

## Entscheidungsanmerkung

### Einzelfallbezogener, menschenwürderadizierter Grundrechtsschutz im Rahmen der Identitätskontrolle

**Das BVerfG gewährleistet im Wege der Identitätskontrolle den gem. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz uneingeschränkt und im Einzelfall. (Leitsatz des Verf.)**

GG Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3, Art. 1 Abs. 1

*BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14*<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Solange die durch das Schlagwort des Kooperationsverhältnisses<sup>2</sup> eingefangene spannungsreiche Kontroverse<sup>3</sup> zwischen BVerfG<sup>4</sup> und EuGH<sup>5</sup> um den Grund der Geltung des Unionsrechts fortdauert, sind Positionierungen beider Gerichte zu dieser Streitfrage gerade vor dem Hintergrund des noch ausstehenden Urteils im OMT-Verfahren<sup>6</sup> per se interessant,

<sup>1</sup> Im Internet abrufbar unter

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215\\_2bvr273514.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html) (18.3.2016).

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 89, 155 (Maastricht) = NJW 1993, 3047 (3049 f.); *Huber*, in: FS für Daniel Thürer, 2015, S. 305 (320). In Frankreich wird insofern auch von einem „dialogue des juges“ gesprochen, vgl. *Stirn*, Gazette du Palais v. 14.2.2009, S. 3; *Schorkopf* (EuZW 2009, 718 [724]) rekurriert auf das Bild des grenzüberschreitenden Gesprächs. Der EuGH (Urt. v. 16.6.2015 – C-62/14 [OMT-Urteil] = NJW 2015, 2013 [2014 Rn. 15]) spricht lediglich von einem unmittelbaren Zusammenwirken, um das Verfahren nach Art. 267 AEUV zu charakterisieren.

<sup>3</sup> Zumindest als Drohkulisse spricht *Mayer* (NJW 2015, 1999 [2003]) von einem „Krieg der Gerichte“ und „Krise des Rechts“.

<sup>4</sup> Zu der Position des BVerfG vgl. BVerfGE 37, 271 (Solange I); 73, 339 (Solange II), 89, 155 (Maastricht); 102, 147 (Bananenmarktordnung); 123, 267 (Lissabon), 126, 286 (Honeywell). Darstellend insofern *Geiger*, in: *Geiger/Kahn/Kotzur*, Kommentar zum EUV, AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 4 Rn. 28 ff.; *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 210 ff. („Anwendungsvorrang kraft verfassungsrechtlicher Rechtfertigung“).

<sup>5</sup> Zu derjenigen des EuGH vgl. etwa EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – 6/64 (Costa/E.N.E.L.) = Slg. 1964, 1253; EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) = Slg. 16, 1125. Diese „rein europarechtliche Lösung“ darstellend *Streinz* (Fn. 4), Rn. 206, auch mit Verweis auf die diesem Ansatz rechtstheoretisch zugrunde liegende Gesamtaktstheorie, vgl. *H. P. Ipsen*, in: *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, 1984, S. 97 (290).

<sup>6</sup> Vgl. der Vorlage-Beschluss des BVerfG v. 7.2.2014 – 2 BvR 2728-2731/13, 2 BvR 13/13 = WM 2014, 404 und so-

besonders aber dann, wenn sich die bisherige Position des Gerichts konkretisiert. Der Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015<sup>7</sup> gehört zu einer solchen besonders interessanten Positionierung des BVerfG: Die Identitätskontrolle, so wird klargestellt, eröffnet die Möglichkeit eines einzelfallbezogenen, menschenwürderadizierten Grundrechtsschutzes.

Um sich dieser Kernaussage zu nähern, werden in einem ersten Schritt der Sachverhalt und der Verfahrensgang des Beschlusses rekapituliert (II.). Sodann wird die bisherige Position des BVerfG zur Integrationskontrolle dargestellt, da diese grundsätzlich beibehalten und bekräftigt wird (III.). Mit Blick auf die Ausführungen zur Beziehung zwischen zu gewährleistendem Grundrechtsschutz und Identitätskontrolle ist die Kontinuität der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung allerdings genauer zu untersuchen – insofern wird in einem dritten Schritt eine Einordnung des neuen Beschlusses des BVerfG in den zuvor dargestellten Rahmen angestrebt (IV.). Die Ausführungen enden schließlich mit einer kurzen Schlussbemerkung (V.).

#### II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Im Jahre 1992 verurteilte die Corte di Appello von Florenz einen US-amerikanischen Staatsbürger in Abwesenheit rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 30 Jahren. Im Jahre 2014 wurde der verurteilte US-Bürger in Deutschland auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls festgenommen. Das zuständige Oberlandesgericht hielt die Auslieferung nach Italien für zulässig, obwohl nicht sicher gewährleistet war, dass der Beschwerdeführer im Berufungsverfahren eine erneute Beweisaufnahme erwirken könnte. Gegen eben jenen Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7.11.2014 erhob der US-Bürger Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90-95a BVerfGG, wobei er (auch in der Hauptsache) mit Erfolg eine Verletzung des in Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Schuldgrundsatzes rügte.

Vor diesem Hintergrund hatte sich das BVerfG bei seiner Entscheidung mit zwei Problemkomplexen auseinanderzusetzen: Zum einen ging es um die Frage, ob das in Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Schuldprinzip tatsächlich verletzt ist. Da eine schuldangemessene Bestrafung eine Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Angeklagten verlangt, die grundsätzlich nur bei seiner Anwesenheit erfolgen kann, ist eine Verletzung des Schuldprinzips zumindest dann zu bejahen, wenn ihm nach Kenntniserlangung von seiner Verurteilung die Möglichkeit einer wirksamen Verteidigung fehlt.<sup>8</sup> Da das OLG Düsseldorf das italienische Prozessrecht nicht hinreichend auf derartige Garantien untersucht hatte, konnte die Verletzung des Schuldprinzips bejaht werden.

Zum anderen – und das ist hier von Interesse – musste geklärt werden, inwiefern angesichts des unionsrechtlichen Hintergrunds überhaupt eine Kontrolle anhand der Art. 1 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG erfolgen konnte. Durch den Sach-

dann die Antwort des EuGH durch Urt. v. 16.6.2015 – C-62/14 (OMT-Urteil) = NJW 2015, 2013.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14.

<sup>8</sup> Dazu insb. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 58.

verhalt veranlasst waren diese das Urteil dominierenden Überlegungen zum Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht allerdings nicht. Vielmehr wird vom BVerfG unter Berufung auf die *acte-claire*-Doktrin<sup>9</sup> festgestellt, dass es einer Begrenzung des dem Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl zukommenden Anwendungsvorrangs im Zusammenhang des zu entscheidenden Falles gar nicht bedürfe, weil bereits das Unionsrecht selbst über Art. 4a Abs. 1 lit. d (i) des Rahmenbeschlusses die Möglichkeit einer Berücksichtigung des Schuldprinzips erlaube.<sup>10</sup> Umso interessanter ist es deshalb, gerade dieses überdimensionale obiter dictum näher zu untersuchen.<sup>11</sup>

### III. Kontinuität bezüglich der europarechtsfreundlich ausgeübten Integrationskontrolle

Das BVerfG schreibt zunächst sein grundsätzliches Verständnis vom Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht und damit seine Opposition zum EuGH fort.<sup>12</sup> Anders als dieser leitet es den Anwendungsvorrang nicht aus der Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung, sondern aus der Zurücknahme des Herrschaftsanspruchs der deutschen Rechtsordnung durch Art. 23 Abs. 1 GG i.V.m. dem entsprechenden Zustimmungsgesetz ab und eröffnet sich so die Möglichkeit, den europäischen Integrationsprozess kontrollierend zu begleiten<sup>13</sup>: Nur dann kann das Unionsrecht seinen uneingeschränkten Anwendungsvorrang beanspruchen, wenn es vom deutschen Rechtsanwendungsbefehl gedeckt ist, der sich seinerseits an den verfassungsmäßig vorgegebenen Rahmen halten muss (1.). Die Europarechtsfreundlichkeit des GG, die insbesondere in der Präambel und Art. 23 GG zum Ausdruck kommt und ihr unionsrechtliches Pendant im Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, Art. 4 Abs. 3 EUV, findet, führt hingegen zu gewissen Rücksichtnahmen und Einschränkungen (2.).

#### 1. Die drei Ausprägungen der Integrationskontrolle

Die Notwendigkeit eines deutschen Rechtsanwendungsbefehls lässt die Integrationskontrolle in drei Ausprägungen

<sup>9</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – C-283/81 (C.I.L.F.I.T.) = Slg. 1982, 3415 Rn. 16 ff., zitiert in BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 125.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 84. Von einer tatsächlichen „Aktivierung der Identitätskontrolle“, so *Schorkopf*, legal tribune online v. 29.1.2016, kann deshalb eigentlich nicht gesprochen werden.

<sup>11</sup> Letztendlich betrifft dieses BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 36-50.

<sup>12</sup> Dazu bereits Fn. 4.

<sup>13</sup> So ausdrücklich BVerfG NJW 1974, 1697 f. Rn. 25 (Solange I); BVerfGE 58, 1 (30 f.). Plakatativ ist insofern auch die Redeweise von den Mitgliedstaaten als den „Herren der Verträge“, vgl. BVerfG NJW 2009, 2267 (2271 ff. Rn. 231, 235, 271, 298, 334, Lissabon); *Cremer*, in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 48 EUV Rn. 19 ff., bzw. die Redeweise von der „Öffnung deutscher Staatlichkeit“, BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 40.

wirksam werden, nämlich als Ultra-vires-Kontrolle (a.), als Identitätskontrolle (b.) und als Solange-Vorbehalt (c.).<sup>14</sup>

#### a) Die Ultra-vires-Kontrolle

Die Ultra-vires-Kontrolle betrifft die Einhaltung der Grenzen des Übertragenen, effektiert mithin das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, indem ausbrechende Rechtsakte bundesverfassungsgerichtlich sanktioniert werden.<sup>15</sup> Sie ist nunmehr ebenfalls – wie die sogleich darzustellende Identitätskontrolle – über Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG subjektiviert<sup>16</sup>, spielt aber in dem Beschluss vom 15.12.2015 nur eine untergeordnete Rolle.<sup>17</sup>

#### b) Die Identitätskontrolle

Weiter folgt aus der Ableitung der Geltung des Unionsrechts aus einem deutschen Hoheitsübertragungsakt aber auch, dass dem Kompetenzen übertragenden Gesetzgeber selbst gewisse Grenzen gesetzt sind, worauf die über Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG subjektivierte<sup>18</sup> – hier wurde dieser Subjektivierungsansatz entwickelt – Identitätskontrolle rekurriert. Zu dem Kontrollmaßstab der Identität zählen neben der Eigenstaatlichkeitsgarantie<sup>19</sup> die tragenden Konstitutionsprinzipien der Bundesrepublik, also der Schutz der Menschenwürde, Art. 1 GG, sowie die Wahrung der Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG.<sup>20</sup> Dies entspricht dem, was der gem. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG auch auf Hoheitsübertragungsakte anwendbare Art. 79 Abs. 3 GG der Dispositionsbefugnis der verfassten Staatsgewalt entzieht und dem *pouvoir constituant* vorbehält.<sup>21</sup> Da aus

<sup>14</sup> Dazu vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils auch *Dittert*, R.A.E. – L.E.A. 2009, 847 (848 ff.).

<sup>15</sup> Etwa BVerfGE 89, 155 (210 Rn. 106, Maastricht). Die Rede ist insofern auch von „ausbrechenden Rechtsakten“. Grundlegend BVerfG NJW 2010, 3422 (3523 f. Rn. 54 ff., Honeywell). Nuanciert hierzu *Schorkopf*, EuZW 2009, 718 (721 f.). Zu der in Handlungs- und Unterlassungspflichten deutscher Staatsorgane liegenden Rechtsfolge siehe BVerfG NJW 2014, 907 (909 f. Rn. 44 ff., OMT-Beschluss).

<sup>16</sup> Vgl. BVerfG NJW 2014, 907 (910 Rn. 53, OMT-Beschluss); kritisch hierzu die abweichenden Meinungen von *Lübbe-Wolff*, NJW 2014, 916 (917 f. Rn. 16 ff.) und *Gerhardt*, NJW 2014, 918 Rn. 5 ff. Allgemein zum OMT-Beschluss *Hermann*, EuZW 2014, 161; *Classen*, EuR 2015, 477.

<sup>17</sup> Es erfolgt insofern lediglich eine Nennung, vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 43. Grundlegend hingegen BVerfG NJW 2009, 2267 (2272 f. Rn. 241, Lissabon).

<sup>18</sup> Hierzu BVerfG NJW 1993, 3047 (3048 Rn. 60 ff., Maastricht).

<sup>19</sup> Vgl. *Streinz* (Fn. 4), Rn. 237.

<sup>20</sup> So auch BVerfG NJW 2005, 2289 (2290 Rn. 70, Darkanzanli) in der ersten den Haftbefehl betreffenden Entscheidung.

<sup>21</sup> Vgl. etwa *Herdegen*, in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 75. EL September 2015, Art. 79 Rn. 9. Insoweit, als Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG inhaltlich über Art. 79 Abs. 3 GG hinausgeht, also insbesondere mit Blick auf das nur schwer

der Sicht des BVerfG die Geltung des Unionsrechts in der deutschen Rechtsordnung Folge des deutschen Rechtsanwendungsbefehls ist, bedarf es eigentlich keiner unionsrechtlichen Begründung dieser Ausnahme. Dennoch wird auf Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV als unionsrechtlichen<sup>22</sup> Anknüpfungspunkt rekuriert<sup>23</sup> und die Verfassungspraxis anderer Mitgliedstaaten angeführt<sup>24</sup> – wohl um dem EuGH einen Weg aufzuzeigen, sich der Linie des BVerfG ohne Gesichtverlust anschließen zu können<sup>25</sup> und sich seiner Verbündeten im verfassungsgerichtlichen Dialog zu vergewissern.<sup>26</sup>

### c) Der Solange-Vorbehalt

Als dritter Kontrollansatz ist der Solange-Vorbehalt<sup>27</sup> zu nennen, der trotz aller Gemeinsamkeiten<sup>28</sup> und etwaigen Überschneidungen<sup>29</sup> einen eigenständigen Platz verdient<sup>30</sup>,

---

justiziable Subsidiaritätsprinzip, vgl. dazu *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 75. EL September 2015, Art. 23 Rn. 71, führt er auch zu einer über Art. 79 Abs. 3 GG hinausgehenden Aufladung der integrationsfesten Verfassungsidentität.

<sup>22</sup> In der Tat ist auch der unionsrechtliche Begriff der nationalen Identität nicht mit der verfassungsrechtlichen Identitätskontrolle identisch, vgl. dazu auch *Obwexer*, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 4 EUV Rn. 27 ff.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 44; vgl. auch BVerfG NJW 2009, 2267 (2272 f. Rn. 240, Lissabon). Der zitierten EuGH-Rspr., etwa EuGH, Urt. v. 14.10.2004 – C-36/02 (Omega Spielhallen) = Slg. 2004, I-9609 Rn. 31 ff., lässt sich der Ansatz allerdings nicht entnehmen, dem Unionsrecht könne mit Blick auf Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV die Geltung versagt werden. Vielmehr geht es um Rechtfertigungsgründe innerhalb der Unionsrechtsordnung.

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 47. Von Gewohnheitsrecht kann hier angesichts der abweichenden Ansicht des EuGH mangels *opinio iuris* allerdings nicht gesprochen werden. Die bloße Nichtbefolgung unionsrechtlicher Grundsätze führt hingegen nicht zu ihrer Derogierung, vgl. insofern zum Sein-Sollens-Fehlschluss *Hume*, A Treatise of Human Nature, Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects, 1888.

<sup>25</sup> Zu diesem „Brücken-Ansatz“ mit Blick auf den EGMR siehe auch *Huber* (Fn. 2), S. 318.

<sup>26</sup> In der Tat dürfte die breite Bezugnahme auf die Rspr. anderer Verfassungsgerichte und auch die des EGMR (vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 99 ff.) insbesondere der Solidarisierung dienen. Vgl. auch die positive Hervorhebung des Verhältnisses von Karlsruhe und Straßburg bei *Huber* (Fn. 2), S. 320.

<sup>27</sup> BVerfGE 37, 271 (Solange I); 73, 339 (Solange II); 102, 147 (Bananenmarktordnung); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 43.

<sup>28</sup> Diese hebt *Klatt* (Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, 2014, S. 120 m.w.N.) hervor.

<sup>29</sup> Näher zum Verhältnis von Identitätskontrolle und Solange-Vorbehalt unten (IV.).

weil er den Grundrechtsschutz betrifft, der gerade nicht vollständig zum unveränderlichen Verfassungskern gehört und mit den Urteilen Solange I und II und der Bananenmarkt-Entscheidung eine Sonderbehandlung erfahren hat. Die gewissermaßen einfachverfassungsrechtliche Solange-Garantie ergibt sich nunmehr unmittelbar aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG a.E., der die Rechtsprechung des BVerfG hierzu kodifiziert hat<sup>31</sup>: Die Relativierung grundgesetzlicher Gewährleistungen ohne die Sicherung des Art. 79 Abs. 1 GG<sup>32</sup> durch die Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs. 1 S. 1, 2 GG wird hier mit Blick auf die Grundrechte unter Vorbehalt gestellt.

### 2. Die aus der Europarechtsfreundlichkeit fließenden Einschränkungen der Integrationskontrolle

Um die Nuancierungen des vorliegenden Beschlusses im grundrechtlichen Bereich der Identitätskontrolle nachzuvollziehen, ist es wichtig, auch einen Blick auf die aus der Europarechtsfreundlichkeit fließenden Einschränkungen zu werfen, denen die Integrationskontrolle unterliegt.

#### a) Das Entscheidungsmonopol des BVerfG

Zunächst führt der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit unter Zugrundelegung des Rechtsgedankens des Art. 100 Abs. 1 und Abs. 2 GG zu einer Monopolstellung des BVerfG, was die Kontrolle des Integrationsprozesses anbelangt.<sup>33</sup>

#### b) Die Möglichkeit des EuGH zur Stellungnahme im Vorabentscheidungsverfahren

Sodann kann als allgemeine Einschränkung im Dienste einer europäisch-richterlichen Kooperation die Notwendigkeit angesehen werden, vor dem Ausspruch der Geltungsverweigerung innerhalb der deutschen Rechtsordnung dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Möglichkeit zu geben, Stellung zu nehmen und das Problem auf der Ebene des Unionsrechts zu lösen.<sup>34</sup>

#### c) Die Zurückhaltung bei Ultra-vires-Kontrolle und Solange-Vorbehalt

Schließlich unterliegen Ultra-vires-Kontrolle und Solange-Vorbehalt weitreichenden zusätzlichen Einschränkungen. Mit Blick auf die Ultra-vires-Kontrolle verlangt das BVerfG in

---

<sup>30</sup> So auch die Darstellung des BVerfG, vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 43; siehe auch *Streinz* (Fn. 4), Rn. 236; *Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 8 Rn. 60.

<sup>31</sup> *Scholz* (Fn. 21), Art. 23 Rn. 80.

<sup>32</sup> Zu dieser Garantie der „Urkundlichkeit und Einsichtbarkeit jeder Verfassungsänderung“ vgl. BVerfGE 334, 336; *Herdegen* (Fn. 21), Art. 79 Rn. 20 ff.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 43.

<sup>34</sup> Für die Identitätskontrolle vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 46; zuletzt so auch BVerfGE 134, 366 (385 Rn. 27, OMT-Beschluss). Für die Ultra-vires-Kontrolle vgl. BVerfG NJW 2010, 3422 (3524 f. Rn. 58 ff., Honeywell). Gleiches muss auch für den Solange-Vorbehalt gelten.

seinem Honeywell-Beschluss einen ersichtlichen bzw. offensichtlichen, d.h. hinreichend qualifizierten Verstoß<sup>35</sup> und gestattet dem EuGH einen Anspruch auf Fehlertoleranz.<sup>36</sup> Auch der Solange-Vorbehalt – und das ist für das Verständnis der ausdrücklichen Inbezugnahme auf den menschenwürderadierten Grundrechtsschutz im Rahmen der Identitätskontrolle besonders wichtig – hat mit der Entscheidung zur Bananenmarktordnung<sup>37</sup> erhebliche Einschränkungen erfahren. Für die Zulässigkeit der Rüge der Grundrechtswidrigkeit eines Unionsrechtsaktes oder unionsrechtlich determinierten nationalen Rechtsaktes ist das generelle Absinken des unionalen Grundrechtsschutzes unter den Standard aus Solange II erforderlich, diese Fallgruppe als effektive Integrationschranke damit ausgehebelt und gerade mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 EUV i.V.m. GRCh nur noch theoretischer Natur.<sup>38</sup>

Wenn das BVerfG nunmehr Grundrechtsschutz im Rahmen der Identitätskontrolle gewähren will, so scheint dieses mittlerweile klassische Kontrollkonzept ins Wanken zu geraten. Welche Rolle also genau die Grundrechtskontrolle im Rahmen der Identitätskontrolle spielt, soll daher unter IV. untersucht werden.

#### IV. Konkretisierung statt Kehrtwende bezüglich der Identitätskontrolle

Die Aussagen zur Identitätskontrolle erscheinen deshalb einordnungsbedürftig, weil sie über das hinauszugehen scheinen, was sie eigentlich sagen wollen. Ausgangspunkt ist dabei der folgende Urteilssatz: „Vor diesem Hintergrund gewährleistet das Bundesverfassungsgericht im Wege der Identitätskontrolle den gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz uneingeschränkt und im Einzelfall.“<sup>39</sup> Dieser findet sich in etwas verkürzter Form in der Überschrift der Pressemitteilung als „Gewährleistung einzelfallbezogenen Grundrechtsschutzes im Rahmen der Identitätskontrolle“<sup>40</sup> wieder. Zunächst wird der Urteilssatz als Konkretisierung der Identitätskontrolle und nicht als konfrontative Fortentwicklung des Solange-Vorbehalts eingeordnet (1.), sodann untersucht, worin genau die Konkretisierungsleistung des Beschlusses liegt (2.).

<sup>35</sup> Wie genau das Kriterium des hinreichend qualifizierten Verstoßes auszufüllen ist, wird unterschiedlich beantwortet. Zum Teil wird auf die Offensichtlichkeit und die spezifische Verletzung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung abgestellt, vgl. etwa *Kokott*, AöR 1994, 207 (220). *Streinz* ([Fn. 4], Rn. 250; *ders.*, in: *Streinz*, Kommentar zum EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rn. 10) spricht griffig von Systemrelevanz. Das BVerfG stellt auf strukturell bedeutsame Verschiebungen ab, BVerfG NJW 2014, 907 (908 Rn. 37, OMT-Beschluss).

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2010, 3422 (3424 f. Rn. 58 ff., Honeywell).

<sup>37</sup> BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung).

<sup>38</sup> Vgl. *Streinz* (Fn. 4), Rn. 249.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 49.

<sup>40</sup> Pressemitteilung Nr. 4/2016 v. 26. 1.2016.

#### 1. Der Beschluss zwischen Solange-Vorbehalt und Identitätskontrolle

##### a) Die abzulehnende Einordnung als konfrontative Relativierung des Solange-Vorbehalts

Die Proklamation einer einzelfallbezogenen Grundrechtsprüfung im Rahmen der Identitätskontrolle scheint die am generellen Grundrechtsschutzniveau orientierte Rücknahme der Kontrolldichte des Bananenmarkt-Beschlusses zu konterkarieren und selbst hinter Solange II zurückzukehren, da der Anspruch einer einzelfallbezogenen Grundrechtskontrolle unabhängig vom unionalen Grundrechtsschutz erhoben wird. Bei dieser Interpretation wäre der Beschluss des BVerfG als Ankündigung eines konfrontativen Kurses und als Wiederbelebung des alten Solange I-Vorbehalts zu verstehen. Für diese Sicht auf die Dinge mag aus rechtspraktischer Sicht auch sprechen, dass insbesondere harsche Kurskorrekturen der Rechtsprechung aus Gründen des Vertrauensschutzes in obiter dicta angekündigt zu werden pflegen.<sup>41</sup>

##### b) Die vorzugswürdige Einordnung als Konkretisierung der Identitätskontrolle

Die besseren Gründe sprechen indes für eine weniger weitreichende Interpretation. Nur jener Grundrechtsschutz, der unabdingbar ist, wird im Rahmen der Identitätskontrolle gewährleistet. Unabdingbar aber ist nur jener Grundrechtsschutz, der Ausfluss der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG ist. Dies wird insbesondere im unmittelbar folgenden Erwägungsgrund sichtbar, indem es zu den erhöhten Zulässigkeitsanforderungen heißt: „Es muss im Einzelnen substantiiert dargelegt werden, inwieweit im konkreten Fall die durch Art. 1 GG geschützte Garantie der Menschenwürde verletzt ist.“<sup>42</sup> Die substantiierte Verletzung irgendeiner Grundrechtsposition reicht demnach ausdrücklich nicht. Macht man sich klar, dass es also letztendlich nur um die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG und nicht um alle Grundrechte des Grundgesetzes geht<sup>43</sup>, so verliert der Bezug auf die Grundrechtsprüfung im Rahmen der Identitätskontrolle viel an Sprengkraft. Denn dass die Menschenwürdegarantie zur deutschen Verfassungsidentität gehört, dürfte mit Blick auf die Integrationskontrolle wenig erstaunen. Auch die rechtspraktischen obiter dictum-Erwägungen, die dem mehr unterstellen wollten, verfangen schon deshalb nicht, weil schutzwürdige Vertrauensschutzpositionen der Bürger mit

<sup>41</sup> Für die Anwendbarkeit des Vertrauensschutzgrundsatzes auf Richterrecht vgl. BVerfG NZA 1987, 347 Rn. 64; BVerfG NJW 1983, 103 (107 Rn. 81), und die Minderung des Vertrauensschutzes bei Vorhersehbarkeit vgl. BVerfG ZIP 2012, 911 (916).

<sup>42</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 50.

<sup>43</sup> Der Bezug zwischen menschenwürderadiertem Grundrechtsschutz und Identitätskontrolle klingt bereits an in BVerfG NJW 2010, 833 (839 f. Rn. 218, Vorratsdatenspeicherung) und wurde von *Klatt* ([Fn. 28], S. 120) völlig zutreffend erkannt. In diese Richtung auch *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, 2013, S. 200 f.

Blick auf die Nichtkontrolle durch das BVerfG nicht ersichtlich sind. Vor diesem Hintergrund sollte nicht von „Solange III“<sup>44</sup> gesprochen werden: Der Solange-Vorbehalt ist bereits mit den in der Bananenmarkt-Entscheidung gestellten Anforderungen hinfällig geworden (vgl. III. 2. c) und wird gerade nicht mehr fortentwickelt. Vielmehr ist es der schon immer in der Identitätskontrolle angelegte Solange-Vorbehalt „light“, der nun als einzelfallbezogener, menschenwürderadizierter Grundrechtsschutz konkretisiert und expliziert wird.

## 2. Die Konkretisierungsleistung: Einzelfallbezogener, menschenwürderadizierter Grundrechtsschutz im Rahmen der Identitätskontrolle

Sowohl die Einzelfallbezogenheit (a) als auch die Menschenwürderadizierung (b) des Grundrechtsschutzes im Rahmen der Identitätskontrolle verdienen dabei eine nähere Betrachtung.

### a) Die Einzelfallbezogenheit des Grundrechtsschutzes

Der Grundrechtsschutz im Rahmen der Identitätskontrolle ist zunächst – anders als der über den Solange-Vorbehalt gewährte Grundrechtsschutz in der Ausprägung, die er durch die Bananenmarkt-Entscheidung erfahren hat – einzelfallbezogen. Diese Einzelfallbezogenheit lässt eine Angleichung an die Position des EGMR erkennen, der ebenfalls einzelfallbezogen den gebotenen Grundrechtsschutz gewährleistet.<sup>45</sup>

### b) Die Menschenwürderadizierung des Grundrechtsschutzes

Der Grundrechtsschutz ist außerdem – anders als der vollständige Grundrechtsschutz des Solange-Vorbehalts – nur insofern gewährleistet, als die Verletzung der Grundrechtsposition auch die Verfassungsidentität betrifft, was dann der Fall ist, wenn der Menschenwürdegehalt der Grundrechte auf dem Spiel steht.<sup>46</sup> Die Menschenwürdegarantie wird bei dieser Konkretisierungsleistung also in einem dreifachen Sinne operationalisiert:

- Sie ist zunächst selbst rügefähiges Grundrecht, das dem Beschwerdeführer als subjektiv-rechtliche Rechtsposition zum Erfolg verhilft<sup>47</sup>,

- sodann aber auch und gerade oberstes objektiv-rechtliches Konstitutionsprinzip des Grundgesetzes<sup>48</sup> und damit Teil der nationalen Identität;
- über den in anderen Grundrechten unterschiedlich stark enthaltenen Menschenwürdegehalt<sup>49</sup> erlaubt sie schließlich aus dieser Doppelstellung heraus die subjektivrechtliche Gewährleistung eines gewissen Grundrechtsstandards im Rahmen der Identitätskontrolle.

Diese Menschenwürderadizierung lässt eine Parallelisierung zu den aus der Europarechtsfreundlichkeit fließenden Einschränkungen bei der Ultra-vires-Kontrolle erkennen und tritt gewissermaßen an die Stelle des dort praktizierten Offensichtlichkeits-Kriteriums.

## V. Schlussbemerkung

Einzelfallbezogenheit und Menschenwürderadizierung eröffnen dem BVerfG damit eine flexible Reaktionsmöglichkeit auf neue Dynamiken des europäischen Integrationsprozesses.<sup>50</sup> Dies immerhin – aber auch nicht mehr – wollte das BVerfG mit dem überdimensionalen obiter dictum erreichen. Dass die damit einhergehenden Konkretisierungen gerade jetzt, in dem Beschluss vom 15.12.2015, erfolgten, dürfte seinen Grund in dem noch anhängigen OMT-Verfahren<sup>51</sup> haben: Das BVerfG antwortet hier auf das OMT-Urteil des EuGH<sup>52</sup> im Dialog der Richter nicht ohne einen warnenden Unterton.<sup>53</sup> Ob die Menschenwürde und der in ihr radizierte

<sup>44</sup> So allerdings etwa *Schorkopf*, legal tribune online v. 29.1.2016; *Oehmichen*, FD-StrafR 2016, 375738.

<sup>45</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 6.12.2012 – 12323/11 (Michaud/Frankreich), Rn. 103; EGMR, Urt. v. 30.6.2005 – 45036/98 (Bosphorus Hava Yollart Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi/Irland), Rn. 155; dazu auch *Kokott/Sobotta*, Yearbook of European Law 34 (2015), 60 (68); *Vondung*, EuR 2013, 688.

<sup>46</sup> Hierzu *Herdegen* (Fn. 21), Art. 1 Rn. 26.

<sup>47</sup> So auch *Schorkopf*, legal tribune online v. 29.1.2016. Kritisch zur subjektiv-rechtlichen Dimension der Menschenwürde *Dreier*, in: *Dreier*, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 121 ff.; *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 127; *Böckenförde*, JZ 2003, 809; *Isensee*, AöR 131 (2006), 173 (210 ff.). Zu den verschiedenen (z.T. kritischen) Ansätzen siehe *Baldus*, AöR 136 (2011), 529.

<sup>48</sup> Als solches mag die Menschenwürdegarantie auch zur Konkretisierung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im derzeit anhängigen NPD-Verbotsverfahren herangezogen werden, das mit dem Beschl. v. 2.12.2015 – 2 BvB 1/13 bereits die Hürde des § 45 BVerfGG genommen hat.

<sup>49</sup> Vgl. *Herdegen* (Fn. 21), Art. 1 Rn. 26.

<sup>50</sup> Der Beschluss leistet insofern die von *Schorkopf* (EuZW 2009, 718 [722]) erwartete Auslegungsleistung der Verfassungsidentität und nähert sich indirekt der von *Streinz* ([Fn. 4], Rn. 249) verlangten Gewährleistung einzelfallbezogenen Grundrechtsschutzes durch negative Evidenzkontrolle im menschenwürderelevanten Bereich an.

<sup>51</sup> Vgl. BVerfG NJW 2014, 907 (OMT-Beschluss) und sodann EuGH, Urt. v. 16.6.2015 – C-62/14 (OMT-Urteil) = NJW 2015, 2013.

<sup>52</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2015 – C-62/14 (OMT-Urteil) = NJW 2015, 2013.

<sup>53</sup> So, wie das Entgegenkommen des EuGH in EuGH, Urt. v. 12.11.1969 – 29/69 (Stauder) = Slg. 1969, 419 (426) auf BVerfGE 37, 271 (Solange I) mit BVerfGE 73, 339 (Solange II) und BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung) belohnt wurde, reagiert durch die hier vorgenommene Konkretisierung das BVerfG auf EuGH, Urt. v. 16.6.2015 – C-62/14 (OMT-Urteil) = NJW 2015, 2013 und die fortdauernden Unstimmigkeiten zum Anwendungsbereich der unionalen Grundrechte, vgl. EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 19 ff.; EuGH, Urt. v. 30.4.2014 – C-390/12 (Pfleger), Rn. 30 ff. einerseits und BVerfG NJW

Grundrechtsschutz im Rahmen der Identitätskontrolle nun ebenfalls im OMT-Verfahren – und dann nicht nur in einem obiter dictum – mobilisiert werden, bleibt abzuwarten<sup>54</sup> – ist aber vielleicht nunmehr, da die eigene Position bereits klar artikuliert wurde, gar nicht mehr nötig.

*Wiss. Mitarbeiter Philip Bender, Maître en droit (München/Paris)*

---

2013, 1499 (1501 Rn. 91, Antiterrordatei) andererseits. Dazu auch *Huber* (Fn. 2), S. 307 ff.

<sup>54</sup> Zu den weiteren betroffenen Elementen gehört auch das Budgetrecht, vgl. dazu *Streinz* (Fn. 4), Rn. 247. Ob die vom BVerfG gewünschte Einhegung der Machtfülle der EZB durch die weitgehend theoretisch gebliebene Kontrollankündigung des EuGH mit Blick auf die EZB, vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2015 – C-62/14 (OMT-Urteil) = NJW 2015, 2013 (2016, 2018 f. Rn. 41, 69 ff.), erfüllt wurde, dem BVerfG also hinreichend die Hand gereicht wurde, vgl. optimistisch *Mayer*, NJW 2015, 1999 (2003), oder es sich den Zwängen der Umstände beugt, vgl. in diese Richtung *Classen*, EuR 2015, 477 (485 f.), ist zumindest fraglich.