die Bundesrepublik befindet, kann sich die Möglichkeit ergeben, dass Verfassungsidentität auch dann gewahrt ist, wenn eines der Elemente funktionell ersetzt wird durch einen Mechanismus der supranationalen Rechtsordnung. Das Beispiel hierfür bietet das vom Bundesverfassungsgericht selbst entschiedene Modell Solange II im Bereich des Grundrechtsschutzes. Es geht um die Verteidigung der Grundrechte gegenüber Akten der supranationalen Gewalt, die ihre normative Wirkung in der Bundesrepublik entfalten. Da nationale Staatsorgane den supranationalen Rechtsakt vollziehen, besteht eine Bindung an das deutsche Grundgesetz. Diese kann sich aber infolge des Vorrangs des Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten dahin relativieren, dass die supranationalen Schutzmechanismen an die Stelle der nationalen treten, sie also funktionell ersetzen. Ist dies der Fall, wird also der Grundrechtsschutz für Rechtsakte deutscher Staatsorgane, die sich auf Unionsrecht gründen, nicht durch deutsche, sondern durch supranationale Grundrechte bewerkstelligt, so ist dies kein Identitätsverlust für die deutsche Verfassung. Der Anwendungsbereich der deutschen Grundrechte wird dadurch beschränkt, doch ersetzt durch Grundrechte europäischen Zuschnitts, eine Folge der integrierten Staatlichkeit. Eine solche funktionelle Ersetzung kann aber nur vonstatten gehen, wenn genügend Anknüpfungspunkte an die supranationale Rechtsordnung bestehen. Im angesprochenen Fall des Grundrechtsschutzes gegenüber Unionsrechtsakten, die von deutschen Staatsorganen ausgeführt werden, sind solche Anknüpfungspunkte ausreichend vorhanden.

Noch ein zusätzliches Wort zu der schon oben angesprochenen schwierigen Frage: Wer entscheidet darüber, ob Unionsrecht deutsche Verfassungsidentität berührt, einschränkt oder gar verletzt? Das deutsche Bundesverfassungsgericht alleine? Wohl auch hier muss es zu einer Kooperation zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Gerichtshof der Europäischen Union kommen. Es war bereits die Rede von der Doppeldimension der Verfassungsidentität: zum einen als Aspekt der nationalen Identität im Sinn des Art. 4 Abs. 2 des neuen EU-Vertrags, zum anderen als genuiner Aspekt des nationalen Rechts. Sinnvoll erscheint hier eine Aufteilung der Jurisdiktion: Das Bundesverfassungsgericht entscheidet letztlich die verfassungsrechtliche Frage, ob durch einen Unionsakt der nationale Kernbereich der Verfassungsidentität unzulässig eingeschränkt wird. Der Gerichtshof der Europäischen Union muss aber im Wege der Vorabentscheidung zweierlei klären: zum einen, welche funktionelle Reichweite

dem Unionsakt beizulegen ist, und zum anderen, ob das Verfassungselement, das das nationale Verfassungsgericht als verletzt ansieht, zu denjenigen Elementen gehört, die die nationale Verfassungsidentität eines Mitgliedstaats gemäß Art. 4 Abs. 2 EU ausmachen. Der Gerichtshof der EU bestimmt also im konkreten Fall durch Auslegung des Art. 4 EU die *unionsrechtliche* Qualifizierung des in Frage stehenden nationalen Verfassungselements als Bestandteil der unionsrechtlich geschützten nationalen Identität und entscheidet zugleich über dessen Unanwendbarkeit wegen Verstoßes gegen Art. 4 EU, also gegen höherrangiges Unionsrecht. Das nationale Verfassungsgericht kann dann die – unionsrechtlich gedeckte – Feststellung treffen, der Unionsakt sei mit der nationalen Verfassungsidentität unvereinbar. Eine konstitutive Feststellung der Unanwendbarkeit eines solchen Unionsaktes kommt aber alleine dem Gerichtshof der Europäischen Union zu; dem nationalen Verfassungsgericht fehlt hierzu die Jurisdiktion, mag es auch die betreffende Feststellung des Luxemburger Gerichtshofs deklaratorisch wiederholen. Ist also das nationale Verfassungsgericht von der Unvereinbarkeit eines Unionsaktes mit der nationalen (Verfassungs-) Identität überzeugt, muss es zum Instrument der Vorabentscheidung in Form der Gültigkeitskontrolle von Unionsrecht im Sinn des Art. 267 Abs. 1 b AEU greifen.

4. Wir sehen also: drei Konfliktsfelder, statt Partnerschaft Konkurrenz, potentieller Konflikt. Dennoch: Das Bundesverfassungsgericht ist von allen europäischen Verfassungsgerichten das „integrationsfreundlichste“. Die Solange II-Doktrin schlägt einen, wie ich meine, erträglichen Mittelweg ein zwischen staatlicher Souveränität und supranationaler Integration. Die Pragmatik dieser Doktrin hat auch dazu geführt, dass andere Gerichte in Europa ähnliche Konzepte entwickelt haben.

Die europäische Integration der Zukunft kann nur stabil bleiben, wenn ein Gleichgewicht zwischen supranationaler und dezentraler Macht besteht. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein Versuch, den richtigen Integrationsweg zu finden. Ich meine, dass sie hierzu einen wichtigen Beitrag geleistet hat.

# Der Europäische Gerichtshof und das Deutsche Bilanzsteuerrecht

*Rolf Eckhoff*

## I. Zur Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten für das Recht der Ertragsteuern

Der Vertrag von Lissabon hat zum 1. Dezember 2009 weitere Kompetenzen auf die europäische Union übertragen und zugleich im Rahmen dieser Kompetenzen die Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen ausgeweitet. Einen Bereich nimmt aber auch der Vertrag von Lissabon von solchen Mehrheitsentscheidungen ausdrücklich aus: den des Steuerrechts (vgl. Art. 95 Abs. 2 EG und jetzt Art. 114 Abs. 2 AEU<sup>1</sup>). Auch enthält der Vertrag selbst unverändert nur sehr wenige steuerliche Vorschriften, die ausschließlich den Bereich der Verbrauchsteuern betreffen (Art. 90 bis 93 EG entspr. Art. 110 bis 113 AEU). Das Recht der direkten Steuern ist primärrechtlich nicht geregelt und kann auf der Grundlage des Art. 94 EG/ 115 AEU nur einstimmig von den Mitgliedstaaten harmonisiert werden, soweit sich das Ertragsteuerrecht unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes auswirkt. Eine Verpflichtung zur Harmonisierung besteht hier nicht. Nun ist kaum zu bezweifeln, dass sich Fragen der Unternehmensbesteuerung in den Mitgliedstaaten (auf die sich dieser Beitrag beschränken soll) unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes etwa hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit der Unternehmen oder auch hinsichtlich der Freiheit des Kapitalverkehrs auswirken. Doch die erforderliche Einstimmigkeit konnte zwischen den Mitgliedstaaten nur in sehr wenigen Fällen erreicht werden: Nach der Mutter-Tochter-Richtlinie und der Fusionsrichtlinie von 1990 (die beide zwar wichtige, aber dennoch nur Detailfragen der Unternehmensbesteuerung betrafen) kam im Jahr 2003 mit der Richtlinie über Lizenzen und Lizenzgebühren eine weitere Regelung zu einem Einzelproblem hinzu. Zwar gibt es Vorschläge der Kommission zur Schaffung einer einheitlichen Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer in den Mitgliedstaaten;

---

<sup>1</sup> Jetzt: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47.