



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De reikwijdte van artikel 23 lid 1 Duitse grondwet: over de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 13 februari 2020

Reestman, J.-H.

**DOI**

[10.5281/zenodo.5528707](https://doi.org/10.5281/zenodo.5528707)

**Publication date**

2021

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Liber amicorum Besselink

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Reestman, J.-H. (2021). De reikwijdte van artikel 23 lid 1 Duitse grondwet: over de uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* van 13 februari 2020. In N. de Boer, B. Michel, A. Nieuwenhuis, & J.-H. Reestman (Eds.), *Liber amicorum Besselink: eine Festschrift für Leonard F.M. Besselink hem feestelijk aangeboden in occasione del suo emeritato* (pp. 123-141). Universiteit van Amsterdam. <https://doi.org/10.5281/zenodo.5528707>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

*UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)*

De reikwijdte van artikel 23 lid 1 Duitse grondwet:  
over de uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht*  
van 13 februari 2020

---

JAN-HERMAN REESTMAN  
Universiteit van Amsterdam

**D**IT IS EEN STUK DAT niet geschreven zou worden. Leonard weet dat. Maar het is toch geschreven, als uiting van bijzondere waardering voor een fijne collega met een immer luisterend oor en een altijd gulle lach, en een uitmuntend rechtswetenschapper met een kritische, open en zeer brede blik. Die blik viel ook op Duitsland, onder meer in de voor het Europees Parlement geschreven studie *National Constitutional Avenues for Further EU Integration*. Daarin nam hij het Duitse hoofdstuk voor zijn rekening, waarin hij aanliep tegen de vraag naar de reikwijdte van artikel 23 lid 1 van de Duitse grondwet (Grundgesetz; GG): vallen daaronder ook verdragen die formeel buiten het EU-verdragskader staan maar die daarmee wel ten nauwste verbonden zijn, zoals bijvoorbeeld het Verdrag tot instelling van het Europees Stabieleitsmechanisme (ESM-verdrag)? En zo ja, dienen zij dan met gewone of met gekwalificeerde meerderheden door de Bondsraad en de Bondsraad te worden

goedgekeurd?<sup>1</sup> Over die vragen handelt een uitspraak van het Duitse constitutionele hof, het *Bundesverfassungsgericht*, van 13 februari 2020.<sup>2</sup> Daarin beslecht het kwesties die de Duitse rechtsgeleerdheid bijna 30 jaar hebben verdeeld. En aan die uitspraak is deze bijdrage gewijd.

In de uitspraak etaleert het Duitse hof niet alleen zijn ruime interpretatie van de reikwijdte van artikel 23 lid 1 GG, maar ontwikkelt het ook een nieuw burgerrecht en een nieuwe toets in het kader van het EU-integratieproces: de *formelle Übertragungskontrolle*. Met die toets, een aanvulling op de welbekende *ultra vires* en constitutionele identiteitstoetsen, gaat het hof na of overdrachten van soevereine bevoegdheden aan de EU en aanverwante organisaties wel hebben plaatsgevonden volgens de procedurevoorschriften in artikel 23 lid 1 GG. Iedere burger die meent dat zulks niet het geval is, kan daarover een klacht indienen bij het hof. De aldus ontwikkelde *actio popularis* kan, aldus critici waaronder drie rechters uit het hof, de verdere ontwikkeling van het EU-integratieproces ernstig schaden.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst worden kort de tekst van artikel 23 lid 1 GG en de achtergrond van zijn totstandkoming geschetst. In de daaropvolgende paragrafen gaan we respectievelijk in op het brede EU-concept dat volgens het *Bundesverfassungsgericht* aan artikel 23 lid 1 ten grondslag ligt, op de vraag wanneer voor overdrachten aan de EU en aanverwante organisaties gekwalificeerde meerderheden in Bondsdag en Bondraad nodig zijn, en op de gevolgen van de uitspraak voor de verdere ontwikkeling van het EU-integratieproces.

<sup>1</sup> L.F.M. Besselink e.a., *National Constitutional Avenues for Further EU Integration*, European Parliament, Directorate general for internal policies, Policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Brussels: 2014, p. 112-113.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2020 - 2 BvR 739/17 - Rn. (1 - 21), [http://www.bverfg.de/e/rs20200213\\_2bvr073917.html](http://www.bverfg.de/e/rs20200213_2bvr073917.html), ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200213.2bvr073917; noten: M. Ogorek, "Übertragung von Hoheitsrechten, "Grundrecht auf Demokratie"", *JA* 2020, 878; M. Payandeh, "Verfassungsrecht: Rechtsschutz gegen die Übertragung von Hoheitsrechten im Kontext der Europäischen Union", *JuS* 2020, 702.

## Achtergrond en tekst van artikel 23 lid 1 GG

(*Teilweise bereits staatliche Qualität*). Die zou de Europese Unie gaan bezitten als gevolg van de invoering van het burgerschap van de Unie en de uitbreiding van haar werkterreinen door het Verdrag van Maastricht.<sup>3</sup> Daarom kwam de *Gemeinsame Verfassungskommission* van Bondsdag en Bondsraad, die primair adviseerde over de grondwettelijke consequenties van de Duitse hereniging maar zich ook moest buigen over de voor toetreding tot de EU benodigde grondwetswijzigingen,<sup>4</sup> al snel tot de conclusie dat die toetreding niet kon plaatsvinden op grond van artikel 24 lid 1 GG. Dat artikel bepaalt dat bij wet soevereine bevoegdheden kunnen worden toegekend aan internationale organisaties. Het was, tezamen met de in de preambule uitgesproken wil om als gelijkberechtigd lid van een verenigd Europa de vrede te dienen, tot dan toe de basis voor de Duitse deelname aan het Europese integratieproces. Toetreding tot de EU zou echter een eigen constitutioneel fundament vereisen. Dat fundament werd neergelegd in het nieuwe artikel 23, dat in de plaats is gekomen van een vervallen bepaling over de Duitse hereniging. Hier is alleen het eerste lid van belang, dat uit drie zinnen bestaat.<sup>5</sup>

De eerste zin bepaalt dat Duitsland ter verwezenlijking van een verenigd Europa meewerkt aan de ontwikkeling van de Europese Unie,

<sup>3</sup> K. Schmalenbach, *Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission. Motive einer Verfassungsänderung* (Duncker & Humblot 1996), p. 47.

<sup>4</sup> Zie artikel 5 van het instellingsbesluit, gehecht aan het verslag van de Commissie van 5 november 1993, <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/12/060/1206000.pdf>, p. 119.

<sup>5</sup> Art. 23 lid 1 GG: Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3.<sup>7</sup>

die democratische, constitutionele, sociale en federale beginselen borgt en het subsidiariteitsbeginsel naleeft, en die een bescherming van de grondrechten garandeert die in wezen vergelijkbaar is met die van de Duitse Grondwet. Daarmee werd, op voorwaarde dat de genoemde beginselen worden nageleefd, lidmaatschap van de EU een constitutionele plicht, zoals het *Bundesverfassungsgericht* in zijn uitspraak over het Verdrag van Lissabon vaststelde.<sup>6</sup> De tweede zin voegt daar aan toe dat Duitsland *hierzu*, dat wil zeggen ten behoeve van de in de eerste zin neergelegde doelstelling, bij wet met instemming van de Bondsraad soevereine bevoegdheden kan overdragen. De derde zin bepaalt dat de artikelen 79 leden 2 en 3 GG van toepassing zijn op de toetreding tot de EU en wijzigingen in haar verdragsrechtelijke grondslagen en vergelijkbare regelingen, die de Duitse grondwet naar haar inhoud amenderen of aanvullen dan wel zulke amendementen of aanvullingen mogelijk maken.

Door de verwijzing naar artikel 79 lid 3 GG is duidelijk geworden dat de Duitse deelname aan het EU-integratieproces begrensd wordt door de welbekende *Ewigheidsklausel*, die onder meer bepaalt dat amendementen op de Duitse grondwet de in de artikelen 1 en 20 van de grondwet neergelegde beginselen – waaronder de menselijke waardigheid, democratie en rechtsstaat – niet mogen aantasten. Dat geldt dus ook voor de besluiten bedoeld in artikel 23 lid 1 GG. Daarmee expliciteerde de grondwetamenderende wetgever wat in ieder geval door de meerderheid van de doctrine en waarschijnlijk ook door het *Bundesverfassungsgericht* al werd aangenomen: dat ook de in artikel 24 lid 1 GG neergelegde bevoegdheid begrensd werd – en wordt – door de eeuwigheidsbepaling.<sup>7</sup>

De procedurele voorwaarden in artikel 23 lid 1, 2<sup>e</sup> en 3<sup>e</sup> zin, zijn wel nieuw. Gezien het bereikte hoge niveau van integratie wilde de grondwetamenderende wetgever dat de toetreding tot de EU en haar verdere ontwikkeling sterker democratisch gelegitimeerd zou worden dan bevoegdheidsoverdrachten aan internationale organisaties onder artikel 24 GG. Daartoe scherpte hij de procedurele voorwaar-

<sup>6</sup> BVerfGE 123, 267 (Lissabon), par. 225.

<sup>7</sup> Schmalenbach, a.w. noot 3, p. 35 e.v.; BVerfGE 37, 271 (Solange I).

den aan. Terwijl de Bondsdag op grond van artikel 24 met gewone meerderheid en zonder instemming van de Bondsraad bevoegdheden kon (en kan) overdragen, ook die van de deelstaten,<sup>8</sup> is voor zulke overdrachten aan de EU de instemming vereist van de Bondsraad en vereisen zij gekwalificeerde meerderheden als zij de Duitse grondwet (kunnen) wijzigen of aanvullen.

## Een ruim EU-begrip

### *Vergleichbare Regelungen*

Op 19 juni 2012 oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* dat de Duitse regering het parlement niet goed had geïnformeerd over de totstandkoming van het ESM-verdrag. Daarmee had de regering artikel 23 lid 2 GG geschonden, dat eist dat zij de Bondsdag en de Bondsraad zo volledig en vroeg mogelijk informeert over ‘aangelegenheden van de EU’. Tot die aangelegenheden behoren, aldus het hof, niet alleen EU-wijzigingsverdragen en secundair gemeenschapsrecht, maar ook verdragen die het recht van de EU aanvullen of ermee in nauwe relatie staan, zoals het ESM-verdrag. Zonder artikel 23 lid 1 te noemen, voegde het hof daaraan toe dat de beginselen die de bevoegdheidsoverdrachten aan de EU beheersen ook van toepassing zijn op bevoegdheidstoekenningen aan EU-organen als deze een functie krijgen in aanverwante internationale organisaties (zoals de Raad, de Commissie, het Hof van Justitie en de ECB in het ESM-verdrag). Anders zouden de door de grondwet aan de verdere ont-

<sup>8</sup> Dit betekent overigens niet dat de Bondsraad bij de ontwikkeling van het EU-integratieproces in het geheel niet betrokken was. Op grond van art. 59 lid 2, 2e zin, GG dienen verdragen die onderwerpen betreffen die naar Duits recht bij federale wet met instemming van de Bondsraad moeten worden geregeld, ook bij federale wet met instemming van de Bondsraad te worden goedgekeurd. Op grond daarvan moest de Bondsraad instemmen met de goedkeuringswetten van de Verdragen tot oprichting van de EEG en Euratom (Gesetz vom 27. Juli 1957, BGBI. II. S. 753) en de Europese Akte (Gesetz vom 19. Dezember 1986, BGBI. II, S. 1102); vgl. ook Schmalenbach, a.w. noot 3, p. 28-29.

wikkeling van de EU gestelde grenzen en procedurevoorschriften omzeild kunnen worden.<sup>9</sup>

In het licht van deze uitspraak komt het niet als een verrassing dat het Duitse hof in de uitspraak van 13 februari 2020 met een vergelijkbare redenering stelt dat ook aan artikel 23 lid 1 GG een ruim EU-begrip ten grondslag ligt. Ter staving daarvan wijst het erop dat de ontvanger van de bevoegdheidsoverdrachten op grond van artikel 23 lid 1, 2<sup>e</sup> zin, niet noodzakelijkerwijs de EU zelf hoeft te zijn – het betreft immers bevoegdheidsoverdrachten voor ‘de ontwikkeling van de EU’. Ook wijst het op de ‘vergelijkbare regelingen’ die volgens de 3<sup>e</sup> zin met gekwalificeerde meerderheid moeten worden aangenomen als zij de Duitse grondwet (kunnen) wijzigen of aanvullen. Dat begrip *vergleichbare Regelungen* is aan artikel 23 toegevoegd op initiatief van de *Sonderausschuß ‘Europäische Union (Vertrag von Maastricht)’* van de Bondsdag, de bijzondere commissie die zich boog over het Verdrag van Maastricht ter voorbereiding van zijn goedkeuring en ratificatie. De commissie had daarbij in het bijzonder de *Evolutionsklauseln* in dat Verdrag op het oog, de vereenvoudigde verdragswijzigingsprocedures.<sup>10</sup> Met een teleologische interpretatie stelt het *Bundesverfassungsgericht* in de hier besproken uitspraak evenwel dat het in strijd zou zijn met de wil van de grondwetamenderende wetgever om het begrip daartoe te beperken en overdrachten van soevereine bevoegdheden aan satelliet-instellingen van de EU buiten het toepassingsbereik van artikel 23 lid 1 te laten.<sup>11</sup>

Bevoegdheidsoverdrachten aan zulke instellingen vallen onder artikel 23 lid 1 GG wanneer zij *Primärrechtsäquivalenz* hebben en fungeren als *Ersatzunionsrecht*, dat wil zeggen als zij de facto gelijk te stellen zijn aan primair EU-recht en functioneel de EU-Verdragen wijzigen of aanvullen. Of daarvan sprake is moet van geval tot geval worden beslist, in het licht van de algemene omstandigheden, doelstellingen, inhoud en effecten van het verdrag. Aanwijzingen dat een verdrag *Primärrechtsäquivalenz* heeft, zijn, nog steeds volgens het

<sup>9</sup> BVerfGE 131, 152 (ESM-informatieplicht), par. 140.

<sup>10</sup> Schmalenbach, a.w. noot 3, p. 95.

<sup>11</sup> BVerfG, a.w. noot 2, par. 121.

hof, bijvoorbeeld een sterke inhoudelijke band met het integratieprogramma van de EU, de betrokkenheid van EU-organen bij de uitoefening van de over te dragen bevoegdheden, dat alleen EU-lidstaten partij kunnen zijn bij het verdrag, en ‘vooral’ het gegeven dat voor een gewoon internationaal verdrag is gekozen omdat pogingen om de betreffende materie in EU-recht te verankeren niet de vereiste meerderheden hebben kunnen vinden.<sup>12</sup>

Vrijwel al die kenmerken zijn van toepassing op de in de hier besproken uitspraak getoetste Overeenkomst betreffende een eenge-maakt octrooigerecht, een verdrag waarbij alleen EU-lidstaten partij kunnen zijn. Het oorspronkelijke plan was om de daarin geregelde materie op grond van artikel 262 VWEU binnen het EU-recht te regelen en zekere bevoegdheden aan het Hof van Justitie toe te kennen, volgens een unaniem besluit van de Raad dat door de lidstaten overeenkomstig hun grondwettelijke bepalingen wordt goedgekeurd. Omdat de vereiste eenstemmigheid in de Raad niet werd bereikt, besloten uiteindelijk 25 lidstaten buiten de EU-verdragen om een gezamenlijke rechterlijke instantie op te richten die, met gebruikmaking van onder meer secundair Unierecht en met inachtneming van de voorrang van EU recht, bepaalde octrooigeschillen moet beslechten en wier uitspraken in de deelnemende lidstaten bij voorraad uitvoerbaar zijn.

### *Hobeitsrechte*

Het Duitse Hof noemt ook het ESM-verdrag als een voorbeeld van *Ersatzunionsrecht*, omdat dat verdrag de Economische en Monetaire Unie fundamenteel zou hebben herzien. In één adem voegt het daaraan echter toe dat met dat verdrag geen soevereine bevoegdheden (*Hobeitsrechte*) zijn overgedragen.<sup>13</sup> Het is verwarrend, niet alleen omdat het hof zichzelf in de betreffende paragraaf tegenspreekt,<sup>14</sup>

<sup>12</sup> BVerfG, a.w. noot 2, par. 123-125.

<sup>13</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 123.

<sup>14</sup> Het hof stelt eerst dat een overdracht van soevereine bevoegdheden aan een internationale organisatie onder art. 23 lid 1 valt als zij feitelijk de Verdragen wijzigt,



maar ook omdat het in eerdere uitspraken leek uit te gaan van een ruime betekenis van het begrip *Hoheitsrechte*. Zo konden de financiële verplichtingen die Duitsland aanging in het kader van de *European Financial Stability Facility* (EFSF), de privaatrechtelijke voorganger van het ESM, gezien de mogelijke gevolgen ervan voor de Duitse begroting, gelijk worden gesteld ‘aan een overdracht van soevereine bevoegdheden als de Bondsdag niet langer onder eigen verantwoordelijkheid over zijn begroting kan beschikken’.<sup>15</sup> Ook stelde het hof dat ‘iedere toekenning van bevoegdheden aan de EU en/of haar organen in wezen (*in der Sache*) een overdracht van soevereine bevoegdheid betreft’.<sup>16</sup> Maar blijkbaar wil het hof vasthouden aan, of terugkeren tot, een strikte opvatting van *Hoheitsrechte* – bevoegdheden van een internationale organisatie om direct werkende besluiten van wetgevende, bestuurlijke of rechtsprekende aard te nemen die de rechtspositie van individuen wijzigen.<sup>17</sup> In ieder geval moet de conclusie zijn dat de overdracht van een soevereine bevoegdheid in strikte zin geen noodzakelijke voorwaarde is om een besluit onder de reikwijdte van artikel 23 lid 1 GG te brengen. Daarvoor is het blijkbaar voldoende dat het betreffende besluit de EU-Verdragen wijzigt, *de jure* of *de facto*. Dat is overigens in lijn met de beoordeling door het hof van de vereenvoudigde verdragswijzigingsprocedure in artikel 48 lid 6 VEU: de toepassing daarvan vergt in Duitsland altijd goedkeuring bij wet in de zin van artikel 23 lid 1 GG, hoewel op grond van

en constateert vervolgens dat zo’n wijziging het gevolg is van het ESM-verdrag, hoewel daarmee geen soevereine bevoegdheden zijn overgedragen; BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 123.

<sup>15</sup> BVerfGE 129, 124 (EFSF), par. 107: ‘...handelt es sich um die Begründung von Verbindlichkeiten, die in ihren Auswirkungen einer Übertragung von Hoheitsrechten gleichkommen können, wenn der Bundestag nicht mehr in eigener Verantwortung über sein Budget disponieren kann.’

<sup>16</sup> BVerfGE 131, 152 (ESM-informatieplicht), par. 140: ‘Jede Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen an die Europäische Union und/oder ihre Organe ist daher in der Sache eine Übertragung von Hoheitsrechten.’

<sup>17</sup> Maunz/Dürig/Callies, 92. EL August 2020, GG Art. 24 Abs. 1 Rn. 45; zie echter ook Rn. 46-50; zie ook F. Wollenschläger, ‘Völkerrechtliche Flankierung des EU-Integrationsprogramms als Herausforderung für den Europa-Artikel des Grundgesetzes (Art. 23 GG)’, *NWZ* 2012, 713.

de genoemde VEU bepaling geen bevoegdheden aan de EU kunnen worden toegekend.<sup>18</sup>

### Gekwalificeerde meerderheden?

#### *De hoofdregel*

Zoals gezegd kon (en kan) de Bondsdag op grond van artikel 24 GG bij wet met gewone meerderheid soevereine bevoegdheden overdragen aan internationale organisaties. Ten tijde van de totstandkoming van de Duitse grondwet werd aangenomen dat iedere overdracht van een soevereine bevoegdheid inhoudelijk gezien een wijziging van de grondwet teweegbrengt, omdat deze gebaseerd is op de veronderstelling dat het overheidsgezag in Duitsland door Duitse organen wordt uitgeoefend. Maar om geen twijfel te laten bestaan over de Duitse bereidheid om internationaal te integreren, zag de *Parlamentarische Rat*, die de Duitse grondwet opstelde en uitvaardigde, ervan af om voor zulke overdrachten de gekwalificeerde meerderheden te eisen die voor een grondwetswijziging nodig zijn.<sup>19</sup> Daarmee breekt dus artikel 23 lid 1, 3<sup>e</sup> zin, door die meerderheden wel te eisen voor in ieder geval bepaalde wijzigingen van de EU verdragen.

Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 23 stelde de Duitse regering dat gekwalificeerde meerderheden alleen nodig zouden zijn voor verdragen die de *grondslagen* van de EU zouden wijzigen; verdragswijzigingen met een lager soortelijk gewicht zouden door Bondsdag en Bondsraad met gewone meerderheden kunnen worden aanvaard. Dat standpunt, waaraan de regering altijd heeft vastgehouden en dat gebaseerd is op verschillende tekstuele en wets-systematische argumenten, wordt in verschillende varianten ook in de literatuur verdedigd en is door de regering en de Bondsdag

<sup>18</sup> BVerfGE 123, 267 (Lissabon), par. 312: Der Bezug eines Beschlusses nach Art. 48 Abs. 6 EUV-Lissabon zur Zuständigkeitsordnung der Europäischen Union zwingt dazu, das vereinfachte Änderungsverfahren generell wie eine Übertragung von Hoheitsrechten im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG zu behandeln.

<sup>19</sup> Schmalenbach, a.w. noot 3, p. 34.

ingenomen in de hier besproken zaak.<sup>20</sup> Tijdens de parlementaire behandeling werd het door de Bondsraad en de al eerder genoemde *Sonderausschuß* en de *Gemeinsame Verfassungskommission* echter verworpen: iedere overdracht van soevereine bevoegdheden die zou uitstijgen boven de in de EU verdragen neergelegde machtigingen zou gekwalificeerde meerderheden vergen.<sup>21</sup>

Tegelijkertijd aanvaardden de drie genoemde gremia dat dat voor *vergleichbare Regelungen* anders zou kunnen zijn. Dat begrip werd, zoals gezegd, ingevoegd in de 3e zin van artikel 23 lid 1 met het oog op de vereenvoudigde verdragswijzigingsprocedures in het Verdrag van Maastricht, dat wil zeggen de bepalingen die het mogelijk maakten het Verdrag te wijzigen op grond van een unaniem en door de lidstaten overeenkomstig hun grondwettelijke bepalingen goedgekeurd besluit van de Raad. Zulke vereenvoudigde verdragswijzigingen zouden alleen gekwalificeerde meerderheden vergen als zij inbreuk zouden maken op specifieke grondwetsbepalingen; in alle andere gevallen zou hun goedkeuring al min of meer besloten liggen in het met twee-derde meerderheden goedgekeurde Verdrag zelf en zouden gewone meerderheden volstaan.<sup>22</sup>

Het *Bundesverfassungsgericht* beroept zich in de hier besproken uitspraak op de geschetste parlementaire geschiedenis om vast te stellen dat de grondwetamenderende wetgever in beginsel wilde dat iedere boven de verdragen uitstijgende toekenning van soevereine bevoegdheden aan de EU met twee-derde meerderheden moet worden goedgekeurd.<sup>23</sup> Daaraan voegt het toe dat zulke overdrachten ook *regelmäßig* inhoudelijke wijzigingen van de Duitse grondwet mogelijk maken omdat de uitoefening van de overgedragen bevoegdheden niet gebonden is aan Duitse grondrechten en hun verdere ontwikkeling onvoorspelbaar is. Van zo'n materiële grondwetswijziging is met

<sup>20</sup> M. Wendel, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht* (Mohr Siebeck 2011), p. 241-245; Maunz/Dürig/Scholz, 92. EL August 2020, GG Art. 23 Rn. 117-121; Heintschel von Heinegg/Frau, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Rn. 37; BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 58, 64.

<sup>21</sup> Schmalenbach, a.w. noot 3, p. 87-94.

<sup>22</sup> Schmalenbach, a.w. noot 3, p. 95-97.

<sup>23</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 127-129.

name sprake als verdragen of besluiten de EU of vergelijkbare organisaties een exclusieve of gedeelde bevoegdheid geven, als zij inbreuken mogelijk maken op de wetgevende bevoegdheden van de deelstaten of op de bestuurlijke en rechterlijke bevoegdheden van de Bond en de deelstaten, en als zij verandering brengen in de grondwettelijke voorschriften betreffende gemeentelijk zelfbestuur, de *Bundesbank* of de structuur van de rechterlijke macht.<sup>24</sup>

Het hof kon vervolgens met een simpele subsumptie-exercitie vaststellen dat de Overeenkomst betreffende een eengemaakt octrooige-recht een besluit is als bedoeld in artikel 23 lid 1, 3<sup>e</sup> zin. Dat verdrag wijzigt niet alleen artikel 262 VWEU omdat het de daarin bedoelde bevoegdheden toekent aan een andere rechter dan het Hof van Justitie, en het draagt niet alleen 'echte' *Hobeitsrechte* over, maar het wijzigt ook de Duitse grondwet inhoudelijk, onder meer haar artikel 92, door bevoegdheden van Duitse rechtbanken over te dragen aan een internationale rechter die de voorrang van het EU-recht moet respecteren en die bevoegd is om nationaal recht te interpreteren en toe te passen, en die aldus onderdeel wordt van de 'binnenlandse rechterlijke macht' (*innerstaatlichen Gerichtsbarkeit*).<sup>25</sup> De Overeenkomst moest daarom met gekwalificeerde meerderheden zijn goedgekeurd. In de Bondsdag hadden evenwel slechts 35 (volgens een andere bron 38) leden gestemd, weliswaar allemaal vóór, maar bij lange niet voldoende voor een twee-derde meerderheid van zijn leden. De goedkeuringswet werd daarom nietig verklaard. Ondertussen is een nieuwe goedkeuringswet ook in de Bondsdag met twee-derde meerderheid aanvaard.<sup>26</sup>

### *De uitzondering*

Men kan zich afvragen of de overwegingen die het hof zowel in *abstracto* als in *concreto* wijdt aan de materiële grondwetswijzigingen die

<sup>24</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 130-131.

<sup>25</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 153-161.

<sup>26</sup> Maar de Overeenkomst is door Duitsland nog steeds niet geratificeerd, omdat er een nieuw *Verfassungsbeschwerde* tegen is ingediend, nu op inhoudelijke gronden.

de toekenning van soevereine bevoegdheden aan de EU en aanverwante organisaties *regelmäßig* te weeg brengen,<sup>27</sup> niet ten overvloede zijn: als iedere ‘nieuwe’ bevoegdheidsoverdracht gekwalificeerde meerderheden vereist, lijkt de vraag of daarmee de grondwet materieel wordt gewijzigd immers hooguit nog theoretisch, maar niet meer praktisch relevant. Maar misschien speelt die voorwaarde nog een rol bij de toepassing van de uitzondering op de regel dat bevoegdheids-overdrachten gekwalificeerde meerderheden vereisen, waar we tot slot van de paragraaf nog even bij stil staan.

In het bijzonder, aldus het hof, kunnen bevoegdheden met gewone meerderheden worden overgedragen als zij ‘voldoende afgebakend’ (*hinreichend bestimmt angelegt*) zijn én al eerder zijn overgedragen met twee-derde meerderheden.<sup>28</sup> Veel ruimte voor uitzonderingen op de hoofdregel lijkt er daarmee niet te zijn. Anders dan ik eerder dacht,<sup>29</sup> betekent dit waarschijnlijk ook dat het ESM-verdrag, zoals overigens ook geschied is, met twee-derde meerderheden moest worden goedgekeurd. Daarvoor kunnen verschillende argumenten worden aangevoerd. Allereerst kan het ESM-verdrag niet onder de uitzonderingen vallen, omdat het niet eerder met twee-derde meerderheid is aanvaard. Bovendien eist artikel 23 lid 1, 3<sup>e</sup> zin naar de letter genomen niet dat een besluit dat onder zijn werking valt *Hobeitsrechte* overdraagt. Daarvoor is het voldoende dat het de EU-Verdragen wijzigt, hetgeen dat verdrag doet volgens het Duitse hof (maar niet volgens het Hof van Justitie). Verder is het onwaarschijnlijk dat een verdrag dat volgens het Bundesverfassungsgericht de Verdragen ingrijpend wijzigt en dat grote gevolgen kan hebben voor de Duitse begroting met gewone meerderheden zou kunnen worden goedgekeurd, terwijl de in ieder geval relatief veel minder ingrijpende

<sup>27</sup> Ze komen overigens ook al voor in jurisprudentie over artikel 24 lid 1 GG, BVerfGE 58, 1 (Eurocontrol I), par. 105.

<sup>28</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 129.

<sup>29</sup> J.H. Reestman, ‘National Constitutional Obstacles to Differentiated Integration’, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2021/06* (Februari 2021), p. 19; available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3798391> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3798391>.

Overeenkomst betreffende het eenvormig octrooigerecht gekwalificeerde meerderheden vergt. Maar goed, het kán natuurlijk wel.<sup>30</sup>

Hoe verhoudt deze uitzondering zich tot het tijdens de parlementaire behandeling van artikel 23 ingenomen standpunt dat vereenvoudigde verdragswijzigingen met gewone meerderheden zouden kunnen worden goedgekeurd als zij niet aan specifieke grondwettelijke bepalingen zouden raken? Het eerste deel van het antwoord op die vraag gaf het hof al in zijn uitspraak over het Verdrag van Lissabon, waarnaar het in deze context overigens niet verwijst: zulke vereenvoudigde verdragswijzigingen vereisen in Duitsland altijd een wet in de zin van artikel 23 lid 1 GG, maar niet altijd gekwalificeerde meerderheden.<sup>31</sup> Kortom, een vereenvoudigde verdragswijziging kan onder omstandigheden worden beschouwd als reeds eerder goedgekeurd met twee-derde meerderheden. Tot zover is het hof dus consequent in zijn wetshistorische benadering. Hoe verhoudt de voorwaarde dat een overdracht voldoende begrensd moet zijn zich tot de betrokkenheid van een specifieke grondwettelijke bepaling? Het enige wat ik daarover met zekerheid kan zeggen is dat om te bepalen of een specifieke grondwettelijke bepaling in het geding is, de overdracht een zekere begrensdheid dient te hebben. Ik ga er verder maar niet over speculeren. Eén opmerking evenwel nog: het lijkt mij wel zeker dat als de lidstaten ooit mochten besluiten de bevoegdheden van het eenge-maakt octrooigerecht alsnog toe te kennen aan het Hof van Justitie ex artikel 262 VWEU, het betreffende Raadsbesluit met gewone meerderheden kan worden goedgekeurd. In dat geval is de overdracht immers zowel precies afgebakend als reeds eerder goedgekeurd met twee-derde meerderheden.

<sup>30</sup> Zoals in Nederland verdragen die zeer diep ingrijpen in de Nederlandse constitutionele structuur met gewone meerderheden kunnen worden goedgekeurd, terwijl relatief weinig ingrijpende verdragen twee-derde meerderheden vergen. Leonard weet er alles van, zie L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie* (Europa Law Publishing 2002).

<sup>31</sup> BVerfGE 123, 267 (Lissabon), par. 312-314. Ik laat hier de *passerelles* buiten beschouwing.

## Een obstakel voor verdere integratie?

### *Formelle Übertragungskontrolle en actio popularis*

Volgens artikel 90 lid 1 *Bundesverfassungsgerichtgesetz* kan eenieder die meent dat het openbaar gezag zijn grondrechten of enkele andere in het artikel genoemde subjectieve rechten schendt, zich met een constitutionele klacht tot het Duitse hof wenden. Tot die rechten behoort artikel 38 GG, dat iedere meerderjarige Duitser het recht geeft aan de verkiezingen voor de Bondsdag deel te nemen. Met dat kiesrecht kan hij het staatsgezag legitimeren en tegelijkertijd de uitoefening ervan beïnvloeden.<sup>32</sup> In combinatie met de in artikel 20 besloten liggende beginselen van democratie en volkssoevereiniteit, die deel uitmaken van de door artikel 79 lid 3 beschermde onaantastbare kern van de Duitse grondwet, heeft het Duitse hof uit artikel 38 in eerste instantie twee subjectieve rechten van Duitse kiezers afgeleid, die het beschermt met behulp van twee toetsen. Het eerste betreft het recht op een Bondsdag met taken en bevoegdheden van substantieel politiek gewicht – onder meer ter waarborging daarvan dient de (constitutionele) identiteitstoets. Het tweede recht is het recht om niet onderworpen te worden aan publiek gezag dat de Duitse kiezer niet heeft kunnen legitimeren – daartegen beschermt de *ultra vires* toets. Die toets beschermt Duitse burgers tegen besluiten van de EU die naar het oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* niet zijn terug te voeren op door Duitsland overgedragen bevoegdheden.<sup>33</sup>

Daar voegt het Duitse hof nu een derde subjectief recht aan toe: het recht dat overdrachten van soevereine bevoegdheden aan de EU en aanverwante organisaties plaatsvinden volgens de procedurevoorschriften van artikel 23 lid 1 GG. Dat recht wordt beschermd met behulp van de *formelle Übertragungskontrolle*, die het Duitse hof preventief, nog voordat de goedkeuringswet door de Bondsprezident wordt uitgevaardigd, uitvoert op verzoek van iedere Duitser die op

<sup>32</sup> BVerfGE 89, 155 (Maastricht), par. 61.

<sup>33</sup> BVerfGE 123, 267 (Lissabon), par. 240; BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 96.

het eerste gezicht aannemelijk maakt dat de procedurevoorschriften zijn miskend.<sup>34</sup> Als in strijd met de procedurevoorschriften bevoegdheden worden overgedragen, ontbreekt de door de grondwetamenderende wetgever gewenste versterkte democratische legitimatie daarvan en zijn door Duitsland feitelijk geen bevoegdheden overgedragen, aldus het hof. Besluiten van de betreffende internationale instellingen zijn naar Duits recht daarom *ultra vires*.

Om te onderbouwen dat door de schending van deze procedurevoorschriften de harde kern van democratie en volkssoevereiniteit wordt geraakt, wijst het hof erop dat bevoegdheidsoverdrachten aan internationale organisaties in de regel niet omkeerbaar zijn. Dat geldt in het bijzonder voor bevoegdheidsoverdrachten aan de EU, gezien het beginsel van de gemeenschapstrouw (artikel 4 lid 3 VEU). Daarom wordt door bevoegdheidsoverdrachten aan de EU en aanverwante organisaties het domein van de Duitse politiek en daarmee dat van de Duitse wetgever structureel beperkt, en dus ook het kiesrecht van de Duitse kiezer. Dat is, aldus het hof, het grote verschil met een besluit van de grondwetamenderende wetgever om een bepaalde kwestie in de grondwet te regelen – tegen zo'n besluit kan de Duitse kiezer bij het hof niet opkomen. Door zo'n besluit wordt het domein van de politiek weliswaar ook beperkt, maar die beperking kan met twee-derde meerderheden worden teruggedraaid. Het kiesrecht, zo het hof, wordt er daarom niet of althans niet structureel door aangetast.<sup>35</sup>

### *Abweichende Meinung*

In hun *Abweichende Meinung* keren de rechters König, Langenfeld en Maidowski zich tegen het nieuwe burgerrecht en de *actio popularis*. Die ontwikkeling zou in strijd zijn met eerdere jurisprudentie van het hof en het wezen van de door artikel 38 in combinatie met artikel 20 en 79 lid 3 GG beschermde rechten miskennen. Bovendien zou de *formelle Übertragungskontrolle* een ander karakter hebben dan de

<sup>34</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 100-103.

<sup>35</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, par. 92-99.



identiteits- en *ultra vires* toetsen. Die zijn respectievelijk gericht op het beschermen van het Duitse politieke en parlementaire debat tegen de uitholling ervan door bevoegdheidsoverdrachten die in strijd zijn met de *Ewigkeitsklausel* en bevoegdheidsusurpaties door EU-instellingen. Maar daar is *in casu* geen sprake van: de Bondsdag heeft – *wenn auch möglicherweise formell fehlerhaft* –<sup>36</sup> bevoegdheden overgedragen die hij mocht overdragen, uit vrije wil. In feite, aldus het drietal, mengt het hof zich met de nieuwe toets in interne parlementaire aangelegenheden, en voert het, zij het op een beperkt terrein, de *allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle* in die het altijd gezegd heeft te willen vermijden.<sup>37</sup>

Die betutteling van het parlement heeft mogelijkwerwijs ook grote consequenties voor het EU-integratieproces, waaraan de grondwetamenderende wetgever Duitsland verplicht deel te nemen. Terwijl het ook mogelijk moet zijn met *knappen Mehrheiten zu entscheiden*, valt te verwachten, aldus het drietal, dat het parlement er voortaan voor alle zekerheid naar zal streven om bevoegdheidsoverdrachten aan de EU en aanverwante instellingen met twee-derde meerderheden aan te nemen. Dat gaat ten koste van het democratisch proces in Bondsdag en Bondsraad, beperkt de noodzakelijke vrije politieke beleidsruimte van het parlement in Europese zaken en bemoeilijkt de verdere ontwikkeling van de EU, zo het deze niet verhindert.<sup>38</sup> Door anderen is daaraan toegevoegd dat het in het Duitse parlement steeds moeilijker wordt om gekwalificeerde meerderheden te vinden voor nieuwe integratiestappen.<sup>39</sup>

De positie van de drie rechters is moeilijk te duiden, temeer daar zij zich, zo begrijp ik het, niet principieel verzetten tegen de ruime

<sup>36</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, Abweichende Meinung, par. 13.

<sup>37</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, Abweichende Meinung, par. 18.

<sup>38</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, Abweichende Meinung, par. 20 en 21. Dat is meer in het algemeen de centrale stelling in het proefschrift van een van Leonards promovendi, Nik de Boer, *Judging European Democracy: National Constitutional Review and Its Democratic Legitimacy* (2018).

<sup>39</sup> F.C. Mayer, 'The Ultra Vires Ruling: Deconstructing the German Federal Constitutional Court's PSPP decision of 5 May 2020', 16(4) *EuConst* (2020), p. 733-769 (767-768).

interpretatie van artikel 23 lid 1 GG en ook niet tegen iedere *formelle Übertragungskontrolle* als zodanig.<sup>40</sup> Die zou ook volgens hen in bepaalde gevallen mogelijk moeten zijn, bijvoorbeeld in het kader van een individuele klacht tegen een besluit van een internationale instelling waardoor de betrokkene individueel en direct in zijn grondrechten wordt geraakt (*spezifische Grundrechtsbetroffenheit*).<sup>41</sup> Zij erkennen bovendien dat de gevolgen van een ná de inwerkingtreding van een verdrag geconstateerde formele ongrondwettigheid verstrekking kunnen zijn, omdat alle besluiten die de betreffende internationale organisatie heeft genomen dan in Duitsland geen rechtskracht hebben. Men kan zich daarom afvragen of alleen al om redenen van nationale en internationale rechtszekerheid de mogelijkheid van een structurele preventieve rechtmatigheidscontrole niet te prefereren valt.

Dat het door het *Bundesverfassungsgericht* gecreëerde nieuwe burgerrecht en de preventieve procedurele grondwettigheidscontrole de voortgang van het EU-integratieproces kunnen vertragen, lijkt geen twijfel: het duurde bijna drie jaar voor het hof besliste over de Overeenkomst betreffende het eenvormig octrooigerecht. Maar het standpunt van het drietal dat zij die voortgang bemoedigen *omdat* het parlement voortaan voor de zekerheid maar alle bevoegdheidsoverdrachten met twee-derde meerderheden gaat goedkeuren, ook als dat niet noodzakelijk is, kan niet overtuigen. In de opvatting van het hof kunnen bevoegdheidsoverdrachten immers slechts bij hoge uitzondering met gewone meerderheden worden goedgekeurd. Dat impliceert dat zelfs als het parlement voortaan alle bevoegdheidsoverdrachten met gekwalificeerde meerderheden goedkeurt, het aantal besluiten dat het met gewone meerderheden had kunnen goedkeuren in ieder geval kwantitatief gering en misschien wel verwaarloosbaar is. Dat zou anders zijn als het hof meer ruimte zou laten voor overdrachten met

<sup>40</sup> BVerfG 13 februari 2020, a.w. noot 2, Abweichende Meinung, par. 21.

<sup>41</sup> Ibidem, par. 3, 7, 18. Zie voor de verschillende procedures bij het *Bundesverfassungsgericht*, P.P.T. Bovend'Eert & M.C. Burkens, 'The Federal Republic of Germany', in Leonard Besselink e.a. (red.), *Constitutional Law of the EU Member States* (Kluwer 2014), p. 692-693.

gewone meerderheden en het hof het in eerste instantie aan het parlement zou overlaten om van geval tot geval en op grond van het gewicht van de over te dragen bevoegdheid te beslissen welke meerderheden daarvoor vereist zijn.<sup>42</sup> Ik vermoed dat voor het drietal primair hier de pijn zit, dat het, met andere woorden, net als de Duitse regering, toen en nu; net als de huidige Bondsraad; en net als een deel van de literatuur, een ruime opvatting voorstaat van de reikwijdte van artikel 23 lid 1, 2<sup>e</sup> zin: het zou rechtens vaker mogelijk moeten zijn met *knappen Mehrheiten zu entscheiden*.

### Tot slot

Er valt altijd wat te kiezen, in dit geval tussen een wethistorisch-teleologische en een grammaticaal-systematische interpretatie van artikel 23 lid 1 GG. Het *Bundesverfassungsgericht* opteert voor de eerst genoemde benadering en brengt daarom overdrachten van soevereine bevoegdheden aan formeel buiten de EU staande maar daarmee nauw verbonden internationale organisaties onder de reikwijdte van het artikellid. Om dezelfde reden vat het de mogelijkheden voor de Bondsraad en Bondsraad om met gewone meerderheden bevoegdheden over te dragen zeer beperkt op. Daarvoor is vereist dat de overdracht reeds eerder door hen is goedgekeurd met gekwalificeerde meerderheden en voldoende afgebakend is. Daarbij creëert het hof een nieuw burgerrecht en een nieuwe toets gericht op naleving van de in artikel 23 lid 1 neergelegde procedurevoorschriften. Aldus is een nieuwe verdedigingslinie rond de Duitse grondwet opgetrokken.

De Duitse regering en een deel van de literatuur verdedigen een grammaticaal-wetssystematische interpretatie van artikel 23 lid 1 GG, waarin meer ruimte is voor overdrachten met gewone meerderheden. Daarbij sluiten de *dissenters* aan. Volgens hen beknot het hof met zijn interpretaties en creaties de vrije democratische beslissingsbevoegdheid van het parlement en voert het op een beperkt terrein een algemene rechtmatigheidscontrole in. Hun pijlen lijken zich primair te richten op de opvatting van het hof dat in beginsel iedere nieuwe

<sup>42</sup> Wendel, a.w. noot 20, p. 244.

toekenning van bevoegdheden aan de EU of haar satelliet-instellingen twee-derde meerderheden vergt. De kans dat het EU-integratieproces door de aldus vereiste hoge democratische legitimatie gaat hapelen wordt er navenant mee vergroot.

