

Der Open-Access-Publikationsserver der ZBW – Leibniz-Informationzentrum Wirtschaft
The Open Access Publication Server of the ZBW – Leibniz Information Centre for Economics

Franzius, Claudio

Working Paper

Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück? Modifikationen 'offener Staatlichkeit' durch das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

TranState working papers, No. 124

Provided in cooperation with:

Universität Bremen

Suggested citation: Franzius, Claudio (2010) : Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück? Modifikationen 'offener Staatlichkeit' durch das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, TranState working papers, No. 124, <http://hdl.handle.net/10419/37092>

Nutzungsbedingungen:

Die ZBW räumt Ihnen als Nutzerin/Nutzer das unentgeltliche, räumlich unbeschränkte und zeitlich auf die Dauer des Schutzrechts beschränkte einfache Recht ein, das ausgewählte Werk im Rahmen der unter

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen> nachzulesenden vollständigen Nutzungsbedingungen zu vervielfältigen, mit denen die Nutzerin/der Nutzer sich durch die erste Nutzung einverstanden erklärt.

Terms of use:

The ZBW grants you, the user, the non-exclusive right to use the selected work free of charge, territorially unrestricted and within the time limit of the term of the property rights according to the terms specified at

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen>
By the first use of the selected work the user agrees and declares to comply with these terms of use.



TranState Working Papers

VOM NATIONALSTAAT ZUM
MITGLIEDSTAAT UND WIEDER ZURÜCK?
MODIFIKATIONEN „OFFENER STAATLICHKEIT“
DURCH DAS LISSABON-URTEIL DES
BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

CLAUDIO FRANZIUS

No. 124

Universität Bremen • University of Bremen
Jacobs Universität Bremen • Jacobs University Bremen
Universität Oldenburg • University of Oldenburg

Staatlichkeit im Wandel • Transformations of the State
Sonderforschungsbereich 597 • Collaborative Research Center 597

Claudio Franzius

***Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück?
Modifikationen „offener Staatlichkeit“ durch das
Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts***

TranState Working Papers

No. 124

Sfb597 „Staatlichkeit im Wandel“ – „Transformations of the State“

Bremen, 2010

[ISSN 1861-1176]

Claudio Franzius

Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück? Modifikationen „offener Staatlichkeit“ durch das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts
(TranState Working Papers, 124)

Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2010

ISSN 1861-1176

Hinweis: In diesem Arbeitspapier wird die juristische Kurzzitierweise verwendet. Ort und Verlag sowie bei einem Artikel die Heftnummer und die Endseite werden nicht ausgewiesen; Zeitschriften werden entsprechend den üblichen juristischen Abkürzungen zitiert. Seitenangaben beziehen sich meist auf die Anfangsseite und, wenn geklammert, auf die zitierte Seite. „Rn“ ist die Abkürzung für Randnummer. Rs. = Rechtssache. Slg. = Sammlung.

Universität Bremen

Sonderforschungsbereich 597 / Collaborative Research Center 597

Staatlichkeit im Wandel / Transformations of the State

Postfach 33 04 40

D - 28334 Bremen

Tel.:+ 49 421 218-8720

Fax:+ 49 421 218-8721

Homepage: <http://www.staatlichkeit.uni-bremen.de>

**Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück?
Modifikationen „offener Staatlichkeit“ durch das Lissabon-Urteil des
Bundesverfassungsgerichts**

ZUSAMMENFASSUNG

Europäisierungsprozesse werden vielfach als Bedrohung wahrgenommen. Weil das spezifisch „europäische“ am Transformationsprozess von Staatlichkeit nicht so richtig zu fassen ist, bleibt als Ausweg nur die Argumentation mit dem *Staat*. So auch im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das sich wie ein Lehrbuch zur allgemeinen Staatslehre liest. Zwar wird der Staat des Grundgesetzes erstmals ausdrücklich als europarechtsfreundlich ausgewiesen. Doch das Gericht *öffnet* den Staat nicht nur gegenüber den europäischen Herausforderungen und begreift ihn als *Mitgliedstaat*, sondern zieht der Preisgabe von Souveränität auch *Grenzen* und versteht ihn als *Nationalstaat*. Dagegen, dass Integration demokratisch verantwortet werden muss, lässt sich wenig sagen. Ob sich aber mit der neuen Identitätskontrolle unter der im Urteil überstrapazierten „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG ein verantwortungsvoller Umgang mit dem Europarecht einstellen wird, bleibt abzuwarten. Der Staat geht nicht in Europa auf, das ist die Botschaft des Gerichts. In der *partikularistischen* Perspektive scheint sich der zweite Senat vom Leitbild offener Staatlichkeit zu verabschieden. Dann sollte aber auch darauf verzichtet werden, Europa einfach vom Staat aus denken.

INHALT

I. EINFÜHRUNG	1
II. „INTEGRATIONSERMÄCHTIGUNG“	4
1. Struktursicherung, Art. 23 I 1 GG	4
2. Übertragung von Hoheitsrechten, Art. 23 I 2 GG	5
3. Änderungen des Grundgesetzes, Art. 23 I 3 GG	6
III. EUROPARECHT IN DEUTSCHLAND	9
1. Vorrang des Europarechts	9
2. Konformauslegung	11
3. Vorabentscheidungsverfahren	14
IV. VERFASSUNGSRECHTLICHE STÄRKUNG DER MITWIRKUNGSRECHTE	17
1. Mitwirkung deutscher Organe: Art. 23 Ia – III GG	17
a) Subsidiaritätsklage	17
b) Rückbindung europäischer Hoheitsgewalt	18
c) Ausgestaltung der Integrationsverantwortung	20
2. Kompetenzverteilung: Art. 23 IV – VII GG	23
V. VERFASSUNGSGERICHTLICHE KONTROLLE	25
1. „Türöffner“ des Art. 38 GG	26
2. Verfassungsgerichtliche Kontrolle und seine Grenzen	27
VI. FAZIT	30
BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG	34

Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück? Modifikationen „offener Staatlichkeit“ durch das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

I. EINFÜHRUNG

Mit dem Abschluss der römischen Verträge wurden aus den Nationalstaaten, die sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zwei Weltkriegen ausgesetzt gesehen hatten, Mitgliedstaaten. Um aus den „schmerzlichen Erfahrungen der Vergangenheit“ zu lernen, gaben die Nationalstaaten einen Teil der Souveränität zugunsten wechselseitiger Bindungen ab. Die europäische Rechts- und Wirtschaftsgemeinschaft war ein politisches Projekt, das die Atavismen des Nationalstaates zu bändigen suchte. Den Nationalstaat, wie er im ausgehenden 19. Jahrhundert gefeiert wurde, ihn gibt es seit 1957 so nicht mehr.

Nahezu durchgängig spricht das Europarecht von *Mitgliedstaaten* und im Staatsrecht ist von offener Staatlichkeit die Rede. Sukzessive wurden immer mehr Hoheitsrechte auf die Union übertragen, was in regelmäßigen Abständen, vor allem anlässlich der Vertragsänderungen von Maastricht und Lissabon, die Frage nach dem Verlust von Staatlichkeit provozierte. Dabei droht übersehen zu werden, dass es sich um Selbsttransformationen des Staates handelt, der sich auf diese Weise veränderten Herausforderungen anpasst. Auch gerät aus dem Blick, dass mit dem Verzicht auf Vorstellungen einer impermeablen Souveränität des Staates eine verfassungsrechtlich erlaubte Europäisierung des Transformationsprozesses möglich wird. Längst tritt die Internationalisierung hinzu, was den Anpassungs- und Verarbeitungsdruck nochmals verschärft. Aber die Prozesse bleiben auf der Vergleichsfolie des Staates, der noch immer als *Nationalstaat* gedacht wird. Das provoziert die Vorstellung, wir könnten Veränderungen an einem Staat messen, der als historische Erfahrung in das Grundgesetz eingeschrieben sein mag, aber nicht mehr als reale Entscheidungs- und Wirkungseinheit¹ zugrundegelegt werden kann.

Damit ist die Ausgangsfrage nicht ihrer Rhetorik preisgegeben. Wir sprechen von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, deren Rechtsordnungen sich der Europäisierung öffnen. Die Mitgliedstaaten der Union sind auch Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen und insoweit der Internationalisierung ausgesetzt. Eine Reihe von Entwicklungen weist auf die unterschiedlichen Verschränkungsmöglichkeiten dieser Prozesse hin. So erhält das Völkerrecht immer häufiger eine europarechtliche Verstärkerwirkung in das Recht des Mitgliedstaates, was sich etwa in den vom Sicherheitsrat beschlossenen *smart sanctions* zur Bekämpfung des internationalen Terrors zeigte. Gerade das Urteil

¹ Hermann Heller, Staatslehre, 1934, 259.

des EuGH in der Rechtssache *Kadi*, womit die Verordnung des Rates zur Umsetzung der völkerrechtlichen Antiterrormaßnahmen für nichtig erklärt wurde, zeigt in der Begründung und im Ergebnis, wie eigenständig und selbstbewußt die Europäische Union aus der Sicht der Luxemburger Richter konzipiert wird.² Vielleicht erscheint das Potential der Europäisierung deshalb bedrohlicher als das Internationalisierungsszenario. Als Teil der Union ist der Mitgliedstaat jedenfalls einem Veränderungsdruck ausgesetzt, der sich mit der unmittelbaren Anwendbarkeit und dem Vorrang des Europarechts schon seit langem von der Internationalisierung unterscheidet. Obwohl seit langer Zeit mit einer Vielzahl von Mechanismen auf das Phänomen sich emanzipierender europäischer Herrschaftsgewalt geantwortet wird, institutionell etwa durch die Einrichtung des Europäischen Parlaments oder mit der prätorischen „Erfindung“ europäischer Grundrechte, bleibt der hierdurch legitimierte Europäisierungsdruck einzigartig.

Weil Europa über kein Vorbild verfügt, ersichtlich aber nicht als regionale Ordnung in der Welt aufgeht, bleibt vielfach nur der Staat, in den sich die Europäische Union verwandeln müsse, soll sie die Aufgaben erfüllen, derentwegen sie von den Mitgliedstaaten geschaffen wurde. In diesem Staatlichkeitsparadigma treffen sich *Walter Hallstein* mit seiner föderalen Vision des Bundesstaats im Werden und das Bundesverfassungsgericht mit dem im Lissabon-Urteil³ bekräftigten Verbot europäischer Bundesstaatlichkeit. Nicht zuletzt mit dem Verweis auf eine neue Verfassung nach Art. 146 GG macht der zweite Senat deutlich, dass er diesen Weg für nicht ausgeschlossen hält. Umso klarer fällt die Aussage für den durch das Grundgesetz verfassten Staat aus. Ihm ist es nach Art. 79 III GG untersagt, die Souveränität aufzugeben und sich der Kompetenzen zu entledigen, die zur Ausfüllung des „demokratischen Primär-raums“ unveräußerlich sind.⁴ Dass die formale Betrachtung der Kompetenzen eine Europäisierung von souveränitätssensiblen Bereichen wie der Sozialpolitik nicht ausschließt, zeigt die offene Methode der Koordinierung.⁵ Aber die überschießenden Begründungselemente des Lissabon-Urteils, das sich wie ein Beitrag zur allgemeinen Staatslehre liest, haben den

² EuGH, Rs. C-402/05 P *Kadi*, Slg. 2008, I-6351 Rn. 213 ff. Das Urteil kann als konstitutionelle Fortsetzung der autonomen Rechtsordnung gelesen werden, droht aber mit der Fokussierung auf die interne Dimension im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten die internationale Einbindung der Union zu vernachlässigen: *Daniel Halberstam/Eric Stein*, *The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order*, *Common Market Law Review* 46 (2009), 13.

³ BVerfGE 123, 267; erläuternd: *Isabel Schübel-Pfister/Karen Kaiser*, *JuS* 2009, 767; *Franz Mayer*, *Rashomon in Karlsruhe*, *NJW* 2010, 714. Das Urteil polarisiert: kritisch *Christoph Schönberger*, *Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot*, *Der Staat* 48 (2009), 535; zustimmend *Klaus Ferdinand Gärditz/Christian Hillgruber*, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen*, *JZ* 2009, 872; ausgewogen *Matthias Ruffert*, *An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts*, *DVBl* 2009, 1197. Themenhefte: *German Law Journal* 10 (2009), Nr. 8; *Der Staat* 48 (2009), Heft 4; *Fischer-Lescano/Joerges/Wonka* (Hrsg.), *The German Constitutional Court’s Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives*, *ZERP DP* 1/2010.

⁴ BVerfGE 123, 267 Rn. 360.

⁵ Kritisch: *Christian Joerges*, *Integration durch Entrechtlichung*, in: *Schuppert/Zürn* (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, *PVS-Sonderheft* 41/2007, 213.

Verdacht genährt, der zweite Senat kehre in seiner Perspektive auf Europa und die Mitgliedstaaten zum Nationalstaat zurück. Dieser Weg ist nicht unbekannt, aber durch das Grundgesetz verbaut.

So bietet das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon⁶ einmal mehr Anlass, sich der Anforderungen des Grundgesetzes für die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Entwicklung der europäischen Integration zu vergewissern. Während Art. 23 I GG unterschiedliche Aussagen zur Geltung des Europarechts in Deutschland enthält, beziehen sich die Regelungen des Art. 23 Ia-VII GG auf die Verteilung der Mitwirkungsrechte der Organe. Das Bundesverfassungsgericht hält sich im Lissabon-Urteil nicht lange mit einer Analyse dieser Normen auf, sondern greift auf Kategorien der Staatslehre zurück. Das macht es ebenso angreifbar wie interessant. Nimmt man die Implikationen für die gerichtliche Kontrolle in den Blick, steht das Urteil nicht bloß in der Kontinuität des staatsbezogenen Denkens. Es friert den *status quo* des erreichten Integrationsstands ein⁷ und muss sich kritische Nachfragen nach seinem Demokratieverständnis gefallen lassen, aber auch, ob *Konrad Adenauer*, *Willy Brandt* und *Helmut Kohl* am Rande der Verfassungswidrigkeit operierten.

Der vorliegende Beitrag rekapituliert, worin das „europäische“ am Transformationsprozess von Staatlichkeit liegt. Dafür wird weder eine europäische noch eine staatliche, sondern eine verfassungsrechtliche Perspektive gewählt. Es geht nicht um Europäisierungsanteile transformierter Staatlichkeit, sondern um eine Bilanz der europaverfassungsrechtlichen Grundlagen des Grundgesetzes, das in der Ermächtigung zur Selbsttransformation des Staates ein relativ hohes Maß an Europäisierung zulässt. Mit der Rede von der „Europarechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes droht das differenzierte Regelungsgefüge des Art. 23 GG unterlaufen zu werden. Deshalb gilt es, in einem ersten Schritt die Integrationsermächtigung des Art. 23 I GG hervorzuheben (II.). Das Grundgesetz öffnet die staatliche Rechtsordnung für den Einfluss des Europarechts. Wichtige Verkoppelungsmechanismen sind der Vorrang des Europarechts, die unionsrechtliche Pflicht zur Konformauslegung des nationalen Rechts und das Vorabentscheidungsverfahren (III.). Vor diesem Hintergrund wird die Europäisierung des Staates durch die europabezogene Spiegelung der innerstaatlichen Kompetenzverteilung nach Art. 23 Ia – VII GG abgestützt. Das betrifft die Verteilung der Organkompetenzen nach Maßgabe der „allgemeinen Integrationsverantwortung“ des Bundestags, aber mit den Verbandskompetenzen von Bund und Ländern auch eine, wie es zum Abstimmungsverhalten im Ministerrat gerne heisst, *querelle allemande* (IV.). Den Abschluss bilden die Kontrollvorbehalte, mit denen das Bundesverfassungsgericht, das sich im Schutz des

⁶ Deutschland hat dem am 13.12.2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon (ABl 2007, C 306, 1) am 8.10.2008 zugestimmt (BGBl II 2008, 1038) und den Vertrag am 25.11.2009 ratifiziert. Dieser trat am 1.12.2009 in Kraft.

⁷ Von einem integrationsfesten „Parlamentspatriotismus“ spricht *Andreas Fischer-Lescano*, Bundesverfassungsgericht: Zurück zum Nationalstaat, Blätter für deutsche und internationale Politik 8/2009, 15.

Grundgesetzes als europäisches Gericht begreift, den Integrations- und Europäisierungsprozess zu steuern sucht (V.).

II. „INTEGRATIONSERMÄCHTIGUNG“

1. Struktursicherung, Art. 23 I 1 GG

Art. 23 I 1 GG enthält mit dem *Integrationsauftrag* eine Staatszielbestimmung. Die Staatsorgane sind zur positiven Mitwirkung an der Entwicklung der Europäischen Union verpflichtet, soweit diese bestimmten Grundsätzen entspricht. Art. 23 I 1 GG verlangt keine Konvergenz, sondern strukturelle Kompatibilität. Das gilt auch für die demokratischen Grundsätze.⁸ Schon deshalb verbietet das Grundgesetz keine duale Legitimationsbeschaffung, wie sie jetzt Art. 10 ff. EUV für die Ausübung europäischer Hoheitsgewalt vorsieht.

Bemerkenswert ist, dass Art. 23 I 1 GG die Mitwirkung an die Gewährleistung eines „dem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutzes“ knüpft. Damit greift der verfassungsändernde Gesetzgeber die *Solange*-Rechtsprechung des BVerfG auf, wonach der Verzicht auf die Kontrolle europäischer Rechtsakte am Maßstab der *Grundrechte* des Grundgesetzes von der generellen Gewährleistung des Grundrechtsschutzes auf der europäischen Ebene abhängig ist.⁹

Anders stellt sich die Rechtslage mit Blick auf die *Kompetenzen* dar. Die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland setzt die Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze voraus, wozu der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 EU gerechnet werden kann. Das BVerfG versagt europäischen Rechtsakten, die von den übertragenen Kompetenzen nicht mehr gedeckt sind, die innerstaatliche Geltung.¹⁰ Mit anderen Worten: Das Gericht behält sich die *ultra vires*-Kontrolle vor und schafft damit Raum für Konflikte mit dem EuGH, der nationalen Gerichten keine Verwerfungskompetenz über europäisches Sekundärrecht einräumt.¹¹

⁸ BVerfGE 123, 267 Rn. 266. Das Gericht verortet den demokratischen Primärraum – siehe Rn. 360 und 399 – im souveränen Staat, um daraus im Wege einer Nationalstaatsaufgabenlehre unabänderliche Integrationsgrenzen (Rn. 249 ff.) zu formulieren. Vor allem diese Betrachtung trifft auf Kritik, statt vieler: *Armin v. Bogdandy*, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, NJW 2010, 1 (3).

⁹ BVerfGE 73, 339 Leitsatz 2. Zu den Anforderungen an den Nachweis einer Herabsenkung des europäischen Grundrechtsstandards BVerfGE 102, 147 (164); bestätigt in BVerfGE 118, 79 (95) und verdeutlicht in BVerfG, NVwZ 2007, 942 f.

¹⁰ BVerfGE 89, 155 Leitsatz.

¹¹ EuGH, Rs. 314/85 *Foto Frost*, Slg. 1987, 4199 Rn. 17.

2. Übertragung von Hoheitsrechten, Art. 23 I 2 GG

Das BVerfG weist im Lissabon-Urteil nunmehr den Staatsorganen eine *Integrationsverantwortung* zu, verzichtet aber auf ihre nähere Verortung.¹² Der primäre Anknüpfungspunkt dürfte in Art. 23 I 2 GG zu sehen sein, der die Übertragung von Hoheitsrechten an ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates knüpft.¹³ Hieraus folgt: Jede Vertragsänderung unterfällt dem europarechtlichen Gesetzesvorbehalt des Art. 23 I 2 GG. Wird dabei das Grundgesetz geändert, ist Art. 79 II GG zu beachten.

Umstritten ist, inwieweit zusätzliche Anforderungen an *Integrationsgesetze* zu stellen sind. Insbesondere ist unklar, ob jede Übertragung von Hoheitsrechten stets als Änderung des Grundgesetzes mit der Eröffnung des Schrankenregimes des Art. 23 I 3 GG anzusehen ist. Zumindest die Systematik des Art. 23 GG spricht dagegen.¹⁴ Und die besondere Bedeutung der europäischen Integration legt Zurückhaltung nahe, über den Zugriff auf Art. 79 III GG mit der Inanspruchnahme des „letztes Wortes“ die Integration von den Grenzen aus zu betrachten.

Problematisch sind die *Brückenklauseln*. Mit diesen will der Vertrag von Lissabon der Schwerfälligkeit der Vertragsänderung begegnen. Nicht nur für die Vertragsänderungsverfahren¹⁵ verlangen §§ 2, 3 des neuen Integrationsverantwortungsgesetzes (IntVG) in Nachzeichnung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben des Lissabon-Urteils ein *Gesetz*. Auch für die Vertragsänderung durch die Brückenklausele nach Art. 48 VII EUV, in deren Rahmen der Europäische Rat nach Zustimmung des Europäischen Parlaments bei Beschlüssen von der Voraussetzung der Einstimmigkeit zum Mehrheitsprinzip übergeht oder vom besonderen zum allgemeinen Gesetzgebungsverfahren wechseln kann, greift ein Ermächtigungsvorbehalt für den deutschen Vertreter im Europäischen Rat. Nicht stets wird hier nach Art. 23 I 3 GG die qualifizierte Mehrheit erforderlich sein. Auch wird nicht immer ein Gesetz gefordert. Im Falle besonderer Brückenklauseln¹⁶ genügt nach §§ 5, 6 IntVG ein positiver Beschluss des Bundestags. Hinzutreten die Ablehnungsrechte der nationalen Parlamente für gesetzgeberische Initiativen

¹² Kritisch: *Matthias Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, *Der Staat* 48 (2009), 497 (504 ff.). Wo Maßstäbe vorliegen, werden sie nicht herangezogen. Und wo es keine gibt, werden neue erfunden. In der Tat: Während das Ausweitungsgesetz in 13 Randnummern für verfassungswidrig erklärt wurden, braucht das Gericht für die Erklärung der Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes 126 Randnummern. Das macht misstrauisch.

¹³ Subsumtion: *Claus Dieter Classen*, Legitime Stärkung des Bundestags oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, *JZ* 2009, 881 (884).

¹⁴ So auch *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth, *Grundgesetz*, 10. Aufl. 2009, Art. 23 Rn. 21; *Ingolf Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 90; *Stephan Hobe*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rn. 49. Anderer Auffassung: *Rudolf Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 5. Aufl. 2009, Art. 23 Rn. 65; *Claus Dieter Classen*, in: v. Mangoldt/Klein (Hrsg.), *Grundgesetz*, Art. 23 Rn. 19.

¹⁵ Besondere Vertragsänderungsverfahren: Art. 42 II UAbs. 1 EU; Art. 25 II, 218 VIII Unterabsatz (im folgenden UAbs.) 2 S. 2, 223 I UAbs. 2, 262, 311 III AEUV.

¹⁶ Art. 31 III EU; Art. 312 II UAbs. 2, 153 II UAbs. 4, 192 II UAbs. 2, 333 I, II AEUV.

nach Art. 48 VII EU und Art. 81 III UAbs. 2 AEUV. § 10 I Nr. 2 IntVG stattet Bundestag und Bundesrat in allen Fällen, die im Schwerpunkt nicht der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes unterfallen, mit einem eigenständigen Vetorecht aus.

Mit der *Flexibilitätsklausel* nach Art. 352 AEUV und dem *Notbremsemechanismus* nach den Art. 48 II, 82 III UAbs. 1 S. 1 AEUV, der es Mitgliedern des Rats erlaubt, bestimmte Gesetzgebungsentwürfe auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und des Strafrechts dem Europäischen Rat vorzulegen, wenn ein Mitglied grundlegende Aspekte seines Systems berührt sieht, liegen weitere Kompetenzausübungsregeln vor, die besondere Sicherungen der Integrationsverantwortung der Staatsorgane notwendig machen: § 8 IntVG knüpft die Zustimmung bzw. Enthaltung des deutschen Vertreters für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsklausel durch die Union an die Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 23 I GG, schreibt aber kein Gesetz nach Art. 23 I 3 GG vor. Nach § 9 IntVG unterliegt der deutsche Vertreter im Rat bei der Entscheidung über die Ausübung der *Notbremsekompetenz* den Weisungen des Bundestags. Beantragt die Bundesregierung die Befassung durch den Europäischen Rat, haben Bundestag und Bundesrat die Möglichkeit zur Stellungnahme nach Art. 23 III oder V GG.

3. Änderungen des Grundgesetzes, Art. 23 I 3 GG

Während die Struktursicherungsklausel des Art. 23 I 1 GG Anforderungen an die Struktur der Union und damit an den Übertragungsadressaten stellt, zieht die *Verfassungsbestandsklausel* des Art. 23 I 3 GG demgegenüber Schranken mit Blick auf den Übertragungsgegenstand.¹⁷ Die Vorschrift zielt auf die Bewahrung der Verfassungssubstanz des Grundgesetzes, lässt aber offen, in welchem institutionellen Wirkungszusammenhang die Prinzipien verwirklicht werden.¹⁸ Auch deshalb muss das BVerfG im Lissabon-Urteil zur Absteckung der Integrationsgrenzen in die Staatstheorie ausweichen.¹⁹

Überschritten sind die Integrationsgrenzen, wenn die Union sich solcher Kompetenzen bemächtigt, die ihr nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nicht übertragen worden sind. Dem BVerfG zufolge sind die Grenzen aber auch überschritten, wenn der Union solche Rechte übertragen werden, die ihr nach dem Grundgesetz nicht übertragen werden dürfen. Wohlgedenkt: Es geht in diesem Fall nicht um die Grenzen der Kompetenzausübung, sondern um Politikbereiche, die zwingend in der

¹⁷ Vgl. *Stephan Hobe*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rn. 51.

¹⁸ Vgl. *Stephan Hobe*, ebenda, Art. 23 Rn. 53 f.

¹⁹ Das mag Positivisten erzürnen, ist damit aber noch nicht methodisch angreifbar. Leider gelingt es dem zweiten Senat nicht, das *non sequitur* aufzulösen. Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon ist verfassungsgemäß, weil die Union demokratisch defizitär bleibt. Wollte sie das Defizit beheben, müsste sie ein Bundesstaat werden, was ihr wegen Art. 79 III GG aber verboten ist. Das Fehlen konzeptionell angemessener Überlegungen zur Verbindung von demokratischer und föderaler Idee wird seit langer Zeit beklagt, vgl. dazu *Christoph Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot, *Der Staat* 48 (2009), 535 (551 ff.).

Hand des Nationalstaates verbleiben müssen. Das Gericht geht sehr weit, meint es doch insoweit nicht nur für das Grundgesetz, sondern für Europa zu sprechen. Das ist vor dem Hintergrund des partikularistischen Grundzugs des Urteils überraschend, zeigt aber auch, dass der zweite Senat um sein Verständnis von Europa ringt.

Das Lissabon-Urteil des BVerfG geht über die Formulierung von Grenzen für Hoheitsrechtsübertragungen oder die Verwirklichung von übertragenen Hoheitsrechten hinaus. Ob das Gericht dem Grundgesetz einen gegenüber dem Maastricht-Urteil schärferen Kontrollmaßstab entnimmt, bleibt für die *ultra vires*-Kontrolle undeutlich, ist jedenfalls nicht ausgeschlossen. Aber das Gericht beschränkt sich nicht auf die Integrationsgrenzen, die zu beachten den Staatsorganen durch Art. 23 GG aufgegeben sind, sondern greift zur Ewigkeitsklausel nach Art. 79 III GG, um dieser Norm nicht nur Entstaatlichungsgrenzen, sondern – in ständiger, aber kritizierter Rechtsprechung²⁰ – auch den Schutz der Verfassungsidentität zu entnehmen. Souveränität und Identität werden ineinander gewoben, wobei sich das Gericht in der Schaffung der neuen Identitätskontrolle durch Art. 4 II EU bestätigt sieht. Ein europäischer Rechtsakt, der die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten missachte, sei auch europarechtlich nicht gestattet. Insoweit gingen, wie es im Leitsatz des Urteils heißt, die verfassungsrechtliche und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand.

Darin äußert sich die Verbundperspektive des Gerichts. Sie ist angreifbar, aber ohne Alternative. Zwar ist es einigermaßen gewagt, über Art. 79 III GG eine Parallele zu Art. 4 II EU zu ziehen. Wenig überzeugend ist die Festschreibung des *status quo* durch die Auflistung der bisher nicht vergemeinschafteten²¹ Aufgabenfelder im politischen Primärraum des Staates.²² Dass der Einsatz militärischer Macht, die finanzielle Souveränität, die sozialstaatliche Gestaltung der Lebensverhältnisse, weite Teile des Strafrechts sowie kulturelle bedeutsame Bereiche dem Zugriff des europäischen Gesetzgebers entzogen sind, ist ebenso richtig wie unmaßgeblich. Denn hier wird gegenüber dem *nationalen* Gesetzgeber ein verfassungsänderungsfester Kern formuliert, der – worauf schon

²⁰ Darauf weist *Dieter Grimm*, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union, *Der Staat* 48 (2009), 475 hin.

²¹ Hatte der Vertrag von Maastricht die souveränitätssensiblen Politikfelder zum Schutz vor einer schleichenden Vergemeinschaftung in einem eigenen Vertrag geregelt, so hebt der Vertrag von Lissabon diese Säulenstruktur auf. Warum es die Wahrung der nationalen Demokratie verlangt, bestimmte Aufgaben als unabänderbar herauszustellen, bleibt im Lissabon-Urteil unbeantwortet. Demokratie verlangt die Reversibilität von Entscheidungen. Warum sollte der *verfassungsändernde* Gesetzgeber nicht das Strafverfahrensrecht dem europäischen Zugriff öffnen?

²² BVerfGE 123, 267 Rn. 301, 360. Das Gericht spricht an der einen Stelle von einem politischem, an anderer Stelle von demokratischem Primärraum. Auch im Übrigen erstaunt die häufige Verwendung der Raummeterapher.

die Breite des Maßstabsteils hinweist²³ – eine europarechtsfreundliche Zukunftsoffenheit vermissen lässt.²⁴

Dahinter verschwinden die im Urteil ebenfalls angelegten Optionen, von einer detaillierten Kontrolle europäischer Rechtsakte abzusehen. In dem Maße, wie sich die Perspektive des Gerichts auf das in Art. 23 I 3 GG genannte Tatbestandsmerkmal einer *Änderung des Grundgesetzes* beschränkt und zum Prüfungsgegenstand allein die nationale Verfassungsidentität erklärt, verbindet sich mit der Inanspruchnahme der Kontrollkompetenz kein Vorwurf gegenüber dem europäischen Gesetzgeber, die Integrationsgrenzen zu überschreiten. Das BVerfG bliebe das, was es ist: ein nationales Verfassungsgericht, dass sich auf den Schutz des Grundgesetzes beschränkt. Darin kann durchaus das zukunftsweisende Potential einer Akzentuierung der Integrationsgrenzen gesehen werden. Im Schutz der mitgliedstaatlichen Ebenenbelange erweist sich das BVerfG als ein europäisches Gericht, dass mit der Identitätskontrolle einen weichen Maßstab als die – daneben gestellte²⁵ – *ultra vires*-Kontrolle bereitstellt. Wird nicht nach „ausbrechenden“ Rechtsakten²⁶ gefragt, sondern der „unveräußerliche“ Identitätsschutz zum Kontrollmaßstab, dann könnte manches Verfahren zu einem konsentierten Ergebnis gebracht werden.²⁷

Damit verschiebt sich das Problem auf die Gewaltenteilung. Das Gericht versucht nicht, die Dynamik der Integration zu einem politischen Projekt zu machen. Vielmehr will es die Europäisierung der innerstaatlichen Ordnung rechtsstaatlich einfangen. Obwohl von Demokratie die Rede ist, bleibt der Rechtsstaat der Rahmen. Um das Zustimmungsgesetz am Maßstab des Grundgesetzes zu prüfen, greift der zweite Senat *unmittelbar* auf Art. 23 I 3 GG, bleibt hier aber nicht stehen. In der staatstheoretischen Perspektive kann das europäische Integrationsprojekt nur in den Kategorien vergehender oder hinzutretender Staatlichkeit verstanden werden. Das wäre unschädlich, geriete da-

²³ Kritisch: *Oliver Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Helmut Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007), 319 (348 ff.); siehe auch *Eberhard Pache*, Das Ende der europäischen Integration?, *EuGRZ* 2009, 285.

²⁴ Hier überwiegt Kritik. An die Stelle verfassungsrechtsdogmatischer Begründung sei die europapolitische Beurteilung getreten, so *Matthias Ruffert*, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts, *DVBf* 2009, 1197 (1202).

²⁵ Vgl. *Matthias Ruffert*, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts, *DVBf* 2009, 1197 (1205 f.). Ganz klar ist es nicht, ob hier ein neuer Maßstab geschaffen wurde. *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *NVwZ* 2010, 1 (6 f.) spricht von Anreicherung bzw. Ergänzung, ohne „befürchten zu müssen, häufiger in prekäre Konfliktsituationen zu geraten“.

²⁶ Vgl. *Georg Ress*, Der ausbrechende Rechtsakt, *ZÖR* 64 (2009), 387. Eine ausführliche Analyse bei *Franz Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 67 ff. Die Konfliktlösung wird dogmatisch an wechselseitige Loyalitätspflichten anzuknüpfen haben: *Oliver Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, 371 ff.

²⁷ Siehe auch *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *NVwZ* 2010, 1 (7); skeptischer *Andreas Fischer-Lescano*, Bundesverfassungsgericht: Zurück zum Nationalstaat, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2009, 15 (18).

mit nicht das differenzierte Regelungsgefüge des Art. 23 I GG aus dem Blick.²⁸ Die an den Rand gedrängte Norm knüpft die Integrationsgrenzen nach Art. 23 I 3 GG aber nicht an ein Idealbild des Staates, sondern an einen Staat, der nach Art. 23 I 1 GG nicht nach Abzug aller Vorbehalte „noch“ als integrationsoffen, sondern in der verfassten Offenheit gedacht werden muss.²⁹ Art. 79 III GG kann diese Systematik nicht überspielen, der Hinweis auf die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes bleibt folgenlos und die richterliche Erziehung zur Demokratie – sie erweist sich als sehr deutsch.³⁰

III. EUROPARECHT IN DEUTSCHLAND

Dass sich die Identitätssicherung aus dem Verweis des Art. 23 I 3 GG auf Art. 79 III GG ergibt, ist formal zutreffend. Aber es bleibt zu bedenken, dass die Ewigkeitsklausel nicht zur Abwehr europäischer Zumutungen, sondern vor dem historischen Hintergrund der NS-Diktatur gegen den Austritt aus der zivilisatorischen Gemeinschaft der Staaten in das Grundgesetz aufgenommen worden ist.³¹ Eine andere Frage ist, inwieweit sich darüber die spezialgesetzlichen Regelungen des Art. 23 GG verdrängen lassen, sei es zur Geltung des Europarechts in Deutschland oder zur innerstaatlichen Verteilung der Organ- und Verbandskompetenzen für Europaangelegenheiten (unten IV.).

1. Vorrang des Europarechts

Theoretisch ungeklärt, aber praktisch unhinterfragt ist die vorrangige Anwendung des Europarechts in Deutschland. Die Frage ist weder im europäischen Primärrecht noch im Grundgesetz geregelt. Immerhin findet sich im Unionsrecht die Erklärung Nr. 17 der Schlussakte zum Vertrag von Lissabon: Danach haben die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen

²⁸ Kritisch: *Matthias Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, *Der Staat* 48 (2009), 497 (507 ff.).

²⁹ Der Vertrag von Lissabon ist nach Maßgabe der Gründe des Lissabon-Urteils mit dem Grundgesetz vereinbar (BVerfGE 123, 267 Rn. 273, 420). Die Kritik am Urteil muss sehen, dass es auch um die Entkräftung weitergehender Vorwürfe ging. So ist die Beifügung eines Vorbehalts zur Ratifikationsurkunde ungeachtet ihrer völkerrechtlichen Zulässigkeit verfassungsrechtlich nicht geboten (vgl. BVerfG, 2 BvR 2136/09 v. 22.9.2009, Absatz-Nr. 9).

³⁰ Es ist eine Sache, klar und deutlich mit der Identitätskontrolle auf das Grundgesetz zu fokussieren, aber eine andere, letztlich in einer Flut an *obiter dicta*, denen nach § 31 BVerfGG keine Bindungswirkung zukommt, der Demokratie jene Offenheit zu nehmen, die sie im politischen Prozess der Selbstgesetzgebung braucht. Ein Ausweg ist die Vorlage zum EuGH, so auch die Interpretation von *Jacques Ziller*, *The German Constitutional Court's Friendliness Towards European Law*, *European Public Law Journal* 16 (2010), im Erscheinen.

³¹ Auch hier entzündet sich Kritik, weil nicht gesehen zu werden scheint, dass mit dem Zugriff auf Art. 79 III GG der politische Prozess über Gebühr eingeschränkt wird. Ob das darin zum Ausdruck kommende Misstrauen gegenüber der deutschen Europapolitik berechtigt ist, kann bezweifelt werden. Anderer Auffassung: *Klaus Ferdinand Gärditz/Christian Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen, *JZ* 2009, 872 (875).

Rechtsprechung des EuGH unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten.³²

Während für den EuGH der Vorrang des Europarechts bekanntlich aus der *autonomen* Rechtsordnung³³ folgt, bleibt für das BVerfG der Vorrang „ein völkervertraglich übertragenes, demnach abgeleitetes Institut, das erst mit dem Rechtsanwendungsbefehl durch das Zustimmungsgesetz in Deutschland Rechtswirkungen“ entfaltet.³⁴ Dafür braucht nicht das Demokratieprinzip bemüht zu werden: Das Europarecht gilt nach Art. 23 I 2 GG mit Vorrang gegenüber dem nationalem Recht, weil es der Gesetzgeber in den Grenzen des Rechtsanwendungsbefehls des deutschen Zustimmungsgesetzes so will.

Mit den unterschiedlichen Begründungen für die Vorrang des Europarechts kann die Praxis leben.³⁵ Steht das Ergebnis im Regelfall auch nicht in Frage, bleiben die Unterschiede in der Begründung aber doch nicht folgenlos. So dient die These vom abgeleiteten Europarecht dem BVerfG zur Begründung seines Letztentscheidungsrechts. Das mag innerstaatlich vor dem Hintergrund einer divergierenden Fachgerichtsbarkeit zum Schutz des europäischen Gesetzgebers geboten sein, kann aber Konflikte mit dem EuGH provozieren.³⁶ Gerade mit Blick auf konkurrierende Grundrechtsmaßstäbe lassen BVerfG und EuGH eine unterschiedliche Kontrollintensität erkennen. Während das BVerfG im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine intensive Prüfdichte an Tag legt und ein Gesetz an Grundrechten auch einmal scheitern lässt, zeichnet sich gerade die Rechtsprechung des EuGH vielfach durch Respekt gegenüber dem Gesetzgeber aus.³⁷ Denn mit der Erklärung des EuGH, ein europäischer Sekundärrechtsakt verstößt gegen das Primärrecht, verbindet sich auch der Vorwurf an die Mitgliedstaaten bzw. deren Vertreter im Rat, das Unionsrecht missachtet zu haben. Was rechtsstaatlich geboten ist, muss angesichts der prekären Macht eines überstaatlich eingerichteten Gerichts

³² Zum Vorrang des Europarechts *Jörg Philipp Terhechte*, Der Vorrang des Unionsrechts, JuS 2008, 403 und *Andreas Funke*, DÖV 2007, 733. Aus der Kommentarliteratur *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 Rn. 22 ff.

³³ Grundlegend EuGH, Rs. 6/64 *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1259 (1269 f.) im Anschluss an EuGH, Rs. 26/62 *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 6 (24 f.). Dazu *Claudio Franzius*, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, 2010, 38 ff.

³⁴ BVerfGE 123, 267 Rn. 339.

³⁵ Unaufgeregt: *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 (5 f.); zuvor *Christoph Möllers*, Verfassung – verfassungsgebende Gewalt – Konstitutionalisierung, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 227 (242 f.). Konsequenzen: *Claudio Franzius*, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, 2010, 65, 116 f.

³⁶ Nicht in diesen Zusammenhang gehört die *Vorratsdatenspeicherung*. Das BVerfG hatte sich im vorläufigen Rechtsschutz zurückgehalten (BVerfGE 121, 1 (16)). Nachdem der EuGH lediglich über das Vorliegen der Unionskompetenz für den Erlass der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie (vgl. EuGH Rs. C-310/06, Slg. 2009, I-0000 Rn. 57) befand, konnte das BVerfG mit Urteil v. 2.3.2010, 1 BvR 256/08 in der Richtlinie hinreichende Umsetzungsspielräume erkennen, deren Ausfüllung durch den deutschen Gesetzgeber am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes für verfassungswidrig erklärt wurde.

³⁷ Anders – und zu Recht – aber EuGH, Rs. C-402/05 P *Kadi*, Slg. 2008, I-6351 Rn. 278 ff.

nicht deckungsgleich mit dem politisch wünschenswerten sein. Man stelle sich vor, der EuGH würde sich in seiner Rechtsprechung ein Vorbild am BVerfG nehmen. Die Akzeptanz gegenüber dem Gericht würde im Einzelfall vielleicht zunehmen, insgesamt aber weiter abnehmen. Festgehalten sei an dieser Stelle nur: Das Verhältnis von Recht und Politik ist auf Unionsebene ein anderes als auf der nationalen Ebene.

Um das am Beispiel der Richtlinienumsetzung zu verdeutlichen: Wenn zugunsten des Vorrangs ein Wechsel der Grundrechtsmaßstäbe eintritt, dann muss gesehen werden, dass im Falle einer Bindung der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien an die Unionsgrundrechte – abgesehen von der nur schwer zu praktizierenden Schutzverstärkung nach Art. 53 GRCh – eine verminderte Prüfdichte in Rechnung zu stellen ist.³⁸ Der EuGH hat die Maßstäblichkeit der Unionsgrundrechte auch bei der Ausfüllung von sekundärrechtlich eingeräumten Ermessensspielräumen gefordert.³⁹ Das BVerfG sieht Deutschland demgegenüber nur im Falle *zwingender Vorgaben* der Richtlinie an die Unionsgrundrechte gebunden.⁴⁰ Nur soweit⁴¹ der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten ausfüllungsbedürftige *Umsetzungsspielräume* eingeräumt hat, bleiben die vom Grundgesetz garantierten Grundrechte der einschlägige *Handlungs- und Kontrollmaßstab*.⁴²

2. Konformauslegung

Aus der Sicht des BVerfG reicht der Anwendungsvorrang des Europarechts für in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt nur so weit, wie die Bundesrepublik Deutschland dieser Kollisionsregel zugestimmt hat und zustimmen durfte.⁴³ So wird die Reichweite des Vorrangs von Art. 23 GG als einer weiteren „Kollisionsregel“⁴⁴ bestimmt. Die Redeweise von Kollisionen ist nicht zufällig, nimmt man die Relativierungen der Verbandsperspektive in den Blick. In dem Maße, wie normative Regeln in Konkurrenz tre-

³⁸ Vgl. *Christian Calliess*, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte, JZ 2009, 113 (115 ff.) und *Steffen Augsberg*, Von der Solange- zur Soweit-Rechtsprechung. Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei richtlinienumsetzenden Gesetzen, DÖV 2010, 153 (mit weiteren Nachweisen).

³⁹ EuGH, Rs. C-530/03 *Familienzusammenführung*, Slg. 2006, I-5809 Rn. 104 f.

⁴⁰ BVerfGE 118, 79; zustimmend: *Matthias Cornils*, ZjS 2008, 69; kritisch: *Clemens Weidemann*, „Solange II“ hoch 3?, NVwZ 2006, 623.

⁴¹ Plastisch von einer „Soweit-Rechtsprechung“ spricht *Steffen Augsberg*, Von der Solange- zur Soweit-Rechtsprechung. Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei richtlinienumsetzenden Gesetzen, DÖV 2010, 153 (156 ff.). Diese Rechtsprechungslinie stellt auf den konkreten Untersuchungsgegenstand ab, nachdem die *solange*-Formel auf die Makroebene des allgemeinen Grundrechtsschutzniveaus bezogen war.

⁴² Zur Unterscheidung *Claudio Franzius*, Modalitäten und Wirkungsweisen der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2006, § 4 Rn. 2.

⁴³ BVerfGE 123, 267 Rn. 343.

⁴⁴ Vgl. *Matthias Cornils*, Art. 23 Abs. 1 GG: Abwägungsposten oder Kollisionsregel?, AöR 129 (2004), 336. Von einer grundlegenden Koordinationsregel spricht *Steffen Augsberg*, Von der Solange- zur Soweit-Rechtsprechung. Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei richtlinienumsetzenden Gesetzen, DÖV 2010, 153 (158).

ten, an die Stelle eines universalistischen ein partikularistischer Konstitutionalismus tritt⁴⁵ und die unterschiedlichen Rechtsordnungen nicht länger als supranational verklammert, sondern als transnational vernetzt dargestellt werden, rückt notwendigerweise ein stärker kollisionsrechtliches Denken in den Vordergrund.⁴⁶

Allerdings ist nicht jedes Aufeinandertreffen von Normen unterschiedlicher Herkunft ein Kollisionsfall. Nur kompetenzgemäß erlassenenem Recht kann Vorrang gegenüber dem Recht einer anderen Ebene zugesprochen werden.⁴⁷ So wird nur selten ein echter Normwiderspruch vorliegen, der eine Aktivierung des funktionssichernden Vorrangs erfordert. Zudem gibt es mit der Konformauslegung einen Mechanismus der Kollisionsbewältigung oder genauer der Kollisionsvermeidung. Es handelt sich dabei um eine europarechtliche Pflicht, diejenige Auslegung des nationalen Rechts zu wählen, die einen Europarechtsverstoß vermeidet. Und die auf das in Art. 4 EU normierte Loyalitätsprinzip gestützte Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts setzt die Direktwirkung der zu berücksichtigenden Norm *nicht* voraus.⁴⁸ Mit anderen Worten: Eine Kollision kann erst auftreten, wenn die Konformauslegung nicht zum Ziel führt.

Zwischen Vorrangregel und Konformauslegung ist zu unterscheiden. Im Vordergrund der Konfliktvermeidung steht nicht die formelle Vorrangwirkung des Rechts einer vermeintlich höheren Ebene, sondern die Konformauslegung durch das zur Rechtsanwendung berufene Gericht. Die Verletzung der unionsrechtlichen Pflicht zur Konformauslegung ist auch sanktionierbar. So haftet der Mitgliedstaat für Verstöße gegen das Europarecht infolge einer fehlerhaften Auslegung durch die Judikative.⁴⁹ Diese Haftung ist zwar auf *offenkundige Verstöße* beschränkt, reicht potentiell aber sehr weit⁵⁰ und erstreckt sich in der europarechtlichen Logik auch auf das BVerfG. Der Einzelne kann sich vor den nationalen Gerichten darauf berufen, dass von den Auslegungsformen diejenige gewählt wird, die einen Normwiderspruch vermeidet.

⁴⁵ Vgl. im Anschluss an *Armin v. Bogdandy/Sergio Dellavalle*, Universalism and Particularism as Paradigms on International Law, IILJ Working Papers 2008/03 *Isabelle Ley*, Verfassung ohne Grenzen?, in Ingolf Pernice u.a. (Hrsg.), Europa jenseits seiner Grenzen, 2009, 91.

⁴⁶ Zu einer Bilanz *Karl-Heinz Ladeur*, Was bedeutet die „Normativität“ des Rechts in der postmodernen Gesellschaft? Vorüberlegungen zur Beobachtung des Rechtssystems durch die Rechts- und Politikwissenschaft, Manuskript.

⁴⁷ Diese Einsicht liegt auch der minimalen Bedeutung des Art. 31 GG im Bundesstaat zugrunde.

⁴⁸ In EuGH, Rs. C-105/03 *Pupino* (Slg. 2005, I-5285 Rn. 34) wird das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung auf unionsrechtliche Rahmenbeschlüsse erstreckt und gezeigt, dass die europarechtliche Konformauslegung nicht an die Direktwirkung der Norm anknüpft. Anderer Auffassung: *Udo Di Fabio*, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, 947, der sich gegen die Konformauslegung als „ranghöchstes“ Normauslegungsprinzip wendet.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-224/01 *Köbler*, Slg. 2003, I-10239 Rn. 53 f.; Rs. C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo*, Slg. 2006, I-5177 Rn. 36.

⁵⁰ Darin eine Strategie vermutend: Ulrich *Halter*, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, VerwArch 96 (2005), 311.

Das Gebot richtlinienkonformer Auslegung spielt in der Rechtsprechung des EuGH für die Beschränkung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien auf das vertikale Verhältnis eine wichtige Rolle. Weil die nationalen Behörden als europäische Rechtsanwender zur Konformauslegung verpflichtet sind, erübrigt sich der Rückgriff auf eine horizontale Direktwirkung.⁵¹ Die Konformauslegung ist aber kein Umsetzungsersatz⁵² und findet seine Grenze in der Auslegung *contra legem*.⁵³

Das bedeutet zweierlei: Ausgeschlossen ist die Konformauslegung nur soweit das nationale Recht diese ausdrücklich verbietet. Dann kann im Bereich nationaler Umsetzungsgesetze eine den Vorrang auslösende Kollisionslage angenommen werden. Die Aktivierung des Vorrangs ist gegenüber der Konformauslegung subsidiär. Wichtig ist der zweite Aspekt: Denn es ist der nationale Gesetzgeber, der innerhalb der Zielvorgaben des Unionsrechts den Aktionsradius der Konformauslegung durch die Gerichte steuert.⁵⁴ Deshalb relativiert sich manche Kritik, die im Instrument der Konformauslegung einen tendenziell politikfernen Mechanismus der gerichtlichen Kollisionsvermeidung sieht. Nochmals: Die Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts macht die ordnungsgemäße Umsetzung eines umsetzungspflichtigen Rechtsakts keineswegs entbehrlich.⁵⁵ Auch die Zurückstellung der Wahlfreiheit innerstaatlicher Auslegungsformen zugunsten der Integrität des europäischen Rechts kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der EuGH im Bemühen um eine Kohärenz der Rechtsordnungen⁵⁶ nicht mehr als der supranationale „Motor der Integration“ geriert, sondern Ansätze einer nationalverfassungskonformen Auslegung⁵⁷ entwickelt.⁵⁸

⁵¹ EuGH, verb. Rs C-397/01 bis C-403/01 *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835 Rn. 110 ff. und *Vassilios Skouris*, Rechtswirkungen von nicht umgesetzten EG-Richtlinien und EU-Rahmenbeschlüssen gegenüber Privaten, ZEuS 2005, 463.

⁵² Vgl. *Matthias Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 Rn. 121.

⁵³ EuGH, Rs. C-212/04 *ELOG*, Slg. 2006, I-6057 Rn. 108 ff. Weitergehend für Rahmenbeschlüsse Generalanwältin *Kokott*, Rs. C-105/03 *Pupino* (Slg. 2005, I-5285 Rn. 39) mit dem Erfordernis eines im nationalen Recht vorgesehenen Beurteilungsspielraums.

⁵⁴ Das übersieht *Christian Hillgruber*, Urteilsanmerkung, JZ 2005, 841.

⁵⁵ Zu den Vorteilen zweistufiger Rechtsetzung *Franz Mayer*, Rechtspolitik und mehrstufige Rechtsetzung, ZG 2007, 217.

⁵⁶ Zur wechselseitigen Kohärenzvorsorge *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Kohärenzvorsorge hinsichtlich verfassungsrechtlicher Maßstäbe für die Verwaltung in Europa, in: Hans-Heinrich Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 749. In diesem Sinne kann die Rechtsprechung des ersten Senats zur „rechtsordnungsorientierten“ Grundrechtskontrolle richtlinienumsetzender Gesetze verstanden werden.

⁵⁷ Vgl. *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2000, 281 ff.

⁵⁸ Vgl. für die Menschenwürde EuGH, Rs. 445/03 *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 37 f.

3. Vorabentscheidungsverfahren

Es gibt weitere Mechanismen, die zwischen den Rechtsordnungen vermitteln.⁵⁹ Herausragend⁶⁰ ist der richterliche Dialog nach Art. 267 AEUV. Zu einem guten Teil gehen auf die „geniale“ Erfindung des Vorabentscheidungsverfahrens der erreichte Stand und die Singularität des Europarechts zurück.⁶¹

Es greift zu kurz, in den Rechten und Pflichten nationaler Gerichte, eine Rechtssache dem EuGH vorzulegen, dessen Letztentscheidungsmacht begründet zu sehen. Über das Vorlagerecht kann ein Fachgericht die Rechtsprechung des nationalen Höchstgerichts unterlaufen, indem es den EuGH zu einer für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Entscheidung zwingt. Der Gerichtshof erhält seine „Fälle“ nur ausnahmsweise über Direktklagen der Unionsbürger. In der Regel sind es Vorlagen aus den Mitgliedstaaten. Sie, die Mitgliedstaaten, haben den Gerichtshof zur Wahrung des Rechts (Art. 19 EU) errichtet und damit in Grenzen auch zur Rechtsfortbildung ermächtigt. Die Schaffung von Organen muss deren Eigendynamik einkalkulieren.⁶²

Deshalb muss gesehen werden, dass der Erfolg des Verfahrens von *beiden* Seiten abhängt. Auf der einen Seite muss der EuGH auf die Fachgerichte hinreichend Rücksicht nehmen, damit diese vorlegen. Erst über die Vorlage, das heißt die Initiative des örtlich und sachlich zuständigen Gerichts, kommt es zu Weiterentwicklungen der Europarechtspraxis, die anschließend häufig Niederschlag in der europäischen Gesetzgebung findet. Auf der anderen Seite bringt das Vorabentscheidungsverfahren den hierarchischen Instanzenzug durcheinander, indem es dem Fachgericht die Möglichkeit verleiht, das „letzte Wort“ des nationalen Höchstgerichts in Frage zu stellen.

Die Schärfe, mit der das BVerfG die Kontrolle der Einhaltung der Grenzen des Grundgesetzes bei sich selbst monopolisiert, hat einen Grund. So können die Kreation

⁵⁹ Zu weiteren Verbundtechniken *Andreas Voßkuhle*, Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsgerichtsverbund, Vortrag am 4.11.2009 im Rahmen eines Festaktes zum 60jährigen Bestehen des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen.

⁶⁰ Es fehlt an einer Systematik der Kollisionsbewältigungsmechanismen. Zu Ansätzen siehe *Stefan Oeter*, Rechtsprechungskonkurrenzen zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361. Zwar fehlt es nicht an Monografien zu Rechtsphänomenen in Mehrebenenordnungen, wohl aber zu Lösungsangeboten für Kollisionen. Was im Völkerrecht in der Spannungslage zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung – vergleiche *Andreas Paulus*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, ZaöRV 67 (2007), 695 – diskutiert wird, kann nicht einfach auf die Union oder den Staat übertragen werden, ist aber hier auch nicht ohne Einfluss.

⁶¹ Vgl. den Hinweis von *Vassilios Skouris*, Stellung und Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens im europäischen Rechtssystem, EuGRZ 2008, 343 (348) darauf, dass „berühmte“ Entscheidungen des EuGH auf Vorlagen erstinstanzlich entscheidender Gerichte zurückgehen.

⁶² Gegenüber dem Maastricht-Urteil, das auf das vom Zustimmungsgesetz „gedeckte“ Integrationsprogramm fokussiert ist, macht das Lissabon-Urteil auf die Eigendynamik aufmerksam, die mit der Errichtung europäischer Organe durch die Mitgliedstaaten einkalkuliert werden musste. Wer auf Integration baut, müsse mit der eigenständigen Willensbildung der Unionsorgane rechnen, so BVerfGE 123, 267 Rn. 237.

einer Integrationsverantwortung, die flexibel handhabbare Identitätskontrolle und das Petitum, der Gesetzgeber möge ein entsprechendes Integrationskontrollverfahren schaffen, als Ergänzung, aber auch als Zurückdrängung des Vorabentscheidungsverfahrens gelesen werden. Auf diese Weise wird den Fachgerichten nicht nur untersagt, einen europäischen Rechtsakt unangewendet zu lassen, sondern es wird der Weg zum BVerfG prozessual erleichtert, das sich selbst bisher nicht zur Vorlage veranlasst gesehen hat.

Zwar hält das Gericht eine Vorlage für nicht ausgeschlossen und gibt damit zu verstehen, dass es sich als ein nach Art. 267 AEUV zumindest vorlageberechtigtes Gericht hält. Aber das schließt eine Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV nicht aus. Eine Verletzung der Vorlagepflicht ist über die Staatshaftung auch sanktionierbar und der EuGH sieht den Staat insoweit als Einheit, wonach es keinen Unterschied macht, welches Organ den Europarechtsverstoß begeht. Die Haftung für judikatives Unrecht kann aber wohl nur theoretisch auch das BVerfG treffen und die Kommission hält ein Vertragsverletzungsverfahren für ungeeignet, auch die Verfassungsgerichte zur Vorlage zu zwingen. Tatsächlich legen eine Reihe von staatlichen Verfassungsgerichten vor.⁶³

Eine Maßstabsdivergenz im europäischen Verfassungsgerichtsverbund⁶⁴ ist darin zu sehen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Vorlagepflicht nur entfällt, wenn „kein Raum für vernünftige Zweifel“ besteht. Anders als nach dieser *acte claire*-Doktrin⁶⁵ hält das BVerfG die Verfassungsbeschwerde gegen den fachgerichtlichen Entzug des gesetzlichen Richters im Sinne des Art. 101 I 2 GG nur im Falle einer „willkürlich unterbliebenen Vorlage“ für zulässig. Dieser Maßstab ist im Ergebnis deutlich strenger. Mit anderen Worten: Der Rechtsschutz für den Einzelnen ist über die Fachgerichte und dessen Vorlage zum EuGH unter Umständen effektiver als der Weg über das BVerfG mit der Rüge einer Vorlagepflichtverletzung.

Rechtspolitisch konkurrieren zwei Vorschläge. Auf der einen Seite steht die Anregung des BVerfG, der Gesetzgeber möge ein zusätzliches, speziell auf die *ultra vires*- und die Identitätskontrolle zugeschnittenes verfassungsgerichtliches Verfahren zur Absicherung der Verpflichtung deutscher Organe schaffen, kompetenzüberschreitende oder

⁶³ Übersicht: *Franz Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 559. Denkbar wäre es, den EGMR – über die Verletzung der konventionsrechtlichen Pflicht zur Wahrung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 6 I EMRK – zur Sanktionierung von Nichtvorlagen anzurufen, vgl. *Edgar Lenski/Franz Mayer*, Vertragsverletzung wegen Nichtvorlage durch oberste Gerichte?, EuZW 2005, 225.

⁶⁴ Vgl. im Anschluss an die Begrifflichkeit von *Ingolf Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006 jetzt auch *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 und davor ders., Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, Bremen: Sfb 597 (APap 106/2009).

⁶⁵ Darin, dass die Entscheidung über die Voraussetzungen der Entbehrlichkeit der Vorlage beim nationalen Richter liegt, sieht *Klaus Rennert*, Effektivität des Rechtsschutzes in Vorabentscheidungsverfahren – die Perspektive der nationalen Gerichtsbarkeit, EuGRZ 2008, 385 (388 f.) eine strukturelle Schwäche.

identitätsverletzende Unionsrechtsakte im Einzelfall in Deutschland unangewendet zu lassen.⁶⁶ Hieran geübte Kritik⁶⁷ droht zu übersehen, dass die partikularistische Betrachtung in der Logik transnationaler Rekonstruktion liegt, die Inanspruchnahme des Letztentscheidungsrechts auf den Prüfungsgegenstand beschränkt ist und nationale Gerichte als europäisierte Gerichte durchaus als „Hüter der Verträge“ fungieren sollen.

Auf der anderen Seite wird vorgeschlagen, über eine Änderung des BVerfGG auch das Bundesverfassungsgericht in das Vorlageverfahren des Art. 267 AEUV zu integrieren.⁶⁸ Eine gesetzliche Vorlageverpflichtung des BVerfG könnte sicherstellen, dass Kompetenzüberschreitungen nur vom EuGH festgestellt werden. Ob das Verfahren aber, das einzuführen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber kaum abgesprochen sein dürfte, die erhoffte Rechtssicherheit bringen würde, ist zweifelhaft. Konzeptionell operieren die Vorschläge für ein Integrationskontrollverfahren und die gesetzliche Vorlageverpflichtung auf der gleichen Grundlage. Beide Vorschläge ziehen eine Grenze zur politischen Kontrolle, indem die Aufgabe juridifiziert wird. Ob BVerfG oder EuGH, es entscheidet ein Gericht. Dann aber überrascht es, dass die Konkurrenz zwischen den Gerichten nicht als Ausdruck einer strukturellen Polyzentrik, sondern als störend empfunden wird.⁶⁹ Insbesondere gerät aus dem Blick, dass eine Hierarchisierung die Ordnungskonflikte nicht nur lösen, sondern auch befördern kann.⁷⁰ Daran ändert auch die Schärfung des Prüfungsgegenstandes nichts. Vielmehr muss stärker als bisher in Rechnung gestellt werden, dass in der durch den Vertrag von Lissabon verfassten Union die Rechtsordnungen übergreifende Letztentscheidungsfrage unbeantwortet bleibt.⁷¹ Und mehr noch: In Demokratien kann es keine „letzten“ Worte geben.⁷² Dass entschieden werden muss, darf nicht verdecken, dass es konkurrierende Entscheidungen sind, denen auch als Letztentscheidungen stets eine Reversibilität „eingebaut“ ist.⁷³

⁶⁶ BVerfGE 123, 267 Rn. 241.

⁶⁷ Man kann zweifeln, ob die Einführung eines Verfahrens, dass die Überprüfung der Anwendbarkeit europäischer Rechtsakte in die Hand eines nationalen Gerichts legt, mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist: *Claus Dieter Classen*, Legitime Stärkung des Bundestags oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, 881 (888).

⁶⁸ Vgl. *Jan Bergmann/Ulrich Karpenstein*, Identitäts- und ultra vires-Kontrolle durch das BVerfG – zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung, ZEuS 2009, 529.

⁶⁹ Erhellend *Stefan Oeter*, Rechtsprechungskonkurrenzen zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361 (375 ff.)

⁷⁰ Vgl. *Armin v. Bogdandy*, Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between international and domestic constitutional Law, I-CON 6 (2008), 397.

⁷¹ Vgl. *Hasso Hofmann*, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand bestimmt“, Der Staat 44 (2005), 171 (185). Soweit die Union als Bund betrachtet wird, in dem die Souveränitätsfrage in der Schwebe gehalten wird, ist das keine Überraschung. Selbst *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 371 hielt das unter falschen Prämissen für möglich. Instruktiv zur verminderten Erklärungskraft staatsrechtlicher Leitbegriffe für die Union ist *Rainer Wahl*, Erklären staatsrechtlicher Leitbegriffe die Europäische Union?, JZ 2005, 916.

⁷² Anders im Kern das Lissabon-Urteil, dass die Sicherung des demokratischen Primärums dem letzten Wort des Bundesverfassungsgerichts überlassen will (vgl. BVerfGE 123, 267 Rn. 234, 236, 239 f.).

⁷³ Die Staats- und Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts operiert zwischen individueller Präferenz und staatlichem Dezisionismus, der den infiniten Regress zu überwinden sucht. Darin kommt die Sorge vor der Kontingenz zum

IV. VERFASSUNGSRECHTLICHE STÄRKUNG DER MITWIRKUNGSRECHTE

Die Integrationsermächtigung des Grundgesetzes ist nicht auf seine „Europarechtsfreundlichkeit“ zu verkürzen. Sie und nicht ein Idealtypus des Staates gibt Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen das Europarecht in Deutschland gilt. Neben der Verpflichtung zur positiven Mitwirkung an der „Entwicklung“ der Europäischen Union enthält die Grundnorm des deutschen Europaverfassungsrechts⁷⁴ auch die Bedingungen und Grenzen der Mitwirkung. Diese sind ihrerseits nicht zu überhöhen. Insbesondere dürfen die in Art. 23 Ia – VII GG normierten Regelungen zur Verteilung der Organ- und Verbandskompetenzen nicht überspielt werden.

1. Mitwirkung deutscher Organe: Art. 23 Ia – III GG

Die zentralen Einwände gegenüber der Europäisierung des Staates speisen sich aus der Sorge, dass die politisch verantwortlichen Organe zuständig bleiben, aber nichts mehr zu entscheiden haben. Europa, so die verbreitete Stimmung, sei ein Projekt, das gleichsam am Bundestag vorbei betrieben werde. Doch abgesehen davon, dass unklar bleibt, ob in Zeiten der Globalisierung die Union als Ursache oder Antwort auf den Funktionswandel staatlicher Institutionen zu begreifen ist, drohen die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Verteilung der Organkompetenzen ausgeblendet zu werden. Mag es den klassischen Primat der Exekutive in der Europapolitik auch nicht mehr geben und mögen die Regelungen in Art. 23 GG verfassungspolitisch angreifbar sein, sie sind geltendes Verfassungsrecht und bestimmen das Maß zulässiger Europäisierung.

a) Subsidiaritätsklage

Eine nähere Betrachtung der Mechanismen, mit denen der Vertrag von Lissabon der schleichenden Aushöhlung substanzieller Gestaltungsmacht der nationalen Parlamente vorbeugt, zeigt, dass sich die Europäisierung nicht als fremde Bedrohung, sondern als gewollte Selbsttransformation des Staates erweist. Wo bisherige Sicherungen der staatlichen Identität unzureichend waren, bringt der Vertrag von Lissabon durchaus einige Schärfungen, etwa mit dem Frühwarnmechanismus nach Art. 12 EU. Zwar muss sich die Wirkungsweise des Mechanismus in der Praxis erst noch zeigen, doch kann die fehlende Erprobung nicht gegen die normative Bedeutung ins Feld geführt werden. Auch

Ausdruck, die in den Strudel der Begründungslosigkeit zu führen droht, weil Vernunft und Willen nicht in Einklang zu bringen sind, auf die Metaphysik des Glaubens aber nicht (mehr) gesetzt werden kann. Hier hält die Dogmatik als Platzhalter des Glaubens die Begründungstiefe erträglich, erlaubt den Ausstieg aus der Begründung und macht den Wiedereinstieg von theoretischen Argumenten abhängig, die der juristische Diskurs indes nicht einfach vorfindet, sondern selbst zu entwickeln und zu verarbeiten hat.

⁷⁴ Zum nationalen Europaverfassungsrecht *Christoph Grabenwarter*, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, 121.

die geringe Sichtbarkeit der Mechanismen, die im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit „versteckt“ wurden, kann über dessen Primärrechtsqualität nicht hinwegtäuschen.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist auch die jüngste Änderung des Grundgesetzes in Kraft getreten. Sie betrifft mit Art. 23 Ia GG die verfassungsrechtliche Verankerung der Subsidiaritätsklage nach Art. 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Danach haben der Bundestag und der Bundesrat das Recht, wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts der Europäischen Union gegen das Subsidiaritätsprinzip vor dem EuGH Klage zu erheben. Der Bundestag ist hierzu auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder verpflichtet. § 12 I 1 IntVG bekräftigt das Minderheitenrecht, während nach § 12 II IntVG der Bundesrat in seiner Geschäftsordnung regeln kann, wie ein Beschluss über die Erhebung einer Klage herbeizuführen ist. Festzuhalten verdient in diesem Zusammenhang, dass der Bundestag den Bundesrat nicht an der Subsidiaritätsklage hindern kann. Europarechtlich wird der Bundesrat, was er nach dem Grundgesetz nicht sein darf: Eine „zweite Kammer“ des nationalen Parlaments. § 12 V IntVG sieht insoweit nur die Abgabe einer Stellungnahme des Bundestags vor.

b) Rückbindung europäischer Hoheitsgewalt

Art. 23 GG versucht einer Entparlamentarisierung entgegen zu wirken. Den Art. 23 II-VII GG ist zu entnehmen, dass im Bereich der Europapolitik die Bundesregierung der maßgebliche Akteur bleibt, aber Informations- und Berücksichtigungspflichten den praktischen Kompetenzverlust *kompensieren* sollen, den vor allem der Bundestag im Zuge der Integration erleidet. Statt sich die Frage zu stellen, inwieweit die Rolle der nationalen Parlamente zur Abstützung der Europäisierungsprozesse notwendige Änderungen erfährt⁷⁵ und aus dem Redeparlament im emphatischen Sinne ein Arbeits- und Kontrollparlament⁷⁶ wird, statuiert das BVerfG mit der allgemeinen Integrationsverantwortung des Bundestags eine Figur *jenseits* der Regelungen in Art. 23 II-VII GG. Dahinter steht der Versuch, das Spannungsverhältnis aufzulösen, das zwischen dem verfassungsrechtlichen Anliegen einer Teilnahme an überstaatlicher Integration und dem Anliegen der Sicherung einer freien Selbstbestimmung der Mitglieder des jeweiligen Verbandes besteht. Der naheliegenden Perspektive einer Anpassung des normativen Konzepts an den *status quo* einer exekutiven Prärogative unter legislativer Kontrolle⁷⁷ erteilt das BVerfG im Lissabon-Urteil eine Absage. Die demokratische Legitimation der

⁷⁵ Zur Rolle der nationalen Parlamente in Europa siehe *Christoph Grabenwarter*, in: Heinz Schäffer/Julia Iliopoulou-Strangas (Hrsg.), *Staatsmodernisierung in Europa*, 2007, 85.

⁷⁶ Vgl. *Philipp Dann*, *Parlamente im Exekutivföderalismus*, 2004.

⁷⁷ Sehr weit *Armin v. Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000.

europäischen Hoheitsgewalt verlange, dass die integrationsverantwortlichen Staatsorgane – an erster Stelle der Bundestag, dem eine ungeschmälernte Gestaltungsmacht zugetraut wird⁷⁸ – die Entscheidungspraxis europäischer Organe kontinuierlich so begleiten, dass sie sich nicht als Fremdgesetzgebung darstellt.

Das Problem dieser Betrachtungsweise ist nicht, dass für die Ausübung von Herrschaftsgewalt eine demokratische Rückbindung gefordert wird und auch weniger, dass die Europäische Union am Maßstab der staatlichen Demokratie gemessen wird. Vielmehr liegt das Problem in einer Überhöhung des Staates, was sich an der politikfernen Interpretation des Art. 79 III GG zeigt. Die „Ewigkeitsgarantie“ bewahrt den Staat aber nicht vor seiner Europäisierung. Es steht außer Frage, dass die Europapolitik der Bundesregierung nicht rechtsbindungslos ist. Aber das Maß der Rechtsbindungen ergibt sich weniger aus abstrakten Prinzipien als aus konkreten Entscheidungen des Verfassungsgebers. Dieser hat sich in den Art. 23 II und III GG *gegen* ein imperatives Mandat ausgesprochen.

In diesem Zusammenhang sind drei Aspekte in Rechnung zu stellen. *Erstens* betreffen die Art. 23 II und III GG – das sei an dieser Stelle eingeräumt – die Sekundärrechtssetzung, nicht aber Änderungen des Primärrechts. Vertragsänderungen, deren Europäisierungspotentiale durch die qualifizierte Mehrheit des Art. 23 I 2 GG legitimiert werden, finden ihre grundgesetzliche Grenze erst in Art. 23 I 3 GG, der auf die Metanorm des Art. 79 III GG verweist. *Zweitens* führt der Vertrag von Lissabon mit den Flexibilisierungen der Vertragsänderung neue Verfahren ein, die in der Systematik des Art. 23 GG *nicht* gespiegelt werden.⁷⁹ Das provoziert den Rückgriff auf Staatsstrukturprinzipien, obwohl mit den Art. 23 II und III GG spezielle Regelungen zur Mitwirkung der Staatsorgane an europäischen Rechtssetzungsverfahren bereitstehen. Deshalb stellt sich *drittens* die Frage, ob die zentrale Neuerung des Vertrags von Lissabon mit der gewollten Abkehr vom Verfassungsbegriff nicht im Verschwimmen der Grenze zwischen Primärrecht und Sekundärrecht gesehen werden muss. Das wäre folgenreich, zerfließt damit doch auch die Grenze zwischen der Übertragung und der Ausübung bzw. Wahrnehmung von Kompetenzen.

Kaum zu bestreiten ist, dass die Europäisierung der nationalen Rechtsordnungen demokratisch verantwortet werden muss. Anders als das BVerfG, das hierfür auf das Konzept souveräner Staatlichkeit zurückgreift und bestimmte Politikfelder dem Zugriff der Akteure entzieht, wird man das Demokratieprinzip des Grundgesetzes nicht gegen die Europäisierung ausspielen dürfen, sondern im Lichte der Staatszielbestimmung des

⁷⁸ Mit Blick auf die Verwaltungslegitimation spricht *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberrhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, § 6 Rn. 32 von einem parlamentszentrierten Steuerungsoptimismus.

⁷⁹ Deshalb für eine Änderung des Art. 23 GG *Adelheid Puttler*, Die neuen Vertragsänderungsverfahren der Europäischen Verfassung im Lichte des Grundgesetzes, DÖV 2005, 401.

Art. 23 I GG zu verstehen haben. Weil im Zuge der wechselseitigen Verschränkungen der Rechtsordnungen dem Sekundärrecht häufig nicht mehr das nationale Recht entgegengestellt werden kann, die politischen Entscheidungen aber bereits gefallen sind, bevor der Bundestag durch die nationale Öffentlichkeit alarmiert wird, bleibt – abgesehen von alternativen Verwirklichungsstrategien des Demokratieprinzips – nichts anderes übrig, als entweder in Nachzeichnung der gegenwärtigen Praxis stärker auf die parlamentarische *Kontrolle* zu setzen⁸⁰ oder eine Vorverlagerung der parlamentarischen Mitwirkung am Vertragsänderungsverfahren zu betreiben. Letzteres sieht Art. 48 III EU mit dem Konventsverfahren vor. Damit werden die nationalen Parlamente erheblich aufgewertet.⁸¹ Denn sie sind nicht mehr vor die grobe Alternative der Zustimmung oder Ablehnung einer Vertragsänderung gestellt, sondern haben es in Zukunft selbst in der Hand, den Europäisierungsprozess zu steuern. Auf diese Weise bekommt der Bundestag durch den Vertrag von Lissabon – über die neue Klagemöglichkeiten gegen Verletzungen des Primärrechts hinaus – die Möglichkeit der Mitgestaltung des europäischen Primärrechts. Das BVerfG geht darauf bedauerlicherweise nicht näher ein.

c) Ausgestaltung der Integrationsverantwortung

Die Ausführungen des BVerfG zur demokratischen Rückanbindung europäischer Hoheitsgewalt bleiben im Paradigma souveräner Staatlichkeit gefangen. Das überrascht, weist es doch schon für den Bundesstaat des Grundgesetzes nur begrenzten Erklärungswert auf. Zur Gretchenfrage, die sich für Deutschland mit der Reichsgründung 1871 stellte, aber in einer erstaunlichen Parallelität seit 1957 die Europäische Union umtreibt, nämlich die Frage nach der Zusammenführung von demokratischem und föderalem Prinzip, enthält das Lissabon-Urteil so gut wie gar nichts.⁸² Dass die Europäisierung des Staates das Kompetenzverteilungsgefüge verschiebt, ist unstreitig. Aber der zweite Senat legt der Herausarbeitung der Grenzen unausgesprochen das Bild des unitarischen Bundesstaates in der Nähe des dezentralisierten Einheitsstaates zugrunde.⁸³ Weder die föderale Struktur der Union – in ihrem eigenen Legitimationspotential – wird in den Blick genommen noch die föderale Brechung des Demokratieprinzips im Bundesstaat. Selbst in der Zukunftsoption bleibt der Staat das Maß aller Dinge. Weil es unter dem Grundgesetz den politischen Akteuren untersagt sei, bestimmte Kompetenzen auf die Union zu übertragen, verbleibe nur der Weg über Art. 146 GG mit einer neuen Verfassung als Grundlage für die Zustimmung zur Gründung eines europäischen Bun-

⁸⁰ Vgl. *Armin v. Bogdandy*, Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?, AöR 130 (2005), 445.

⁸¹ Siehe auch Art. 12 d EU.

⁸² Siehe aber *Stefan Oeter*, Föderalismus, in: *Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, 73.

⁸³ BVerfGE 123, 267 Rn. 289 ff. spricht von *Überföderalisierung*.

destaates. Die Argumentation führt in die Irre. Abgesehen davon, dass es sich dabei um keine realistische Option handelt, erscheint es geradezu abenteuerlich, von einem Gericht den Weg in die Revolution aufgezeigt zu bekommen.⁸⁴

Das Lissabon-Urteil vermeidet eine Auseinandersetzung mit den Antworten des Grundgesetzes auf die Frage nach der Verteilung der Mitwirkungsrechte. Nochmals: Das kann mit dem Verweis auf die primärrechtlichen Charakter des Mitwirkungsgegenstandes auch gerechtfertigt werden. Jedoch bleibt angreifbar, den Maßstab für die Verfassungswidrigkeit der Begleitgesetze nicht im Europaverfassungsrecht, sondern im Demokratieprinzip des Staates zu suchen.⁸⁵ Dies umso mehr, als das Grundgesetz für die Mitwirkung der Staatsorgane an der Sekundärrechtsetzung durchaus Vorgaben enthält. So geben Art. 43 I und Art. 53 GG dem Bundestag und dem Bundesrat das Recht, eine Begründung für das Abstimmungsverhalten des deutschen Vertreters im Rat zu verlangen. Der Bundesrat wirkt als Organ des Bundes an seiner Außenvertretung mit, den Mitwirkungsrechten korrespondieren Unterrichtungspflichten der Bundesregierung. Das erlaubt dem Bundestag die Ausübung seines umfassenden Kontrollrechts, während die Mitwirkung des Bundesrats an besondere Voraussetzungen geknüpft ist.

Art. 23 III GG sieht die Mitwirkung des Bundestags in Form einer vorherigen *Stellungnahme* vor. Diese wird auf die *Berücksichtigung* durch die Bundesregierung bezogen, was durch den Gesetzgeber konkretisiert werden kann. Vor allem die Rechtsfolge einer Berücksichtigungspflicht ist unklar geblieben. Für die Bestimmung der Bindungswirkung ist systematisch zur Kenntnis zu nehmen, dass für bestimmte Stellungnahmen die *maßgebliche* Berücksichtigung angeordnet wird. Während man früher die schärfere Fassung des Zugrundelegens in § 5 EUZBBG a.F. für verfassungswidrig hielt⁸⁶ oder im Sinne einer Verpflichtung auf ein Auseinandersetzen mit der Stellungnahme des Bundestags⁸⁷ verfassungskonform einschränkend auslegte, argumentiert das Lissabon-Urteil für die Mitwirkung an den neuen Vertragsanpassungen nicht von Art. 23 III GG, sondern von Art. 23 I GG aus.

Das BVerfG will die Europäisierung des Staates nicht aufhalten, aber knüpft sie an die *Integrationsverantwortung* der Staatsorgane. Die aus dem Demokratieprinzip abgeleitete Integrationsverantwortung – in seiner Tiefendimension unerschlossen⁸⁸ – greift nicht nur im Falle der Kompetenzübertragung, sondern auch im Falle der Kompetenz-

⁸⁴ Zur Kritik auch *Martin Nettesheim*, Entmündigung der Politik, FAZ v. 27.8.2009, 8.

⁸⁵ Nochmals *Matthias Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, *Der Staat* 48 (2009), 497.

⁸⁶ Vgl. *Claus Dieter Classen*, in: v. Mangoldt/Klein (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 23 Rn. 78.

⁸⁷ Vgl. *Stephan Hobe*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rn. 65; *Rudolf Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 23 Rn. 101; *Kirstin Schmalenbach*, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996, 153.

⁸⁸ Vgl. *Martin Nettesheim*, Die Integrationsverantwortung – Vorgaben des BVerfG und gesetzgeberische Umsetzung, *NJW* 2010, 177 (182).

ausübung. Der zweite Senat begnügt sich nicht damit, das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung hochzuhalten, sondern will auch solche Änderungen des Vertragsrechts erfassen, die ohne Ratifikationsverfahren herbeigeführt werden können. Gerade für die Mitwirkung der Staatsorgane an der *Wahrnehmung* von unionsrechtlichen Kompetenzen bleibt das neue Konzept der Integrationsverantwortung unausgearbeitet, gibt dem Gericht aber dadurch die Möglichkeit, jederzeit nachzusteuern. Auch der Gesetzgeber beschränkt sich im Integrationsverantwortungsgesetz auf den bloßen Nachvollzug der gerichtlichen Vorgaben. Ob sich mit dem gesamtstaatlichen Konzept der Integrationsverantwortung die Europafähigkeit des Bundesstaates verbessern lässt, bleibt abzuwarten.

Weder beinhaltet das Konzept einen allgemeinen Parlamentsvorbehalt noch erschöpft sich seine Bedeutung in der offenen oder versteckten Vertragsänderung.⁸⁹ Im Grunde geht das Konzept der Integrationsverantwortung über die Ausfüllung offener Staatlichkeit⁹⁰ hinaus und statuiert eine variable Grenze, die nach Bedarf weiter oder enger gezogen werden kann. Manche Frage bleibt deshalb offen. So fragt sich, ob das europarechtliche Ablehnungsrecht der nationalen Parlamente im Zusammenhang mit den Brückenklauseln nach Art. 48 VII EU und Art. 81 III UAbs. 2 AEUV als Zustimmungspflicht von Bundestag und Bundesrat ausgestaltet werden darf.⁹¹ § 10 I Nr. 2 IntVG greift die föderale Struktur der Bundesrepublik Deutschland auf und stattet Bundestag und Bundesrat jeweils mit einem eigenständigen Vetorecht aus. Ob die Spiegelung der föderalen Kompetenzverteilung in den Mitwirkungsrechten stets geboten ist, kann vor dem Hintergrund der Außenvertretungsbefugnis des Bundes bezweifelt werden. Das zeigt sich etwa bei den Notbremsen nach Art. 48 II AEUV im Bereich der sozialen Sicherheit oder nach Art. 82 III UAbs. 1 S. 1 AEUV im Bereich des Strafrechts. Sind hier im Schwerpunkt die Zuständigkeiten der Länder berührt, unterliegt die Bundesregierung mit dem Vertreter im Rat nach § 9 IntVG den Weisungen des Bundesrates.

⁸⁹ Vgl. *Martin Nettesheim*, ebenda, (181); siehe auch *Christian Calliess*, Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Parlamentarische Integrationsverantwortung, ZG 2010, 1.

⁹⁰ Grundlegend: *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964. Die staatlichkeitserhaltende Position – so *Udo Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998, 122 ff. und *Stephan Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, 409 ff. – versucht, einer weitergehenden „Abkoppelung“ des Rechts von der territorialen Logik des Staates zu entgehen. Das trifft wiederum auf Skepsis an der Staatsqualität des „offenen“ Staates bei *Thomas Vesting*, Die Staatsrechtsslehre vor dem Hintergrund von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), 59, 61 f. Man kann die tradierten Begriffe nicht beliebig dehnen und bei der Beobachtung eines Wandels seine eigentliche historische Bedeutung ignorieren. So für den Souveränitätsbegriff: *Dieter Grimm*, Souveränität – zur aktuellen Leistungsfähigkeit eines rechtlich-politischen Grundbegriffs, in: Tine Stein/Hubertus Buchstein/Claus Offe (Hrsg.), Souveränität, Recht, Moral, 2007, 304.

⁹¹ Warum das Ablehnungsrecht kein ausreichendes Äquivalent zum Ratifikationsvorbehalt sein soll, bleibt unklar: *Matthias Ruffert*, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts, DVBl 2007, 1197 (1201).

Der Gesetzgeber beschränkt sich in den Begleitgesetzen auf die Ausformung der zwingenden Vorgaben des Gerichts. Weil die Mitwirkungspflichten aus einem offenen Konzept hergeleitet werden, dieses aber nur dort legislativ umgesetzt wird, wo es verfassungsgerichtlich verlangt wird, bleibt unklar, wo die Staatsorgane, allen voran der Bundestag, nicht bloß zur Mitwirkung berechtigt, sondern verpflichtet sind. Vor allem zeigt sich eine Diskrepanz zwischen staatsrechtlichem Überbau und praktischer Bedeutung. Das gilt etwa für die Flexibilitätsklausel nach Art. 352 AEUV, die nicht mehr auf den Binnenmarkt begrenzt ist, aber nur selten in Anspruch genommen wird. Die Reaktivierung parlamentarischer Mitgestaltungsmacht im Vertragsänderungsverfahren und das Erfordernis der gesetzgeberischen Begleitung autonomer Fortentwicklungen des Vertragsrechts können nicht verdecken, dass es im Europäisierungsalltag in erster Linie um die Ausformung der Informations- und Unterrichtspflichten geht. Art. 23 II 2 GG statuiert eine allgemeine Unterrichtspflicht der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag und dem Bundesrat, die in § 13 IntVG näher spezifiziert wird.

Konkretisierungen der Integrationsverantwortung enthält auch die Neufassung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBBG). Wie mit den Informationen durch den Bundestag umzugehen ist, bleibt danach weitgehend ihm überlassen. §§ 9, 10 EUZBBG machen deutlich, dass es auch in Zukunft keine strikte Bindung der Bundesregierung an Stellungnahmen des Bundestags gibt. Will man eine rechtliche Bindungswirkung an Parlamentsbeschlüsse, müsste Art. 23 III GG geändert werden. Während die bisher nur in einer Vereinbarung geregelten Informationspflichten gegenüber dem Bundestag in den §§ 3 ff. EUZBBG nochmals ausgedehnt werden, enthält das Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union die Informationspflichten gegenüber dem Bundesrat.

2. Kompetenzverteilung: Art. 23 IV – VII GG

Oft ist die Rede von der „Landesblindheit“ des Europarechts.⁹² Und zu einem Gemeinplatz sind die Klagen über die mangelnde Europatauglichkeit des Grundgesetzes geworden.⁹³ Beides ist nicht mehr ganz richtig. So schreibt Art. 4 II EU in der Fassung durch den Vertrag von Lissabon die Achtung der nationalen Identität unter Wahrung der staatlichen Untergliederungen fest. Und das Konzept der Integrationsverantwortung könnte mit der Zurückstellung föderaler Spiegelungen in der Kompetenzwahrnehmung zu einer verbesserten Europaorientierung des Grundgesetzes führen. Dem Lissabon-Urteil kann

⁹² Im Anschluss an *Hans-Peter Ipsen*, in: Festschrift Walter Hallstein, 1966, S. 256.

⁹³ Übersicht: *Sandra Bartelt*, Die Europafähigkeit des Grundgesetzes und die Föderalismuskommission DÖV 2005, 895; *Peter M. Huber*, in: Bauer/D’Atena (Hrsg.), Die Wirkung der Supranationalität auf die Gewaltenteilung, 2007, 157.

diese Hoffnung freilich nicht entnommen werden. Es betrachtet den Bundesstaat nach außen als Einheitsstaat, um die Union nach innen dem Verdikt des Bundesstaatsverbotes zu unterwerfen.⁹⁴

Art. 23 IV GG konkretisiert die allgemeine Beteiligungspflicht aus Art. 23 II 1 GG und weist dem Bundesrat weitgehende Mitwirkungsrechte zu. Dabei wird nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung unterschieden. Wo ausschließlich Landeskompetenzen betroffen sind, ist nach Art. 23 V 2 GG die Stellungnahme des Bundesrates unter Wahrung der gesamtstaatlichen Verantwortung des Bundes maßgeblich zu berücksichtigen, ansonsten lediglich zu berücksichtigen. Dieser Differenzierung kann entnommen werden, dass die Bundesregierung an Stellungnahmen des Bundesrates jedenfalls strenger als an Stellungnahmen des Bundestags gebunden sein kann.⁹⁵ Art. 23 GG will über die Regelung der Mitwirkungsbefugnisse den Integrationsprozess auf nationaler Ebene nicht bloß parlamentarisieren, sondern – wie der Verweis auf die in Art. 79 III GG geschützte Bundesstaatlichkeit zeigt – auch föderalisieren.

Weil die Europäisierung vor allem in der staatlichen Verwaltung durchschlägt und der Vollzug der Gesetze den Ländern zugewiesen ist, empfinden sich die Länder häufig als Opfer der europäischen Integration. Ob diese Sorge berechtigt ist, sei dahingestellt. Richtig ist, dass über das Handeln des Bundes im Rat in der Regel die Interessen der Länder tangiert sind. Nicht zuletzt, weil die Vertragsänderungen von Maastricht, Nizza und Lissabon von deutscher Seite auch die Zustimmung des Bundesrates erforderten, konnten sich die Länder relativ weite Mitwirkungsrechte auf Verfassungsebene sichern. Art. 23 V und VI GG gehen einen ebenso einfachen wie problematischen Weg, indem sie die innerstaatliche Kompetenzverteilung spiegeln. Der Verlust an Gestaltungsmacht soll durch Mitwirkungsrechte an der europäischen Gesetzgebung kompensiert werden. Im Ergebnis haben die Länder abgestufte Mitwirkungsrechte erhalten, welche die Koordinierung der deutschen Europapolitik erschweren.⁹⁶ Die stärkste Mitwirkung des Bundesrates ist dort vorgesehen, wo ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen der Länder betroffen sind. Nach Art. 23 VI GG soll, wenn mit einem Vorhaben⁹⁷ auf Unionsebene im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind, die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte Deutschlands im Rat auf einen vom Bundesrat zu benennenden Ländervertreter übertragen werden.

Aus demokratischen Gründen ist die Figur des Länderververtreters problematisch. Ob die Integrationspolitik eine Föderalisierung der auswärtigen Gewalt gebietet, mag mit

⁹⁴ Kritisch: *Christoph Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot, *Der Staat* 48 (2009), 535.

⁹⁵ Gegen ein Letztentscheidungsrecht des Bundesrates *Ingolf Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 113 f.

⁹⁶ Deshalb kritisch zum Kompensations-Schema *Ingolf Pernice*, WHI-Paper 8/04, 7.

⁹⁷ Zum Vorhabensbegriff § 3 EUZBBG.

guten Gründen bezweifelt werden.⁹⁸ Jedenfalls ist die Spannungslage zwischen demokratischem und föderalem Prinzip mit den Händen zu greifen. Die Wahrung des Bundesstaates verlangt die Sicherung der Landeskompetenzen, das Demokratieprinzip zieht der Repräsentation des Bundes durch dafür nicht gewählte Ländervertreter enge Grenzen. Nach dem Verständnis des BVerfG, wonach sich das demokratische Prinzip als nicht abwägungsfähig darstellt, rückt die Regelung des Art. 23 VI GG an den Rand des verfassungswidrigen Verfassungsrechts. Nimmt man die plurale Struktur der Union in den Blick, muss nach wie vor überraschen, wie wenig aus dem Vergleich föderaler Ordnungen gelernt worden ist. Immerhin: Die Wahrnehmung der mitgliedstaatlichen Rechte durch den Ländervertreter muss unter Beteiligung und in Abstimmung mit der Bundesregierung erfolgen, wobei die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes zu wahren ist. Das legt Verständigungslösungen nahe.⁹⁹ Auch lässt sich aus der Benennung der konkreten Politikfelder in Art. 23 VI GG im Umkehrschluss entnehmen, dass außerhalb der Schul-, Bildungs- und Kulturpolitik eine größere Stabilität in der Abstützung der Europäisierungsprozesse durch den deutschen Vertreter im Rat erwartet werden darf.

Zusammengefasst: Die Europäisierung des Staates, vielleicht der nachhaltigste Transformationsfaktor, jedenfalls die zentrale Herausforderung für die nationale Rechtsordnung, hat die Parlamentarisierung und Föderalisierung der deutschen Europapolitik unausweichlich gemacht. Das BVerfG fordert für Vertragsänderungen, Brückenverfahren und die Flexibilitätsklausel ein *Gesetz* nach Art. 23 I 2 GG, für spezielle Verfahren die ausdrückliche *Zustimmung* des Bundestags, gegebenenfalls auch des Bundesrates zum europäischen Beschlussvorschlag. In besonders sensiblen Sachgebieten sieht der Vertrag von Lissabon so genannte Notbremsen vor. Hier kann bzw. muss auf entsprechende *Weisung* des Bundestags oder des Bundesrats die Bundesregierung im Rat die Befassung des Europäischen Rates beantragen. Aus der allgemeinen, zur Wahrung des Demokratieprinzips erforderlichen Integrationsverantwortung des Bundestags wird das *Ablehnungsrecht* für besondere Brückenklauseln hergeleitet. Hier ist dem Bundestag unabhängig von einer Entscheidung des Bundesrates die Kompetenz zur Ausübung des Ablehnungsrechts eingeräumt.¹⁰⁰

V. VERFASSUNGSGERICHTLICHE KONTROLLE

Aber es ist *eine Sache*, ob die autonomen Vertragsänderungen aus demokratischen Gründen eine stärkere Rückanbindung an ein Zustimmungsgesetz oder die Beschluss-

⁹⁸ Ingolf Pernice, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 116; Classen, in: v. Mangoldt/Klein (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 23 Rn. 96.

⁹⁹ Siehe auch Stephan Hobe, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rn. 79 f. im Anschluss an BVerfGE 92, 206 (236 ff.).

¹⁰⁰ Vgl. in Umsetzung von BVerfGE 123, 267 Rn. 415 jetzt § 10 IntVG.

fassung von Bundestag und Bundesrat erfordern. Ob die in Rede stehenden Verfahren in der Praxis eine bedeutsame Rolle spielen werden, ist nicht ausgemacht und es fragt sich, ob das Gericht sich nicht an einem Popanz abarbeitet. Umgekehrt muss angesichts der verbreiteten Kritik aus dem europarechtlichen Schrifttum dann aber auch gefragt werden, was in dem relativ schmalen Bereich der ohne Ratifikation möglichen Vertragsänderungen gegen ein imperatives Mandat spricht, kann darin doch eine nachholende Parlamentarisierung der Europapolitik gesehen werden. Die gegenwärtige Praxis der Verhandlungen, die nicht selten Paketlösungen erfordern, kann jedenfalls keine Abkehr vom Prinzip der parlamentarischen Verantwortung rechtfertigen, zumal eine Lähmung der Europapolitik kaum zu befürchten ist.

Und es ist eine *andere Sache*, wenn das BVerfG meint, über den Zugriff auf Art. 79 III GG seine Auffassung von der europäischen Integration an die Stelle des politischen Prozesses zu setzen.¹⁰¹ Die Ewigkeitsgarantie des Grundgesetzes hat die Funktion einer roten Karte, die eine Auseinandersetzung über grundlegende Fragen des Gemeinwesens beendet. Dieser Argumentationsstopp ist nur dort gerechtfertigt, wo eine vernünftige Diskussion nicht erwartet werden kann, etwa zum Schutz der Menschenwürde und der Demokratie. Beschränkungen des politischen Prozesses durch die Verfassungsgerichtbarkeit bedürfen einer besonderen Rechtfertigung, wo es nicht um den Schutz individueller Rechte, sondern um Entscheidungen des verfassungsändernden Gesetzgebers geht, der aus guten Gründen keine Politikbereiche *per se* als integrationsfest ausgewiesen hat. Vielleicht ist hier ein Grund für die Länge des Urteils zu sehen. Es erfordert erhebliche Anstrengungen, bereichsspezifische Aussparungen bestimmter Kompetenzen als demokratisch geboten zu bezeichnen. Überzeugen können die Ausführungen nicht. Dass es auch anders geht, zeigen andere Gerichte wie der tschechische Verfassungsgerichtshof im zweiten Lissabon-Urteil.¹⁰²

1. „Türöffner“ des Art. 38 GG

Noch schwerwiegender fällt ins Gewicht, dass die Konstruktion des BVerfG zu einem Individualrecht gemacht wird. Die klassische Zweiteilung des Verfassungsrechts in ein Staatsorganisationsrecht auf der einen und den Grundrechten auf der anderen Seite wird relativiert, das Staatsorganisationsrecht individualisiert. Mit dem Menschen im Mittelpunkt hat das wenig zu tun, wohl aber mit unkalkulierbaren Risiken, wenn auf diese Weise ein „Recht auf Staatlichkeit“ kreierte wird. Die Erweiterung und Anpassung der

¹⁰¹ Harsche Kritik: *Martin Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, 2867 (2868 f.).

¹⁰² Vgl. *Isabelle Ley*, Brunn betreibt die Parlamentarisierung des Primärrechts – Anmerkung zum zweiten Urteil des tschechischen Verfassungsgerichtshofs zum Vertrag von Lissabon vom 3.11.2009, JZ 2010, 165 („geteilte Souveränität“).

Grundrechte an eine sich verändernde Wirklichkeit, wie es zuletzt etwa mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht geschah, fällt gegenüber der Reichweite eines Rechts, praktisch jede integrationspolitische Entscheidung des Gesetzgebers vor das Verfassungsgericht zu bringen, geradezu bescheiden aus.

Wieder ins Bewußtsein ist die Fragwürdigkeit gerückt, über das Wahlrecht nach Art. 38 GG solche Fälle prozessual einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu öffnen. Insofern kann das Lissabon-Urteil auf das Maastricht-Urteil zurückgreifen.¹⁰³ Es setzt sich jedoch denselben – keineswegs erledigten – Einwänden aus.¹⁰⁴ Denn es geht nicht um die Sicherung der Teilnahme an Wahlen oder den Schutz vor der Verletzung von Grundrechtspositionen, sondern um die Kontrolle des politischen Prozesses über das Instrument der Verfassungsbeschwerde. Dafür wurde das Instrument der Verfassungsbeschwerde nicht geschaffen.¹⁰⁵ Selbst wenn man die Überprüfung bestimmter Entscheidungen zu völkerrechtlichen Verträgen am Wahlrecht akzeptiert, fällt doch auf, dass hierfür keinerlei Begrenzungen ausgesprochen werden. Offenkundig will sich der zweite Senat das Zepter nicht aus der Hand nehmen lassen. Jedermann soll das Zustimmungsgesetz der Kontrolle unterwerfen können. Während der erste Senat sich in der Kontrolle von unionsrechtlich determinierten Rechtsakten erstaunlich weit zurücknimmt, eröffnet sich der zweite Senat über Art. 38 GG den Weg zu nahezu unbegrenzter Macht über den Integrationsprozess. Hierin liegt etwas beunruhigendes. So unerlässlich die Hervorhebung des Bürgers für die Konstruktion der Europäischen Union auch sein mag: Den einzelnen in den Stand zu versetzen, die Selbsteuropäisierung des Staates auf die Wahrung der nationalen Verfassungsidentität überprüfen zu lassen, bleibt ohne überzeugenden prozessualen Anknüpfungspunkt und Maßstab. Erkennbar geht es dem zweiten Senat in den Souveränitätsbehauptungen und Kontrollvorbehalten nicht allein darum, einen Fall zu entscheiden. Vielmehr legt das Gericht das Schicksal der deutschen Einbindung in die europäische Ordnung in die eigenen Hände.

2. Verfassungsgerichtliche Kontrolle und ihre Grenzen

Schon im Maastricht-Urteil wurde hervorgehoben, dass es ausnahmsweise möglich sein müsse, auch solche Rechtsakte einer Überprüfung zu unterziehen, die sich nicht als deutsche öffentliche Gewalt darstellen. Immerhin werden Unionsrechtsakte in Deutschland wirksam. Damit wurde mit dem Dogma gebrochen, dass Rechtsschutz im Sinne

¹⁰³ BVerfGE 89, 155 (171 ff.).

¹⁰⁴ Statt vieler *Christian Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des BVerfG, EuGRZ 1993, 489.

¹⁰⁵ Weshalb das Gericht selbst neue Verfahren dem Gesetzgeber vorschlägt (vgl. BVerfGE 123, 267 Rn. 241). Zustimmung: *Heinrich Amadeus Wolff*, De lege ferenda: Das Integrationskontrollverfahren, DÖV 2010, 49; kritisch: *Claus Dieter Classen*, Legitime Stärkung des Bundestags oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, 881 (887); *Jörg Philipp Terhechte*, Souveränität, Dynamik und Integration – making up the rules as we go along?, EuZW 724 (731).

des Art. 19 IV GG nur gegen Maßnahmen der deutschen Staatsgewalt gewährt werde.¹⁰⁶ Das Lissabon-Urteil greift den Gedanken auf und markiert insofern einen Wendepunkt in der Geschichte der europäischen Integration als es die *partikularistische* Sicht unter Berufung auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Kadi* hervorhebt. So heisst es in Randnummer 340:

„Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten. Es verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität als Recht eines Volkes, über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht - allerdings unter Inkaufnahme entsprechender Konsequenzen im Staatenverkehr - nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist, vgl. BVerfGE 111, 307 (317 f.). Eine entsprechende Auffassung hat auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit seiner Entscheidung vom 3. September 2008 in der Rechtssache *Kadi* zugrundegelegt, wonach dem völkerrechtlichen Geltungsanspruch einer Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen grundlegende Rechtsprinzipien der Gemeinschaft entgegengehalten werden können, vgl. EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, EuR 2009, 80 (100 ff.). Damit hat der Gerichtshof in einem Grenzfall die Selbstbehauptung eigener Identität als Rechtsgemeinschaft über die ansonsten respektierte Bindung gestellt: Eine solche Rechtsfigur ist nicht nur im Völkerrechtsverkehr als Berufung auf den *ordre public* als Grenze vertraglicher Bindung vertraut; sie entspricht jedenfalls bei einem konstruktiven Umgang auch der Idee von nicht strikt hierarchisch gegliederten politischen Ordnungszusammenhängen. Es bedeutet in der Sache jedenfalls keinen Widerspruch zu dem Ziel der Europarechtsfreundlichkeit, das heißt zu der von der Verfassung geforderten Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Verwirklichung eines vereinten Europas (Präambel, Art. 23 I 1 GG), wenn ausnahmsweise, unter besonderen und engen Voraussetzungen, das Bundesverfassungsgericht Recht der Europäischen Union für in Deutschland nicht anwendbar erklärt, vgl. BVerfGE 31, 145 (174); 37, 271 (280 ff.); 73, 339 (374 ff.); 75, 223 (235, 242); 89, 155 (174 f.); 102, 147 (162 ff.).“

Der Vergleich ist bemerkenswert. So wird die eigene Position mit Blick auf das Europarecht mit der Perspektive des Europarechts auf das Völkerrecht zu rechtfertigen versucht. Dass sich die europäische Einbindung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen von deren Bedeutung für das Völkerrecht unterscheidet, bleibt ebenso außer Betracht wie der Umstand, dass die europäische und die internationale Ordnung gerade *nicht-staatliche* Ordnungen sind. Dennoch steckt im Vergleich ein zutreffender Kern. Auch das *Kadi*-Urteil des EuGH dient in der Beschränkung auf die Vereinbarkeit der Verordnung mit den Unionsgrundrechten letztlich der Sicherung der europäischen Verfassungsidentität. Mit anderen Worten: Die Effizienz völkerrechtlicher Vereinbarungen tritt hinter den Legitimitätsbedarf politischer Gemeinschaften zurück. Zwar läuft die genaue Herausarbeitung des Prüfungsgegenstandes stets Gefahr, die realen Verschrän-

¹⁰⁶ Vgl. Friedrich Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 50 Rn. 16-21, 375, 397 ff. Am Beispiel der *Kadi*-Problematik auch Bardo Fassbender, Art. 19 Abs. 4 GG als Garantie innerstaatlichen Rechtsschutzes gegen Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrates, AöR 132 (2007), S. 257.

kungen nicht in den Blick zu bekommen. Aber erst die Selbstbeschränkung auf die Wahrung der eigenen Ordnung ohne den Anspruch zu erheben, gleichsam für eine andere Ordnung zu sprechen, erlaubt es, über die Kontrolle der staatlichen Verfassungsidentität auch zur Fortentwicklung der überstaatlichen Ordnung beizutragen.

So gesehen, mag im Lissabon-Urteil eine Rückkehr zur staatlich gegliederten Welt gesehen werden. Die Perspektive, die sich mit dem Urteil auftut, ist eine Verortung der nationalen Verfassungsgerichte zwischen einer justiziellen Auffangverantwortung und der *solange*-Argumentation, wie sie vom BVerfG entwickelt, vom EGMR im Verhältnis zum Unionsrecht aufgegriffen, aber vom EuGH im Verhältnis zum Völkerrecht gerade nicht zugrundegelegt worden ist. Anders als die Ausführungen des BVerfG im Lissabon-Urteil vermuten lassen, geht es konzeptionell nicht darum, nur ausnahmsweise ein Letztentscheidungsrecht in Anspruch zu nehmen. Und anders als der *solange*-Vorbehalt zielt die Kontrolle der staatlichen Integrationsverantwortung auf keine Verkopplung der Ordnungen durch eine temporäre, aber langfristig auf den Verzicht ausgerichtete Ausübung der Kontrolle. Kann auf der einen Seite mit der Ergänzung der auf die Union bezogenen *ultra vires*-Kontrolle durch die Identitätskontrolle ein Gewinn gesehen werden, so bleibt auf der anderen Seite doch festzuhalten, dass diese Kontrolle nicht mehr auf punktuelle Überschreitungen beschränkt ist. In der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Entstaatlichungen wird ein Gewinn für Europa gesehen.

Das Konfliktpotential, dass in *maßstablosen* Kontrollvorbehalten gegenüber der europäischen Ordnung zum Ausdruck kommt, wird im Lissabon-Urteil hingenommen. Das hat dem Urteil in anderen Mitgliedstaaten durchaus Respekt eingebracht. So kann es als Abkehr vom deutschen Sonderweg der Souveränitätsskepsis gelesen werden. Hier liegt aber auch das Problem. Denn es geht weniger um die Akzentuierung der Grenzen einer politischen Öffnung für die Europäisierung, sondern um den Erhalt des Nationalstaates in einem Europa der Vaterländer.¹⁰⁷ Wird die Mitgliedschaft in der Union nicht europarechtlich, sondern völkerrechtlich gedacht, greift das ungeachtet aller guten Gründe, das europäische Gemeinwesen nicht als vernunftrepublikanische Kopie des Nationalstaates zu begreifen, zu kurz. Und wer Europa auf der bundesstaatlichen Folie zu konstruieren versucht, bleibt dem deutschen Staatsrechtsdenken des Spätkonstitutionalismus verhaftet. Neue Akzente setzt das BVerfG, indem es im verfassungsrechtlichen Schutz des Staates vor seiner Selbstaufgabe nicht nur eine Grenze, sondern die Basis für Europa sieht. Das mag ein neues Selbstbewusstsein zum Ausdruck bringen.

¹⁰⁷ Zur Bandbreite der staatsrechtlichen Vorstellungen vom Staat vgl. einerseits *Paul Kirchhof*, Der Staat als Organisationsform politischer Herrschaft und rechtlicher Bindung, DVBl 1999, 637 und andererseits *Rainer Wahl*, Der einzelne in der Welt jenseits des Staates, in: ders./Joachim Wieland (Hrsg.), Das Recht des Menschen in der Welt, 2002, 59. Zum Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft siehe *Udo Di Fabio*, Verfassungsstaat und Weltrecht, Rechtstheorie 39 (2008), 399.

Vielleicht verbirgt sich im Urteil nach Abzug der überschießenden Souveränitätssemantik ein zutreffender Kern. So wenig sich das Europarecht auf besonderes Völkerrecht reduzieren lässt, wird nationales Verfassungsrecht durch die europäische Rechtsordnung verdrängt.¹⁰⁸ Der Verfassungsstaat geht in der Europäischen Union nicht auf. Dafür braucht man die Redeweise von politischen Primär- und Sekundärräumen nicht. Diese Begrifflichkeit steht quer zu den konzeptionellen Bemühungen im Schrifttum, die komplementäre Struktur pluraler Ordnungen zu erfassen, lässt aber erkennen, dass dem zweiten Senat die Politisierung der Union nicht passt. Übersehen wird, dass diese Entwicklung keineswegs zu Lasten der Mitgliedstaaten gehen muss. Soweit die Öffnungen des Staates nicht nur in der vertikalen Richtung nach oben, sondern auch in der horizontalen Richtung *zur Seite* gesehen werden, treten andere Europäisierungsfaktoren in den Blick.¹⁰⁹ Weil darin eine Relativierung der Supranationalität¹¹⁰ durch neue Prozesse der Transnationalisierung erkennbar wird, muss die Union stärker von ihren Teilen aus betrachtet werden. Diese vielleicht nicht ganz so neue, aber doch zumindest als neu empfundene Perspektive auf ein polyzentrisches, stärker in transnationalen Vernetzungen¹¹¹ zum Ausdruck kommendes Gefüge, das sich einer übergreifenden Hierarchisierung entzieht¹¹² und automatischen Hochzoningeffekten vorbeugen will, wird durch das Lissabon-Urteil mit der Beschreibung einer im Grunde hinter die *van Gend & Loos* Rechtsprechung zurückfallenden *Vertragsunion souveräner Staaten*¹¹³ versteckt.

VI. FAZIT

Gerichte haben nicht primär die Aufgabe, sich am Diskurs über alternative Perspektiven auf den Prüfungsgegenstand zu beteiligen. Aber der zweite Senat spiegelt eine innere Heterogenität seines Europaverständnisses.¹¹⁴ Das Urteil will es allen recht machen und

¹⁰⁸ Zur Bedeutung der nationalen Verfassungen *Dieter Grimm*, Zur Bedeutung nationaler Verfassungen in einem vereinten Europa, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der europäischen und deutschen Grundrechte VI/2, 2009, § 168.

¹⁰⁹ Vgl. *Jan Hecker*, Grundgesetz und horizontale Öffnungen des Staates, AöR 127 (2002), 291. Weil Veränderungen des Staates nicht auf einer höheren Ebene aufgefangen werden, nähern sich europäisierungs- und globalisierungsbedingte Anpassungen der staatlichen Rechtsordnung an. Den Eigenwert der europarechtlichen Einbindung des Staates zu erklären, fällt der Europarechtswissenschaft schwer. Bilanzierend: *Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer* (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, im Erscheinen.

¹¹⁰ Kritisch: *Jörg Philipp Terhechte*, Souveränität, Dynamik und Integration – making up the rules as we go along?, EuZW 2009, 724 (729 f.).

¹¹¹ Siehe etwa *Karl-Heinz Ladeur*, European Law as Transnational Law: Europe Has to Be Conceived as an Heterarchical Network and Not as a Superstate, German Law Journal 10 (2009), 1357.

¹¹² Zum konstitutionellen Pluralismus siehe *Daniel Halberstam*, Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States, in: Jeffrey Dunoff/Joel P. Trachtman (Hrsg.), Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance, 2009, 326.

¹¹³ BVerfGE 123, 267 Rn. 249.

¹¹⁴ Aufschlussreich der Habilitationsvortrag des Berichterstatters *Udo Di Fabio*, Zum neuen Art. 23 des Grundgesetzes, Der Staat 32 (1993), 191.

wird gerade deshalb angreifbar. So ist unverständlich, warum die Staatswerdung der Union¹¹⁵ zum Thema gemacht wird. Erklärbar ist das allenfalls durch den Vortrag der Kläger, nicht aber in der Sache. Die Pointe der Europäischen Union liegt gerade darin, nach Maßgabe des Vertrags von Lissabon kein Staat sein zu wollen. Auf die europäische Bundesstaatlichkeit hätte nicht eingegangen werden müssen.

Wie gefährlich dieser Topos ist, zeigt der Widerspruch der Argumentation mit Blick auf das Demokratieprinzip. Er spiegelt nicht bloß eine konservative Sicht auf Europa, sondern ist ein Ärgernis: Methodisch, weil ein gutes Urteil logische Widersprüche vermeidet. Aber auch deshalb, weil die bereits im Maastricht-Urteil angelegte Unstimmigkeit trotz der seinerzeit nicht gerade zaghaften Kritik festgeschrieben wird: Der zweite Senat lässt das Zustimmungsgesetz passieren, weil die Europäische Union durch den Vertrag von Lissabon nicht demokratisch verfasst wird. Geschieht das, müsste sie sich in Richtung eines Bundesstaates entwickeln, was durch Art. 79 III GG aber verboten ist. Dass Europa so nicht zu bauen ist, versteht sich von selbst. Der Staat wird nicht als Teil der Union begriffen, sondern als Träger und Projektionsinstanz *in einer Person*. Entweder Deutschland bleibt ein souveräner Staat, dann kann die Europäische Union im Grunde nur eine völkerrechtliche Veranstaltung sein. Will sie mehr sein, müsste sie ein Bundesstaat werden. Das aber verbietet der Erhalt deutscher Verfassungsidentität. Die staatsanaloge Perspektive sieht im Staat eine Errungenschaft der Zivilisation, kann Europa aber nicht begreifen.¹¹⁶

Die eingeforderte Integrationsverantwortung der Staatsorgane macht aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht wieder Nationalstaaten, akzentuiert aber die politische Verantwortung des Bundestags für die Mitgestaltung der Europäisierungsprozesse, die nicht zuletzt deshalb bedrohlich wirken, weil sie in den Staaten unmittelbare Wirkungen entfalten, aber von diesen nicht mehr in gewohnter Weise gesteuert werden können. Die Integrationsverantwortung beugt dem auf dreierlei Weise vor:

Erstens gibt es eine absolute Grenze. Dynamische Vertragsvorschriften mit Blankettcharakter dürfen nicht vereinbart werden. *Zweitens* müssen innerstaatliche Mechanismen zur effektiven Sicherung dieser Integrationsverantwortung getroffen werden. Gemeint sind gesetzliche Ermächtigungsvorbehalte und Zustimmungspflichten von Bundestag und Bundesrat. *Drittens* wird die Integrationsverantwortung für ersichtliche

¹¹⁵ Dazu aus unterschiedlichen Gründen *Frederico Mancini*, Europe: The Case of Statehood, *European Law Journal* 4 (1998), 29; *Gunnar Folke Schuppert*, Zur Staatswerdung Europas, *StWP* 5 (1994), 35; *Siegfried Broß*, Überlegungen zur europäischen Staatswerdung, *JZ* 2008, 227. Bildhafte Beschreibungen: *Stephan Leibfried u.a.*, Through the Funhouse Looking Glass: Europe's Ship of States, *German Law Journal* 10 (2009), 311 und jetzt *Das Schiff Europa – Europe's Ship of States: Über eine Kippfigur der Integration*, *Leviathan* 2009, 389 (Errata 629).

¹¹⁶ Weitergehende Kritik: *Armin v. Bogdandy*, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, Überlegungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und gegen den methodischen Nationalismus, in: *Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer* (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, im Erscheinen.

Grenzüberschreitungen durch die Union mittels der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle eingefordert. Denkbar sei die darauf zugeschnittene Schaffung spezieller Integrationskontrollverfahren. Hierauf hat sich der Gesetzgeber nicht eingelassen. Vielmehr hat er sich auf eine minimale, aber ausreichende Umsetzung der Vorgaben beschränkt.

Das Lissabon-Urteil stellt die Weichen neu. Es sieht in der offenen Staatlichkeit¹¹⁷ nicht länger eine gouvernementale Veranstaltung, sondern will die Öffnungen demokratisch zurückbinden. Das Urteil macht deutlich, warum Gerichte gut daran tun, das demokratische Prinzip zurückhaltend anzuwenden und auszuformen. Nicht nur, dass im Zugriff auf das unter Ewigkeitsgarantie gestellte Demokratieprinzip die Grenze zwischen Verfassungsinterpretation und Verfassungsänderung unterlaufen zu werden droht. Statt Entscheidungen des verfassungsändernden Gesetzgebers systematisch zu entfalten, werden diesem durch integrationsfeste Vorbehaltsbereiche inhaltliche Vorgaben gemacht. Statt den politischen Prozess offen zu halten und die Verfahren abzusichern, setzt sich das Gericht an die Stelle des Gesetzgebers und schließt den politischen Prozess. Diese Gefahr wird nicht gesehen oder sie wird in Kauf genommen: Das Problem des Urteils ist weniger die Abkehr von der notorischen Exekutivlastigkeit des Integrationsprozesses zugunsten einer Stärkung der politischen Verantwortung des Bundestags. Vielmehr liegt das Problem in der Vorstellung vom Staat als *politischem Primärraum*. Dadurch wird das Politische im Staat reserviert, was den Verdacht weckt, es gehe nicht um die Demokratie, sondern um den Staat. So richtig es ist, politisch über den Weg zu streiten, der mit Blick auf die Selbsteuropäisierung des Staates durch die Vertragsänderungen eingeschlagen worden ist, so falsch wäre es, das unter dem überlieferten Leitbild souveräner Letztentscheidungsmacht zu tun.

Ein Zurück zum Nationalstaat kann es nicht geben.¹¹⁸ Dass sich das Lissabon-Urteil aber so lesen lässt, hat auch damit zu tun, dass es nicht gelungen ist, den Typus des europäischen Mitgliedstaates¹¹⁹ näher zu entfalten.¹²⁰ Der Mitgliedstaat ist ein Staat, der seine Einbindung nicht als Beschränkung, sondern als Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten begreift. In der Öffnung gegenüber den vielfältigen Europäisierungen festigt

¹¹⁷ Vgl. *Stephan Hobe*, Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, *Der Staat* 37 (1998), 521.

¹¹⁸ Zum Wandel von Staatlichkeit: WZB-Mitteilungen 121/2008; *Achim Hurrelmann u.a.* (Hrsg.), *Zerfasert der Nationalstaat?*, 2008. Eben diese Wandlungsprozesse geraten aus dem Blick, wenn unbekümmert vom Nationen und Nationalstaaten gesprochen wird. Dazu *Jan Drees Kuhnen*, *Die Zukunft der Nationen in Europa*, 2009.

¹¹⁹ Zum Vorschlag, den europäischen Mitgliedstaat als Gewährleistungsstaat zu verstehen: *Claudio Franzius*, *Gewährleistung im Recht*, 2009. Zur Erweiterung des Gewährleistungsparadigmas *Karl-Heinz Ladeur*, *Der Staat der „Gesellschaft der Netzwerke“: Zur Notwendigkeit der Fortentwicklung des Paradigmas des „Gewährleistungsstaates“*, *Der Staat* 48 (2009), 163.

¹²⁰ Warum, so fragt *Matthias Ruffert*, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts, *DVB1* 2009, 1197 (1207) zu Recht, muss der Souveränitätspanzer dreifach verschweißt werden – mit je einer Naht an der Staatlichkeit, der Volkssouveränität und der Demokratie?

der Mitgliedstaat seine Staatlichkeit. Zwar spricht das Lissabon-Urteil erstmals ausdrücklich von einer Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. Aber schon die begriffliche Nähe zum Topos der Völkerrechtsfreundlichkeit lässt erkennen, dass es dem zweiten Senat nicht darum geht, das europäische des Grundgesetzes zu erfassen. Außer Frage steht, dass es Prozesse der Selbsttransformation von Staatlichkeit¹²¹ gibt, die nicht europarechtlich angestoßen werden. Es mag aus der Sicht des souveränen Staates¹²² auch keinen Unterschied machen, ob der Anpassungsdruck durch die Europäisierung oder die Internationalisierung der nationalen Rechtsordnungen bedingt wird. Schließlich kann ein neues Paradigma in der Transnationalisierung der Ordnungen gesehen werden, wodurch andere Koordinierungsmechanismen in den Blick geraten. Weil Europa an die Staatenwelt anknüpft, aber nicht nach dem Vorbild des Staates gebaut ist, muss das Verhältnis von Recht und Politik im europäischen „Raum“ komplexer gefasst werden.

Ob sich das unter dem Topos der offenen Staatlichkeit bewerkstelligen lässt, bleibt nach der Analyse des Lissabon-Urteils zweifelhaft. In der Maßstabsbildung ist das Urteil angreifbar. Art. 23 GG wird marginalisiert. Vorliegend sollte deutlich gemacht werden, dass die verfassungsrechtliche Grundnorm, die im Grundgesetz nicht ohne Grund an die Stelle des Wiedervereinigungsgebotes getreten ist, ein Verständnis fordert, das sich von den Regeln der völkerrechtlichen Mitwirkung nach Art. 24 und Art. 59 II GG unterscheidet. Nochmals: Der Überzeugungsverlust einer Integration durch Recht geht mit einem Verschwimmen der Grenzen einher, was eine Politisierung der Union¹²³ erschwert. Aber ein pluralistisches Verständnis impliziert auch in der gebotenen Distanzierung von vernunftrepublikanischen Überhöhungen der Union keine Rückkehr zu einem völkerrechtlichen Konzept. Die Europäisierung geht nicht in der Internationalisierung auf, sondern gehorcht eigenen Gesetzen. Das gebietet bereits das Grundgesetz, das in Art. 23 GG eine eigene, durchaus singuläre Perspektive auf die Union und die Europäisierungsprozesse verlangt. Die Europäische Union lässt sich nicht als das Geschöpf von Nationalstaaten begreifen.¹²⁴ So spricht einiges dafür, die Nachhaltigkeit der Europäisierung dadurch zu erklären, dass die bewegende Kraft weder als Verlängerung der jeweils *eigenen* Reformvorstellungen noch als *fremdes* Bedrohungsszenario wahrgenommen wird.

¹²¹ Vgl. Michael Zürn, *Regieren jenseits des Nationalstaates*, 2. Aufl. 2005; Stephan Leibfried/Michael Zürn (Hrsg.), *Transformationen des Staates?*, 2006; Adrienne Héritier/Michael Stolleis/Fritz Scharpf (Hrsg.), *European and International Regulation after the Nation State*, 2004.

¹²² Resümierend Günther Frankenberg, *Staat als Begriff und Vorstellung*, *Rechtsgeschichte* 15/2009, 145.

¹²³ Näher Michael Zürn, *Das Bundesverfassungsgericht und die Politisierung der Europäischen Union*, in: Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, im Erscheinen.

¹²⁴ Vgl. Claudio Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, 2010.

BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG

Claudio Franzius ist Privatdozent an der Juristischen Fakultät der HU Berlin (Lehrbefugnis für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Verwaltungswissenschaften) und unterrichtet an der FU Berlin die rechtlichen Grundlagen der Politik.

Telefon: +49 30 838-53470

E-Mail: claudio.franzius@rz.hu-berlin.de

Anschrift: Rechtliche Grundlagen der Politik, Freie Universität Berlin,
Innstraße 22, D-14195 Berlin