

Der gespaltene Wächter?

Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im *Lissabon*-Urteil

Matthias Kottmann*/Christian Wohlfahrt**

I. Einleitung	443
II. Demokratie und Identität	444
III. Die politische Verfasstheit Europas	450
IV. Bedingungen und Grenzen der Integration	454
V. Das Bundesverfassungsgericht im Wächterhaus	461
VI. Schluss	467
Summary	469

I. Einleitung

“Das Grundgesetz sagt Ja zu Lissabon”.¹ Das war wohl zu erwarten, besondere Beachtung verdient deshalb das unmittelbar folgende “Aber”.² Erschwert wird dieses Vorhaben zum Einen durch den gegenüber dem *Maastricht*-Urteil stark angeschwollenen Umfang der Urteilsgründe,³ vor allem aber durch zahlreiche Brüche und Widersprüchlichkeiten in der Argumentation.⁴ Nun könnte man den Karlsruher Richtern ein gewissermaßen “strategisches Vorgehen” unterstellen, dass also die europafreundliche “*captatio benevolentiae*” vorausgeschickt wird und dann das dicke (nationalstaatszentrierte) Ende folgt.⁵ Bei genauerer Lektüre scheint jedoch auch eine andere Interpretation möglich. Danach sind die Bruchlinien Ausdruck

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

** Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

Unser Dank gilt Armin von Bogdandy und den Teilnehmern an dessen “Dienstagsrunde” für wertvolle Anregungen und Kommentare zum Text.

¹ Vizepräsident Andreas Voßkuhle in der Urteilsverkündung am 30.6.2009.

² Vgl. z.B. Christoph Schönberger, 10 GLJ Nr. 8 (2009), 1201, für den die Begründung im Widerspruch zum Ergebnis steht.

³ Gegenüber 165 Randnummern im *Maastricht*-Urteil jetzt 421 Randnummern.

⁴ Insofern findet nahezu jede rechtswissenschaftliche Position zur europäischen Integration ein entsprechendes Zitat, auf das sie sich berufen kann; vgl. den aus verschiedenen Positionen gehaltenen Vortrag von Franz C. Mayer, “Rashomon in Karlsruhe”, abrufbar unter: <http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Mayer/Aktuell/Franz%20Mayer%20Rashomon%20in%20Karlsruhe%203_0.pdf>.

⁵ In diesem Sinne wohl Carl Otto Lenz, FAZ Nr. 182 vom 8.8.2009, 7; zum Ansatz, die EU-Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte als Ausdruck institutioneller Machtsicherung zu verstehen, vgl. Wojciech Sadurski, ELJ 2008, 1; allgemein zur Vorstellung von Gerichten als machtbewussten Akteuren siehe Eyal Benvenisti/George W. Downs, EJIL 2009, 59.

konträrer demokratietheoretischer Vorverständnisse und tauchen im Laufe der Urteilsgründe, sozusagen als Leitmotiv, in verschiedenen Variationen wieder auf. Unter diesem Aspekt sei im Folgenden der Versuch unternommen, die Argumentationsstruktur des Urteils zu re- und bisweilen auch zu dekonstruieren. Vieles wird sich dabei als schon im *Maastricht*-Urteil angelegt erweisen. Bemerkenswert ist jedoch die ausführlichere Begründung und Verankerung im Demokratieprinzip, die letztlich den Eintritt in einen europäischen Bundesstaat ausdrücklich an eine Verfassungsneugebung knüpft (II.). Frische Erkenntnisse lassen sich auch aus den Betrachtungen zur gegenwärtigen Verfasstheit der EU ziehen (III.). Neuland betritt man bei den innerstaatlichen Sicherungsmechanismen und materiellen Schranken der Integration (IV.). Und schließlich baut das Bundesverfassungsgericht seine eigene Rolle als Wächter deutlich aus (V.).

II. Demokratie und Identität

Dreh- und Angelpunkt des Urteils ist das Demokratieprinzip. Zum Einen, weil es über Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a) i.V.m. 38 Abs. 1 S. 1 GG als prozessuales “Sesam-öffne-Dich” fungiert, als Scharnier zwischen dem Einzelnen und grundlegenden normativen Festlegungen der Verfassungsordnung.⁶ Zum Anderen ist das Demokratieprinzip Fundament der materiellrechtlichen Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts. Gerade an diesem zentralen Punkt aber lassen sich Brüche in der Argumentation ausmachen. Es konkurrieren ein individualistisches Demokratieverständnis, das einer europäischen Demokratie gegenüber prinzipiell aufgeschlossen ist, und ein etatistisches, das Demokratie als Selbstbestimmung eines Staatsvolkes übersetzt und deshalb mit einer europäischen Demokratie schon konzeptionelle Probleme hat (1).⁷ Der Konflikt wirkt weiter in den vom Gericht ausgemachten tatsächlichen Funktionsbedingungen von Demokratie (2) und dem Begriff der Identität, an dem die Unzulässigkeit eines europäischen Bundesstaates unter dem Grundgesetz festgemacht wird (3).

1) Eindrucksvoll ist zunächst der Einstieg in die Begründetheitsprüfung, der deutlich mit den entsprechenden Ausführungen des *Maastricht*-Urteils, vielleicht dessen umstrittenste Passagen,⁸ kontrastiert: Während dort als Kennzeichen des grundgesetzlichen Demokratiebegriffs angesehen wurde, dass sich die Ausübung

⁶ Vgl. Armin von Bogdandy, Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung, *KritV* 2000, 284, 287. Kritik an dieser schon im *Maastricht*-Urteil verwandten Figur bei Jürgen Schwarze, Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt, *Neue Justiz* 1994, 1, 1 f.; Christian Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, *EuGRZ* 1993, 489.

⁷ Vgl. zur Terminologie holistisch – menschenrechtlich: Armin von Bogdandy, *ZaöRV* 2003, 853, 858 f.; zur geistesgeschichtlichen Entwicklung der beiden Strömungen, freilich mit wieder anderer Terminologie, Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1994, 640; ähnliche Unstimmigkeiten im *Maastricht*-Urteil nachweisend von Bogdandy (Anm. 6), 284, 292 ff.

⁸ Vgl. Joseph H. H. Weiler, The State “über alles”, in: *Festschrift für Ulrich Everling* Bd. II, Baden-Baden 1995, 1651; Brun-Otto Bryde, *StW&StP* 1994, 305.

von Hoheitsgewalt auf das Staatsvolk zurückführen lasse,⁹ steht hier am Anfang der Überlegungen ein Verständnis von Demokratie als Ausdruck der Würde und des Eigenwerts eines jeden Menschen. Demokratie bedeutet demnach zunächst einmal, keiner Hoheitsgewalt ausgeliefert zu sein, der man nicht ausweichen kann und die man nicht personell und sachlich mitzubestimmen vermag.¹⁰ Wo vorher von einem relativ homogenen Volk die Rede war,¹¹ steht jetzt der Bürger im Mittelpunkt.¹² Der konfliktträchtige Begriff des Staatsvolks wird gar in den demokratietheoretischen Ausführungen ganz vermieden¹³ und taucht erst weiter hinten im Urteil auf.¹⁴

Dem stehen allerdings auch anders zu lesende Urteilsstellen gegenüber. So deutet schon die Vorstellung des „Deutschen Volkes“ als „Legitimationssubjekt“¹⁵ auf eine holistische Sichtweise hin. Weit aus deutlicher werden die Karlsruher Richter aber, wenn die Rede darauf kommt, dass ein Eintritt in einen europäischen Bundesstaat die Aufgabe des „Selbstbestimmungsrecht[s] des Deutschen Volkes“ bedeute.¹⁶ Welches Gewicht dabei letzterem Begriff zugemessen wird, kann man – so man sich in Kleinigkeiten stürzt – schon daran festmachen, dass „Deutsches Volk“ in Abkehr von den bisherigen Gepflogenheiten des Gerichts als Eigenname, d.h. groß geschrieben wird.¹⁷ Demokratie, so das zumindest in einem Satz erkenn-

⁹ BVerfG, 2 BvR 2134/92 vom 12.10.1993 (*Maastricht*), BVerfGE 89, 155, Absatz-Nr. 92.

¹⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009 (*Lissabon*), Absatz-Nr. 211 ff. Vgl. dazu auch Ingolf Pernice, VVDStRL 60 (2001), 148, 160 ff.

¹¹ *Maastricht*, Absatz-Nr. 101.

¹² Absatz-Nr. 210 ff.; vgl. dazu auch Frank Schorkopf, 10 GLJ Nr. 8 (2009), 1219, 1220 ff.; Horst Dreier-Ingolf Pernice, GG-Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2006, Bd. II, Art. 23, Rn. 55. Ein solches Verständnis scheint auch besser der verfassungsrechtlichen Konstruktion eines subjektiven Rechts auf Demokratie aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zu entsprechen, an der das Ganze prozessual hängt.

¹³ Vgl. Absatz-Nr. 210 ff.: Es ist abwechselnd von „Volk“, „Bürger“ oder „Staatsangehöriger“ die Rede.

¹⁴ Absatz-Nr. 298 ff.

¹⁵ Absatz-Nr. 228, 347.

¹⁶ Absatz-Nr. 228. Auf Grundlage des oben dargelegten individualistischen Verständnisses ist dies keineswegs selbstverständlich, kann doch der (vormals deutsche) Bürger auch in einem demokratischen „Europastaat“ sein Selbstbestimmungsrecht ausüben; vgl. Habermas (Anm. 7), 638; Dreier-Pernice (Anm. 12), Art. 23, Rn. 20 ff. Dagegen kann man freilich einwenden, die einzelne Wahlbürgerstimme werde durch die bloße Vergrößerung der Wahlbürgerschaft „weniger wert“ (vgl. Joseph H. H. Weiler, *European Democracy and Its Critics: Polity and System*, in: *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 264), doch soll dies hier mit Verweis auf den Gedanken des *Maastricht-Urteils*, es gebe keine „wahlrechtliche Konkurrentenklage“ nicht weiter verfolgt werden; vgl. *Maastricht*, Absatz-Nr. 87.

¹⁷ Groß geschrieben in Absatz-Nr. 227, 228, 274, 277; klein geschrieben einmal in Absatz-Nr. 217. Dagegen mit durchgehender Kleinschreibung die bisherige Rechtsprechung sowohl des ersten als auch des zweiten Senats, z.B. BVerfG, 2 BvE 4/05 vom 25.8.2005 (*Bundestagsauflösung*), BVerfGE 114, 121, Absatz-Nr. 110; BVerfG, 2 BvE 3/02 vom 8.12.2004 (*Sitzverteilung im Vermittlungsausschuss*), BVerfGE 112, 118, Absatz-Nr. 48; BVerfG, 2 BvF 3/89 vom 31.10.1990 (*Ausländerwahlrecht*), BVerfGE 83, 60, Absatz-Nr. 55; BVerfG, 2 BvF 1/73 vom 31.7.1973 (*Grundlagenvertrag*), BVerfGE 36, 1, Absatz-Nr. 67; BVerfG, 1 BvR 70/51 vom 27.9.1951 (*Spruchkammer*), BVerfGE 1, 5, Ls. 1. Sofern man nicht an eine redaktionelle Zufälligkeit glaubt, könnte eine mögliche Erklärung auch sein, dass damit das (bestehende) „Deutsche Volk“ gegenüber dem (laut Bundesverfassungsgericht nicht

bare Vorverständnis,¹⁸ setzt begrifflich einen präexistenten *demos* voraus.¹⁹ Aus der Selbstverständlichkeit, dass Art. 20 GG, der die Strukturprinzipien der “Verfassung der Deutschen”²⁰ festschreibt, eben auch nur die Umsetzung des Demokratiepostulats innerhalb des deutschen Gemeinwesens regelt,²¹ wird das normative Gebot, Demokratie nur im Rahmen des “Deutschen Volkes” zu verwirklichen. So gesehen bedeutet Demokratie im Sinne von Art. 20, 79 Abs. 3 GG dann Selbstbestimmung des “Deutschen Volkes” und diese fällt mit der Souveränität des Staates Deutschland in eins.²²

Entsprechend der Offenheit des Grundgesetzes für verschiedene Demokratie-Modelle²³ setzt sich jedoch in den Urteilsgründen keine der beiden skizzierten Sichtweisen als alleiniger Maßstab der europäischen Integration durch. An entscheidenden Stellen wird vielleicht deshalb auch weniger aus dem Demokratiebegriff als vielmehr aus den tatsächlichen Demokratiebedingungen heraus argumentiert.²⁴

2) Eine bedeutende Rolle wird dabei einer funktionierenden Öffentlichkeit zugewiesen. “Demokratie bedeutet nicht nur die Wahrung formaler Organisationsprinzipien und nicht allein eine korporative Einbindung von Interessengruppen. Demokratie lebt zuerst von und in einer funktionsfähigen öffentlichen Meinung [...]”.²⁵ Dies war schon im *Maastricht*-Urteil angelegt²⁶ und wird jetzt weiter aus-

existenten und konsequenterweise klein geschriebenen) “europäischen Volk” (Absatz-Nr. 143) herausgestellt werden sollte.

¹⁸ Absatz-Nr. 348.

¹⁹ Vgl. dazu Udo di Fabio, *Der Staat* 1993, 191, 202 ff.; Paul Kirchhof, *Der europäische Staatenverbund*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, 1009, 1025; zum Teil scharfe Kritik an diesem Verständnis bei Robert Chr. van Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, Baden-Baden 2006, 27 ff.; Weiler (Anm. 8), 1651, 1659 ff.; Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929, 14 ff.

²⁰ Absatz-Nr. 218.

²¹ Vgl. dazu Uwe Volkmann, *AöR* 2002, 575, 582 f.

²² Absatz-Nr. 228: “... das Selbstbestimmungsrecht des Deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands ...”. Vgl. dazu di Fabio (Anm. 19), 191, 201: Staatlichkeit, Demokratie und Souveränität als “verfassungsrechtlich gewollte Einheit”. Peter Michael Huber in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter Michael Huber, *Ius Publicum Europaeum*, Band II, Heidelberg 2008, § 26, Rn. 42, spricht von “funktionaler Äquivalenz”. Dagegen eindrucksvoll Lenz (Anm. 5), 7; Stefan Leibfried/Karin van Elderen, *10 GLJ* Nr. 8 (2009), 1297, 1303 f., die mittels historischer Interpretation herleiten, dass das Grundgesetz kein Gebot der souveränen Staatlichkeit Deutschlands kennt.

²³ Absatz-Nr. 214; vgl. auch Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1995 Rn. 127 ff. Insoweit finden sich auch im Urteil manchmal überraschende Aspekte, etwa die grundsätzliche Anerkennung des legitimitätssteigernden Potentials von Bürgerbeteiligung (Absatz-Nr. 272, 294).

²⁴ Vgl. z.B. Absatz-Nr. 247, 249 ff.: Grenzen der Integration werden vor allem aus dem Fehlen tatsächlicher Funktionsbedingungen abgeleitet.

²⁵ Absatz-Nr. 250.

²⁶ *Maastricht*, Absatz-Nr. 98. Interessanterweise wird das Erfordernis der Kommunikation in der eigenen Sprache in *Lissabon* nicht mehr wiederholt.

gebaut. Dazu setzt man sich offenbar implizit mit H a b e r m a s auseinander.²⁷ Und wie dieser in den 1990er Jahren,²⁸ so kommt auch das Gericht zu der Diagnose, “dass die öffentliche Wahrnehmung von Sachthemen und politischem Führungspersonal in erheblichem Umfang an nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen bleibt”.²⁹ Vergleichbar dem *Maastricht*-Urteil handelt es sich dabei allerdings um eine “noch nicht”-Feststellung, wird also eine Weiterentwicklung für möglich und wünschenswert erachtet.³⁰

Eine Fortsetzung der demokratiethoretischen Dichotomie findet sich in der zweiten durch das Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Funktionsbedingung: Demokratische Selbstbestimmung ist auf die “Möglichkeit, sich im eigenen Kulturraum verwirklichen zu können”, angewiesen.³¹ Einerseits könnte man dies auf eine diskursiv ständig ermittelte und geteilte politische Kultur beziehen.³² Dafür spricht unter anderem, dass, anders als in *Maastricht*,³³ keine Rede mehr von “vorrechtlichen Voraussetzungen” der Demokratie ist. Dem stehen jedoch Ausführungen entgegen, wonach Demokratie nicht nur ihre Funktionsbedingungen, sondern auch ihre natürliche Grenze in “kulturellen Wurzeln und Wertvorstellungen eines jeden Staates” findet.³⁴ Deutlich schimmert dort die Vorstellung durch, Demokratie setze, wenn schon nicht begrifflich so doch praktisch, eine präexistente “lebensweltliche kulturelle Verankerung und Amalgamation” eines Volkes voraus.³⁵ Hätte sich das Bundesverfassungsgericht dieser ganz verschrieben, müsste es sich freilich die Frage gefallen lassen, inwieweit diese Bedingungen überhaupt (noch) auf nationaler Ebene anzutreffen sind.³⁶ Interessanterweise aber fällt in diesem Zusammenhang ein Begriff nicht, den man dort vielleicht erwartet hätte und der ansonsten auch häufig im Urteil auftaucht: Die Identität.³⁷

3) Im Sprachgebrauch des Urteils steht Identität in enger Verbindung mit demokratischer Selbstbestimmung und findet ihren Niederschlag letztlich in grund-

²⁷ Neben dem Begriff des Diskurses in Absatz-Nr. 249 könnte als Indiz für die geistige Patenschaft auch dienen di Fabio (Anm. 19), 191, 203.

²⁸ H a b e r m a s (Anm. 7), 645: “die politische Öffentlichkeit ist bisher nationalstaatlich fragmentiert geblieben”; vgl. auch Dieter Grimm, JZ 1995, 581, 588.

²⁹ Absatz-Nr. 251.

³⁰ Vgl. *Lissabon*, Absatz-Nr. 251; *Maastricht*, Absatz-Nr. 99.

³¹ Absatz-Nr. 260.

³² Vgl. etwa H a b e r m a s (Anm. 7), 643: “Die demokratische Staatsbürgerschaft braucht nicht in der nationalen Identität eines Volkes verwurzelt zu sein; unangesehen der Vielfalt verschiedener kultureller Lebensformen verlangt sie aber die Sozialisation aller Staatsbürger in einer gemeinsamen politischen Kultur”; vgl. auch ders., ELJ 1995, 303, 306; Dreier-Pernice (Anm. 12), Art. 23, Rn. 55.

³³ *Maastricht*, Absatz-Nr. 98.

³⁴ Absatz-Nr. 260; vgl. auch Absatz-Nr. 363, 249.

³⁵ di Fabio (Anm. 19), 191, 203 f.

³⁶ Vgl. dazu B r y d e (Anm. 8), 305, 309 f.; G r i m m (Anm. 28), 581, 588.

³⁷ Der Begriff wird im Urteil also gerade nicht im Sinne vorrechtlicher “kultureller Identität” (vgl. dazu Udo di Fabio, *Die Kultur der Freiheit*, München 2005, insb. 60 f., 195 ff.; dagegen mit kritischer Annäherung an das “Plastikwort” Lutz Nietzhammer, *Kollektive Identität*, Hamburg 2000, 9 ff.) gebraucht.

legenden verfassungsrechtlichen Entscheidungen.³⁸ Ausdruck von Souveränität ist demnach das “Recht eines Volkes, über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden”.³⁹ Auf den Begriff der Identität stützen sich zwei teilweise voneinander abweichende Argumentationsfiguren, in denen sich die oben eingeführte Dichotomie widerspiegelt. Nach der eher etatistischen Konzeption wird die Identität zur “Verfassungsidentität” und bezeichnet die durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsgrundsätze.⁴⁰ Diese sind dem Zugriff des *pouvoir constitué* entzogen. In Verbindung mit dem oben dargelegten etatistischen Demokratie- bzw. Souveränitätsverständnis ergibt sich damit, dass der Eintritt in einen europäischen Bundesstaat im Rahmen des Grundgesetzes nicht möglich ist.⁴¹ Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EGV; Art. 5 Abs. 1, 2 EUV-Lissabon) sowie das Gebot, die mitgliedstaatliche Identität zu achten (Art. 6 Abs. 3 EUV; Art. 4 Abs. 2 EUV-Lissabon) werden zum europarechtlichen Korrelat nationaler Verfassungsidentität.⁴²

Anders die eher individualistische Konzeption: “Identität als Rechtsgemeinschaft” im Sinne grundlegender Rechtsprinzipien wird u.a. auch der EU zugeschrieben.⁴³ Rechtliche Konsequenzen werden an den Begriff der Identität insofern geknüpft, als wegen Art. 38 Abs. 1, 146 GG die Wahlberechtigten über den “Identitätswechsel der Bundesrepublik Deutschland” hin zu einem Gliedstaat der EU direkt und “in freier Entscheidung” befinden müssen.⁴⁴ Insofern landen beide Konzeptionen letztlich beim “unmittelbar erklärten Willen des Deutschen Volkes”. Ein Unterschied besteht aber darin, dass nach etatistischer Lesart der Eintritt in einen europäischen Bundesstaat nur um den Preis der Überwindung des Art. 79 Abs. 3 GG möglich und daher mit dem “Stigma der Revolution” behaftet,⁴⁵ bzw.

³⁸ Vgl. dazu, insbesondere mit der Unterscheidung von konservativen und progressiven Identitätskonzeptionen, Armin von Bogdandy, Europäische und nationale Identität, VVDStRL 62, 156, 174 ff.

³⁹ Absatz-Nr. 340.

⁴⁰ Absatz-Nr. 216 ff.; mit dem Begriff “Identität der Verfassung”, allerdings ohne konkrete Anknüpfung an Art. 79 Abs. 3 GG schon BVerfG, BvL 52/71 vom 29.5.1974 (*Solange I*), BVerfGE 37, 271, Absatz-Nr. 43; BVerfG, 2 BvR 197/83 vom 22.10.1986 (*Solange II*), Absatz-Nr. 104; vgl. aus der Lehre Paul Kirchhof, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, HdbStR I, § 19; Theodor Maunz/Günter Dürig-Matthias Herdegen, Lfg. 52, München 2008, Art. 79 III Rn. 59; di Fabio (Anm. 19), 191, 210; allgemein: Carl Schmitt, Verfassungslehre, München/Leipzig 1928, 103.

⁴¹ Vgl. Absatz-Nr. 230: Art. 79 Abs. 3 GG als “absolute Grenze” der Integration. Anklänge daran, dass Art. 79 Abs. 3 GG vor “Entstaatlichung” schützt, finden sich schon in BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005 (*Europäischer Haftbefehl*), BVerfGE 113, 273, Absatz-Nr. 161. Aus einer Schutzvorschrift gegen den Rückfall in Diktatur wird also eine gegen den europäischen Bundesstaat; vgl. auch kritisch Daniel Halberstam/Christoph Möllers, 10 GLJ Nr. 8 (2009), 1241, 1254; Schönberger (Anm. 2), 1202, 1208.

⁴² Vgl. Absatz-Nr. 234 f.

⁴³ Absatz-Nr. 340 zur Behauptung europäischer Grundrechte gegenüber UN-Sicherheitsratsresolutionen durch den EuGH im *Kadi*-Urteil.

⁴⁴ Absatz-Nr. 179. Vgl. dazu auch Dreier-Pernice (Anm. 12), Art. 79 III Rn. 57.

⁴⁵ Vgl. Maunz/Dürig-Herdegen (Anm. 40), Band V, Art. 79 III Rn. 59.

bei extremer Auslegung gar für immer verbaut wäre.⁴⁶ Die souveräne Staatlichkeit Deutschlands erscheint so als dem deutschen Volk vorgegeben, während sie nach der individualistischen Konzeption disponibel ist. Nicht zuletzt wegen dieser Spannung, so scheint es, werden Art. 79 Abs. 3 bzw. 146 GG eher vorsichtig zitiert.⁴⁷ Beiden Konzepten ist jedoch erstens der hochkomplexe Problemkreis zwischen *pouvoir constitué* und *pouvoir constituant*⁴⁸ sowie zweitens die unterkomplexe Vorstellung von einem qualitativen Unterschied zwischen Staaten(ver)bund und Bundesstaat und demgemäß einem *a priori* bestimmbareren Punkt des "Umschlagens" gemeinsam.⁴⁹

Damit wird in *Lissabon* eine Grenze geschlossen, die nach *Maastricht* noch als offen verstanden werden konnte:⁵⁰ "Das Grundgesetz ermächtigt die für Deutschland handelnden Organe nicht, durch einen Eintritt in einen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des Deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands aufzugeben. Dieser Schritt ist [...] allein dem unmittelbar erklärten Willen des Deutschen Volkes vorbehalten."⁵¹ Darüber, wie realistisch diese Option ist, mag man nun trefflich streiten. Nach pessimistischer Lesart sollte der Weg in einen Europastaat damit endgültig verbaut werden. Optimistisch betrachtet hat das bisher eher skeptische Bundesverfassungsgericht⁵² sein Faible für die direkte Beteiligung des Volkes entdeckt.

⁴⁶ In Absatz-Nr. 217 wird unter Verweis auf die Diskussion in der Literatur ausdrücklich offengelassen, ob Art. 79 Abs. 3 GG auch den *pouvoir constituant* bindet. Ablehnend noch *Maastricht*, Absatz-Nr. 89.

⁴⁷ Dies führt zu der Konsequenz, dass das "Bundesstaatsverbot" in manchen Ausführungen an Art. 23 Abs. 1 GG festgemacht wird (vgl. Ls. 1, Absatz-Nr. 229); vgl. auch zu Art. 24 GG a.F. BVerfG, BvL 52/71 vom 29.5.1974 (*Solange I*), BVerfGE 37, 271, Absatz-Nr. 43. Dagegen entspricht es wohl herrschender Lehre, dass Art. 23 Abs. 1 GG insofern offen ist und sich mögliche Grenzen erst aus Art. 79 Abs. 3 GG oder Art. 146 GG ergeben, vgl. Theodor Maunz/Günter Dürig – Rupert Scholz, Lfg. 32, München 1996, Art. 23, Rn. 63; di Fabio (Anm. 19), 191, 199; Dreier-Pernice (Anm. 12), Art. 79 III Rn. 57; a.A. Karl-Peter Sommermann in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Anm. 22), § 14, Rn. 35.

⁴⁸ Vgl. dazu z.B. Karlheinz Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, Baden-Baden 1996.

⁴⁹ Anschaulich festmachen lässt sich diese Vorstellung am Verbot der Übertragung der "Kompetenz-Kompetenz" (Absatz-Nr. 233, 239, 322, 328). Natürlich mag dies auch den darauf fokussierten Klagevorträgen geschuldet sein. Vgl. zur Vorstellung eines bloß quantitativen Unterschieds hinsichtlich des Grades an Zentralisation Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, 194; Jochen von Bernstorff, Der Glaube an das universale Recht, Baden-Baden 2001, 109 ff.

⁵⁰ Vgl. *Maastricht*, Absatz-Nr. 108; Sommermann (Anm. 47), Rn. 62; a.A. Doris König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, Berlin 2000, 490 ff., die schon damals die Unzulässigkeit eines europäischen Bundesstaates im Demokratiebegriff des *Maastricht*-Urteils angelegt sieht.

⁵¹ Absatz-Nr. 228; vgl. auch Absatz-Nr. 179.

⁵² Vgl. z.B. BVerfG, 2 BvR 2091/99 vom 31.3.2000, NVwZ-RR 2000, 474.

III. Die politische Verfasstheit Europas

Ist damit klar, was das Grundgesetz nicht erlaubt, respektive den Eintritt in einen europäischen Bundesstaat, so bleibt im Urteil nebulös, was die EU aus Sicht des Grundgesetzes ist bzw. sein darf. Dabei setzen sich die oben aufgezeigten Bruchlinien in den Ausführungen zur Integrationsoffenheit des Grundgesetzes (1) und dem generellen Verständnis der politischen Verfasstheit Europas fort (2). Relativ einheitlich fällt dagegen die Diagnose zum gegenwärtigen Legitimationsniveau der EU aus (3).

1) Die Ausführungen eröffnet eine Reihe zitatreifer Sätze, die ein integrationsfreundliches Bild staatlicher Souveränität erkennen lassen. So ist die vom Demokratieprinzip geforderte Souveränität Deutschlands nach Maßgabe des Grundgesetzes eine in internationale Friedensordnungen und Kooperation eingebettete.⁵³ Völker- und europarechtliche Bindungen sind keine Unterwerfung unter fremde Mächte, sondern eröffnen Gestaltungsmöglichkeiten angesichts zunehmend grenzüberschreitender Problemlagen. "Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft."⁵⁴ War die europäische Integration in *Maastricht* noch vom Grundgesetz "ausdrücklich zugelassen",⁵⁵ so ist sie jetzt geboten, steht es also nicht im "politischen Belieben [der deutschen Verfassungsorgane], sich an der europäischen Integration zu beteiligen oder nicht".⁵⁶ Europäische Besitzstandswahrung und die "effet-utile"-Rechtsprechung des EuGH sind "Teil des vom Grundgesetz gewollten Integrationsauftrags".⁵⁷ Und, als Bonbon für den Europarechtler: Es gilt nicht nur der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, sondern nun auch ein eigener Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit.⁵⁸

Das so skizzierte Bild trübt sich freilich schon etwas beim Blick auf die vom Bundesverfassungsgericht dafür zitierte Quelle. Dort wird zwar eine verfassungsrechtliche Mitwirkungspflichtpflicht zur Entwicklung internationaler Ordnungen konzediert, gleichzeitig jedoch mit dem "letzte[n] Wort der souveränen Staatlichkeit" für eine restriktive Auslegung plädiert.⁵⁹ Konsequenterweise soll es der Eu-

⁵³ Absatz-Nr. 220, 223. Dort auch: "Das Grundgesetz bricht mit allen Formen des politischen Machiavellismus und einer rigiden Souveränitätsvorstellung ...".

⁵⁴ Absatz-Nr. 224; vgl. dazu schon Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2. Aufl., Tübingen 1928, 17 ff.; Pernice (Anm. 10), 148, 162.

⁵⁵ *Maastricht*, Absatz-Nr. 93.

⁵⁶ Absatz-Nr. 225.

⁵⁷ Absatz-Nr. 237; vgl. dazu schon BVerfG, 2 BvR 687/85 vom 8.4.1987 (*Kloppenburg*), BVerfGE 75, 223, Ls. 2. Im *Maastricht*-Urteil wurde die Zulässigkeit dieser Institute zwar nicht explizit bestritten, ihre Erwähnung war jedoch mit der Androhung der verfassungsgerichtlichen *ultra-vires*-Kontrolle verbunden, vgl. *Maastricht*, Absatz-Nr. 157.

⁵⁸ Absatz-Nr. 225. Das *Maastricht*-Urteil spricht insofern neutraler von "Integrationsoffenheit", vgl. *Maastricht*, Absatz-Nr. 94.

⁵⁹ Frank Schorkopf, *Grundgesetz und Überstaatlichkeit*, Tübingen 2007, 247 ff.; vgl. diese Redewendung auch in Absatz-Nr. 340.

europarechtsfreundlichkeit nicht widersprechen, wenn das Bundesverfassungsgericht Europarecht für unanwendbar erklärt.⁶⁰ Sinnbildhaft für die inhärenten Widersprüche sind die Ausführungen zu einem einseitigen Austrittsrecht: Einerseits sollen weitere Integrationschritte “prinzipiell widerruflich” sein und ein Austrittsrecht unabhängig von seiner europarechtlichen Anerkennung bestehen.⁶¹ Andererseits fordert die in Art. 23 Abs. 1 GG verankerte Europarechtsfreundlichkeit die “Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Verwirklichung eines vereinten Europas”.⁶² Aufgrund dieser unklaren Ausgangslage und der häufig völkerrechtlichen Argumentation⁶³ könnte man die Europarechtsfreundlichkeit auch als gegen europäische Konstitutionalisierung gerichtetes Danaergeschenk auffassen.⁶⁴ Zumindest nährt das Gericht Befürchtungen, es gehe ihm auch darum, die Grenzen der Freundlichkeit zu betonen.⁶⁵

2) Ausdruck solch enger Grenzziehung könnte der prominent in Leitsatz 1 erwähnte Begriff des Staatenverbundes sein. Laut Bundesverfassungsgericht ermächtigt das Grundgesetz “mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union”.⁶⁶ Wurde diesem Begriff im *Maastricht*-Urteil noch “klassifikatorische und keine normative Funktion” zugeschrieben, weil er vom Bundesverfassungsgericht nicht grundgesetzlich verankert wurde,⁶⁷ so könnte man jetzt ins Grübeln kommen, wird doch mit Art. 23 Abs. 1 GG eine mögliche Grundlage genannt und postwendend eine Definition geliefert.⁶⁸ Bei näherem Hinsehen offenbaren sich jedoch einige Brüche und Unstimmigkeiten: So wird zwar der Staatenverbund an Art. 23 Abs. 1 GG festgemacht, definiert wird anschließend jedoch nur “[d]er Begriff des Verbundes”. Und dieser scheint auch nicht ausschließlich durch die angeführten Merkmale charakterisiert zu werden, sondern “erfasst” eine solchermaßen beschriebene “Verbindung”, d.h. möglicherweise auch eine, die anders gestaltet ist. Zudem pflanzt sich der Konflikt zwi-

⁶⁰ Absatz-Nr. 340.

⁶¹ Absatz-Nr. 233. Nach dem *Maastricht*-Urteil war umstritten, ob dieses in Absatz-Nr. 112 ein einseitiges Austrittsrecht postuliert hatte; Kritik bei Jochen Abr. Frowein, *Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, ZaöRV 54 (1994), 1, 10 ff.; Joseph H. H. Weiler, *The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass*, in: *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 286, 316.

⁶² Absatz-Nr. 340; vgl. schon Absatz-Nr. 225.

⁶³ Vgl. z.B. Absatz-Nr. 231, 237, 340.

⁶⁴ In diesem Sinne Halberstam/Möllers (Anm. 41), 1241, 1245, speziell zur Anerkennung der *implied powers*.

⁶⁵ Auf Thomas Oppermann, *EuZW* 2009, 473, wirkt die postulierte Europarechtsfreundlichkeit “aufgesetzt”.

⁶⁶ Ls. 1, Absatz-Nr. 229. Zum Begriff des Staatenverbundes vgl. *Maastricht*, Absatz-Nr. 108, 112.

⁶⁷ von Bogdandy (Anm. 6), 284, 290 f.; Dreier-Pernice (Anm. 12), Art. 23, Rn. 37, 41.

⁶⁸ Ls. 1 und Absatz-Nr. 229: “Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben.”

schen individualistischem und etatistischem Demokratieverständnis bis in die vermeintliche Definition fort: Wer sind denn jetzt die Legitimationssubjekte: Die Völker oder die Bürger? Von Bruchlinien zeugt auch, dass noch zwei Abschnitte vorher betont wird, das von der Präambel und Art. 23 Abs. 1 GG vorgegebene Integrationsziel sage “nichts über den endgültigen Charakter der politischen Verfasstheit Europas”.⁶⁹ Und nicht zuletzt scheint im Urteil, trotz der prominenten Stellung des Staatenverbundes in Leitsatz 1, keine einheitliche Vorstellung von der nach dem Grundgesetz erlaubten bzw. derzeit gegebenen Verfasstheit Europas erkennbar.⁷⁰ Konsequenterweise werden auch an keine der Bezeichnungen Rechtsfolgen geknüpft; rekuriert wird stattdessen auf einzelne Elemente wie das Prinzip der begrenzten Ermächtigung, die Integrationsverantwortung oder gleich auf das allem zu Grunde liegende Demokratieprinzip.⁷¹

3) Allen Ambivalenzen zum Trotz scheint aus dem Urteil jedenfalls die klare Überzeugung zu sprechen, dass Quelle der Gemeinschaftsgewalt “die in ihren Staaten demokratisch verfassten Völker Europas” sind.⁷² Die EU als “abgeleitete Grundordnung” muss deshalb nicht die innerstaatlichen Vorgaben hinsichtlich des demokratischen Legitimationsniveaus erfüllen; es “reicht grundsätzlich die über nationale Parlamente und Regierungen vermittelte Legitimation der Mitgliedstaaten aus, die ergänzt und abgestützt wird durch das unmittelbar gewählte Europäische Parlament”.⁷³ Das Gericht setzt sich ausführlich mit der demokratischen Legitimation auseinander, die vom Europaparlament nach dem Vertrag von Lissabon ausgeht. Es kommt zum Schluss, dass das Europäische Parlament auch nach der Neuformulierung des Art. 14 Abs. 2 EUV-Lissabon kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes sei.⁷⁴ Wegen der mitgliedstaatlichen Kontingenz der Sitze bleibe das Europaparlament eine Vertretung der Völker der

⁶⁹ Absatz-Nr. 227. Kurioserweise wird dort das Integrationsziel nicht etwa als den Staatsorganen, sondern als “dem Deutschen Volk” vorgegeben bezeichnet. Nimmt man dies wörtlich, so erscheint die europäische Integration in der Tat als etwas dem deutschen Volk Aufoktroiertes, über das schnellstens in Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes entschieden werden sollte.

⁷⁰ Das Spektrum der Bezeichnungen reicht von “Rechtsgemeinschaft” mit “nicht strikt hierarchisch gegliederten Ordnungszusammenhängen” (Absatz-Nr. 340) und “überstaatliche Autonomie” (Absatz-Nr. 231) über “Staatenverbund” (Ls. 1 und Absatz-Nr. 229), “Vertragsunion souveräner Staaten” (Ls. 3 und Absatz-Nr. 249), “supranationale Organisation” (Absatz-Nr. 237, 267), bis hin zu “internationale Organisation” bzw. “zwischenstaatliche Einrichtung” (Absatz-Nr. 231, 237). Während sich an Letzterem die Vorstellung festmachen ließe, die EU sei im Grunde mit denselben Begrifflichkeiten zu fassen wie die Internationale Telegrafunion, und Zweiteres an das Recht der Selbstverwaltung erinnert, weht durch Ersteres ein Hauch von “*multilevel constitutionalism*”, vgl. dazu Ingolf Pernice, *Columbia Journal of European Law* 2009, 349; Neil Mac Cormick, *Modern Law Review* 1993, 1; ähnlich auch Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001, 215 ff.

⁷¹ Vgl. z.B. Absatz-Nr. 238, 249 ff., 262, 340.

⁷² Absatz-Nr. 231.

⁷³ Absatz-Nr. 262; vgl. auch Absatz-Nr. 266. Dieses Konzept der dualen Legitimation findet sich auch schon im *Maastricht*-Urteil, vgl. *Maastricht*, Absatz-Nr. 97 und 100.

⁷⁴ Absatz-Nr. 280.

Mitgliedstaaten.⁷⁵ Dem ist teilweise zu widersprechen: Schließlich ist doch gerade die degressiv-proportionale Zusammensetzung Ausdruck des Kompromisses zwischen einer Berücksichtigung der Gesamtheit der Unionsbürger und der Staaten-gleichheit.⁷⁶ Richtig wäre gewesen: Das Europäische Parlament vertritt gleichzeitig die Völker der Mitgliedstaaten und die Gesamtheit der Unionsbürger. Außerdem kann mit guten Gründen argumentiert werden, dass Grundlage des Legitimationsstranges "Völker der Mitgliedstaaten" ebenfalls die Individuen als Staats- und Unionsbürger sind.⁷⁷ Dem Bundesverfassungsgericht vorzuwerfen, seine Argumentation entspreche dem staatszentrierten Demokratieverständnis der deutschen Staatsrechtslehre des 19. und 20. Jahrhunderts, das in Anbetracht des modernen Mehrebenen- und -akteurssystem der EU anachronistisch wirke,⁷⁸ geht wiederum zu weit. Wahlrechtliche Erfolgchancengleichheit ist demokratische Grundregel.⁷⁹ Allerdings ist anzumerken, dass der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts eine weitere Demokratisierung auf Ebene der Europäischen Union als zweitrangig, ja beinahe unerwünscht erachtet und damit die nationale Demokratie zu Lasten der europäischen schützt.⁸⁰ So führt das Gericht aus, dass wegen der fehlenden Wahlrechtsgleichheit die Bildung einer eigenständigen und mit den in Staaten üblichen Machtbefugnissen ausgestatteten Regierung aus dem Parlament heraus grundlegenden Einwänden ausgesetzt wäre.⁸¹ Das Bundesverfassungsgericht des *Maastricht*-Urteils gab keine vergleichbare Skepsis zu erkennen, als es anmerkte, dass sich die stützende Funktion des Europäischen Parlaments durch dessen Einflusszuwachs verstärken ließe.⁸²

⁷⁵ Absatz-Nr. 284. Irritierend ist die Länge, in der das Bundesverfassungsgericht die Widersprüchlichkeit von Anspruch und Wirklichkeit der Konstruktion des Europäischen Parlaments (Absatz-Nr. 280 ff.) und das Demokratiedefizit (Absatz-Nr. 289 ff.) aufzeigt. Dabei räumt es doch selbst ein, dass dies mit dem Charakter der Europäischen Union als Verbund souveräner Staaten erklärt werden kann (Absatz-Nr. 284, 287) bzw. dass vom Gericht als Maßstab des Demokratiedefizits staatliche Demokratieanforderungen herangezogen werden (Absatz-Nr. 289), die Union aber nach eigenen Ausführungen durch den Lissabon-Vertrag gerade nicht zum Staat wird, sondern Staatenverbund bleibt.

⁷⁶ Felix A r n d t, Ausrechnen statt Aushandeln: Rationalitätsgewinne durch ein formalisiertes Modell für die Bestimmung der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, *ZaöRV* 68 (2008), 247, 251.

⁷⁷ Vgl. Armin v o n B o g d a n d y, Grundprinzipien, in: ders. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 13, 64 m.w.N.

⁷⁸ Peter B e c k e r / A n d r e a s M a u r e r, Deutsche Integrationsbremsen, *SWP-Aktuell* 41 (Juli 2009), 7.

⁷⁹ Absatz-Nr. 279.

⁸⁰ Vgl. Absatz-Nr. 262, 278.

⁸¹ Absatz-Nr. 281. Vgl. auch Absatz-Nr. 297.

⁸² *Maastricht*, Absatz-Nr. 100.

IV. Bedingungen und Grenzen der Integration

Findet demokratische Kontrolle europäischer Politik aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts also zuvorderst und zu Recht auf nationaler Ebene statt, ist es nur konsequent, eben diese zu stärken. Hierzu führt das Gericht den Begriff der Integrationsverantwortung ein (1), weitet Beteiligungsrechte bei der nationalen Willensbildung aus (2) und statuiert gar materielle Integrationsschranken (3).

1) Eine zentrale Rolle spielt der Begriff der Integrationsverantwortung,⁸³ der an einer Vielzahl von Stellen⁸⁴ erwähnt und damit in Zukunft immer mit diesem Urteil verbunden bleiben wird. Doch was genau ist unter Integrationsverantwortung zu verstehen? Im *Maastricht*-Urteil findet sich das Konzept der Integrationsverantwortung noch nicht. Hier sprach das Gericht von einer "politischen Verantwortung für die Einräumung von Hoheitsrechten"⁸⁵ bzw. von einer "Verfassungspflicht".⁸⁶ Eine Analyse der verschiedenen Stellen im *Lissabon*-Urteil, an denen der Begriff auftaucht, ergibt folgendes Bild: Träger der Integrationsverantwortung sind die Bundesrepublik Deutschland als solche,⁸⁷ die deutschen Verfassungsorgane,⁸⁸ insbesondere die Gesetzgebungsorgane des Bundes,⁸⁹ d. h. Bundestag und Bundesrat,⁹⁰ und die Bundesregierung.⁹¹ Zum Tragen kommt die Integrationsverantwortung, wie schon der Name sagt, im Rahmen der europäischen Integration. Dies ist zunächst die Übertragung von Hoheitsrechten⁹² und die Ausgestaltung der europäischen Entscheidungsverfahren.⁹³ Die Integrationsverantwortung gilt aber auch für die dynamische Vertragsentwicklung⁹⁴ bzw. den weiteren Vertragsvollzug.⁹⁵ Darunter fällt jede Veränderung der textlichen Grundlagen,⁹⁶ also die Mitwirkung bei einer Veränderung des Vertragsrechts ohne Ratifikationsverfahren,⁹⁷ insbesondere die Mitwirkung im vereinfachten Änderungsverfahren⁹⁸ und im Rahmen von Brü-

⁸³ Zum Begriff staatlicher Verantwortung M. Heintzen bzw. A. Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 220 bzw. 266 m. w. N.

⁸⁴ Absatz-Nr. 236, 238 ff., 243, 245, 264, 272, 317, 319 f., 365, 375, 409, 411 und 415.

⁸⁵ *Maastricht*, Absatz-Nr. 94.

⁸⁶ *Maastricht*, Absatz-Nr. 143 und 161.

⁸⁷ Absatz-Nr. 264, auch 238.

⁸⁸ Absatz-Nr. 245, 409.

⁸⁹ Absatz-Nr. 236, 239, 365, 243, 319.

⁹⁰ Absatz-Nr. 320, 375, 411.

⁹¹ Absatz-Nr. 236, 375.

⁹² Absatz-Nr. 245, 413.

⁹³ Absatz-Nr. 245.

⁹⁴ Vgl. zu diesem Begriff Absatz-Nr. 411.

⁹⁵ Vgl. Absatz-Nr. 413.

⁹⁶ Absatz-Nr. 243.

⁹⁷ Absatz-Nr. 236, 238, 409, 411 f.

⁹⁸ Absatz-Nr. 243, 411 f.

ckenverfahren⁹⁹, aber auch die Mitwirkung bei der Anwendung der Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV.¹⁰⁰ Ebenfalls relevant sind die Anwendung der sog. Notbremseverfahren (Art. 48 Abs. 2, 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV)¹⁰¹ und der Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3, 86 Abs. 4 und 308 Abs. 3 AEUV.¹⁰² Eine Spannung zur Integrationsverantwortung entsteht aber auch bei erweiternder Auslegung durch europäische Organe.¹⁰³

Das Bundesverfassungsgericht beantwortet ebenfalls die Frage der sachlichen Reichweite und – damit zusammenhängend – die des Ursprungs der Integrationsverantwortung: Sie zielt auf Beachtung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der europäischen Integration.¹⁰⁴ Hierbei geht es um die Prüfung der Einhaltung des Integrationsprogramms nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG,¹⁰⁵ insbesondere darum, dass das demokratische Legitimationsniveau der Unionsgewalt dem Umfang der übertragenen Zuständigkeiten entspricht,¹⁰⁶ und um den Schutz des Demokratieprinzips nach Art. 20 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG.¹⁰⁷ Aus diesem Grund besitzt die Integrationsverantwortung einen rechtlichen Charakter, ist “von Verfassungs wegen erforderlich”.¹⁰⁸ Zumindest diskutabel erscheint allerdings, ob die Begründung aus dem Demokratieprinzip das (Teil)ergebnis “Stärkung der Rechte des Bundesrates” trägt.¹⁰⁹ Auch stellt sich die Integrationsverantwortung primär als Verantwortung dafür dar, dass die europäische Integration die von Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht gesteckten Grenzen nicht überschreitet. Dagegen wurde das in dem Begriff steckende Potential, den deutschen Staatsorganen auch eine Verantwortung für die Integration zuzusprechen, nicht ausgeschöpft. Dergleichen wird im Urteil mit dem bedeutend schwächeren Substantiv der “Freundlichkeit” umschrieben.¹¹⁰

Da Verantwortung die freie und bewusste Entscheidungsmöglichkeit voraussetzt, folgen aus der Integrationsverantwortung Pflichten zu ihrer effektiven Entfaltung, Wahrnehmung und Sicherung:¹¹¹ Diese können in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen. Zum Beispiel gilt es deshalb, dynamische Vertragsvorschriften mit Blankettcharakter nicht zu vereinbaren oder geeignete innerstaatliche

⁹⁹ Absatz-Nr. 243, 411 in Verbindung mit 413 ff.

¹⁰⁰ Absatz-Nr. 243, 411 in Verbindung mit 417.

¹⁰¹ Absatz-Nr. 365, 411 in Verbindung mit 418.

¹⁰² Absatz-Nr. 411 in Verbindung mit 419.

¹⁰³ Absatz-Nr. 238.

¹⁰⁴ Absatz-Nr. 409.

¹⁰⁵ Absatz-Nr. 236, 375, 409.

¹⁰⁶ Absatz-Nr. 245, 317, 319, 365.

¹⁰⁷ Absatz-Nr. 236, 245.

¹⁰⁸ Vgl. Absatz-Nr. 415. Auch Absatz-Nr. 240: Gerichtliche Einforderung der Integrationsverantwortung.

¹⁰⁹ Vgl. zur nach dem Demokratieprinzip problematischen Stellung des Bundesrates Schönberger (Anm. 2), 1201, 1211 f.

¹¹⁰ Siehe dazu oben III. 1).

¹¹¹ Vgl. Absatz-Nr. 239 f., 264, 317, 320, 365, 375.

Sicherungen bzw. Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Integrationsverantwortung der Gesetzgebungsorgane sich hinreichend entfalten kann.¹¹² Im Falle eines Missverhältnisses zwischen Art und Umfang der ausgeübten Hoheitsrechte und dem Maß demokratischer Legitimation der Union, obliegt es der Bundesrepublik Deutschland, auf eine Veränderung hinzuwirken und im äußersten Fall sogar die weitere Beteiligung an der Europäischen Union zu verweigern.¹¹³ Weiter darf der deutsche Regierungsvertreter im Rat sein Vetorecht im Rahmen eines Brückenverfahrens nicht ohne Beteiligung der zuständigen Gesetzgebungsorgane aufgeben.¹¹⁴ Auch darf er die in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV genannten mitgliedstaatlichen Rechte (sog. Notbremsverfahren) nur nach Weisung des Bundestages und ggf. des Bundesrates ausüben.¹¹⁵ Schließlich können auch entsprechende Informationspflichten aus der Integrationsverantwortung fließen.¹¹⁶ Ob aus der Integrationsverantwortung auch ein Recht auf freie und bewusste Entscheidung folgt, also ob den erwähnten Pflichten Rechte gegenüberstehen, lässt sich dem Urteil nicht eindeutig entnehmen. Jedenfalls kann die Integrationsverantwortung vor dem Bundesverfassungsgericht eingefordert werden.¹¹⁷

Ein zentrales Element von Verantwortung ist, dass ihren Träger die Konsequenzen seiner Entscheidungen treffen. Deshalb muss die Entscheidung auch frei und bewusst sein. Oder anders herum: Nur wenn die Entscheidung frei und bewusst ist, ist es gerechtfertigt, dass der Entscheidende für die Folgen seines Handelns einsteht. Was dies für die Integrationsverantwortung bedeutet, wird im Urteil nicht völlig klar. Was bedeutet es für die Bundesrepublik, die Bundesregierung, den Bundestag etc., die Integrationsverantwortung zu tragen? Zu welchen negativen oder positiven Konsequenzen führt ihr Handeln? Dies verdeutlicht, dass der Begriff der Integrationsverantwortung ein Moment der politischen, moralischen Verantwortung enthält,¹¹⁸ obwohl der Ursprung der Integrationsverantwortung, wie erwähnt, ein rechtlicher ist. Mit der Integrationsverantwortung wird daher eine Brücke zwischen Recht und politischer Verantwortung geschlagen. Allerdings schwimmt durch diese Konstruktion die Grenze zwischen beiden Bereichen. Diese Anreicherung der rechtlichen Verpflichtungen aus Art. 20 Abs. 1, 2, Art. 23 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG mit einem politisch-moralischen Element, legt die Vermutung nahe, dass das Gericht an die Verfassungsorgane appellieren will, im eigenen Interesse die Wahrung grundlegender Verfassungspostulate sicherzustellen. Dies möglicherweise gerade vor dem Hintergrund der gefühlten Selbstentmachtung des Bundestages in Fragen der Europäischen Union. Ob die verstärkte Einbindung des Bundestags zu einer tatsächlichen Stärkung dieses Organs führt, kann angesichts

¹¹² Absatz-Nr. 239.

¹¹³ Absatz-Nr. 264.

¹¹⁴ Vgl. Absatz-Nr. 320, 413 ff.

¹¹⁵ Absatz-Nr. 365.

¹¹⁶ Vgl. Absatz-Nr. 375.

¹¹⁷ Dazu unter V.

¹¹⁸ In diese Richtung lässt sich Absatz-Nr. 243 lesen.

der politischen Verbundenheit zwischen Parlamentsmehrheit und Regierung bezweifelt werden.¹¹⁹

2) Auf die aus der Integrationsverantwortung fließenden Pflichten wurde soeben hingewiesen. An dieser Stelle soll auf einzelne Aspekte eingegangen werden:

a) Dass der deutsche Regierungsvertreter im Europäischen Rat einer Vertragsänderung durch Anwendung der Brückenverfahren der Art. 48 Abs. 7 EUV-Lissabon und Art. 81 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV nur zustimmen darf, wenn er zuvor von Bundestag und Bundesrat durch ein Gesetz im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 dazu ermächtigt worden ist,¹²⁰ erzeugt eine Spannungslage zum Lissabon-Vertrag. Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3 EUV-Lissabon und Art. 81 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV sehen nur ein Ablehnungsrecht der nationalen Parlamente vor.¹²¹ Deutlich wird dies auch im Umkehrschluss zum ordentlichen und vereinfachten Veränderungsverfahren, die jeweils eine aktive Mitwirkung fordern: Das ordentliche Änderungsverfahren sieht eine Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten vor (Art. 48 Abs. 4 UAbs. 2 EUV-Lissabon) und das vereinfachte Änderungsverfahren eine "Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften" (Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 Satz 3 EUV-Lissabon). Ordentliches Änderungsverfahren, vereinfachtes Änderungsverfahren und allgemeines Brückenverfahren, die alle innerhalb eines Artikels stehen, lassen entsprechend ihrer Bedeutsamkeit eine Abstufung in der Beteiligung der nationalen Gesetzgeber erkennen.¹²² Festsustellen, ein Schweigen von Bundestag und Bundesrat reiche nicht aus, die rechtliche und politische Verantwortung wahrzunehmen,¹²³ und gleichzeitig den Lissabon-Vertrag für vereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären, ist daher widersprüchlich.¹²⁴ Es scheint, als habe das Bundesverfassungsgericht ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Vertrages gehabt, den Integrationsprozess aber nicht aufhalten wollen.

b) Die Stärkung der Rechte von Bundestag und Bundesrat in Angelegenheiten der Europäischen Union durch das *Lissabon*-Urteil wirft die Frage auf, welche Bedeutung dies für die Handlungsfähigkeit der Union hat. Betrachtet man die Rechtslage in den anderen Mitgliedstaaten, so wird deutlich, dass die starke

¹¹⁹ Vgl. Jürgen Dieringer, Entparlamentarisierung oder Renaissance der Volksvertretungen?, in: Klaus Beckmann/Jürgen Dieringer/Ulrich Hufeld, Eine Verfassung für Europa, 2005, 235, 240.

¹²⁰ Absatz-Nr. 319, 413 f.

¹²¹ Die speziellen Brückenklauseln der Art. 31 Abs. 3 EUV-Lissabon, 153 Abs. 2 UAbs. 4, Art. 192 Abs. 2 UAbs. 2, 312 Abs. 2 UAbs. 2, 333 Abs. 1 und 2 AEUV sehen keine Beteiligungsmöglichkeit nationaler Parlamente vor.

¹²² Vgl. dazu auch Rudolf Streinz/Christoph Ohler/Christoph Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. (2008), 42.

¹²³ Absatz-Nr. 413.

¹²⁴ Das Gericht "tarnt" diese Widersprüchlichkeit dadurch, dass es bezüglich Art. 1 § 4 Abs. 3 Nr. 3 des Aussetzungsgesetzes rügt, die differenzierte Ausgestaltung der Ausübung des Ablehnungsrechts werde der allgemeinen Integrationsverantwortung nicht gerecht (vgl. Absatz-Nr. 415). Eine weniger differenzierte Ausgestaltung erübrigt sich aber in aller Regel, wenn bereits der Erlass eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und gegebenenfalls Satz 3 GG erforderlich ist.

rechtliche Stellung von Bundestag und Bundesrat¹²⁵ nicht auf einer Linie mit den Regelungen der großen Mitgliedstaaten steht. So sind in Frankreich, Italien und Spanien an Stellungnahmen der Parlamente keine Rechtsfolgen geknüpft. Das gleiche gilt für Belgien, Griechenland, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Bulgarien und Lettland.¹²⁶ Deutschland begibt sich auf den Weg in Richtung Dänemark, Estland, Österreich, Schweden und der Slowakei. Das sollte zu denken geben.

Als große Bremse könnte sich insbesondere die Rechtsprechung zur neuen Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV erweisen.¹²⁷ Das Bundesverfassungsgericht schreibt für ihre Inanspruchnahme die "Ratifikation durch den Deutschen Bundestag und den Bundesrat auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG" vor. Begründet wird dies mit der Unbestimmtheit möglicher Anwendungsfälle. Die Regelung ermögliche es, Vertragsgrundlagen der Europäischen Union substantiell zu ändern, ohne dass über die mitgliedstaatlichen Exekutiven hinaus gesetzgebende Organe konstitutiv beteiligt werden müssen.¹²⁸ Auf den Einwand, dies habe auch schon für den bisherigen Art. 308 EG gegolten und hierfür sei keine Ratifikation erforderlich gewesen, hat das Gericht auch eine Antwort: Art. 352 AEUV sei anders als Art. 308 EG nicht mehr auf die Zielverwirklichung im Rahmen des Gemeinsamen Marktes beschränkt, sondern nehme nunmehr auf die in den Verträgen festgelegten Politikbereiche Bezug. Die Vorschrift könne dazu dienen, im nahezu gesamten Anwendungsbereich des Primärrechts eine Zuständigkeit zu schaffen.¹²⁹ Warum gerade diese Veränderungen nun zu einem uneingeschränkten Ratifikationserfordernis nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG führen sollen, leuchtet nicht ein. Schon die Formulierung des Art. 308 EG ("Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen [...]") weist auf einen weiten Beurteilungsspielraum hin¹³⁰ und taugt nur beschränkt zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs. Mit dem Einwand, dass mit der Inanspruchnahme des Art. 352 AEUV keine Hoheitsrechte übertragen werden, sondern sich nur ein bereits übertragenes Hoheitsrecht im Rahmen des Integrationsprogramms realisiert,¹³¹ setzt sich das Gericht überhaupt

¹²⁵ Vgl. zusammenfassend Absatz-Nr. 411 ff.

¹²⁶ Im Vereinigten Königreich verfügt das Parlament über einen Umfang an Mitwirkungsbefugnis, der zumindest der Befugnis zur Abgabe von "zu berücksichtigenden" Stellungnahmen gleichkommt. Vgl. Christoph Grabenwarter, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in: von Bogdandy/Bast (Anm. 19), 121, 149 ff., 155 m.w.N.; Huber (Anm. 22), Rn. 49 ff.

¹²⁷ Zur Bedeutung des bisherigen Art. 308 EG siehe Christian Calliess/Matthias Ruffert-Matthias Rossi, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 3. Aufl., 2007, Art. 308 EG-Vertrag, Rn. 6 ff.; Rudolf Streinz, in: ders., EUV/EGV, 2003, Art. 308 EGV, Rn. 34 ff.

¹²⁸ Absatz-Nr. 328.

¹²⁹ Absatz-Nr. 325, 327.

¹³⁰ Vgl. Calliess/Ruffert-Rossi (Anm. 127), Art. 308 EG-Vertrag, Rn. 28 f.; Streinz (Anm. 127), Art. 308 EGV, Rn. 22 ff.

¹³¹ So in Bezug auf Art. 308 EG Dreier-Pernice (Anm. 12), Art. 23, Rn. 88 f.; Ingo v. Münch/Philip Kunig-Ondolf Rojahn, GG-Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl., Art. 23, Rn. 50; Hans

nicht auseinander. Stattdessen wird der Wortlaut des Grundgesetzes durch das abstrakte, einzelfallunabhängige Kriterium der "Unbestimmtheit" ersetzt. Die dadurch erzielte Pauschalität, jede Anwendung des Art. 352 AEUV unter den Gesetzesvorbehalt des Art. 23 Abs. 1 GG zu stellen, unabhängig davon, welche Bedeutung dem geplanten Rechtsakt zukommt, erscheint unverhältnismäßig. Zukünftig bedürfen ähnliche Rechtsakte wie der Beschluss des Rates über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Förderung einer aktiven europäischen Bürgerschaft¹³² oder die Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung Nr. 354/83 über die Freigabe der historischen Archive der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft¹³³ eines förmlichen Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 GG. Hier wäre eine Einschränkung angebracht gewesen. Dass Art. 352 AEUV im Vergleich zu Art. 308 EGV auch verschärft wurde, insbesondere, dass das Europäische Parlament zukünftig zustimmen muss, statt nur angehört zu werden, wird zwar im Urteil erwähnt, aber keiner vertieften Erörterung für würdig befunden: Die Erweiterung des Anwendungsbereiches werde nur teilweise durch verfahrensrechtliche Absicherungen kompensiert.¹³⁴ Es scheint eine Veränderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Lasten der Integrationsoffenheit stattgefunden zu haben.

Wenn das Bundesverfassungsgericht ausführt, die Anwendung der Flexibilitätsklausel setze "die Ratifikation durch den Deutschen Bundestag und den Bundesrat auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG voraus", so ist unklar, wie dies gemeint ist. Bedeutet dies, dass stets eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat nach Art. 79 Abs. 2 GG erforderlich ist? Oder drückt sich das Gericht einfach nur knapp aus und meint, dass Art. 79 Abs. 2 und 3 GG zu beachten sind, so der Anwendungsbereich des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG eröffnet ist? In so einem wichtigen Punkt hätte man sich mehr Klarheit gewünscht. Vergleicht man die verschiedenen Stellen, in denen sich das Gericht mit der Anwendung von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG auseinandersetzt, so spricht dies für eine Auslegung dahingehend, dass Satz 3 nur "gegebenenfalls" Anwendung findet. Dafür lässt sich zum Einen anführen, dass an späterer Stelle im Urteil das Gericht ausführt, dass für die Anwendung von Art. 352 AEUV "ein Gesetz im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG" erforderlich sei, ohne Satz 3 zu erwähnen.¹³⁵ Zum anderen wäre es widersprüchlich, für das vereinfachte Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 7 EUV-Lissabon die Anwendung des Satzes 3 nur "gegebenenfalls"¹³⁶ zu fordern, für Art. 352 AEUV dagegen stets.

D. Jarass/Bodo Pieth - Hans D. Jarass, Art. 23, Rn. 22; Alternativkommentar – Manfred Zuleeg, Art. 23, Rn. 49; Sachs - Rudolf Strein, Art. 23, Rn. 77.

¹³² Beschluss des Rates vom 26.1.2004, 2004/100/EG, Amtsblatt Nr. L 030 vom 4.2.2004, 6-14.

¹³³ Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1700/2003 des Rates vom 22.9.2003, Amtsblatt Nr. L 243 vom 27.9.2003, 1-4.

¹³⁴ Absatz-Nr. 327.

¹³⁵ Absatz-Nr. 417.

¹³⁶ Vgl. Absatz-Nr. 412.

Doch selbst nach dieser Auslegung ergeben sich Schwierigkeiten. Wann eine "vergleichbare Regelung" nach Satz 3 vorliegt, durch die das Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, ist innerhalb der Rechtswissenschaft umstritten.¹³⁷ Hierbei werden die verschiedensten Ansätze vertreten, deren Kriterien mehr oder weniger fassbar sind.¹³⁸ Ein beachtliches Meinungslager sah bisher sogar überhaupt keinen Anwendungsbereich des Satzes 2 neben Satz 3.¹³⁹ Nun muss vor jeder Anwendung der Flexibilitätsklausel geklärt werden, welche nationalen Mehrheiten erforderlich sind. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass doch eine Zweidrittelmehrheit nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3, 79 Abs. 2 GG erforderlich gewesen wäre, so dürfte dies Konsequenzen für die Geltung der beschlossenen Vorschriften in Deutschland haben. Die Einheitlichkeit der Anwendung des Europarechts scheint gefährdet. Ein Ausweg wäre es, zur Sicherheit eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat zu suchen. Doch hiermit steigt die Wahrscheinlichkeit des Scheiterns angesichts der tatsächlichen Mehrheitsverhältnisse in Deutschland erheblich. Nicht zuletzt sei erwähnt, dass dies dem Zweck des Art. 352 AEUV, die Handlungsfähigkeit der Union zu erhöhen, diametral entgegenläuft.

3) Neben prozeduralen Sicherungen errichtet das Bundesverfassungsgericht auch erstmals konkrete materielle Schranken der Integration: Straf- und Strafprozessrecht, die Entscheidung über den Einsatz der Bundeswehr, die Gesamtverantwortung über das Budget, sozialpolitische Weichenstellungen und "kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen, etwa im Familienrecht, Schul- und Bildungssystem im Familienrecht, bei der Sprache, in Teilbereichen der Medienordnung und zum Status von Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften" müssen grundsätzlich in der Hand des nationalen Gesetzgebers verbleiben.¹⁴⁰ Konzentrierte sich das *Maastricht*-Urteil noch auf formale Mechanismen zum Schutz gegen europäische Kompetenzerweiterungen, wie das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip,¹⁴¹ scheint dem Bundesverfassungsgericht das Vertrauen in diese jetzt geschwunden. Der Versuch, die Grenzen der Integration in der Breite und Tiefe sachlich zu bestimmen, ist ein Novum, das Bemühen um mehr Rechtsklarheit deutlich erkennbar. Bei näherem Hinsehen eröffnen sich jedoch auch hier Brüche und Unstimmigkeiten. Auf der einen Seite drängt sich angesichts einer solchen "Liste" der Verdacht auf, hier werde ein aus Souveränitätsgründen

¹³⁷ Eine kleine Übersicht bei Dreier-Pernice (Anm. 12), Art. 23, Rn. 89.

¹³⁸ Z.B. das Kriterium "verfassungsänderndes Gewicht". So Jarass (Anm. 131), Art. 23, Rn. 21 ff.

¹³⁹ Vgl. nur von Münch/Kunig-Rojahn (Anm. 12), Art. 23, Rn. 47 m.w.N.; Streinz (Anm. 131), Art. 23, Rn. 65; Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck-Claus Dieter Classen, Art. 23, Rn. 19. Diese Meinung scheint das Bundesverfassungsgericht seinen Ausführungen nicht zugrunde gelegt zu haben.

¹⁴⁰ Absatz-Nr. 252 ff.

¹⁴¹ *Maastricht*, Absatz-Nr. 152 und 155. Das *Lissabon*-Urteil erwähnt diese zwar, misst ihnen aber keinen vergleichbaren Rang zu, vgl. Absatz-Nr. 300 ff.

gebotener “*domaine réservé*” der Mitgliedstaaten näher definiert.¹⁴² Andererseits soll es keine durch das Konzept der Souveränität *a priori* bestimmte Summe von Hoheitsrechten geben, die in staatlicher Hand verbleiben müssen.¹⁴³ Zur Begründung wird denn auch nicht auf die nationale Verfassungsidentität rekurriert, vorgebracht werden stattdessen neben dem Prinzip der Subsidiarität vor allem die auf europäischer Ebene mangelhaft gegebenen tatsächlichen Demokratiebedingungen.¹⁴⁴ Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass mit fortschreitender Entwicklung einer europäischen Öffentlichkeit und Kultur die Integrationsschranken auch wieder heruntergefahren werden sollen. Warum aber gerade die genannten Gebiete “besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates”¹⁴⁵ sein sollen und nicht andere, wird nicht anders als durch ein schlichtes “seit jeher” begründet. Mehr Argumentationsaufwand für konkrete, letztlich integrationspolitische Vorgaben durch ein Gericht wäre wünschenswert gewesen.¹⁴⁶

Bedenken bleiben auch, ob dieser Schritt auf eine “mittlere Abstraktionsebene”¹⁴⁷ wenigstens den erhofften Zugewinn an Rechtsklarheit leisten kann. So ist der Umfang der jeweiligen Gebiete auch angesichts der Vielzahl an unbestimmten Begriffen seinerseits höchst klärungsbedürftig.¹⁴⁸ Zudem werden die Integrations-schranken ergänzt durch eine ebenfalls höchst unbestimmte Variante des Subsidiaritätsprinzips, wonach in diesen Gebieten die Übertragung von Hoheitsrechten “in vorhersehbarer Weise sachlich zu begrenzen”, respektive auf das zur “Koordinierung grenzüberschreitender Sachverhalte Notwendige” zu beschränken ist.¹⁴⁹ Gerade aufgrund dieser Unbestimmtheit scheint aber andererseits eine befürchtete “Versteinerung”¹⁵⁰ der Kompetenzverteilung eher unwahrscheinlich.

V. Das Bundesverfassungsgericht im Wächterhaus

Den Schlussstein des vom Bundesverfassungsgericht errichteten Argumentationsgebäudes bilden die Ausführungen zu seiner eigenen Rolle. Die schon in *Maastricht* beanspruchte Wächterrolle wird ausführlicher begründet (1) und in *ult-*

¹⁴² Vgl. kritisch zu diesem Konzept Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, Neuauf., Cambridge 2005, 248 ff.; von Bernstorff (Anm. 49), 55 ff., 88 f.

¹⁴³ Absatz-Nr. 248.

¹⁴⁴ Absatz-Nr. 247, 249 ff.; siehe dazu oben II. 2).

¹⁴⁵ Absatz-Nr. 252.

¹⁴⁶ Scharfe Kritik bei Schönberger (Anm. 2), 1201, 1209; Halberstam/Möllers (Anm. 41), 1241, 1251; Martin Nettessheim, FAZ Nr. 198 vom 27.8.2009, 8.

¹⁴⁷ Schorkopf (Anm. 12), 1219, 1223.

¹⁴⁸ Z.B.: “wesentlicher Umfang”, “wesentliche Ausgaben”, “Gesamtverantwortung mit ausreichenden politischen Freiräumen” (Absatz-Nr. 256); “wesentlichen Entscheidungen” (Absatz-Nr. 259) etc. Zu den prozessualen Konsequenzen siehe unten V. 3).

¹⁴⁹ Vgl. Absatz-Nr. 251.

¹⁵⁰ So Schönberger (Anm. 2), 1201, 1209.

ra vires- und Identitätskontrolle ausdifferenziert (2). Nach einigen Überlegungen zum prozessualen Zugang zu diesen Kontrollen (3) sei hier die Frage nach den Konsequenzen dieser Rechtsprechung für die europäische Rechtsgemeinschaft aufgeworfen (4).

1) Grundlage des Kontrollanspruchs ist die "mitgliedstaatlich verankerte Volkssouveränität", aus der das Gericht das Recht der Staaten auf "Prüfung der Einhaltung des Integrationsprogramms" ableitet.¹⁵¹ "Eine Überschreitung des konstitutiven Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und der den Mitgliedstaaten zustehenden konzeptuellen Integrationsverantwortung droht, wenn Organe der Europäischen Union unbeschränkt, ohne eine – sei es auch nur sehr zurückgenommene und sich als exzeptionell verstehende – äußere Kontrolle darüber entscheiden können, wie das Vertragsrecht ausgelegt wird."¹⁵² Interessant wird es jedoch, wenn das Gericht Parallelen zwischen dem vermeintlichen Recht des nationalen Gesetzgebers zum Völkerrechtsbruch in Wahrung tragender Verfassungsgrundsätze und der postulierten verfassungsgerichtlichen Verwerfungskompetenz über EU-Recht sieht.¹⁵³ Davon abgesehen, dass damit abermals ein qualitativer Unterschied zwischen Völker- und Europarecht negiert wird, könnte dies letztlich auch als Versuch verstanden werden, die postulierte Wächterrolle als Ausfluss der Volkssouveränität festzuschreiben. Die behauptete verfassungsgerichtliche Kontrollkompetenz über EU-Recht erscheint dann als Teil der durch die Ewigkeitsklausel abgesicherten "Verfassungsidentität", ihre bisweilen angedachte gesetzliche Beschränkung als verfassungswidrig.¹⁵⁴ Eine derartige Absicht scheint jedoch unwahrscheinlich, wird sich das Bundesverfassungsgericht doch kaum der Ironie aussetzen wollen, dass ein als Hüter der Volkssouveränität angetretenes Gericht letzten Endes seine eigene Position zu Lasten der Entscheidungsfreiheit der gewählten Volksvertreter ausbaut.

2) Die *ultra vires*-Kontrolle tritt als im Wesentlichen vergleichbare Nachfolgerin der Kontrolle "ausbrechender Rechtsakte" des *Maastricht*-Urteils an. Theoretische Grundlage ist auch hier die sog. "Brückentheorie".¹⁵⁵ Abweichend ist die Termino-

¹⁵¹ Absatz-Nr. 334. Dies war auch schon in Absatz-Nr. 106 des *Maastricht*-Urteils angelegt; vgl. Hans-Peter F o l z, *Demokratie und Integration*, Heidelberg 1999, 175 ff.

¹⁵¹ Absatz-Nr. 334.

¹⁵¹ Absatz-Nr. 238.

¹⁵² Absatz-Nr. 238.

¹⁵³ Absatz-Nr. 340.

¹⁵⁴ In diese Richtung auch Absatz-Nr. 336: "Mitgliedstaatlichen Rechtsprechungsorganen mit verfassungsrechtlicher Funktion kann im Rahmen der ihnen übertragenen Zuständigkeit –dies ist jedenfalls der Standpunkt des Grundgesetzes – nicht die Verantwortung für die Grenzen ihrer verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung und die Wahrung der unverfügbaren Verfassungsidentität genommen werden." In Absatz-Nr. 240 scheint das Gericht seine Prüfungskompetenz sogar europarechtlich zu begründen.

¹⁵⁵ Absatz-Nr. 343: "Der Grund und die Grenze für die Geltung des Rechts der Europäischen Union in der Bundesrepublik Deutschland ist der im Zustimmungsgesetz enthaltene Rechtsanwendungsbefehl [...]". Vgl. dazu K i r c h h o f in: Isensee/Kirchhof (Anm. 40), § 183, Rn. 64 f.

logie, die in *Maastricht* an "gefährliche Strafgefangene" erinnerte¹⁵⁶ und jetzt völkerrechtliche Assoziationen weckt.¹⁵⁷ Und anders als im *Maastricht*-Urteil reklamiert das Bundesverfassungsgericht jetzt aufgrund "europarechtsfreundlicher Anwendung von Verfassungsrecht", "zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung" und nach dem Rechtsgedanken des Art. 100 Abs. 1 GG explizit ein Verwerfungsmonopol.¹⁵⁸ Ebenfalls wird nun betont, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit folgt,¹⁵⁹ eine "sehr zurückgenommene und sich als exzeptionell verstehende"¹⁶⁰ ist und nur greift, "[w]enn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist."¹⁶¹ Andererseits scheint es, als erhebe das Bundesverfassungsgericht auch einen Prüfungsanspruch hinsichtlich der Wahrung des europarechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV-Lissabon).¹⁶² Wäre dem so, dann verließ das Gericht letztlich den Rahmen des Grundgesetzes und betätigte sich als "Hüter der Verträge".¹⁶³ Statt Kooperations- wäre dann Hierarchieverhältnis das Schlagwort.¹⁶⁴

Hinzu tritt die "Identitätskontrolle". Diese ist wohl so zu verstehen, dass das Bundesverfassungsgericht ungeachtet des Vorliegens einer EU-Kompetenz¹⁶⁵ prüft, "ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität nach Art. 23 Abs. 1 Satz

¹⁵⁶ von Bogdandy (Anm. 6), 284, 297.

¹⁵⁷ Schorkopf (Anm. 12), 1220, 1231.

¹⁵⁸ Absatz-Nr. 241; vgl. dagegen *Maastricht*, Absatz-Nr. 106: "Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden". Vgl. dazu auch Tomuschat (Anm. 6), 489, 494; Frowein (Anm. 61), 1, 9; Martin Büdenbender, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht, Köln 2005, 78.

¹⁵⁹ Absatz-Nr. 240.

¹⁶⁰ Absatz-Nr. 238; vgl. auch Absatz-Nr. 340: "... unter besonderen und engen Voraussetzungen ...".

¹⁶¹ Absatz-Nr. 240. Offen ist, wie dieser Vorbehalt zu verstehen ist. Tritt das Bundesverfassungsgericht also erst auf den Plan, wenn der zuvor angerufene EuGH einen Kompetenzübertritt ausdrücklich billigt, oder schon, wenn z.B. mangels zulässiger Direktklagen bzw. einschlägiger Vorlagefragen ein solcher Rechtsakt bisher nicht kassiert wurde?

¹⁶² Absatz-Nr. 240: "... prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips [...] in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten".

¹⁶³ Der zu Grunde liegende Gedankengang ist wohl, dass die Kompetenzübertragung auf die EU unter dem fortlaufenden Vorbehalt der Achtung des Subsidiaritätsprinzips stehen soll, so dass dessen Missachtung eine Kompetenzüberschreitung darstellt, vgl. Walter Frenz, EWS 2009, 297, 300. Denkt man diesen Ansatz jedoch konsequent zu Ende, so könnte damit eine umfassende Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts über Sekundärrecht begründet werden, die nur aus "Europarechtsfreundlichkeit" nicht umfänglich ausgeübt wird. Warum sollte schließlich die Kompetenzübertragung nicht unter dem generellen Vorbehalt rechtmäßigen Handelns stehen?

¹⁶⁴ Zum Kooperationsverhältnis siehe *Maastricht*, Absatz-Nr. 70; der Begriff wird im *Lissabon*-Urteil bezeichnenderweise nicht erwähnt.

¹⁶⁵ Vgl. Absatz-Nr. 240: "Darüber hinaus"; Absatz-Nr. 339: "innerhalb und außerhalb der übertragenen Hoheitsrechte"; Absatz-Nr. 351.

3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist.¹⁶⁶ Grundlage ist damit folgende Vorstellung: Selbst wenn ein EU-Rechtsakt sich formal im Rahmen des staatlichen Rechtsanwendungsbefehls hält, findet er seine Grenze in der Verfassungsidentität, weil diese für den Zustimmungsgesetzgeber unverfügbar ist.¹⁶⁷ In der Sache ist dies eine Variante des Grundsatzes *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Dass diese Argumentationsfigur problematisch ist, hat Weiler schon im Zusammenhang mit der Grundrechtsfrage nachgewiesen.¹⁶⁸ Weiterhin wäre dann, konsequent zu Ende gedacht, der betreffende EU-Rechtsakt wieder ohne gültigen staatlichen Anwendungsbefehl; es fragt sich daher, wo die Identitätskontrolle tatsächlich über die *ultra vires*-Kontrolle hinausgehen soll.¹⁶⁹ Erkennbar ist, überspitzt formuliert, jedoch dass das Bundesverfassungsgericht weder den deutschen politischen Organen noch seiner eigenen Urteilskraft im *Lissabon*-Verfahren zutraut, die deutsche Verfassungsidentität zu wahren, und es sich deshalb die Möglichkeit zur Nachbesserung offenhalten will.¹⁷⁰

3) Damit fragt sich nun, auf welchem verfahrensrechtlichen Wege entsprechende Kontrollen initiiert werden könnten, zumal das Bundesverfassungsgericht nur im Rahmen der in Grundgesetz und Bundesverfassungsgerichtsgesetz festgelegten Wege tätig werden kann.¹⁷¹ Das Gericht selbst hat dies offen gelassen und die bestehenden Verfahrensarten als gangbare Wege erachtet, jedoch auch laut über die gesetzliche Einführung eines speziellen Verfahrens nachgedacht.

Klar ist die Sache dort, wo nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts die Gesetzgebungsorgane des Bundes ihre politische Verantwortung betätigen müssen, also "bei vereinfachten Änderungsverfahren oder Vertragsabrundungen, bei bereits angelegten, aber der Konkretisierung durch weitere Rechtsakte bedürftigen Zuständigkeitsveränderungen und bei Änderung der Vorschriften, die Entscheidungsverfahren betreffen". Dort ist z.B. die auf Art. 38 GG gestützte Verfassungsbeschwerde gegen entsprechende Zustimmungsakte möglich.¹⁷² Gerügt werden könnte damit u.a. die Aushöhlung der Kompetenzen des Bundestages,¹⁷³ die mangelnde demokratische Legitimation der EU selbst,¹⁷⁴ i.V.m. Art. 146 GG der dro-

¹⁶⁶ Absatz-Nr. 240. Die dafür zitierte Quelle BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005 (*Europäischer Haftbefehl*), BVerfGE 113, 273 (296) enthält freilich keine derartige Aussage. Vorläufer der Identitätskontrolle könnte aber die *Solange*-Rechtsprechung sein, vgl. BVerfG, BvL 52/71 vom 29.5.1974 (*Solange I*), BVerfGE 37, 271, Absatz-Nr. 43 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Absatz-Nr. 218.

¹⁶⁸ Weiler (Anm. 61), 286, 314 f.

¹⁶⁹ A.A. Schorkopf (Anm. 12), 1220, 1231.

¹⁷⁰ In diese Richtung auch Philipp Kiiver, 10 GLJ Nr. 8 (2009), 1287, 1291.

¹⁷¹ Vgl. in diese Richtung Absatz-Nr. 336: "... im Rahmen der ihnen übertragenen Zuständigkeit ..."; siehe auch Heiko Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Berlin/Heidelberg/New York 2008, 166 f. Mit dem Versuch einer Fallgruppenbildung: Frenz (Anm. 163), 297, 299 f.

¹⁷² Absatz-Nr. 243: "Dabei bleibt ein der Ratifikationslage entsprechender Rechtsschutz gewahrt".

¹⁷³ Absatz-Nr. 173 ff. Vgl. dazu schon *Maastricht*, Absatz-Nr. 61-63.

¹⁷⁴ Absatz-Nr. 176 f.

hende Verlust der souveränen Staatlichkeit Deutschlands¹⁷⁵ und die Verletzung des Sozialstaatsprinzips.¹⁷⁶

Hinsichtlich "herkömmlichen" Sekundärrechts ist dieser Weg versperrt, da die auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gestützte Rüge letztlich an die Verlagerung von Kompetenzen auf die europäische Ebene anknüpft.¹⁷⁷ Unklar ist dabei nach dem Wortlaut des Urteils, ob das Bundesverfassungsgericht nur deutsche Umsetzungsmaßnahmen oder direkt europäisches Sekundärrecht als tauglichen Prüfungsgegenstand ansieht.¹⁷⁸ Möglich erscheint aber gegebenenfalls der Umweg über die fachgerichtliche Klage gegen deutsche Umsetzungsakte nebst Gültigkeitsvorlage an den EuGH. Sollte der EuGH die Gültigkeit bestätigen und das letztinstanzliche Fachgericht die Klage folglich abweisen, bliebe die auf eine behauptete Grundrechtsverletzung gestützte Urteilsverfassungsbeschwerde,¹⁷⁹ wobei inzident geltend gemacht werden könnte, der zugrundeliegende EU-Rechtsakt sei *ultra vires* bzw. ein Verstoß gegen die Verfassungsidentität. Die vermeintlich zu weit gehende Auslegung europäischen Rechts durch den EuGH könnte gleichfalls im Wege der Beschwerde gegen das dem Luxemburger Judikat folgende fachgerichtliche Urteil angegriffen werden.¹⁸⁰

4) Ob das Bundesverfassungsgericht die Kontrollkompetenz über europäische Akte zu Recht beansprucht, soll hier nicht ein weiteres Mal diskutiert werden; jedenfalls ist sie jetzt etablierte Rechtsprechung.¹⁸¹ Die große Frage, zum jetzigen Zeitpunkt aber nur spekulativ zu beantworten, ist also, ob dies nun das Ende des "Kalten Krieges"¹⁸² zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH bedeutet und wir Zeuge eines offenen Konfliktes um die Letztentscheidungskompetenz in Europa werden. Trotz manch' freundlichen Signals¹⁸³ dürften die Reibungspunkte

¹⁷⁵ Absatz-Nr. 178 ff.

¹⁷⁶ Absatz-Nr. 181 f.

¹⁷⁷ Vgl. Absatz-Nr. 175, 177, 180.

¹⁷⁸ Die Frage ist u.a., ob europäisches Sekundärrecht ein Akt deutscher "öffentlicher Gewalt i. S. v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG sein kann. Übt die EU selbständige Hoheitsgewalt aus (in diese Richtung z.B. Ls. 1, Absatz-Nr. 231, 251), wird man die Frage verneinen. Ist europäische Rechtsetzung "gemeinsame Ausübung von öffentlicher Gewalt" (Absatz-Nr. 248), könnte man sie bejahen. Vgl. zur Diskussion Sauer (Anm. 171), 174; Büdenbender (Anm. 158), 208 ff.; Rudolf Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1989, 141 ff.

¹⁷⁹ Denkbar wäre auch der in den *Solange*-Urteilen angeklungene Weg über die Richtervorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG; vgl. BVerfG, BvL 52/71 vom 29.5.1974 (*Solange I*), BVerfGE 37, 271.

¹⁸⁰ Vgl. die auf die "*Mangold*"-Rechtsprechung des EuGH zielende Verfassungsbeschwerde der Honeywell Bremsbelag GmbH, anhängig unter Az. 2 BvR 2661/06. Siehe dazu Lüder Gerken/Volker Rieble/Günther H. Roth/Torsten Stein/Rudolf Streinz, "*Mangold*" als ausbrechender Rechtsakt, München 2009; dagegen Carl Otto Lenz, WHI Paper 1/09, abrufbar unter <<http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0109.pdf>>.

¹⁸¹ Vgl. zur Diskussion Weiler (Anm. 61), 286 ff.; Frenz (Anm. 163), 297, 301 f.

¹⁸² Weiler (Anm. 61), 286, 320 f.

¹⁸³ Besonders zu erwähnen wäre hierbei, dass das Bundesverfassungsgericht den EuGH ausgiebig zitiert und seine umstrittene Rechtsprechung zur *Unionsbürgerschaft* (Absatz-Nr. 395) und zum

eher zu- als abgenommen haben. Zum nachdrücklich vorgetragenen Anspruch auf die Letztentscheidungskompetenz kommen in der Folge des *Lissabon*-Urteils zahlreiche potentielle materiell-rechtliche Konflikte: Unionskompetenzen in den Bereichen Strafrecht, Handel und Investitionsschutz werden vom Bundesverfassungsgericht restriktiv ausgelegt,¹⁸⁴ der expansiven EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft werden Grenzen gezogen,¹⁸⁵ Art. 307 Abs. 1 EGV wird gar analog angewandt,¹⁸⁶ was zwar der herrschenden Lehre entsprechen dürfte, bisher jedoch nicht durch den EuGH bestätigt wurde.¹⁸⁷ Wie der EuGH auf diesen Übergriff in seine Kompetenz zur Auslegung der Verträge¹⁸⁸ reagieren wird ist offen. Hinzu kommt, dass die Liste von Integrationsschranken (s.o. IV. 3)) geradezu als Einladung aufgefasst werden kann, Missliebigen aus Brüssel oder Luxemburg darunter zu subsumieren. Kratzt z.B. eine strafrechtliche Annexkompetenz¹⁸⁹ an den Grundfesten nationaler Strafhoheit? Verstößt das europarechtliche Gebot des Schutzes minderjähriger Zeugen zu Lasten des Unmittelbarkeitsgrundsatzes¹⁹⁰ gegen "historisch gewachsene" Vorstellungen von einem fairen Strafverfahren? Ist die Gleichstellung homosexueller Paare hinsichtlich des Witwergeldes¹⁹¹ ein Übergriff in die Kernbereiche nationalen Sozial- oder Familienrechts? Das Bundesverfassungsgericht, so steht zu erwarten, wird sich mit einer großen Zahl von Klagen konfrontiert sehen, die als angebliche Identitäts- oder *ultra vires*-Kontrollen formuliert sein werden. Wie diese ausgehen werden, ist offen, genauso wie die Frage nach den Folgen des Urteils für den europaweiten Diskurs der Gerichte. In der Tat hat sich zwischen den Verfassungs- bzw. Höchstgerichten der Mitgliedstaaten so etwas wie eine Kultur informeller gegenseitiger Beeinflussung und Bestärkung entwickelt.¹⁹² Als deren Ergebnis scheint sich grob gesagt die "gemeinsame Linie" eingependelt zu haben, dass die Geltung des Europarechts letztlich auf nationales

Streikrecht (Absatz-Nr. 398) zu billigen, ja teilweise zu verteidigen scheint. Scharfe Kritik an Letzterem bei Andreas Fischer-Lescano, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2009, 15, 17 ff.

¹⁸⁴ Absatz-Nr. 362, 375.

¹⁸⁵ Absatz-Nr. 350.

¹⁸⁶ Absatz-Nr. 380.

¹⁸⁷ Vgl. Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze-Ernst-Ulrich Petersmann/Christoph Spannemann, 6. Aufl., München 2003, Art. 307, Rn. 6; Calliess/Ruffert-Schmalenbach (Anm. 127), Art. 307 Rn. 5.

¹⁸⁸ Vgl. dazu EuGH, 22.10.1987, *Foto-Frost*, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199; EuGH, 6.10.1982, *CILFIT*, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415.

¹⁸⁹ EuGH, 13.9.2005, *Kommission/Rat*, Rs. C-176/03, Slg. 2005, I-7879; EuGH, 23.10.2007, *Kommission/Rat*, Rs. C-440/05, Slg. 2007, I-9097. Vgl. dazu *Lissabon*, Absatz-Nr. 361.

¹⁹⁰ EuGH, 16.6.2005, *Pupino*, C-105/03, Slg. 2005, I-5285.

¹⁹¹ EuGH, 1.4.2008, *Maruko*, Rs. C-267/06, Slg. 2008, I-1757.

¹⁹² So beruft sich z.B. das Tschechische Verfassungsgericht in seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon ausführlich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Urteil vom 26.11.2008, Rs. Pl. US 19/08, abrufbar unter <http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-19-08.php>), während das Bundesverfassungsgericht in Absatz-Nr. 338 wiederum das tschechische Urteil und in Absatz-Nr. 312 den französischen Conseil constitutionnel zitiert.

Verfassungsrecht zurückzuführen ist und deshalb mehr oder minder scharfe nationale "Souveränitätsvorbehalte" angebracht sind. Ernsthaftige Versuche, die Vorbehalte in die Tat umzusetzen, wurden jedoch nicht unternommen.¹⁹³ Dem Bundesverfassungsgericht kommt dabei eine gewisse Vorreiterrolle zu, derer es sich auch bewusst zu sein scheint, spricht es doch mancherorts offenbar stellvertretend für die "Völker der Mitgliedstaaten".¹⁹⁴ Damit ist die Frage nach der Vorbildfunktion dieser bundesverfassungsgerichtlichen "Ausweitung der Kampfzone" gestellt. Bisher schweben *ultra vires*- und Identitätskontrolle als bloße Drohung im Raum. Sollte das Gericht seinen Worten jedoch diesmal auch Taten folgen lassen und Sekundärrecht für unanwendbar erklären, dann hätte das höchste Gericht des größten Mitgliedsstaats das informelle "*agreement to disagree*"¹⁹⁵ zwischen EuGH und nationalen Gerichten aufgekündigt. Sofern man in Karlsruhe nicht dem Grundsatz "*quod licet iovi non licet bovi*" anhängt, nähme man dabei billigend in Kauf, dass die Gerichte anderer, insbesondere neuer Mitgliedstaaten postwendend nachzögen, mit unabsehbaren Folgen für die europäische Rechtsordnung. Dies aber kann nicht im Sinne der Karlsruher Richter sein, zeigen sie sich doch selbst besorgt um die Einheit des EU-Rechts.¹⁹⁶

VI. Schluss

Welche Bedeutung kommt nun dem *Lissabon*-Urteil, verglichen mit der *Maastricht*-Rechtsprechung, für den weiteren Fortgang der europäischen Integration zu? Der etatistische Argumentationsstrang steht deutlich in der *Maastricht*-Tradition, ja verschärft diese in manchen Punkten noch. Dieser Sicht entspricht es auch, wenn dem Europaparlament allenfalls unterstützende Legitimationswirkung zugesprochen und der Ort demokratischer Kontrolle europäischer Politik in den nationalen Parlamenten ausgemacht wird. Konsequenterweise errichtet das Urteil von der Integrationsverantwortung über die Integrationsschranken bis hin zur verfassungsgerichtlichen Wächterrolle Sicherungszäune zur Gewährleistung "lebendiger Demokratie"¹⁹⁷ auf nationaler Ebene; beinahe möchte man sagen, auf dass nicht zu viel

¹⁹³ Vgl. dazu Ingolf Pernice, *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, Berlin 2006, 36 ff.; Carlo Panara und Stanislaw Biernat, beide in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Anm. 22), § 18, Rn. 34 bzw. § 21, Rn. 34; Mahulena Hoffmann, *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit?*, Berlin/Heidelberg/New York 2008. Der EuGH hat dem bisher nicht entschieden entgegengewirkt, sondern sich lediglich seinerseits ein Druckmittel verschafft (vgl. EuGH, 30.9.2003, *Köbler*, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239). Angesichts dieses mehr oder minder ausgeprägten europaweiten Konsenses könnte man auf die Idee kommen, das mancherorts angeregte "Europäische Kompetenzgericht" (vgl. Weiler (Anm. 61), 286, 322 f.) bestehe *de facto* schon im Diskurs der europäischen Gerichte.

¹⁹⁴ Ls. 1; Absatz-Nr. 231, 347; vgl. auch Absatz-Nr. 249, wo eine offenbar für alle Mitgliedstaaten geltende Grenze der Integration postuliert wird.

¹⁹⁵ Theodor Schilling, *ELJ* 2006, 173, 187.

¹⁹⁶ Vgl. Absatz-Nr. 337.

¹⁹⁷ Absatz-Nr. 351.

Demokratie nach Europa entschwinde. Damit wird aber demokratische Politikgestaltung in der EU auf die alte Frage nach parlamentarischer Kontrolle nationaler Außenpolitik reduziert. Dass dies nicht angemessen ist, wurde vielfach nachgewiesen.¹⁹⁸ Statt die nicht von der Hand zu weisenden legitimatorischen Probleme der europäischen Integration konstruktiv anzugehen und auf eine befriedigende theoretische Grundlage zu stellen, wird ferner das "Schreckensbild" eines "Europastaates" an die Wand gemalt und sogleich für vom Grundgesetz verboten erklärt. Durch diesen Fokus auf das, was nicht sein darf, geraten Entwicklungsmöglichkeiten außerhalb der Dichotomie Bundesstaat – Staatenverbund aus dem Blick.¹⁹⁹ Europapolitik reduziert sich auf die Verhinderung von Übergriffen aus Brüssel. Dies ist bedauerlich für ein Urteil, das schon nach Länge und Duktus den Anspruch erhebt, ein Grundsatzurteil zu sein.

Unter Klarheitsgesichtspunkten ebenfalls bedauerlich, verfassungsdogmatisch und integrationspolitisch jedoch begrüßenswert ist der Umstand, dass die etatistische Linie eben nicht konsequent durchgezogen wird. Insofern hat eine theoretische Weiterentwicklung seit *Maastricht* stattgefunden und sich in Aussagen des Urteils niedergeschlagen, die aus unserer Sicht mehr als bloße "Nebengeräusche" sind. Konzentriert man sich auf die staatszentrierten Passagen des Urteils, so kann man das Urteil durchaus als ein "bis hierher und nicht weiter" verstehen.²⁰⁰ Neben der Erfahrung mit dem *Maastricht*-Urteil²⁰¹ sprechen jedoch auch und vor allem diese neuen Ansätze gegen eine solche Prognose. Einer optimistischen Einschätzung zufolge, und dieser wollen wir hier den Vorzug geben, ist das Urteil also eine vorübergehend Spannung erzeugende Dissonanz in der auch weiterhin harmonischen Stimmführung der europäischen Rechtsgemeinschaft.²⁰²

¹⁹⁸ Vgl. Halberstam/Möllers (Anm. 41), 1241, 1252; Matthias Niedobitek, 10 GLJ Nr. 8 (2009), 1267 f.; Weiler (Anm. 16), 264, 276 ff.

¹⁹⁹ Vgl. auch Schönberger (Anm. 2), 1201, 1216.

²⁰⁰ Vgl. Christian Tomuschat, 10 GLJ Nr. 8 (2009), 1259, 1260.

²⁰¹ Auch nach diesem wurde der erreichte Integrationsstand als absolute Grenze angesehen, was sich anschließend nicht bewahrheiten sollte, vgl. von Bogdandy (Anm. 6), 284, 286.

²⁰² Zum Bild des Kontrapunkts im Zusammenhang mit der europäischen Rechtsgemeinschaft siehe Miguel Póiares Maduro, EuR 2007, 3. Auch das Bundesverfassungsgericht sendet schon wieder Signale der Entspannung, vgl. BVerfG, 2 BvR 2136/09 vom 22.9.2009, Absatz-Nr. 9.

Summary²⁰³

The Divided Gatekeeper?

Democracy, Constitutional Identity and Responsibility for Integration in the *Lisbon* Judgment of the German Constitutional Court

On June 30th 2009 the German Constitutional Court gave its approval to the ratification of the Lisbon Treaty. More interesting than the expected “yes” to Lisbon is the sonorous “but” which is substantiated in lengthy parts throughout the decision.

When reading the judgment one is notably struck by the omnipresent inconsistencies. Our thesis therefore is that at the very basis of the judges’ train of thoughts there is a fundamental conflict between two opposed ideas of democracy. An individualistic conception which is theoretically open towards a democratic European polity is competing against an etatist conception which basically denies such a possibility. These are the two poles between which the judgment is constantly oscillating.

Starting from this premise the article provides a critical reading of the *Lisbon* ruling and tries to trace certain arguments back to their roots in democratic theory. The abovementioned conflict is perpetuated in the functional requirements for a healthy democracy identified by the Court and in the notion of national/constitutional identity which serves as a stronghold against European statehood. Furthermore, the conflict affects the Court’s notion of the EU according to the German Basic Law: The newly postulated openness towards European Law (*Europarechtsfreundlichkeit*) might also be interpreted as a step backwards in European integration. The notion of the EU as an association of sovereign national states (*Staatenverbund*) taken from the *Maastricht* ruling is too ambiguous to imply legal consequences, despite the definition offered by the *Lisbon* judgment. The etatist conception seems to gain the upper hand when it comes to the European Parliament. The latter is judged to remain a representation of the peoples of the Member States which only complements the democratic legitimacy provided by national parliaments and government. Thus, the Court’s approach can be said to protect national democracy to the detriment of European democracy.

The article then highlights single aspects of the judgment in this context. The main focus of interest is the newly introduced concept of “responsibility for integration” (*Integrationsverantwortung*). It is submitted that through this concept legal and political responsibility are being linked insofar as the Constitutional Court calls upon the constitutional organs to safeguard core constitutional values in their own interest. Concerning responsibilities emanating from this concept we then turn to the applicability requirements of the new flexibility clause postulated by the Court. We argue that the Court disregards the principle of proportionality counteracting the capacity to act of the European Union. For the first time the German Constitutional Court has set out substantial limits to integration by defining fields of competences which may not be transferred to the European level. Apart from the insufficient reasoning the possible consequences are a particular cause for concern.

²⁰³ Summary by the authors.

Special attention is finally drawn to the gatekeeper function the Court claims for itself and which is extended in comparison to the *Maastricht* ruling. The question therefore is whether this will end up in an open conflict on the judicial “*Kompetenz-Kompetenz*” in the EU given the fact that potential causes for friction are likely to have increased.

Nevertheless, considering the fate of the *Maastricht* ruling and due to the fact that there is more to the judgment than the etatist line of argument, we ultimately suggest an optimistic reading. In our view the *Lisbon* Judgment is merely causing a temporary dissonance without compromising the generally harmonic functioning of the European polity.