
Zur Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts

Pascal Hector*

Inhalt	
I. Einleitung	599
II. Tragende Gründe und „obiter dicta“	601
III. Einige inhaltliche Problemfelder	603
1. Verabsolutierung des Prinzips der Stimmengleichheit	603
2. Anwendung der Ewigkeitsgarantie auf die europäische Integration	606
3. Problematische Elemente einer Verfassungsidentität	606
IV. Gesetzliche Regelung einer „Ultra-vires-Beschwerde“ und „Verfassungsidentitäts-Beschwerde“ oder explizite Normierung der Vorlagepflicht des Bundesverfassungsgerichts?	608
V. Konsequenzen für die deutsche Integrationspolitik: Zur Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts	610

I. Einleitung

Das Urteil, welches das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag¹ in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Debatte erfahren hat, ist Kritik von unerhörter Heftigkeit.² Der angesehene französische Soziologe *Grosser* sieht in seiner

* Dr. iur. Pascal Hector, Honorarprofessor am Europa-Institut der Universität des Saarlandes. Dieser Aufsatz gibt lediglich die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

¹ BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 und 2 BvR 182/09 v. 30.6.2009.

² Siehe z.B.: *Halberstam/Möllers*, The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland“, GLJ 2009, S. 1252: „*Notwithstanding its grand announcement that the Basic Law has renounced all forms of ‚political Machiavellianism‘, the Court turns out to be a wicked strategist itself. Read carefully, its decision condemns the EU to finalité in a state of perpetual deficiency.*“; *Pache*, Das Ende der Europäischen Integration?, EuGRZ 2009, S. 296: „wieder einmal die mittlerweile beinahe schon irrational anmutende, ahistorische Sorge des BVerfG vor der Gefährdung der Grundlagen menschlichen

Verkündung gar einen „schwarzen Tag in der Geschichte Europas“.³ Auch wenn eine solche Befürchtung bei genauerer Analyse des Urteils vielleicht übertrieben ist, folgt das Bundesverfassungsgericht im „Lissabon“-Urteil doch einem methodischen Ansatz, der sich schon in der Vergangenheit als höchst problematisch erwiesen hat: Es versucht, aus Anlass eines konkret zur Entscheidung stehenden Einzelfalles ein umfassendes Theoriegebäude mit möglichst allgemeinen und weit reichenden Grundsätzen aufzustellen, die – nach der Art eines Gesetzgebers – einen ganzen Lebenssachverhaltsbereich weitgehend abschließend regeln sollen.

Zusammenlebens durch die europäische Integration“; *Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? – Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, S. 2868: „Es gehört zu den wesensprägenden Kennzeichen der Verfassungsstaatlichkeit, dass sich ein Verfassungsgericht nicht verabsolutieren kann, sondern [...] selbst wiederum der Kontrolle durch den verfassungsändernden Normgeber unterworfen ist.“; *Schönberger*, Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones at Sea, GLJ 2009, S. 1201: „There is probably no other judgement in the history of the Karlsruhe Court in which the argument is so much at odds with the actual result.“; S. 1202: „the whole opinion, despite the apparent gravity of the reasoning, gives the impression of a certain lack of seriousness“; *Frenz*, Unanwendbares Europarecht nach Maßgabe des BVerfG?, EWS 2009, S. 297: „Das BVerfG trifft die europäische Integration ins Mark“; *Tomuschat*, The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon, GLJ 2009, S. 1259: „the ruling reads like a political manifesto from the judges“; *Classen*, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, insb. S. 888: „Insgesamt versucht das BVerfG entgegen dem demokratischen Anstrich des Urteils vor allem die Dynamik der Integration mit den Mitteln des deutschen Verfassungsrechts einzufangen, weniger hingegen, ihre demokratisch-politische Legitimation in der laufenden Arbeit abzusichern.“; *Kiiver*, German Participation in EU Decision-Making after the Lisbon Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures, GLJ 2009, insb. S. 1292: „it would be wrong to assume that the world revolves around Karlsruhe, or that the German constitutional judges are the keepers of the legal orthodoxy for the whole of Europe.“; *Oppermann*, Den Musterknaben ins Bremserhäuschen! – Bundesverfassungsgericht und Lissabon-Vertrag, EuZW 2009, insb. S. 473: „Die EU wird zum Ghetto, von der Mauer des Grundgesetzes umgeben.“, es hat sich „eine „Karlsruher-Europasicht entwickelt. Sie möchte das deutsche Integrationsengagement in nobler Verabsolutierung des Grundgesetzes ausbremsen.“; *Callies*, Kritik am BVerG-Urteil zum Vertrag von Lissabon, NJW 30/2009, S. XIV-XVI; *Niedobitek*, The Lisbon Case of 30 June 2009 – A comment from the European Law Perspective, GLJ 2009, S. 1267 ff. Zur Kritik an der hier nicht weiter betrachteten Rspr. zu den Begleitgesetzen siehe *Subr*, Von der Notwendigkeit einer mit der Integration Schritt haltenden Rechtsgemeinschaft: Vereinfachte Vertragsänderungen im Vertrag von Lissabon, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=534> (25.11.2009).

Positiver *Schorckopf*, The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon, GLJ 2009, S. 1219 ff., allerdings auch dort S. 1238: „This judgement gives the overall impression that the Court wants to hinder integration and to steer it into a less dynamic path.“; *Schelter*, Karlsruhe und die Folgen, ZFSH/SGB 2009, S. 463 ff.; *Baumgart*, Ja zum Vertrag von Lissabon, aber..., NJ 2009, S. 309 ff.; *Gärditz/Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, S. 872 ff.

³ *Grosser*, The Federal Constitutional Court’s Lisbon Case: Germany’s „Sonderweg“ – An Outsider’s Perspective, GLJ 2009, insb. S. 1263.

Das bekannteste Beispiel hierfür ist der „Halbteilungsgrundsatz“ im Steuerrecht: Unter maßgeblicher Mitwirkung des Richters *Kirchhof* hat das Bundesverfassungsgericht im „Vermögenssteuer“-Urteil⁴ einen Grundsatz entwickelt, wonach „die steuerliche Gesamtbelastung des Sollertrages [...] in der Nähe einer hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand“ verbleiben müsse. Dieser wurde zumindest von seinem Schöpfer, *Kirchhof*, in einem sehr umfassenden Sinn verstanden:⁵ Der Wesensgehalt der Eigentumsgarantie sei verletzt, wenn der private Nutzen zu mehr als der Hälfte weggesteuert werde, wobei es nicht auf die einzelne Steuerart, sondern die Gesamtbelastung ankomme.

Nach dem Ausscheiden *Kirchhofs* hat das Bundesverfassungsgericht des Jahres 2006 allerdings ausdrücklich festgestellt,⁶ dass den Ausführungen zum „Halbteilungsgrundsatz“ keine Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zukomme, da sie nicht zu den tragenden Gründen des Urteils gehören.

Deshalb ist auch beim „Lissabon“-Urteil eine Unterscheidung von tragenden Gründen und *obiter dicta* erforderlich.

II. Tragende Gründe und „obiter dicta“

Der Lissabon-Vertrag enthält nicht den leisesten Anhaltspunkt für das Ziel einer Umwandlung der supranationalen Integrationsgemeinschaft EG/EU in einen europäischen Bundesstaat. Im Gegenteil stellt er in bisher nie gekannter Präzision klar, dass die EU im gegenwärtigen Stadium nichts anderes ist und nichts anderes sein will als eben eine solche Integrationsgemeinschaft *sui generis*, ein Verbund von Mitgliedstaaten, dem diese einen Teil ihrer Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen haben (Art. 1 Abs. 1 EU n.F.⁷). Dies wird nochmals unterstrichen durch die explizite Normierung des Austrittsrechts (Art. 50 EU n.F.). Es scheint daher problematisch, den Lissabon-Vertrag als Ausgangspunkt für eine Beurteilung der Frage zu nehmen, ob und unter welchen Voraussetzungen das Grundgesetz den Übergang in eine europäische Staatlichkeit zulässt.

Die einen Tenor tragenden Gründe sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸ „jene Rechtssätze, die nicht hinweggedacht werden

⁴ BVerfGE 93, 121 (138).

⁵ *Kirchhof*, Für ein neues Steuerrecht, STB-Web Interview v. 24.6.2004, www.stb-web.de/fachartikel/article.php/id/882 (25.11.2009).

⁶ BVerfG, 2 BvR 2194/99 v. 18.1.2006, Rdnr. 30 f.

⁷ In der Fassung von Lissabon, soweit nicht anders gekennzeichnet.

⁸ Statt aller BVerfG, 2 BvR 2194/99 v. 18.1.2006, Rdnr. 31 m.w.N.

können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfällt. Nicht tragend sind dagegen bei Gelegenheit der Entscheidung gemachte Rechtsausführungen, die außerhalb des Begründungszusammenhangs stehen“. Da der Tenor der Entscheidung lautet, dass der Lissabon-Vertrag mit dem Grundgesetz vereinbar ist und der Vertrag – wie gezeigt – auch keinerlei Ansatzpunkt für die Entwicklung der EU hin zu einem Bundesstaat enthält, können alle Ausführungen zu einer über den Lissabon-Vertrag hinausgehenden Entwicklungsperspektive der EU hinweggedacht werden, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis entfiel. Das Bundesverfassungsgericht wäre zum gleichen Ergebnis mit der schlichten Begründung gekommen, dass der Lissabon-Vertrag keinerlei Anhaltspunkte für einen Übergang der Union zur Staatlichkeit enthält und alle Fragen hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines solchen Übergangs deshalb dahinstehen können. Alle diesbezüglichen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts sind daher *obiter dicta* und nehmen nicht an der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG teil.⁹

Die gleiche Überlegung gilt auch für die sehr detaillierten Ausführungen zu den für die Identität eines Staats „besonders sensiblen Bereichen“:¹⁰ Da der Lissabon-Vertrag diesbezüglich im Ergebnis keine Probleme aufwirft, hätte es im Sinne der oben genannten Definition der tragenden Gründe ausgereicht, auf die Existenz entsprechender sensibler Bereiche hinzuweisen, deren genaue Abgrenzung aber dahinstehen kann, da sie im zu entscheidenden Fall nicht berührt sind.¹¹ Zu den tragenden Gründen gehören dagegen die Ausführungen zu den Begleitgesetzen, soweit sie zur Begründung von deren Verfassungswidrigkeit erforderlich sind.

An dieser Beurteilung ändert auch die Überlegung nichts, die diesbezüglichen Ausführungen seien notwendig, um die Rechtsauffassungen des Bundesverfassungsgerichts rechtzeitig vor künftigen Vertragsverhandlungen kundzutun, damit sie von den Verhandlungsführern berücksichtigt werden können. Der Versuch einer solchen „ex-ante“-Beurteilung stößt auf zwei methodische Probleme:

Zum einen wirft es schwerwiegende Fragen auf, aus dem Lissabon-Vertrag, der gerade nicht den Übergang zur europäischen Staatlichkeit zum Gegenstand hat, Rückschlüsse auf dessen Zulässigkeit zu ziehen, da weder die Natur (Vertrag oder Verfassung) noch die konkreten inhaltlichen Regelungen eines möglichen künftigen Rechtsakts bekannt sind, mit dem ein solcher Übergang angestrebt werden könnte. So könnte ein solcher Rechtsakt zum Beispiel gerade die proportionale Vertretung im Europäischen Parlament (gegebenenfalls verbunden mit einer Mindestvertretung für die kleinsten Mitgliedstaaten wie im amerikanischen Repräsentanten-

⁹ Ebenso *Pache*, (Fn. 2), S. 298.

¹⁰ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 252 ff.

¹¹ Ebenso *Classen*, (Fn. 2), S. 887. Zu den inhaltlichen Problemen der vom BVerfG postulierten „Staatsaufgabenlehre“, siehe unter III.

haus) vorsehen, wodurch der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts eine wesentliche Grundlage entzogen wäre. Es könnte auch eine direkte, unmittelbare und gleiche Wahl eines Präsidenten der EU durch alle Unionsbürger vorgesehen werden, was das Bild ebenfalls verändern würde, oder es könnte eine ganz andere Lösung gefunden werden, die wir uns heute noch gar nicht vorstellen.

Zum anderen sind heute die politischen Rahmenbedingungen noch gar nicht bekannt, unter denen in Zukunft ein solcher Schritt unternommen werden könnte. Angesichts der Erfahrungen des Nizza- und des Lissabon-Vertrags scheint es politisch so gut wie ausgeschlossen, dass man solch einen einschneidenden Schritt, wie den Übergang zur europäischen Staatlichkeit, lediglich aus Freude an einer neuen rechtssystematischen Lösung unternehmen wird. Wenn überhaupt, ist eine Einigung mehrerer oder aller Mitgliedstaaten auf einen derart schwerwiegenden Schritt nur im Fall einer existenzbedrohenden Krise denkbar, in der von den demokratisch legitimierten politischen Akteuren kein anderer Ausweg mehr gesehen wird. Wie eine solche Krise aber aussehen könnte, ist derzeit noch nicht einmal in Ansätzen erkennbar. Vielleicht wird die rechtliche Beurteilung in einer derart existenzbedrohenden Situation anders ausfallen.

Aus solchen Überlegungen heraus ist das besondere Gewicht der *res judicata*, übrigens sowohl im kontinentaleuropäischen wie auch im angelsächsischen Rechtssystem, mit gutem Grund nur für die konkret im Einzelfall zur Entscheidung anstehenden Rechtsfragen vorgesehen. Darüber hinausgehende Erwägungen eines Gerichts haben lediglich den Charakter eines Beitrags zur rechtspolitischen Debatte.

III. Einige inhaltliche Problemfelder

Deshalb ist gerade mit diesem Urteil eine besonders intensive wissenschaftliche Auseinandersetzung notwendig, damit das Bundesverfassungsgericht die dadurch gewonnenen Erkenntnisse zusammen mit den *obiter dicta* seines „Lissabon“-Urteils bei künftigen Entscheidungen einbeziehen kann. Diese wissenschaftliche Auseinandersetzung hat bereits zahlreiche Problemfelder des Urteils identifiziert.¹² Hier ist nicht der Ort für eine umfassende Untersuchung, es können daher nur drei zentrale Punkte im Bereich der *obiter dicta* hervorgehoben werden.

1. Verabsolutierung des Prinzips der Stimmgleichheit

Eine der zentralen Argumentationslinien im Urteil lautet zusammengefasst: Weil die Sitzverteilung im Europäischen Parlament nicht strikt proportional zur Zahl

¹² Siehe Nachweise in Fn. 2.

der Stimmberechtigten erfolgt, ist die demokratische Legitimation der Union unvollständig, was für einen Staatenverbund hinnehmbar ist, beim Übergang zu einem Bundesstaat aber nicht mehr zulässig wäre.

Angesichts der klaren Aussage zur Zulässigkeit der gegenwärtigen Regelung im Staatenverbund¹³ erstaunt die Ausführlichkeit, mit der das Gericht auf die Grundsatfrage eingeht, die im vorliegenden Fall eigentlich dahinstehen könnte. Dennoch ist es erforderlich, sich mit der dahinterliegenden Verabsolutierung des Prinzips der Stimmengleichheit auseinanderzusetzen, da deren kritiklose Übernahme die Debatte um die weitere Entwicklung der Union belasten könnte.

So streng lässt sich der Grundsatz der Erfolgsgleichheit der Stimmen jedoch schon rechtsvergleichend nicht nachweisen: In Großbritannien, dem Mutterland der Demokratie, vertritt zum Beispiel ein Abgeordneter aus England ca. 94.500 Einwohner, einer aus Wales nur 72.500.¹⁴ Darüber hinaus gibt es durch das wahlkreisbezogene Mehrheitsprinzip enorme Unterschiede im Erfolgsgewicht einer Stimme: Kleinere Parteien sind, trotz teilweise nicht unerheblicher Stimmenanteile im Parlament, nicht proportional repräsentiert.¹⁵

Auch unter der Geltung des Grundgesetzes gibt es Einschränkungen bezüglich der Erfolgsgleichheit. Zum Beispiel bewirkt die Fünf-Prozent-Hürde, dass alle Stimmen für Parteien, die an ihr scheitern, sich nicht auf das Wahlergebnis auswirken. Bei den Landtagswahlen 2009 in Schleswig-Holstein haben bestimmte Besonderheiten des Wahlrechts dazu geführt, dass zwei Parteien mit einer relativ komfortablen Mehrheit regieren können, obwohl sie zusammen weniger Stimmen erhalten haben als die anderen im Landtag vertretenen Parteien.¹⁶

Diese Beispiele zeigen: Unter der Geltung des Grundgesetzes ist zwar, wie das Bundesverfassungsgericht zu Recht feststellt,¹⁷ das demokratische Prinzip nicht abwägungsfähig, wohl aber der Grundsatz der Erfolgsgleichheit der Stimme, der nur einen Teilaspekt des demokratischen Prinzips darstellt und der vom Gesetzgeber zulässigerweise¹⁸ zum Beispiel gegen das Rechtsgut der Funktionsfähigkeit

¹³ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 219 ff.

¹⁴ 529 Wahlkreise in England für ca. 50 Mio. Einwohner, 40 in Wales für ca. 2,9 Mio. Einwohner, siehe *Classen*, (Fn. 2), S. 883, sowie www.parliament.uk/about/how/elections/constituencies.cfm (25.11.2009).

¹⁵ Bei den Parlamentswahlen 2005 haben die Liberaldemokraten mit 22% der Wählerstimmen nur 9,6% der Sitze erhalten, www.parliament.uk/about/how/elections/general.cfm (25.11.2009).

¹⁶ CDU und FDP haben mit zusammen 742.160 Stimmen 49 Sitze erhalten; SPD, Grüne, Linke und SSW mit 769.454 Stimmen nur 46 Sitze, www.statistik-sh.de/WSD09/LW09/la_4_2.htm (25.11.2009).

¹⁷ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 216.

¹⁸ BVerfGE 82, 322 (338).

des Parlaments und damit der Stabilität des demokratischen Systems insgesamt abgewogen worden ist.

Richtig ist dagegen der teleologische Kern der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur Stimmengleichheit: Ein Unionsbürger darf nicht aufgrund seines Wohnsitzes¹⁹ innerhalb der Union in seinem Einfluss auf die politische Willensbildung insgesamt benachteiligt werden. Um das zu beurteilen, muss aber der politische Entscheidungsprozess der EU im Gesamtzusammenhang betrachtet werden. Nach dem künftig geltenden Prinzip der doppelten Mehrheit ist im Rat das Entscheidungsgewicht bei der Bevölkerungsstimmte direkt proportional zur Wohnbevölkerung, womit der Einfluss der von der Mehrheit der Wahlberechtigten – hier kommt es auf die Staatsangehörigkeit an – demokratisch legitimierten mitgliedstaatlichen Regierung dementsprechend zum Tragen kommt. Dieser Mechanismus wird vom Gericht nur kurz abgetan,²⁰ jedoch verdient gerade die Verschränkung von unmittelbarer demokratischer Kontrolle über das – wenn auch degressiv proportional – direkt gewählte Europäische Parlament und von mittelbarer demokratischer Kontrolle über die national gewählte mitgliedstaatliche Regierung im Rat eine vertiefte Analyse, um den demokratischen Charakter des politischen Systems der Europäischen Union insgesamt beurteilen zu können.²¹ Es geht hier um das Zusammenspiel verschiedener Prinzipien – zum Beispiel einerseits Stimmengleichheit, andererseits Schutz der kulturellen und politischen Identität kleinerer Gemeinschaften im Sinne einer Art Minderheitenschutz – mit dem Ziel, eine im Ergebnis gleichberechtigte Mitwirkung aller Unionsbürger an der politischen Willensbildung der Union zu gewährleisten. Mit der Verabsolutierung nur eines Prinzips lässt sich diese Problematik nicht zutreffend erfassen.

Da für die Integrationsgemeinschaft hier auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Sonderregeln gelten und die jetzige Konstruktion durchaus grundgesetzkonform ist, wird diese Problematik erst beim Übergang in den europäischen Bundesstaat entscheidungsrelevant werden. Dann wird dieser Frage besondere Aufmerksamkeit zu widmen sein. Es muss aber die Möglichkeit offen bleiben, kreative, der Komplexität des Problems angemessene Lösungen zu entwickeln.²²

¹⁹ Entscheidend für die Zuordnung eines Unionsbürgers zu einem mitgliedstaatlichen Abgeordnetenkontingent ist nach Art. 19 Abs. 2 EG (und Art. 22 Abs. 2 AEUV) der Wohnsitz und nicht – wie das BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 287, irrig annimmt – die Staatsangehörigkeit.

²⁰ Ibid., Rdnr. 292.

²¹ Eine derartige Gesamtschau aller Elemente fordert auch *Pache*, (Fn. 2), S. 295. *Tomuschat*, (Fn. 2), S. 1260, bezeichnet die Auffassung des BVerfG als „truly erroneous argument“; siehe auch *Schönberger*, (Fn. 2), S. 1210 ff.

²² So fordert z.B. *Claasen*, (Fn. 2), S. 883, über das einfache bipolare Modell – Repräsentation eines Volkes oder mehrerer Völker – hinauszugehen und z.B. das Konzept einer „Repräsentation einer Union der Völker“ zu entwickeln; siehe auch *Callies*, (Fn. 2), S. XV, Hinweis auf das Konzept des „Staaten- und Verfassungsverbunds“, dazu näher *Callies*, 60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung, AnwBl. 2009, S. 478 ff.

2. Anwendung der Ewigkeitsgarantie auf die europäische Integration

Von zahlreichen Kommentatoren des Urteils ist die Anwendung der Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG) auf die europäische Integration²³ angesichts der Entstehungsgeschichte und der Zielrichtung dieser Vorschrift als besonders stoßend empfunden worden.²⁴ Im Kontext des Jahres 1949 ist die Ewigkeitsgarantie in das Grundgesetz eingeführt worden, um ein diktatorisches Unrechtsregime wie den Nationalsozialismus in Zukunft zu verhindern. Sicher nicht im Auge hatten es die Väter und Mütter des Grundgesetzes, die Eingliederung Deutschlands in ein System der europäischen Einigung zu behindern. Im Gegenteil ist dies der deutschen Staatsgewalt durch die Präambel des Grundgesetzes – „in einem vereinten Europa“! – gerade aufgegeben worden.

Vom Sinn und Zweck des Art. 79 Abs. 3 GG her wäre er allenfalls dann auf die europäische Einigung anwendbar, wenn dadurch ein diktatorisches Unrechtsregime errichtet würde, das die Rechts- und Werteordnung des Grundgesetzes im Kern in Frage stellen würde. Davon kann jedoch bei der europäischen Einigung keinesfalls ausgegangen werden. Kleinere Abweichungen in der Funktionsweise, die aber ein im Ergebnis gleiches Niveau an Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gewährleisten, reichen für die Anwendung einer so grundsätzlichen Vorschrift jedenfalls nicht aus.

Ihre Heranziehung zur Herleitung recht konkreter Folgerungen für den weiteren Integrationsprozess kann daher nur mit dem Willen erklärt werden, diese Ableitungen sogar gegen den Verfassungsgesetzgeber zu immunisieren. Eine solche Absicht würde jedoch sehr schwerwiegende Fragen zum Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Verfassungsgesetzgeber aufwerfen.²⁵ Das Bundesverfassungsgericht sollte daher gerade dieses *obiter dictum* besonders sorgfältig überdenken, wenn es einmal entscheidungsrelevant werden sollte.

3. Problematische Elemente einer Verfassungsidentität

Im Zusammenhang mit der Anwendung der Ewigkeitsgarantie entwickelt das Bundesverfassungsgericht eine Lehre von der „nationalen Verfassungsidentität“,²⁶

²³ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 218 ff.

²⁴ Z.B. Halberstam/Möllers, (Fn. 2), S. 1254: „*but Art. 79(3) was not meant to protect Germany against Europe*“; Schönberger, (Fn. 2), S. 1208; Classen, (Fn. 2), S. 887, kritisiert die Detailschärfe von Überlegungen, die letztlich auf Art. 79 Abs. 3 GG zurückgehen; Ukrozw, Deutschland auf dem Weg vom Motor zum Bremsen der europäischen Integration? – Kritische Anmerkungen zum „Lissabon“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009, in diesem Heft, sieht hierin gar einen Ausdruck von „Karlsruher Selbstgerechtigkeit“; wohl auch Nettesheim, (Fn. 2), S. 2868.

²⁵ Siehe die oben in Fn. 2 zitierte Passage von Nettesheim.

²⁶ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 240 ff.

die an fünf „besonders sensiblen“ Bereichen²⁷ festgemacht wird – Strafrecht, polizeiliches und militärisches Gewaltmonopol, fiskalische Grundentscheidungen, Sozialstaat und kulturell bedeutsame Entscheidungen, wie etwa Familienrecht –, in denen wesentliche Bereiche der nationalen Rechtssetzung vorbehalten bleiben müssten.

Was zunächst auffällt, ist die eklektische Natur dieser Zusammenstellung, in der wichtige Aufgaben, die „seit jeher“ zu den zentralen Aufgaben eines Staates gerechnet werden, wie zum Beispiel die Außen- oder die Geld- und Währungspolitik fehlen.²⁸ Erklären lässt sich diese Zusammenstellung, wenn man sie als Aufzählung aller Bereiche sieht, die bisher noch nicht oder nur in geringerem Maße von der europäischen Integration erfasst sind.²⁹

Eine derartige Abgrenzung nach Sachgebieten begegnet aber zwei grundsätzlichen Schwierigkeiten:

Zum einen lässt sich, was das Gericht auch anerkennt, die Abgrenzung nicht nach Sachgebieten festlegen, sondern nur innerhalb eines jeden Sachgebiets: So kann beispielsweise das Strafrecht nicht ganz der mitgliedstaatlichen Sphäre zugeordnet werden, weil ein einzelner Mitgliedstaat, zumal im Schengen-Raum, diese Aufgabe nicht mehr alleine auszufüllen vermag. Dabei müssen aber nicht nur grenzüberschreitende, sondern auch Aspekte der schweren Kriminalität und sogar bestimmte Fragen der Wirtschaftskriminalität europarechtlich geregelt werden, um einen einheitlichen Wettbewerbsraum herzustellen. Sogar im Familienrecht ist mit der Zunahme grenzüberschreitender Familienbeziehungen eine wachsende unionsrechtliche Regelungsdichte erforderlich. Das heißt, keiner dieser Bereiche kann ausschließlich dem Mitgliedstaat zugeordnet werden, alle unterliegen auch einem unionsrechtlichen Regelungserfordernis, die Frage ist nur in welchem Ausmaß.

Noch schwerer wiegt allerdings das Problem, dass auch innerhalb eines Sachgebiets keine starre, unveränderbare Abgrenzung möglich ist, sondern dass diese sich dynamisch an die sich ändernden Lebenserfordernisse anpassen muss. So hat beispielsweise die Öffnung der Grenzen im Schengen-Raum eine stärkere Angleichung des materiellen und vor allem auch prozessualen Strafrechts notwendig gemacht: Wenn Straftäter sich innerhalb des Schengen-Raums frei bewegen können, darf es auch keine wesentlichen Divergenzen und Lücken in den Rechtssystemen geben, die diese für sich ausnützen könnten. Auch künftig wird die Weiterentwicklung des einheitlichen Wirtschaftsraums und des einheitlichen

²⁷ Ibid., Rdnr. 252 ff.

²⁸ Darauf weist auch Schönberger, (Fn. 2), S. 1209, hin.

²⁹ So auch Editorial Comment, Karlsruhe has spoken: „Yes“ to the Lisbon Treaty, but ..., CMLR 2009, insb. S. 1032; Halberstam/Möllers, (Fn. 2), S. 1249 ff., der auch ausführlich auf die dogmatische Unhaltbarkeit dieser „Staatsaufgabenlehre“ eingeht; Schönberger, (Fn. 2), S. 1209.

Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts weitere Angleichungen in allen genannten Bereichen erforderlich machen.

Die genannten Bereiche unterscheiden sich darüber hinaus nicht von anderen Rechtsbereichen, daher stellt sich die Frage, warum gerade sie als „besonders sensibel“ eingestuft werden sollten. Das Gericht³⁰ beruft sich dabei auf eine Argumentation, wonach aufgrund von sprachlichen und kulturellen Barrieren eine funktionsfähige demokratische Debatte nur im Nationalstaat möglich sei. Würde man dieser Argumentation folgen, liefe das darauf hinaus, dass echte Demokratie nur im Rahmen eines Nationalstaats existieren könne.³¹ Dies erscheint aber als eine „a priori“-Annahme, die der Realität der heutigen übernationalen Gesellschaft in Europa nicht mehr gerecht wird: Die breite europaweite politische Debatte um die Dienstleistungsrichtlinie zeigt vielmehr, dass mit den heutigen Möglichkeiten echte transnationale politische Debatten möglich sind und auch geführt werden, wenn die Notwendigkeit hierfür von der „ersichtlich wachsenden“ – wie das Bundesverfassungsgericht anerkennt³² – europäischen Öffentlichkeit empfunden wird. Die Aufgabe besteht also darin, eine funktionsfähige europäische demokratische Öffentlichkeit herzustellen, anstatt sie *a priori* auszuschließen.

Aus diesen Gründen scheint es wenig Erfolg versprechend, eine theoretisch-konzeptionelle Abgrenzung der wesentlichen Staatsaufgaben zu versuchen. Die Frage, worin der Identitätskern des Grundgesetzes besteht, ist vielmehr eine Frage, die nur im demokratischen Prozess durch den demokratisch legitimierten (Verfassungs-)Gesetzgeber entschieden werden kann und von ihm auch laufend weiterentwickelt werden muss.³³

IV. Gesetzliche Regelung einer „Ultra-vires-Beschwerde“ und „Verfassungsidentitäts-Beschwerde“ oder explizite Normierung der Vorlagepflicht des Bundesverfassungsgerichts?

Das Bundesverfassungsgericht entwickelt neben der bereits früher postulierten Möglichkeit einer „Ultra-vires-Kontrolle“ noch eine „Identitätskontrolle“,³⁴ mit denen die „Verpflichtung deutscher Organe“ überprüft werden soll, „kompetenzüberschreitende oder identitätsverletzende Unionsrechtsakte im Einzelfall in Deutschland unangewendet zu lassen“.

³⁰ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 249 ff.

³¹ Darauf weist auch *Tomuschat*, (Fn. 2), S. 1261, hin.

³² BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 251.

³³ Ebenso *Nettesheim*, (Fn. 2), S. 2868.

³⁴ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 240 f.

Würde man diese Kontrollmöglichkeiten als praktisch anwendbare Verfahrensmöglichkeiten und nicht als nur theoretisch denkbare extreme Fallkonstellationen verstehen, so würde man die Axt an die Wurzel der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft legen: Die Europäische Union existiert – da ihr zu Recht keine exekutiven Zwangsmittel zur Verfügung stehen – im Wesentlichen nur durch das allgemein anerkannte und vom Europäischen Gerichtshof einheitlich ausgelegte Unionsrecht. Daher wäre ihre Existenz selbst in Frage gestellt, wenn jedes der 27 mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte für sich das Recht in Anspruch nehmen könnte, die Grenzen der Geltung des Unionsrechts für die eigene Rechtsordnung nach selbstgewählten Kriterien festzulegen. Ein derartiger Versuch müsste, zur Sicherung der Existenz der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft, vom Europäischen Gerichtshof als Vertragsverletzung angesehen werden, die in einem Vertragsverletzungsverfahren festgestellt und, wenn sie nicht behoben wird, mit einem Zwangsgeld gegen den fehlbaren Mitgliedstaat belegt werden kann.

Bereits die zentrale Annahme, auf die das Bundesverfassungsgericht seine Herleitung aufbaut, muss in Frage gestellt werden: Dass das Europarecht seine innerstaatliche Anwendbarkeit auch weiterhin (nur) aus dem deutschen Zustimmungsgesetz bezieht. Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung seit dem „Costa/ENEL“-Urteil³⁵ den grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht entschieden, da die Gemeinschaftsrechtsordnung mittlerweile eine eigene und eigenständige Rechtsordnung besonderer Art darstelle, die die Grundlage für ihre vorrangige Geltung in den Mitgliedstaaten in sich selbst trage. Dies hat „zur Folge, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen die von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträgliche einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen.“³⁶

Für die vom Bundesverfassungsgericht gesehene Gefahr eines Rechtsakts, der die Identität der Verfassung verletzt, gibt es denn auch nur eine juristisch saubere Lösung: Den Austritt aus der Union, der nach dem Lissabon-Vertrag auch ausdrücklich vorgesehen ist, sofern tatsächlich eine hinreichend schwere „Identitätsverletzung“ vorliegt. Solange ein Staat Mitglied einer Rechtsgemeinschaft ist, muss

³⁵ EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251 – auf das in der Erklärung Nr. 17 zum Lissabon-Vertrag übrigens explizit Bezug genommen wird. Zu dieser Rspr. ausführlich *Pache*, (Fn. 2), S. 297 m.w.N. Wie hier auch *Niedobitek*, (Fn. 2), S. 1273 f. m.w.N.; *Frenz*, (Fn. 2), S. 303. Zum Verhältnis der Rspr. von EuGH und BVerfG siehe auch *Callies*, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?, JZ 2009, S. 113 ff.

³⁶ EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251, Leitsatz 3. Der vom BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 340 m.w.N., dagegen aufgeführte Hinweis auf die Rspr. des EuGH in der Rs. C-402/05, *Kadi*, Slg. 2008, I-6351, in der der EuGH einer VN-SR-Resolution grundlegende Rechtsprinzipien der Gemeinschaft entgegeng gehalten hat, überzeugt nicht, da er den grundlegenden Unterschied im Rechtscharakter von Europa- und Völkerrecht missachtet.

er jedenfalls das von ihr gesetzte Recht in der Auslegung ihres Gerichtshofs anwenden, da er sie sonst *ad absurdum* führen würde.

Aus diesen Überlegungen heraus ist der Gesetzgeber auch gut beraten, nicht – wie vom Bundesverfassungsgericht angeregt³⁷ – speziell auf die Ultra-vires- und die Identitätskontrolle zugeschnittene verfassungsgerichtliche Verfahren einzuführen, da bereits die gesetzliche Regelung solcher Verfahren als Vertragsverletzung angesehen werden könnte:³⁸ Es ist ein bedeutender Unterschied, ob solche Verfahren lediglich als theoretische Möglichkeit – quasi als „absolutes Notstandsrecht“³⁹ – in den Raum gestellt oder ob sie vom Gesetzgeber konkret vorgesehen werden.

Stattdessen wäre zu überlegen, ob nicht im BVerfGG die Verpflichtung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorlage aller europarechtlichen Vorfragen an den Europäischen Gerichtshof ausdrücklich wiederholt werden sollte. Ein solcher Schritt hätte allerdings rein deklaratorischen Charakter, da die Rechtspflicht zur Vorlage für das Bundesverfassungsgericht als Gericht, dessen Entscheidungen nicht mehr mit innerstaatlichen Rechtsmitteln angefochten werden können, bereits aus Art. 234 Abs. 3 EG (und künftig Art. 267 Abs. 3 AEUV) folgt. Es wäre allenfalls ein politischer Hinweis, um Rivalitäten zu minimieren, die sonst die europäische Integration beeinträchtigen könnten.

V. Konsequenzen für die deutsche Integrationspolitik: Zur Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts

Welches sind also die Folgen des Urteils für die deutsche Politik im Prozess der weiteren Vertiefung der europäischen Integration? Jedenfalls sollte sich Deutschland nicht, wie von einigen befürchtet,⁴⁰ ins „europäische Bremserhäuschen“ abdrängen lassen.

Die europäische Integration ist, wie vom Grundgesetz ausdrücklich festgelegt und vom Bundesverfassungsgericht anerkannt,⁴¹ ein verpflichtender Auftrag an alle deutschen Verfassungsorgane, der nicht in deren politischem Belieben steht. Was 1949 aus der Erfahrung des Krieges als Mission zur Versöhnung und zum dauerhaften Frieden in Europa formuliert worden war, hat auch heute nichts von sei-

³⁷ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 241.

³⁸ So auch *Classen*, (Fn. 2), S. 888; sowie die Nachweise in Fn. 35; a.A. *Gärditz/Hillgruber*, (Fn. 2), S. 874.

³⁹ So *Pache*, (Fn. 2), S. 298.

⁴⁰ So ausdrücklich *Oppermann*, (Fn. 2), und *Grosser*, (Fn. 3).

⁴¹ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 225.

ner Aktualität verloren. Es ist im Gegenteil noch dringlicher und notwendiger geworden, da sich immer mehr zeigt, dass der Nationalstaat europäischen Zuschnitts, auch der größte, nicht mehr ausreicht, um auf sich selbst gestellt die Interessen seiner Bürger in der Welt des 21. Jahrhunderts wirksam zu vertreten.

In dieser sich rasch ändernden Welt brauchen die Menschen in Deutschland und im übrigen Europa eine funktionsfähige Europäische Union, die sich darüber hinaus ständig fortentwickelt und an neue Herausforderungen anpasst. In vielen Fällen folgt daraus ein Bedarf an weiterer Vertiefung der Integration, auch wenn es – wie vom Lissabon-Vertrag (Art. 48 EU n.F.) jetzt ausdrücklich anerkannt – gelegentlich eine Verringerung der übertragenen Zuständigkeiten bedeuten kann.

Umso mehr überrascht der negative Grundton, der das Urteil des Bundesverfassungsgerichts durchzieht⁴² und die Europäische Union immer wieder als von außen drohende Gefahr erscheinen lässt, gegen die der Nationalstaat verteidigt werden muss. Entgegen dem im Urteil manchmal vermittelten Eindruck ist die europäische Integration aber nicht eine erdrückende Gefahr von außen, sondern ein höchst empfindlicher und stets gefährdeter Prozess, der von allen Beteiligten immer wieder aktiv mitgetragen und weiter entwickelt werden muss. Das gilt besonders für die Union der 27 und mehr, wie es gerade auch die lange Debatte um den Lissabon-Vertrag gezeigt hat.

Daher erscheint es durchaus richtig und angemessen, von „Integrationsverantwortung“⁴³ zu sprechen, allerdings nicht im Sinne einer Verantwortung darauf zu achten, dass möglichst restriktiv Kompetenzen auf die Europäische Union übertragen werden, sondern im Sinne einer Verantwortung für das Gelingen dieses so unverzichtbaren und gleichzeitig so empfindlichen Prozesses europäischer Integration.

In diesem Sinne trägt auch das Bundesverfassungsgericht Integrationsverantwortung.⁴⁴ Und es ist ihr bisher auch durch eine kritische, jedoch im Kern wohlwollende Begleitung des Integrationsprozesses, etwa in der „Solange“-Rechtsprechung und im „Maastricht“-Urteil, im Großen und Ganzen gerecht geworden.

Mit dem vorliegenden Urteil steht das Bundesverfassungsgericht aber an einer Wegscheide: Würde man die darin entwickelten Konzepte, wie etwa die Ultra-vires- und Identitätskontrolle oder die postulierten inhaltlichen Grenzen für eine Kompetenzübertragung, in letzter Konsequenz anwenden, so würde dies die weitere Entwicklungsfähigkeit der Union und sogar ihre Existenz als Rechtsgemeinschaft

⁴² Schönberger, (Fn. 2), S. 1207 sieht in dem Urteil „*an angry acrimony, an uneasy posturing, which you would not expect in a confident and serene institution*“.

⁴³ BVerfG, (Fn. 1), Rdnr. 236 ff.

⁴⁴ Auch Pache, (Fn. 2), S. 298 spricht von der zentralen Verantwortung des BVerfG für die Erfüllung des Verfassungsauftrags zur europäischen Integration.

in Frage stellen. Deshalb erhält die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts ganz neue Dringlichkeit: Das Gericht ist aufgerufen, sich, wenn es das nächste Mal über integrationspolitische Sachverhalte entscheidet, intensiv mit der heftigen und substantiierten Kritik⁴⁵ am „Lissabon“-Urteil auseinanderzusetzen und auf die Sorge um die Funktionsfähigkeit der Europäischen Integration Rücksicht zu nehmen. Wichtig wären dabei auch eine Rückbesinnung auf den Grundsatz des *judicial self-restraint*, um dem unmittelbar demokratisch legitimierten (Verfassungs-)Gesetzgeber den ihm zukommenden politischen Spielraum zu belassen sowie die Entwicklung eines echten Kooperationsverhältnisses mit dem Europäischen Gerichtshof⁴⁶ zum Beispiel durch Aktualisierung der primärrechtlichen Vorlagepflicht.

Für diese künftige Rechtsprechung wäre zu wünschen, dass das Bundesverfassungsgericht seine stark auf den (National-)Staat und die staatsrechtliche Begrifflichkeit des 19. und 20. Jahrhunderts zentrierte Dogmatik – wie zum Beispiel die Dichotomie Staat vs. Nicht-Staat, primärer und sekundärer Raum demokratischer Legitimation, klassisches Souveränitätsverständnis – überwindet und sich stärker modernen Konzepten, wie dem Mehrebenen-Modell demokratischer öffentlicher Gewalt in Europa – nach dem die öffentliche Gewalt als auf die vier Ebenen Gemeinde, Region, Staat, Union aufgeteilt verstanden wird – oder der „gepoolten Souveränität“ zuwendet, um einen lebendigen Raum für eine funktionsfähige, übernationale Demokratie in Europa zu schaffen.

Angesichts der wachsenden Bedeutung des Europarechts wäre auch zu überlegen, bei der Besetzung des Bundesverfassungsgerichts künftig dessen europarechtliche Kompetenz noch weiter zu stärken, weniger zur Vermeidung von Fehlern im Detail – wie der Verwechslung von Staatsangehörigkeit und Wohnsitz bei den Europawahlen –, sondern im Interesse eines tieferen Verständnisses für den spezifischen Charakter der europäischen Integration.

Deutschland insgesamt sollte sich keinesfalls entmutigen lassen, am Integrationsprozess weiter aktiv mitzuwirken und weiterhin zu den treibenden Kräften der europäischen Integration zu gehören. Auch für künftige Vertiefungsschritte gilt: Was nach ausführlicher Debatte in einem Europäischen Konvent, einer Regierungskonferenz und 27 nationalen Ratifikationsprozessen von den anderen 26 Mitgliedstaaten mitgetragen werden kann, sollte auch die Identität des Grundgesetzes nicht im Kern verletzen.

⁴⁵ Siehe Nachweise in Fn. 2.

⁴⁶ Dies fordert auch *Pache*, (Fn. 2), S. 298.