

Verfassungspluralismus – Was bedeutet das konkret?

Claudio Franzius*

A. Problembeschreibung	62	1. Vorlageverfahren	76
B. Deskriptive Stärken und normative Schwächen?	64	2. Konzeptualisierung des Vor-rangs	78
I. Teilrechtsordnungen	66	3. Verfassungsvergleich	80
II. Aufgabe des Rechts?	68	II. Zwischenebene: Prinzipien konstitu-tioneller Pluralität	80
C. Verdeutlichungen	69	1. Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität	81
I. Rechtspluralismus	70	2. Permeabilität und Responsivi-tät	82
II. Radikaler oder dialogischer Pluralis-mus	71	3. Loyalitätspflichten	83
III. Verfassung als Gegenstand des Plu-ralismus	71	III. Entscheidungsebene	84
1. Verfassung jenseits des Staates . .	72	1. Berücksichtigungspflichten	84
2. Pluralismus versus Konstitution-alisierung?	72	2. Trennung oder Verbindung der Grundrechtsräume?	86
3. Constitutional Pluralism oder Plural Constitutionalism?	74	3. Souveränität, Identität, Autono-mie	88
D. Folgerungen	75	E. Ausblick	89
I. Beispiele	76		

A. Problembeschreibung

Die Verhältnisbestimmung von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht bereitet der Rechtswissenschaft schon seit längerer Zeit Kopfzerbrechen. Eine monistische Deutung, sei es vom staatlichen Verfassungsrecht oder vom Unionsrecht aus, wird dem Zusammenspiel der Rechtsordnungen nicht gerecht. Das gilt aber auch für den dualistischen Ansatz, der seit *Heinrich Triepel* von getrennten Rechtsordnungen ausgeht. In seinem Referat auf der jüngsten Staatsrechtslehrertagung in Speyer hat *Franz Mayer* vorgeschlagen, diese Deutungen zugunsten eines verfassungspluralistischen Ansatzes aufzugeben. Diese Perspektive unterstreicht die Kritik an der Vorstellung einer von der nationalen Rechtsordnung lediglich abgeleiteten Unionsrechtsordnung, erlaubt aber auch eine Abkehr von der Deutung des Unionsrechts als autonomer Gesamtordnung.¹

Dafür, so heißt es im Anschluss an *Armin v. Bogdandy*, müssen wir uns von der Unterscheidung zwischen Monismus und Dualismus als den „intellektuellen Zom-

* Dr. Claudio Franzius ist Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin und vertritt einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Hamburg. Es handelt sich um weiterführende Überlegungen zum ersten Beratungsgegenstand der Speyerer Staatsrechtslehrertagung, die unter dem Generalthema „Verfassung als Ordnungskonzept“ der Frage nachging, inwieweit sich die Verfassung im Nationalstaat von der Gesamtordnung zu einer europäischen Teilordnung wandelt. Für hilfreiche Anmerkungen und Hinweise danke ich Mattias Wendel.

1 *Franz C. Mayer*, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (38 mit Fn. 162).

bies“ des 19. Jahrhunderts verabschieden.² In der Variante des nationalen Verfassungsmonismus wird der Verfassungsbegriff auf das Recht des Staates beschränkt und die Union bleibt in Kategorien des Völkerrechts eine abgeleitete Ordnung. Der europäische Verfassungsmonismus geht bei einem umgekehrten Ausgangspunkt ebenfalls von einer hierarchischen Ordnung aus und betrachtet das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht wie in einem Bundesstaat. Mayer weist auf die Implikationen dieses Konzepts hin: Obwohl der Bundesstaat keine angemessene Ordnungsfolie für das Verhältnis der Rechtsordnungen sei, bestehe ausgerechnet für die „Verfassungstraditionalisten“ im europäischen Bundesstaat die einzig kohärente Perspektive: Irgendwo müsse ein Staat her, damit von Verfassung gesprochen werden kann.³ Diese Vorstellung scheint auch dem Bundesverfassungsgericht nicht fremd zu sein, wenn Integrationsfortschritte an die Gründung eines europäischen Bundesstaates geknüpft werden.⁴ So treiben Verfassungsmonisten die Union in ungewollte Staatswerdungsprozesse, was hinter ihr Konzept ein Fragezeichen setzt.⁵

Der Verfassungspluralismus will etwas anderes. Er ist nicht gleichzusetzen mit dem alternativen Konzept des Dualismus.⁶ Zwischen den verfassungsmonistischen Strategien eines Rückzugs ins Nationale und der Flucht ins Globale im Sinne eines überstaatlichen Konstitutionalismus entwickle der Verfassungspluralismus einen Mittelweg auf der Suche nach einer Ordnung, die auf eine Auflösung der widerstreitenden Autoritätsansprüche nationaler und übernationaler Hoheitsgewalt verzichtet.⁷ Letzte Grundlegungen werden zurückgewiesen, an die Stelle der Hierarchie treten Heterarchie und Interaktion. Dennoch bleibt die Anwendung des *constitutional pluralism* auf das Verhältnis von nationaler und europäischer Ordnung begründungs-

2 v. Bogdandy, Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On relationship between international and domestic constitutional law, ICON 6 (2008), S. 397 (400); Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (23). Anders von einer Wiederkehr des Theorienstreits ausgehend Frank Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, Tübingen 2007, S. 237 ff.

3 Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (28) unter Bezugnahme auf Paul Kirchhof und Dieter Grimm.

4 BVerfGE 123, 267 (364, 398, 420) Lissabon.

5 Schon für Peter Badura, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), S. 34 (95) fügt die Entstehung einer supranationalen öffentlichen Gewalt „der Verfassung ein nichtstaatliches und übernationales Konstruktionselement ein, verlagert damit den Verfassungsprozess auf eine nichtstaatliche und über-nationale Ebene und zwingt so zu einem Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs.“

6 Das bleibt häufig undeutlich. Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (23 mit Fn. 72) zufolge gehe es dem Dualismus um eine „Umkodierung im Sinne von Übersetzung im wörtlichen Sinne in das Recht der Bezugsordnung“ mittels Transformation oder Vollzugsbefehl. Dies sei bei einer verfassungspluralistischen Sicht auch möglich, aber nicht zwingend, vgl. Mattias Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Tübingen 2011, S. 24 f. Zur Kritik an einer auf Triepel zurückgehenden Sicht der Unionsrechtsordnung Bardo Faßbender, Triepel in Luxemburg, DÖV 2010, S. 333.

7 So im Anschluss an Daniel Halberstam, Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the World, in: de Búrca/Weiler (Hrsg.), The Worlds of European Constitutionalism, Cambridge University Press 2012, S. 150 ff. Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (28 ff.).

bedürftig, wurde das Verhältnis doch früher anders konnotiert, sei es, dass von einem Staatenverbund, sei es, dass von einem Verfassungsverbund die Rede war.⁸

Ist die zentrale Grundannahme des Verfassungsppluralismus, dass die beteiligten Verfassungsordnungen die Legitimität der jeweils anderen akzeptieren und eine Überordnung weder beansprucht noch anerkannt wird, dann wird man eine vorsichtige Distanz zur Konzeption des stärker auf eine materielle Einheit zielenden Verfassungsverbundes annehmen müssen, der für Mayer den Unterschied zwischen simpler Pluralität und gehaltvollen Pluralismus zum Ausdruck bringt.⁹ Seine Grundlegung hat Zustimmung erfahren, provoziert aber auch Rückfragen: Wird mit einer verfassungsppluralistischen Perspektive nicht zuviel aufgegeben? Vor allem aber, ist es ungeachtet der unterschiedlichen Ansätze, die sich nicht auf die Lösung von Konflikten zwischen den Rechtsordnungen beschränken, überhaupt eine rechtswissenschaftliche Perspektive? Was bedeutet Verfassungsppluralismus konkret?

B. Deskriptive Stärken und normative Schwächen?

Es ließe sich sagen: Der Verfassungsppluralismus beschreibt richtig, ist aber normativ unbefriedigend. Das macht das Konzept für die Rechtswissenschaft nicht unbrauchbar, ist doch auch die Verfassungsrechtswissenschaft auf Beschreibungen angewiesen.¹⁰ Auch ist richtig, dass es der Verfassungsrechtswissenschaft schlecht bekäme, würde sie die Ordnungsprobleme der transnationalen Welt anderen Disziplinen wie der Politikwissenschaft überlassen.¹¹ Verweigert sich die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft dem Dialog mit Nachbardisziplinen und zeigt sich gegenüber Diskussionen im Ausland wenig empfänglich, droht eine Isolation der einst so stolzen

8 Die Zusammenführung verfehlt die Pointe, wie Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (34 mit Fn. 135) gegenüber Christian Calliess, Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: ders. (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, Tübingen 2007, S. 187 (191 ff.), zutreffend hervorhebt.

9 Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (33 f.). Am „Verbund“ festhaltend die Begleitaufsätze: Jörn Axel Kämmerer, NVwZ 2015, S. 1321 (1323 ff.); Sebastian Unger, DVBl 2015, S. 1069 (1076).

10 Das scheint Doris König, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 75 (2016), im Erscheinen, zu übersehen. Zur „Übernormativierung“ sozialer Ordnungen Christoph Möllers, Die Möglichkeit der Normen, Berlin 2015, S. 447 ff.

11 Für die Verwaltungsrechtswissenschaft Claudio Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 39 (2006), S. 335 (371). Ob das die Preisgabe des „dogmatischen“ Zugriffs verlangt, ist unsicher. Für den Erhalt der „rechtsdogmatischen Mitte“ Helmuth Schulze-Fielitz, in: ders., Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, Tübingen 2013, S. 3 (30).

deutschen Rechtswissenschaft.¹² In der EU, aber auch in den USA ist der Verfassungspluralismus längst eine diskutierte Ordnungsfolie für das Zusammenspiel der Rechtsordnungen, an der sich die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft beteiligen sollte.¹³

Auch wäre es verfehlt, den Verfassungspluralismus als deskriptiven Ansatz im Sinne *Eugen Ehrlichs* misszuverstehen.¹⁴ Es ist, wie sogleich näher auszuführen ist, nicht richtig, die Schwierigkeiten der Lösung von Normkonflikten pluralistisch als Preisgabe von Normativität zu deuten, um Konfliktlösungen dem Dialog, Diskurs oder politischen Management der Beteiligten zu überlassen, wodurch die Union als Rechtsgemeinschaft in Mitleidenschaft geriete und die Verfassungsrechtswissenschaft in der Tat das Feld vorrangig anderen Disziplinen überlassen müsste.¹⁵ *Mayer* will mit dem „kooperativen Verfassungspluralismus“ dem Konzept freilich eine normative Stoßrichtung geben. An die Stelle der vergeblichen Suche nach dem letzten Wort trete die Leitfrage, wie das Nebeneinander von nationaler Verfassungsordnung und europäischer Ordnung optimiert werden kann. Letztlich, so heißt es bei ihm, gehe es um die Abkehr von der Sehnsucht nach einer Gesamtordnung und das auf praktische Realisierung zielende Ausbuchstabieren eines Wechselspiels von Teilordnungen, als die auch die Unionsrechtsordnung verstanden wird.¹⁶

Die historische Erfahrung lehrt, dass ein Pluralismus normativer Ordnungen rasch das Opfer von Machtasymmetrien werden kann oder solche hervorbringt.¹⁷ Wie berechtigt dieser Einwand ist, zeigt gerade die Union, wo das Integrationsprojekt häufig als ein deutsches Anliegen zum eigenen Vorteil beschrieben wird, was durch eine pluralistische Deutung des Zusammenspiels mit den mitgliedstaatlichen Verfas-

12 Vgl. *Daniel Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, *EuR* 2015, S. 671 (694 ff.) mit (halbherziger) Kritik an der Theorieabstinenz der (deutschen) Europarechtswissenschaft. Zu den Beharrungskräften des „Denkstils“ in der deutschen Staatsrechtslehre *Oliver Lepsius*, Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht, in: *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Selbstreflexionen der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2014, S. 53 (61 ff.) mit Kritik am materiellen Systemanspruch als einer dogmatischen Pfadabhängigkeit, die wohl erst durch die „Unausweichlichkeit des europäischen Rechtsraums“ überwunden werde. Zur Perspektive des europäischen Rechtsraums *Armin v. Bogdandy/Peter M. Huber*, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, in: *v. Bogdandy/Cassese/Huber* (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 3, Heidelberg 2010, § 42 Rn. 1 ff.

13 Grundlegend *Neil Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review* 65 (2002), S. 317. Bestandsaufnahme der unterschiedlichen Ansätze bei *Klemen Jaklic*, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford University Press 2014, S. 31 ff.

14 *Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin 1913. Daran knüpft der gesellschaftliche Konstitutionalismus an, vgl. *Gunther Teubner*, *Verfassungsfragmente*, Berlin 2012, S. 33 ff.; krit. *Dieter Grimm*, Gesellschaftlicher Konstitutionalismus – Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?, in: *FS Herzog*, München 2009, S. 67.

15 Zur Frage, ob die Idee der Rechtsgemeinschaft nicht überstrapaziert wird: *Andreas Voßkuhle*, Integration durch Recht – der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, *JZ* 2016, S. 161 (167 f.).

16 *Mayer*, *VVDStRL* 75 (2016), S. 7 (38 mit Fn. 162). Das legt einen vorsichtigen Umgang mit tradierten Großbegriffen wie dem Souveränitätsbegriff nahe, siehe unten IV.3.c).

17 Vgl. *Klaus Günther*, Normativer Rechtspluralismus – Eine Kritik, *Normative Orders Working Paper* 03/2014, S. 8.

sungsordnungen möglicherweise noch verstärkt wird, sollte der Verfassungsppluralismus die nationale Perspektive gegenüber der Unionsperspektive als europäisch erwünscht ausflaggen.¹⁸ Mag der Verzicht auf eine zentrale Instanz auch in keine Re-feudalisierung münden, so fragt sich doch, ob der Verfassungsppluralismus nicht jene Ordnungen privilegiert, die, weil das Europarecht nicht losgelöst von den mitglied-staatlichen Ordnungen zu begreifen ist, der Unionsrechtsordnung ihren Stempel auf-zudrücken beginnen.¹⁹ Hier liegt nicht nur für die Europarechtswissenschaft ein Pro-blem, doch wie ist mit diesem Einwand umzugehen?

I. Teilrechtsordnungen

Das Risiko ließe sich vermeiden, gäbe es eine europäische Gesamtrechtsordnung und nicht bloß miteinander verbundene oder nur kompatibel gehaltene Teilrechtsord-nungen. Die supranationale Rechtsordnung als Gesamtordnung zu verstehen, die nationalen Rechtsordnungen lediglich einen Raum belässt, wird dem Selbstverständ-nis nationaler Verfassungen nicht gerecht. Deshalb ist besser von einer zusammen-gesetzten Ordnung oder Verbundordnung zu sprechen.²⁰ Wer demgegenüber umge-kehrt die nationale Verfassungsordnung als Gesamtrechtsordnung begreift, von der sich das Unionsrecht nur ableitet, wird dem Verfassungscharakter des Primärrechts nicht gerecht. Ob diese Einsicht die tradierte Verbundbegrifflichkeit trägt oder nicht über das Ziel einer angemessenen Beschreibung des Wechsel- und Zusammenspiels der Rechtsordnungen hinausschießt, bleibt die Frage.²¹

Denkbar ist, mit *Mayer* einen gehaltvollen Verfassungsppluralismus als Variante des Verfassungsverbundes zu verstehen. Anders als der Verbund, der das Vorliegen einer wie auch immer zusammengesetzten Gesamtrechtsordnung nicht aufgibt, dürfte man den Pluralismus aber so zu verstehen haben, dass es nur miteinander interagierende Teilrechtsordnungen gibt. Was auf den ersten Blick empörend klingen mag, könnte sich gerade für die Staatsrechtslehre als Vorteil erweisen, dürfte doch zum einen der Blick stärker auf das Reservoir an Figuren aus der nationalen Verfassungsordnung gelenkt werden und zum anderen – hier liegt der Kern des verfassungsppluralistischen

18 Plastisch in diesem Zusammenhang für den Topos der Verfassungsidentität *Dominique Rousseau*, Die Verfassungsidentität: Schutzschirm für die nationale Identität oder Teil des europäischen Sterns?, JöR 62 (2015), S. 91 (103): „Die Union ist keine Pyramide, sondern ein Stern, dessen Enden die Verfas-sungsidentitäten der Mitgliedstaaten bilden, ein Stern, der seine Lebenskraft aus diesen Enden zieht und seinen Enden ihr Strahlen und ihre Leuchtkraft verleiht.“

19 Häufig wird auf den französischen Einfluss hingewiesen. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass der deut-sche Einfluss kontinuierlich gewachsen ist, mögen politische Wünsche ihre rechtliche Form häufig – wie beim Fiskalvertrag – auch nur neben dem Unionsrecht gefunden haben.

20 *Ingolf Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 148 (163); krit. *Uwe Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre für die Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013, S. 121 f., 126.

21 Überblick: *Matthias Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: GS Blomeyer, Berlin 2004, S. 637.

Arguments – die Vorstellung einer übergreifenden Gesamtrechtsordnung aufgegeben werden müssen.²²

Den Pluralismus auf die Verfassung zu beziehen, bedeutet nicht, den Verfassungsbegriff einer bloßen Faktizität zu unterwerfen.²³ Vielmehr geht es darum, das emanzipatorische und kompetitive, insoweit an den Wettbewerb der Rechtsordnungen²⁴ anknüpfende Potential des Pluralismus, der auf die normative Ordnung kaum länger exklusiv im Staat verorteter Herrschaftsgewalt bezogen wird, im *Verfassungsbegriff* zu integrieren. Das setzt voraus, dass eingesehen wird, in Ermangelung eines gemeinsamen Dritten den ganzen Elefanten niemals zu Gesicht zu bekommen.²⁵ So wie die Verschmelzung disziplinärer Perspektiven zu einer ganzheitlichen Perspektive schon aus erkenntnistheoretischen Gründen vergeblich ist und neue Ansätze einer Wiederbelebung der Staatslehre²⁶ gescheitert sind, muss die Suche nach einer Gesamtrechtsordnung aufgegeben werden. Es kann nur Teilrechtsordnungen geben.²⁷ Die Pointe des Verfassungspluralismus besteht darin, diese nicht länger in *einer* Verfassung zu integrieren, sondern ihnen jeweils für sich Verfassungsqualität zuzusprechen. Das ist jedenfalls dort nicht zu bestreiten, wo sich die Rechtsordnung auf die Idee eines verfassungsgebenden „Subjekts“ zurückführen lässt. Das muss kein zur politischen Einheit entschlossenes Volk sein und darf auch nicht im Sinne der Ersetzung der einen durch eine andere Verfassungsordnung verstanden werden.²⁸ Um-

22 Krit. *Pernice*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 75 (2016), im Erscheinen.

23 Siehe aber *Uwe Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (85 ff.). Drastisch formulierte es *Ferdinand Lassalle*, Über Verfassungswesen, Zürich 1863, wonach die Verfassung eines Landes aus den tatsächlichen Machtverhältnissen bestehe; aufgegriffen in der wunderbaren Abschiedsvorlesung von *Hasso Hofmann*, Vom Wesen der Verfassung, JöR 52 (2002), S. 1 (4 f.).

24 *Anne Peters*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVDStRL 69 (2010), S. 7 (14 ff.); *Nico Krisch*, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law, Oxford University Press 2010, S. 69 ff.

25 Gegen die Zwei-Seiten-Theorie Jellineks *Ino Augsberg*, Rechtswirklichkeiten, in denen wir leben. New Legal Realism und die Notwendigkeit einer juristischen Epistemologie, Rechtstheorie 46 (2015), S. 71 (86 f.). Zur Metapher von den blinden Männern und dem Elefanten *Donald Puchalla*, Of Blind Men, Elephants and International Integration, JCMS 10 (1971), S. 267; daran anschließend *Franz Mayer*, Von blinden Männern und Elefanten: was kann und sollte die Rechtswissenschaft gegen die „Desintegration“ Europas tun?, VerfBlog 2015/2/20, <http://verfassungsblog.de/von-blinde-maennern-und-elefanten-was-kann-und-sollte-die-rechtswissenschaft-gegen-die-desintegration-europas-tun>.

26 *Andreas Voßkuhle*, Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, JuS 2004, S. 2; krit. *Christoph Möllers*, Staatslehre, in: Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 2006, Sp. 2318.

27 Differenzierend *Hans Michael Heinig*, VVDStRL 75 (2016), im Erscheinen, der bezeichnenderweise nur in der kulturtheoretischen Perspektive zu einer klaren Absage der nationalen Verfassung als bloßer Teilordnung gelangt.

28 So aber *Dieter Grimm*, Vertrag oder Verfassung, Staatswissenschaften und Staatspraxis 6 (1995), S. 512 (516); daran festhaltend *ders.*, Europa ja, aber welches?, München 2016; abl. *Pernice*, VVDStRL 61 (2001), S. 148 (164); *ders.*, Verfassungsverbund, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden 2010, S. 102.

stritten ist aber, inwieweit auf jedes, wenngleich föderal gebrochenes Kollektivsubjekt²⁹ zugunsten von Individuen³⁰ verzichtet werden kann.³¹

II. Aufgabe des Rechts?

Eine Einsicht des Verfassungsppluralismus ist, dass es ungeachtet aller Kritik an der „Ordnung der Unordnung“³² keine letzte Worte geben kann.³³ Insoweit richtet sich das Konzept gegen die Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das auf die im „letzten Wort“ des Grundgesetzes liegende Souveränität nicht verzichten will.³⁴ Nun ist das Gericht für seine Metaphern und begrifflichen Neuschöpfungen bekannt. Braucht das Recht aber einen solchen Standpunkt oder eine solche Perspektive, um überhaupt Recht zu sein? Das kann man bezweifeln. Auch als kontrafaktische Figur ist die Figur des Dritten, der als Bezugspunkt erst horizontale Beziehungen zwischen Ordnungen denken lasse, überflüssig, will man nicht von der Repräsentation der Individuen auf die Symbolisierung von Gott oder Staat umstellen.

Gleichwohl wird der Rechtscharakter des Verfassungsppluralismus bezweifelt, weil die Kernaussage doch eigentlich nur sei, dass der Ton die Musik mache.³⁵ Alles nur Musik? Jedenfalls muss sich „ein starker Pluralismus, der die Effektivität von Normen auch ohne oder sogar gegen den Staat“ postuliert, vorhalten lassen, dass sein Rechtsbegriff unklar ist, weil er nicht angeben könne, was Recht von Nicht-Recht unterscheiden soll.³⁶ Ist der Rechtspluralismus „ein Symptom des Verfalls, des Rückschritts hinter die Errungenschaften der Moderne, deren Rechtsprojekt an den universalistischen Prinzipien gleicher Freiheit und gleichen Respekts“³⁷ ausgerichtet ist? Sollte der Zustand einer Pluralität miteinander konkurrierender Ordnungen daher möglichst überwunden werden? Das würde bedeuten, das nationalstaatliche Modell

29 Claudio Franzius, Das „Wir der Anderen“ in Europa. Wer ist das demokratische Subjekt der Europäischen Union?, in: ders./Stein (Hrsg.), Recht und Politik. Zum Staatsverständnis von Ulrich K. Preuß, Baden-Baden 2015, S. 171 (174 ff.).

30 Jürgen Habermas, Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: ders., Zur Verfassung Europas, Berlin 2011, S. 39 (48 ff.); ders., Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen, Der Staat 53 (2014), S. 167 (187 ff.).

31 Aufgegriffen von Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (50 f.).

32 Von einer globalen Unordnung normativer Ordnungen spricht Neil Walker, Beyond Boundary Dispute and Basic Grids: Mapping the global Disorder of normative orders, ICON 6 (2008), S. 373.

33 Claudio Franzius, Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, Frankfurt am Main 2014, S. 228, 245, 250 u. passim.

34 Aus der Sicht des nationalen Verfassungsrechts mag es keinen Unterschied machen, ob die Unionsrechtsordnung oder die Völkerrechtsordnung in Bezug genommen wird. Tatsächlich bestehen aber gerade aus der Sicht des BVerfG erhebliche Unterschiede, die sich kaum hinter dem „letzten Wort“ des Grundgesetzes verstecken lassen. Was für die EMRK nicht falsch ist, muss für das Unionsverfassungsrecht noch lange nicht richtig sein.

35 Doris König, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 75 (2016), im Erscheinen.

36 Stefan Kadelbach, Konstitutionalisierung und Rechtspluralismus – über die Konkurrenz zweier Ordnungsentwürfe, ARSP-Beiheft (zit. nach Manuskript), S. 7.

37 Günther, Normativer Rechtspluralismus (Fn.), S. 6.

oder an diesem orientierte Äquivalente eines Rechtsmonismus auf globale Normbildungsprozesse zu übertragen, was man so sehen, sich aber kaum wünschen kann. *Mayer* sieht im Verfassungspluralismus nicht nur eine empirisch zutreffendere Beschreibung, sondern auch in normativer Hinsicht eine vorzugswürdige Alternative.

Dann müsste das Recht darauf eingestellt werden, weder einen universell einheitlichen Rechtsraum schaffen noch partikular auf den Nationalstaat beschränkt werden zu können. Eben das liefert das verfassungspluralistische Argument. Der Einwand, dies führe zur Aufgabe des Rechts, greift entgegen *Paul Kirchhof*³⁸ zu kurz. Richtig ist, dass gerade das zwischen Völkerrecht und Staatsrecht angesiedelte Europarecht nicht zu den klassischen Gegenständen des Rechtspluralismus gehört. Spricht nicht schon der Vorrang des Unionsrechts gegen eine pluralistische Deutung? Ist der Pluralismus, so ließe sich ketzerisch fragen, nicht der Versuch, doch noch einmal „das Ganze“ zu beschreiben und in Ordnung zu bringen? Das klingt bei *Mayer* an. Vorzuwerfen ist es verfassungspluralistisch argumentierenden Autoren aber nicht, muss es dem Öffentlichen Recht doch darum gehen, die nicht länger auf den Staat beschränkte Herrschaftsgewalt zu identifizieren, um Fragen ihrer Konstituierung und Begrenzung beantworten zu können.³⁹ Zudem ist die Verfassungsrechtswissenschaft gut beraten, einen Bundesverfassungsgerichtspositivismus⁴⁰ kritisch zu hinterfragen, darf jedenfalls nicht gegenständlich auf Entscheidungshilfen für das Bundesverfassungsgericht beschränkt werden.⁴¹ Sprechen Verfassungsgerichte nicht über den Pluralismus der Ordnungen, so ist das unschädlich. Denn, wie es *Miguel Maduro* plastisch formuliert, der Verfassungspluralismus „does not require courts to talk about constitutional pluralism in their decisions.“⁴²

C. Verdeutlichungen

Ein Problem liegt freilich darin, dass das Konzept des Verfassungspluralismus keinen neutralen Begriff wie den „Verbund“ wählt, sondern mit „Pluralismus“ einen Begriff mit einer Vorgeschichte anspricht (1.). Das erfordert Rückfragen (2.) und wirft die entscheidende Frage auf, inwieweit sich die Ordnungskonzepte des Konstitutionalismus und Pluralismus überhaupt verbinden lassen (3.).

38 *Kirchhof*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 75 (2016), im Erscheinen. Mit ihm das Maastricht-Urteil des BVerfG als „pluralistisch“ auszuflaggen, hat deutliche Kritik erfahren, vgl. *Julio Baquero Cruz*, The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement, ELJ 14 (2008), S. 389.

39 Zum Zentralbegriff der Herrschaft *Dieter Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, Tübingen 2012, S. 62 ff.

40 Begriff: *Bernhard Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1981), S. 161; dazu *Christoph Schönberger*, Bundesverfassungsgerichtspositivismus, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 41.

41 In dieser Richtung aber *Doris König*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 75 (2016), im Erscheinen.

42 *Maduro*, Three Claims of Constitutional Pluralism, in: Avbelj/Komárek (Hrsg.), Constitutional Pluralism in the EU and Beyond, Oxford: Hart 2012, S. 65 (75).

I. Rechtspluralismus

Berühmt ist die Debatte zwischen *Eugen Ehrlich* und *Hans Kelsen*, die um die Frage rankte, ob wir Recht (auch) empirisch oder (allein) normativ bzw. dogmatisch zu verstehen haben.⁴³ In Deutschland hat sich weder die eine noch die andere Position durchgesetzt, sondern eine wertorientierte Auslegung des einfachen Rechts.⁴⁴ Denn einer Gesellschaft, der die großen Leitbegriffe wie Souveränität oder Nation nach dem Krieg abhanden gekommen waren, blieben nicht mehr als die Grundrechte der Verfassung. Weniger bekannt ist eine Debatte, die in den 1960er Jahren zwischen *Christian Sigrist* und *Ralf Dahrendorf* über die Frage geführt wurde, ob es Gesellschaften ohne Staat geben könne.⁴⁵ Befreit man diese Frage von ideologischem Überschuss, zeigt bereits das Scheitern der britischen Kolonialisierungstrategie der *indirect rule*, die nach dem jeweiligen König der (afrikanischen) Gesellschaft suchte, dass auch staatslose Gesellschaften rechtlich verfasst sein können. Diese Einsicht, in der berühmten Arbeit von *Edward Evans-Pritchard* über die Nuer im südlichen Sudan⁴⁶ formuliert, war nicht nur die Geburtsstunde der social anthropology, sondern stieß auch eine Fülle rechtsanthropologischer Studien an, die einen Höhepunkt in Veröffentlichungen von *Leopold Pospíšil* fanden.⁴⁷ Der Staat, so lässt sich das Ergebnis dieser Forschungen zusammenfassen, ist eben keine anthropologische Notwendigkeit.⁴⁸ An die Erkenntnis, dass Recht an eine gesellschaftliche Ordnung gekoppelt ist, aber nicht den Staat voraussetzt, kann die Forschung zum Rechtspluralismus anknüpfen.⁴⁹ Freilich fällt es mit dieser Vorgeschichte schwer, den Rechtspluralismus auf Verfassungen zu beziehen.

43 Die Beiträge zusammenfassend: Thomas Vormbaum (Hrsg.), Hans Kelsen/Eugen Ehrlich. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17), Baden-Baden 2003.

44 BVerfGE 7, 195 Lüth; krit. *Matthias Jestaedt u.a.*, Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011.

45 Vgl. einerseits *Christian Sigrist*, Regulierte Anarchie, Frankfurt am Main 1979 (1967); andererseits *Ralf Dahrendorf*, Amba und Amerikaner: Bemerkungen zur These der Universalität von Herrschaft, *Europäisches Archiv für Soziologie* 5 (1964), S. 83.

46 *Evans-Pritchard*, The Nuer: A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of A Nilotic People, Oxford: Clarendon Press 1940.

47 *Pospíšil*, Anthropologie des Rechts, München 1982 (1974), S. 137 ff.

48 Anders *Chris Shore*, Government without Statehood? Anthropological Perspectives on Governance and Sovereignty in the European Union, *ELJ* 12 (2006), S. 709. Wie hier *Uwe Wesel*, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, München 1985. Statt auf die Suche nach dem König zu gehen, so beschreibt *Mayer*, *VVDStRL* 75 (2016), S. 7 (50 mit Fn. 222) im Anschluss an *Joseph Weiler*, The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor?, Cambridge University Press 1999 das zentrale Thema des europäischen Verfassungsrechts über das letzte Vierteljahrhundert, müsste die Einsicht in das Vorliegen einer akephalen Ordnung geschärft werden. Hier ist nicht der Ort, darüber nachzudenken, was die Europarechtswissenschaft von der Ethnologie lernen kann: Vermutlich mehr als es zunächst den Anschein hat.

49 Vgl. *Ralf Michaels*, Global Legal Pluralism, *Annual Review of Law and Society Science* 5 (2009), S. 243. Gute Bestandsaufnahme: *Ralph Seinecke*, Das Recht des Rechtspluralismus, Tübingen 2015, S. 49 ff.

II. Radikaler oder dialogischer Pluralismus

Hierfür gibt es weitere wichtige Unterscheidungen: Von einem starken Rechtspluralismus wird gesprochen, wenn seine Normen von staatlicher Anerkennung unabhängig sind. Der schwache Rechtspluralismus beschreibt demgegenüber nicht-staatliche Ordnungen, die unter dem Vorbehalt hoheitlicher Rezeption stehen, etwa im Wege der Anerkennung durch staatliches Gerichtsurteil. Häufig ist auch von einem *New Legal Pluralism* die Rede, um transnationale Normproduktionen zu beschreiben.⁵⁰ Normkonflikte, das lehrt die Rechtsanthropologie, müssen nicht auf der Geltungsebene „gelöst“ werden, sondern können in der Praxis „ausgehalten“ werden.⁵¹ Eben das stellt hinter die Sehnsucht nach einer ultimativen Konfliktlösungsinstanz mit entsprechenden Erwartungen an das Bundesverfassungsgericht ein Fragezeichen.

Um die kaum noch zu überschauende Vielfalt pluralistischer Ansätze zu ordnen, ist es sinnvoll, zwischen einem radikalen und einem dialogischen Pluralismus zu unterscheiden. Der radikale Pluralismus weist eine Nähe zu den Verfassungstraditionalisten auf, welche den Verfassungsbegriff für die staatliche Rechtsordnung reservieren wollen. Demgegenüber legt der dialogische Pluralismus⁵² den Fokus auf das Zusammenpiel der Rechtsordnungen. Für *Armin v. Bogdandy* liegt

*„die Kerneinsicht aller pluralistischer Positionen (...) darin, dass die diversen Prinzipien, die als Teil des Völkerrechts, des Unionsrechts oder aber des staatlichen Rechts normative Vorgaben für soziale Interaktionen niederlegen, nicht als Teile einer einheitlichen Rechtsordnung konzipiert und Konflikte nicht mit dem Paradigma der Hierarchie gelöst werden können“.*⁵³

III. Verfassung als Gegenstand des Pluralismus

So gesehen, steht weniger die Frage im Raum, was der pluralistische Ansatz zu beschreiben vermag. In den Vordergrund rückt vielmehr die Frage, ob sich Konstitutionalismus und Pluralismus zu einem normativen Konzept verbinden lassen.

50 *Paul Schiff Berman*, The New Legal Pluralism, *Annual Review of Law and Society Science* 5 (2009), S. 225. Zur Verknüpfung mit dem Konstitutionalismus *Lars Viellechner*, Verfassung als Chiffre, *ZaöRV* 75 (2015), S. 231 (250 ff.).

51 Vgl. *Kadelbach*, Konstitutionalisierung und Rechtspluralismus (Fn.), S. 6.

52 *v. Bogdandy*, Grundprinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* XI, Heidelberg 2013, § 232 Rn. 55 unterscheidet zwischen einem radikalen Pluralismus, der von Machtkonflikten ausgehe, die juristischer Rationalität kaum zugänglich seien, und einem dialogischen Pluralismus, der auf der Beobachtung beruhe, dass die unterschiedlichen „Rechtsregime und Institutionen bei prinzipieller Wahrung ihrer normativen Unabhängigkeit in aller Regel stabile rechtlichen Beziehungen aufbauen“.

53 *v. Bogdandy*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* XI, 2013, § 232 Rn. 32.

1. Verfassung jenseits des Staates

Ob es Verfassungen jenseits des Staates geben kann, hängt vom Verfassungsbegriff und seinen Funktionen ab. Die Frage sollte aber nicht überhöht werden.⁵⁴ Entscheidend ist, dass der Pluralismus zunehmend das Feld zu besetzen scheint, für das der Konstitutionalismus seine Zuständigkeit reklamiert. Das geschieht freilich aus der Perspektive der jeweiligen Rechtsordnung nach innen, weniger nach außen oder zur Seite. Um diesen „blinden Fleck“ zu beleuchten, zielt der Verfassungpluralismus auf eine Koordination von Normebenen, die sich nicht als ein übergreifendes Ganzes hierarchisch ordnen lassen, aber dennoch einer Ordnung bedürfen. Was für den Vorrang der Verfassung gegenüber einfachem Recht gilt, findet keine Entsprechung gegenüber „anderem“ Verfassungsrecht.⁵⁵ Das macht eine verfassungpluralistische Deutung des Verhältnisses von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht möglich, ja drängt sich geradezu auf.⁵⁶

2. Pluralismus versus Konstitutionalisierung?

Ob sich die Perspektiven aber verbinden lassen, wird bestritten.⁵⁷ Begehen wir nicht denselben Fehler, der schon für die Zusammenführung der Konzepte von Staaten- und Verfassungsverbund kritisiert wurde? Verbinden wir etwas, was konzeptionell nicht zusammengehört? Dieser Einwand ist ernstzunehmen, lässt sich aber ausräumen.⁵⁸

Stefan Kadelbach spricht von einem Antagonismus der beiden Weltansichten.⁵⁹ Der Konstitutionalismus ist der Kritik durch Rechtspluralisten ausgesetzt, wonach der Staat als Normproduzent überschätzt werde.⁶⁰ Aber auch der Rechtspluralismus scheitert an seinem oft unausgesprochen gebliebenen normativen Ideal. Pluralisten, so ist zuzugestehen, orientieren sich weniger an der Geltungsseite des Rechts, sondern

54 Immer noch lesenswert: *Dieter Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, S. 581; *Jürgen Habermas*, Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe need a Constitution?', ELJ 1 (1995), S. 303. Zum Ganzen *Claudio Franzius*, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, Tübingen 2010. Für die aktuelle Debatte einerseits *Fritz W. Scharpf*, After the Crash. A Perspective on multilevel European Democracy, MPIfG Discussion Paper 14/21, 2014; andererseits *Habermas*, Der Demos der Demokratie – eine Replik, *Leviathan* 43 (2015), S. 145.

55 Hier passt die Hierarchie nicht, die häufig Vorrangansprüchen unterstellt wird: *Heiko Sauer*, Vorrang ohne Hierarchie, *Rechtstheorie* 44 (2013), S. 503 (515 ff., 536 ff.).

56 In diesem Sinne auch *Anne Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001, S. 93 ff.

57 Vgl. *Ruth Buchanan*, Reconceptualizing Law and Politics in the Transnational: Constitutional and Legal Pluralist Approaches, *Socio-Legal Review* 5 (2008), S. 21; *Emmanuel Melissaris*, Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism, Aldershot: Ashgate 2009; *Krisch*, Beyond Constitutionalism (Fn.), S. 23 ff.; *Matej Averbaj*, Can European Integration be Constitutional and Pluralist – Both at the Same Time?, in: ders./Komárek (Hrsg.), *Constitutional Pluralism* (Fn.), S. 381; *Alexander Somek*, A Tale of the Undead, ebd., S. 343.

58 Siehe bereits *Franzius*, *Recht und Politik* (Fn.), S. 98 ff.

59 *Kadelbach*, *Konstitutionalisierung und Rechtspluralismus* (Fn.).

60 *Poul Kjaer*, *Constitutionalism in the Global Realm*, New York: Routledge 2014; *Chris Thornhill*, *National Sovereignty and the Constitution of Transnational Law: A Sociological Approach to a Classical Antinomy*, *Transnational Legal Theory* 3 (2012), S. 394.

vielmehr an der sozialen Existenz von Recht. Und „wo Pluralisten Phänomene betrachten, ohne ihre legitimatorischen Implikationen ausreichend in Rechnung zu stellen, setzen Konstitutionalisten Wertungen, ohne genau hinzuschauen.“⁶¹ So wenig es aber Sinn macht, den Konstitutionalismus idealistisch zu überhöhen, darf der Pluralismus auf die tatsächliche Befolgung von Normen reduziert werden, um daraus etwas für Recht zu erklären.

Denn so unversöhnlich, wie *Kadelbach* meint, sind die Ordnungsentwürfe nicht. Es ist auch nicht so, dass es keine Hierarchien mehr geben würde. Ähnlich wie im Modell der Netzwerke wird die Hierarchie als Muster der Ordnungsbildung nicht aufgegeben, sondern zurückgestellt bzw. auf die jeweilige Teilrechtsordnung und seinen Schutz durch die Verfassungsgerichte – sei es der nationalen Verfassungsgerichte, sei es dem EuGH – beschränkt. Das mag bei *Mayer* zu kurz kommen.

Es geht weder um die Versöhnung von Weltsichten noch um Erkenntnisgewinne aus ihren Spannungen, sondern um ein anderes Verständnis von Verfassung. Verfassungen sind keine Singulare, die das Ganze jeweils für sich zu ordnen beanspruchen können, sondern müssen in ihren wechselseitigen Öffnungen gelesen werden.⁶² So wie das nationale Verfassungsrecht in den Integrationsermächtigungen gegenüber dem Unionsrecht eine Öffnung anordnet, relativiert das Unionsverfassungsrecht mit der Achtung der nationalen Verfassungsidentität den eigenen Vorranganspruch.⁶³ Angemessen ordnen lässt sich das nur unter einer verfassungspluralistischen Verhältnisbestimmung.⁶⁴

Abgrenzungsbedarf bleibt bestehen, trotz gemeinsamer Grundannahmen etwa zum gesellschaftlichen Konstitutionalismus.⁶⁵ Denn es geht nicht um Vervielfältigungen und Auflösungen des Verfassungsbegriffs, wie es bei *Gunther Teubner*⁶⁶ angelegt ist, aber auch für das „Denken in Bereichsverfassungen“⁶⁷ kritische Nachfragen provo-

61 *Kadelbach*, Konstitutionalisierung und Rechtspluralismus (Fn.), S. 8.

62 Siehe bereits *Franzius*, Gewährleistung im Recht, Tübingen 2009, S. 541: „Der Kunstgriff der Moderne, den Wegfall jeder Transzendentalität des Rechts nicht einfach der Politik preiszugeben, sondern im Begriff der Verfassung zu einer Verkoppelung von Recht und Politik zu gelangen, trägt nicht mehr, wenn es die eine Verfassung im Kollektivsingular der sinnstiftenden Gesamtrechtsordnung nicht gibt, sondern durch die Idee einer Komplementarität der jeweils für sich Verbindlichkeit beanspruchenden Rechtsordnungen geprägt wird.“

63 *Franz Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, München 2000, S. 324 ff.; *Armin v. Bogdandy/Stephan Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag: Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, ZaöRV 70 (2010), S. 701 (727 f., 732 f.); daran anschließend *Claudio Franzius*, in: Pechstein/Häde/Nowak (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum EUV/AEUV (im Erscheinen), Art. 4 EUV Rn. 42 ff.

64 Unter Rückgriff auf *Wendel*, Permeabilität (Fn.), S. 371 ff. *Mayer*, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (38 ff.).

65 Richtig *Unger*, DVBl 2015, S. 1069 (1070 ff.).

66 Zusammenfassend *Teubner*, Verfassungsfragmente (Fn.), S. 72 ff.

67 *Thomas Vesting*, Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne, in: ders./Korioth (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Tübingen 2011, S. 71.

ziert. Umgekehrt sollte das Konzept weder als Notlösung verstanden⁶⁸ noch als „best representation of the ideals of constitutionalism for the current context of increased pluralism and deterritorialisation of power“⁶⁹ überhöht werden.

3. Constitutional Pluralism oder Plural Constitutionalism?

Die Kernfrage besteht also darin, inwieweit die pluralistische Sicht im Verfassungsbegriff integriert werden kann. Weil sich die öffentliche Gewalt nicht mehr konzentriert, sondern nur unter gegenseitiger Infragestellung pluralisiert denken lasse, müsse der pluralistische Ansatz zwischen unterschiedlichen „constituencies“ vermitteln. So meint *Nico Krisch*:

*„Pluralist accountability mechanism are the pervasive feature of global regulatory governance (...) as a response to the contested constituencies of global regulation that seeks to avoid the downsides of federal and consociational models of a more unitary, constitutionalist character.“*⁷⁰

Der pluralistische Ansatz sei föderalen oder konkordanzdemokratischen Ansätzen überlegen, weil er divergierende Betrachtungen über die richtige Basis von global governance ausgleichen könne. Zwar mag der Pluralismus zu wenig die Verteilung von Macht nach verrechtlichten Prinzipien reflektieren.⁷¹ Aber er findet eine Basis in der Freiheit und Autonomie des Individuums, das sich unterschiedlichen Gemeinschaften anschließen kann.⁷² Sollte der Pluralismus dann aber nicht gerade insoweit als „konstitutionalistisch“ verstanden werden?

Hier mag ein Grund liegen, warum *Daniel Halberstam* nicht vom constitutional pluralism, sondern von einem plural constitutionalism spricht.⁷³ Auch einflussreiche Autoren wie *Joseph Weiler* oder *Jürgen Habermas* distanzieren sich vom konstitu-

68 So verstehe ich *Dieter Grimm*, Verfassungsbilanz, in: Vesting/Koriath (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts (Fn.), S. 379 (390), wonach der Rechtspluralismus kein Makel sei, den es zu überwinden gelte. Andere Einschätzung bei *Mayer*, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (54).

69 *Maduro*, in: Avbelj/Komárek (Hrsg.), Constitutional Pluralism (Fn.), S. 65 (78).

70 *Krisch*, The Pluralism of Global Administrative Law, EJIL 17 (2006), S. 247 (269); krit. *Gregory Shaffer*, A Transnational Take on Krisch's Pluralist Postnational Law, EJIL 23 (2012), S. 565.

71 *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Baden-Baden 2015, § 4 Rn. 108 f.

72 Zur Kritik am liberalen Pluralismus *Chantal Mouffe*, Über das Politische, Frankfurt am Main 2005, S. 161 ff. mit dem Plädoyer für einen multipolaren Ansatz, der sich vom eurozentrischen Dogma verabschiedet. Zur Kritik am Konstitutionalismus und der „Rehabilitierung seiner Sprache“ in der Version des konstitutionellen Pluralismus *Walker*, Modern Law Review 65 (2002), S. 317 (319 ff.). Ob mit *Avbelj*, Can European Integration be Constitutional and Pluralist (Fn.), S. 404 ff. das Innovative darin liegt, sich vom konstitutionellen Leitbild zugunsten des Pluralismus zu verabschieden, ist zu bezweifeln.

73 *Halberstam*, Local, global and plural constitutionalism (Fn. 7), S. 163 ff. Zur Vielfalt der disparaten Ansätze *Matej Avbelj*/Jan Komárek (Hrsg.), Four Visions of Constitutional Pluralism, EUI Working Paper Law 2008/21.

tionellen Pluralismus.⁷⁴ In der Tat liegt die Gefahr der Begrifflichkeit in der Weite, die es im Grunde erlaubt, das konstitutionelle Argument hinter die Beobachtung der Vielfalt der Rechtsordnungen zu stellen. Es dürfte auf der Hand liegen, dass es erheblicher Differenzierungen bedarf, um das Konzept des Verfassungspluralismus auf jede Verhältnisbestimmung von Rechtsordnungen anzuwenden. Ob es einen globalen Verfassungspluralismus geben kann, erscheint zweifelhaft.⁷⁵ Das ist für den europäischen Verfassungspluralismus anders. Der Unionsrechtsordnung wird im Gegensatz zum Völkerrecht eigene Verfassungsqualität zugesprochen.⁷⁶ Jedenfalls beim „kooperativen“ Verfassungspluralismus⁷⁷ handelt es sich um ein genuin europäisches Konzept, das sich nicht unbesehen auf andere Verhältnisbestimmungen – wie den Bundesstaat oder Staatenbund in der einfachen Zweiteilung herkömmlicher Ordnungen⁷⁸ – erstrecken lässt.⁷⁹

D. Folgerungen

Es bleibt die Frage, was das konkret bedeutet. Handelt es sich nur um eine neue Semantik, mit der auf die Krisen in der Union⁸⁰ reagiert wird? Ist es so, dass der Schwächung der Unionsrechtsordnung, deren Normativität nicht erst in der Flüchtlingskrise unter Bedrängnis⁸¹ zu geraten scheint, mit einer Stärkung der nationalen

74 Weiler, Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts, in: de Búrca/ders. (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism* (Fn.), S. 12 (13); *Habermas*, *Der Staat* 54 (2015), S. 167 (179 mit Fn. 28). Dennoch handelt es sich bei letzterem, wie *Mayer*, *VVDStRL* 75 (2016), S. 7 (51) zu Recht hervorhebt, um eine konsequent liberal-demokratische Perspektive unter den Bedingungen kooperativ pluralisierter Hoheitsgewalt.

75 Siehe aber mit beachtlichen Gründen *Lars Vellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, Weilerswist 2013, S. 229 ff.

76 Zur Vorbildfunktion des Europarechts für das Völkerrecht *Anne-Marie Slaughter/William Burke-White*, *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, *Harvard International Law Review* 47 (2006), S. 327. Freilich wird nicht ohne Grund eine „Überkonstitutionalisierung“ des Unionsrechts kritisiert, vgl. *Grimm*, in: ders., *Europa* (Fn.), S. 95 (112 ff.).

77 Was das heißt, bleibt bei *Mayer*, *VVDStRL* 75 (2016), S. 7 (36 f.) unklar. Nur zur Vermeidung von Missverständnissen sei die Begrifflichkeit der „offenen Staatlichkeit“ eingeführt worden, vgl. *Klaus Vogel*, *Wortbruch im Verfassungsrecht*, *JZ* 1997, S. 161 (163). Mit dem Verweis auf *Ernst-Hasso Ritter*, *Der kooperative Staat*, *AöR* 104 (1979), S. 389 weist er freilich auf die sozialdemokratischen Wurzeln des Kooperationsprinzips hin.

78 Zur Union als „Bund“ *Franzius*, *Verfassungsrechtsdenken* (Fn.), S. 61 ff.

79 Für den europäischen Verfassungspluralismus trifft die Aussage von *Viellechner*, *ZaöRV* 75 (2015), S. 231 (257), wonach sich die Staatsverfassung auf das Zusammenleben von Individuen beziehe, während es dem Verfassungspluralismus um das Verhältnis verschiedener Kollektive zueinander gehe, nicht zu.

80 Zum Problem, pauschal die Krisen der Union zuzurechnen: *Christoph Möllers*, *Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union*, *Leviathan* 43 (2015), S. 339.

81 Vorwürfe, die Bundeskanzlerin schwäche in der Flüchtlingspolitik das Recht, bewirken das Gegenteil und untergraben das Vertrauen in den demokratischen Rechtsstaat, vgl. *Heiko Maas*, *Wer das Recht wirklich schwächt*, *FAZ* v. 30.1.2016, S. 10. Das mag man aus der Sicht des Unionsrechts anders sehen. Zwar gibt es zur Prüfung von Asylanträgen ein Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Abs. 1 Dublin III-VO. Aber das Ermessen für den im Spätsommer 2015 vollzogenen „General-Selbsteintritt“ Deutschlands ist nach Art. 4 Abs. 3 EUV begrenzt, vgl. *Mattias Wendel*, *Asylrechtlicher Selbsteintritt und Flüchtlingskrise*, Manuskript.

Verfassungen begegnet wird? Oder steht das pluralistische Argument unter dem Vorbehalt des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts?

I. Beispiele

Fasst man die Diskussion des Referats von *Mayer* zusammen, so scheint die gemeinsame Grundlinie kritischer Äußerungen darin zu liegen, nur wenige konkrete Entscheidungshilfen an die Hand bekommen zu haben.⁸² Vielleicht wurde einiges überhört oder es passt schon die konzeptionelle Ausrichtung nicht. Das soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Denn es überwiegt der Eindruck, dass der kooperative Verfassungsppluralismus durchaus konkrete Antworten liefert.⁸³

1. Vorlageverfahren

Ein Beispiel ist die Nutzung und Handhabung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV. *Mayer* sieht hier einen Anknüpfungspunkt für das Konzept des Verfassungsppluralismus.⁸⁴

Vorlageverfahren kommt als Institut der Kohärenzsicherung für das Zusammenspiel der Rechtsordnungen eine zentrale Bedeutung zu.⁸⁵ Anders als das nationalen Höchstgerichten vorbehaltene Vorabegutachtungsverfahren nach dem 16. Zusatzprotokoll zur EMRK und dem Vorabefassungsverfahren nach dem für primärrechtswidrig erklärten Beitrittsabkommen der EU zur EMRK⁸⁶ ist das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV primär auf fachgerichtliche Vorlagen angewiesen. Dem kommt das Bundesverfassungsgericht in der Durchsetzung fachgerichtlicher Vorlagepflichten nach, wobei es zwar einen gegenüber der *acte clair*-Doktrin des EuGH⁸⁷ weniger strengen Maßstab⁸⁸ anlegt, aber in Gültigkeitsfragen einen Vorrang gegenüber der Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG akzeptiert.⁸⁹

Soweit das Bundesverfassungsgericht die eigene Vorlageverpflichtung an die Entscheidungserheblichkeit knüpft, diese aber im Falle einer festgestellten Grundrechts-

82 Statt vieler *Johannes Masing*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 75 (2016), im Erscheinen.

83 Zu denen, die Antworten suchen, gehören nicht nur die Gerichte. Hier mag sich einmal mehr die Gerichtsorientierung der deutschen Rechtswissenschaft rächen, vgl. *Lepsius*, Problemzugänge (Fn.), S. 87 ff.

84 Knapp *Mayer*, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (37 mit Fn. 160): „Das Vorlageverfahren ist die prozedurale Spiegelung des kooperativen Verfassungsppluralismus.“

85 Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 115 ff.; *Voßkuhle*, JZ 2016, S. 161 (163): „schlechthin konstitutiv.“

86 Der EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 Rn. 175 ff. erklärte das Beitrittsabkommen wegen einer Gefährdung der Autonomie der Unionsrechtsordnung für primärrechtswidrig. Was immer wieder dem BVerfG vorgeworfen wird, kann nunmehr gegen den EuGH ins Feld geführt werden, nämlich die Verkenntung der verfassungsppluralistischen Struktur der europäischen Ordnung.

87 EuGH, Rs. 283/81 CILFIT, Slg 1982, 3415 Rn. 21.

88 Den es für sich selbst in Anspruch nimmt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 Europäischer Haftbefehl II, Rn. 91 ff. nach Maßgabe einer eigenen Interpretation des Art. 4a Abs. 1 Buchst. d (i) RbEuHb.

89 BVerfGE 129, 186 (202).

konformität verneint, stößt dies auf Kritik.⁹⁰ Gerade das Urteil zur Vorratsdatenspeicherung zeigt, dass mit der Bestätigung der Verfassungskonformität eines nationalen Umsetzungsgesetzes die Unionsrechtswidrigkeit des zugrundeliegenden Sekundärrechtsakts perpetuiert werden kann.⁹¹ Demgegenüber kommt die verfassungspluralistische Sicht zu einem anderen Ergebnis: Zum einen ist der traditionelle *Solange*-Vorbehalt, wonach eine Verfassungsbeschwerde, mit der die Umsetzung zwingender Vorgaben des Sekundärrechts gerügt wird, bereits unzulässig ist, im Sinne der Bosphorus-Rechtsprechung des EGMR zu überdenken.⁹² Zum anderen ist es nicht die Aufgabe nationaler Verfassungsgerichte, die Unionsrechtskonformität eines nationalen Gesetzes nach eigenen Maßstäben zu beurteilen.⁹³

Umso problematischer erscheint es, wenn sich das Bundesverfassungsgericht die Interpretation des Primärrechts anmaßt und eine Vorlage zum EuGH mit einer *ultra vires* Warnung verbindet.⁹⁴ Ein solcher Gebrauch des Vorlageverfahrens ist kaum als verfassungspluralistisch zu bezeichnen.⁹⁵ Zwar hat der EuGH die OMT-Vorlage nicht als unzulässig verworfen⁹⁶ und sein Umgang mit nationalen Verfassungsge-

90 BVerfGE 125, 260 (308 f.). Danach verschiebt sich der Solange-Vorbehalt von der Prüfungs- zur Verwerfungskompetenz, vgl. *Matthias Bäcker*, Solange IIa oder Basta I?, EuR 2011, S. 103 (107 ff.); krit. *Christian Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen 2010, S. 346 ff.

91 Erst auf die Vorlagen des Irischen High Court und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs erklärte der EuGH die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie für unwirksam, vgl. EuGH, Rs. C-293/12 Digital Rights Ireland u.a., ECLI:EU:C:2014:238; dazu *Matthias Bäcker*, Das Vorratsdatenurteil des EuGH: Ein Meilenstein des europäischen Grundrechtsschutzes, JURA 2014, S. 1263.

92 In diese Richtung auch *Anne Peters*, Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz, AVR 48 (2010), S. 1 (20 f., 45 ff.). Auch BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 Europäischer Haftbefehl II, erlaubt diese Lesart, soweit dort erkennbar wird, dass im Falle eines Bezugs zur Menschenwürde die Einzelfallprüfung einer Grundrechtsverletzung durch das BVerfG erfolgen kann.

93 Siehe aber unten, 3.a).

94 BVerfGE 134, 366 zufolge dürfen der Deutsche Bundestag und die Bundesregierung „eine offensichtliche und strukturell bedeutsame Usurpation von Hoheitsrechten durch Organe der Europäischen Union nicht einfach geschehen“ lassen. Dem ist zu entgegen, dass die EZB unmittelbar vor dem EuGH verklagt werden kann, das Verfahren vor dem BVerfG also nur ein Notbehelf ist. Plastisch das Abschiedsintervotum von *Gertrude Lübbecke-Wolff*, wonach man sich „auf große Wüstenwanderungen, die zu keiner Quelle führen, gar nicht erst schicken lassen“ dürfe.

95 So auch die Einschätzung von *Héctor López Bofill*, What is not Constitutional Pluralism in the EU: National Constitutional Identity in the German Lisbon Judgment, in: Saiz Arnaiz/Alcobarro Llivina (Hrsg.), National Constitutional Identity and European Integration, Cambridge: Intersentia 2013, S. 221 (226 ff.); krit. auch die Beiträge in Federico Fabbrini (Hrsg.), Special Issue: The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law, Maastricht Journal of European and Comparative Law 23 (2016), S. 3 ff.

96 Der EuGH, Rs. C-62/14 Gauweiler u.a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 29, 46 ff., 93 ff. konnte im OMT-Programm keinen Verstoß gegen Art. 119, 123 Abs. 1 AEUV erkennen. Verfassungspluralistisch die Argumentation von GA *Pedro Cruz-Villalón*, Schlussanträge v. 14.1.2014, Rs. C-62/14 Gauweiler u.a., ECLI:EU:C:2015:7, Rn. 67 mit der Überwindung der Zulässigkeitsgrenzen über ein in das Loyalitätsprinzip des Art. 4 Abs. 3 EUV hineingelesenes Vertrauen in die (erwartete) Folgebereitschaft des BVerfG.

richten ist nicht immer frei von Kritik.⁹⁷ Das Bundesverfassungsgericht sollte aber verfassungsppluralistische Zurückhaltung üben und die verfassungsschonende Auslegung des EuGH akzeptieren.

2. Konzeptualisierung des Vorrangs

Dass der kooperative Verfassungsppluralismus den Vorrang des Unionsrechts als nicht-hierarchisch ausweist, löste nach eigenen Beobachtungen der Diskussion des Referats von Mayer vereinzelt Kopfschütteln aus. Bedeutet das, dass es den Vorrang nur in einer hierarchischen Konzeption geben kann?

Schon die Abkehr vom Geltungs- zugunsten eines Anwendungsvorrangs⁹⁸ deutet darauf hin, dass der Vorrang des Unionsrechts nicht als hierarchisch missverstanden werden darf.⁹⁹ Hierarchien mögen der Begründung eines letzten Wortes dienen, vermögen das Verhältnis unterschiedlicher Rechtsordnungen aber nicht zu beschreiben. So greift es zu kurz, in den grundlegenden Entscheidungen wie *Marbury v. Madison* (USA) oder *van Gend & Loos* (EU) nur die Inanspruchnahme eines Letztentscheidungsrechts für die eigene Rechtsordnung zu sehen. Beide Entscheidungen stehen vielmehr – in den USA im Sinne eines institutionellen Pluralismus, in der Union im Sinne eines konstitutionellen Pluralismus – für den Versuch, eine Praxis gegenseitiger Anerkennung unterschiedlicher Akteure zu etablieren.¹⁰⁰

In der Vorrangfrage erweist sich das Denken in Hierarchien als eine Verständnisbarriere.¹⁰¹ Mayer weist zu Recht auf die Unterscheidung hin, die das spanische Tribunal Constitucional mit der *supremacía* als der Vorherrschaft der nationalen Ver-

97 Für EuGH, Rs. C-399/11 Melloni, ECLI:EU:C:2013:107, auf die Vorlage des spanischen Tribunal Constitucional etwa *Leonard Besselink*, *The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni*, ELRev 39 (2014), S. 531 (541 ff.). Der zur Rechtfertigung herangezogene Vergleich mit dem Urteil in der Rechtssache *Jeremy F.* – vgl. EuGH, Rs. C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358 – auf die erste Vorlage des französischen Conseil Constitutionnel vermag entgegen *Koen Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, S. 3 (24) nicht restlos zu überzeugen. Das gilt aber auch für den Identitätsvorbehalt des BVerfG, soweit darüber dem EuGH die eigene Lesart des Unionsrechts aufgezwungen wird, vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 Europäischer Haftbefehl II, Rn. 79 ff.

98 Ausf. *Alina Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, Tübingen 2016.

99 So Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (42 f. mit Fn. 190). Zum Verständnis des auf Art. 4 Abs. 3 EUV gestützten Vorrangs als Bindungsanordnung und Derogationsnorm, der keiner Kollisionsnorm bedürfe oder selbst eine Kollisionsnorm im engeren Sinne darstelle: *Sauer*, Rechtstheorie 44 (2013), S. 503 (531 f.), für den die Rede vom Anwendungsvorrang bloße „Augenwischerei“ sei.

100 Instruktiv *Daniel Halberstam*, Constitutionalism and Pluralism in *Marbury* and *van Gend*, in: *Maduro/Azoulai* (Hrsg.), *The Past and the Future of EU Law: Revisiting the Classics of the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford: Hart 2008, S. 26; *ders.*, Systems Pluralism and Institutional Pluralism in Constitutional Law: National, Supranational and Global Governance, in: *Avbelj/Komárek* (Hrsg.), *Constitutional Pluralism* (Fn.), S. 85 (96 ff.).

101 Treffend *Sauer*, Rechtstheorie 44 (2013), S. 503 (519): „Entfällt die Hierarchie als Fix- und Orientierungspunkt, so ist dies nur dann ein größeres Problem, wenn man bereits im Vorliegen der Hierarchie die Kollisionslösung erblicken will.“ Das aber sei schon im Bundesstaat nicht der Fall, wie der schmale Anwendungsbereich des Art. 31 GG zeigt.

fassung und der *primacia* des unionsrechtlichen Vorrangs eingeführt hat.¹⁰² Die deutsche Diskussion erweckt den Eindruck, es sei klar, dass dem Vorrang des Unionsrechts der Nachrang der nationalen Verfassung korrespondiere. Eine solche Sichtweise verkennt das verfassungspluralistische Arrangement. Zwar ist zu begrüßen, dass der Vorrang des Unionsrechts im nationalen Verfassungsrecht grundsätzlich anerkannt ist. Mitunter hat es den Anschein, als schmälere dies den Ordnungsanspruch der Verfassung.¹⁰³ So zieht sich das Bundesverfassungsgericht aus einer Kontrolle deutscher Gesetze zurück, soweit diese der Umsetzung zwingender Vorgaben des Sekundärrechts dienen.¹⁰⁴ Der EuGH wiederum hat in seiner jüngeren Rechtsprechung mit der Formel des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts eine Grenze für die Anwendung nationaler Grundrechte in der Ausfüllung sekundärrechtlich belassener Spielräume formuliert.¹⁰⁵ Soweit dieser Vorrang als hierarchisch missverstanden wird, droht eine rechtsordnungsübergreifende Einheit angenommen zu werden, die es im Verhältnis von nationaler und unionaler Rechtsordnung nicht gibt.

Von einem absoluten Vorrang kann im Verfassungspluralismus keine Rede sein. Auch die Unionsrechtsordnung ist nur eine Teilrechtsordnung, die weniger auf den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten „aufbaut“ als vielmehr in diese „eingebettet“ ist. Die Folge sind inkommensurable Vorrangspostulate, deren Konkurrenz im Begründungsweg auszuhalten ist.¹⁰⁶ Soll der Pluralismus nicht im Dualismus aufgehen, muss er deshalb Mechanismen aufzeigen, wie mit Konflikten in der Vorrangfrage ohne Verweis auf die Machtfrage¹⁰⁷ umzugehen ist. Ein Beispiel ist die keines-

102 Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (43) mit dem Verweis auf Tribunal Constitucional, Urt. v. 13.12.2004, DTC 1/2004, EuR 2005, S. 343. Der Vorrang des Unionsrechts sei danach eine „schlichte, weil lediglich funktionssichernde Vorfahrtsregel“.

103 Der Ordnungsanspruch der Verfassung wird insoweit als total betrachtet, als er jede Form von politischer Herrschaft adressiert, vgl. *Volkman*, Verfassungslehre (Fn.), S. 64 f. Unter dem Verfassungspluralismus ist die Totalität, nicht aber der Ordnungsanspruch der nationalen Verfassung aufzugeben, richtig *Unger*, DVBl 2015, S. 1069 (1070 ff.).

104 BVerfGE 102, 147 (164) Bananenmarkt; 118, 79 (95 ff.) Emissionshandel. Anders mit der Behauptung, das Unionsrecht fordere dasselbe wie das Grundgesetz, der bereits als „Solange III“ apostrophierte Beschluss des BVerfG v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 Rn. 84 ff. für Überstellungshindernisse beim Europäischen Haftbefehl.

105 EuGH, Rs. C-617/10 Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 29; Rs. C-399/11 Melloni, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 60; Rs. C-112/13 „A“, ECLI:EU:C:2014:2195, Rn. 44.

106 *Wendel*, Permeabilität (Fn.), S. 17 ff. bezieht sich auf „inkommensurable Autonomiestatute“ der Rechtsordnungen. Die These kommt aber auch für den Vorrang und seine unstrittene Begründung zum Tragen.

107 Aus der rechtlichen Unentschiedenheit folgt nicht zwingend, dass es sich um eine politische Machtfrage handelt. BVerfGE 134, 366 (386 f.) relativiert den Eindruck einer Parallelisierung von unions- und verfassungsrechtlichem Identitätsschutz. Weil Art. 79 Abs. 3 GG eine „absolute Grenze“ für die Anwendbarkeit des Unionsrechts im Geltungsbereich des Grundgesetzes markiere, seien die dort zugrundegelegten Prinzipien einer Abwägung nicht zugänglich. Darin unterscheide sich die eigene Identitätskontrolle von der Überprüfung des Art. 4 Abs. 2 EUV durch den EuGH. Dieser akzeptiert jedoch sehr wohl abwägungsfeste Bestandteile nationaler Verfassungsidentität, vgl. für die Menschenwürde EuGH, Rs. C-36/02 Omega, Slg 2004, I-9609; *Franzius* (Fn.), Art. 4 EUV Rn. 59 f.

wegs von allen geteilte Annahme einer *internen* Relativierung des Vorranganspruchs des Unionsrechts durch die in Art. 4 Abs. 2 EUV vorgegebene Achtung nationaler Verfassungsidentität, die freilich keine unilaterale Durchbrechung erlaubt, sondern im Vorlageverfahren hinreichend offen zu artikulieren ist.¹⁰⁸

3. Verfassungsvergleichung

Schließlich öffnet der Verfassungsppluralismus die europäische Ordnung aus nationaler und unionaler Rechtsordnung der Verfassungsvergleichung, die sich erst darüber vom ptolemäischen Weltbild¹⁰⁹ befreien dürfte. Die Pluralität von normativen Ordnungen erlaubt mehr Wettbewerb untereinander und eröffnet Lernmöglichkeiten, die angesichts der Pfadabhängigkeiten der Rechtsordnungen¹¹⁰ freilich nicht überschätzt werden sollten. Auf der anderen Seite ist der Gewinn des Vergleichs zur Seite, also im horizontalen Blick auf andere Ordnungen der Mitgliedstaaten nicht zu unterschätzen.¹¹¹ Auch was mit Blick auf die Unionsrechtsordnung häufig nur implizit geschieht, müsste explizit gemacht werden. Das würde es zum Beispiel erleichtern, den Einfluss der Unionsgrundrechte auf die Auslegung der nationalen Grundrechte in der Praxis der Gerichte besser nachvollziehen zu können.

II. Zwischenebene: Prinzipien konstitutioneller Pluralität

Aber es bleibt dabei: Unmittelbar aus der Kennzeichnung des Verhältnisses von nationaler und unionaler Rechtsordnung als „verfassungsppluralistisch“ lassen sich kaum Aussagen für konkrete Entscheidungen formulieren. War und ist das aber mit der Qualifizierung der Union als Staatenverbund anders? Folgt aus der Bezeichnung der Union als Staaten- oder Verfassungsverbund überhaupt irgendetwas?

Konzeptualisierungen auf dieser vergleichsweise abstrakten Ebene erfordern das Einziehen einer Zwischenebene besonderer Verfassungsprinzipien, um Entscheidungen in konkreten Konfliktfällen anleiten zu können. Was für die nationalen Verfassungsordnungen selbstverständlich ist, gilt auch hier: Der Verfassungsppluralismus drängt auf die Herausarbeitung von Prinzipien konstitutioneller Pluralität.¹¹² Nimmt man

108 Ausf. Wendel, Permeabilität (Fn.), S. 572 ff.

109 Christoph Schönberger, Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, VRÜ 43 (2010), S. 6 (7 ff.).

110 Rainer Wahl, Entwicklungspfade im Recht, JZ 2013, S. 369; ders., Das Recht der Integrationsgemeinschaft Europäische Union, in: FS Kloepfer, Berlin 2013, S. 233. Zur Pfadabhängigkeit des Konstitutionalisierungsleitbildes Bruce Ackerman, Three Paths to Constitutionalism, British Journal of Political Science 45 (2015), S. 705.

111 Für die Identitätskontrolle BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 Europäischer Haftbefehl II, Rn. 47.

112 So bereits Franzius, Recht und Politik (Fn.), S. 250 ff. Eckpunkte einer europäischen Prinzipienlehre: Armin v. Bogdandy, Grundprinzipien, in: ders./Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin 2009, S. 13. Anderen Lehrbüchern zum europäischen Verfassungsrecht fehlt zumeist ein vergleichbares Kapitel, statt vieler Robert Schütze, European Constitutional Law, 2. Aufl., Cambridge University Press 2015.

diese Blickrichtung ein, lassen sich aus den nationalen Verfassungsordnungen bekannte Prinzipien (a) aber auch neue Prinzipien (b) benennen.

1. Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität

Zu den bekannten Prinzipien gehören die Verhältnismäßigkeit und die Subsidiarität. Vorliegend geht es nicht um den Stellenwert dieser Prinzipien in der einzelnen Rechtsordnung, sondern um ihre Bedeutung für das verfassungspluralistische Verhältnis von nationaler und unionaler Rechtsordnung. Soweit von einer übergreifenden Ordnung gesprochen wird, muss gesehen werden, dass sich diese weder allein aus der einen noch der anderen speist, geschweige denn ableiten oder gründen lässt.

Auch ist zu sehen, dass sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Unionsrechtsordnung vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der deutschen Rechtsordnung nicht nur in Detailfragen unterscheidet.¹¹³ Statt hier ein zu behebendes Defizit zu vermuten, sollte darüber nachgedacht werden, worin der Vorteil einer auf die Angemessenheit verzichtenden Verhältnismäßigkeitsprüfung liegen könnte. Jedenfalls erhält die Abwägungskritik¹¹⁴ aus dem Unionsrecht und der Praxis des EuGH nicht unwesentliche Unterstützung, ohne dass in der lediglich zweistufigen Prüfung eine überzeugende Alternative gesehen werden könnte.¹¹⁵

Wenn es richtig ist, dass es „letzte Worte“ in einer Rechtsordnung nicht geben kann, dann könnten an die Stelle eines materiellen Kompetenzkerns, der dem Bundesverfassungsgericht zufolge vor dem Leerlaufen der Souveränität schützen soll, die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität treten.¹¹⁶ Doch selbst dann, wenn man die im Lissabon-Urteil hervorgehobenen „politischen Primärräume souveräner Staatlichkeit“ als Subsidiaritätsgrundsätze¹¹⁷ versteht, bleibt zu bedenken, dass sie mit deren Festlegung in den Rang nationalen Überverfassungsrechts der politischen Auseinandersetzung im Alltag entzogen sind. Mag sich der Verhältnismäßigkeits-

113 Vgl. Rainer Wahl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ausgangslage und Gegenwartsproblematik, in: FS Würtenberger, Berlin 2013, S. 823; Johannes Sauer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51 (2012), S. 3. Zu den Grenzen Oliver Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt/ders. (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Tübingen 2015, S. 3 (25 ff.).

114 Statt vieler Pieroth/Schlunk/Kingreen/Poscher, Staatsrecht II. Grundrechte, 31. Aufl., Heidelberg 2015, § 6 Rn. 311.

115 Volkmann, Verfassungslehre (Fn.), S. 240.

116 So Andreas Paulus, From dualism to pluralism: the relationship between international law, European law and domestic law, in: Bekker/Dolzer/Waibel (Hrsg.), Making Transnational Law Work in the Global Economy, Cambridge University Press 2010, S. 132 (146 ff.).

117 So Andreas Voßkuhle, Menschenrechte im europäischen Verfassungsgerichtsverbund, in: Kellerhals (Hrsg.), Europe at the Crossroads, Zürich: Schulthess 2012, S. 11 (28); Gabriele Britz, Vom kulturellen Vorbehalt zum Kulturvorbehalt in der bundesverfassungsgerichtlichen Demokratietheorie des Lissabon-Urteils?, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), Grundgesetz und europäische Integration, EuR-Beih. 1 (2010), S. 151 (163).

grundsatz als – nicht zuletzt auch völkerrechtliche Verpflichtungen verarbeitendes¹¹⁸ – Prinzip zur Ausformung des verfassungspluralistischen Paradigmas anbieten, so gilt das für das Subsidiaritätsprinzip nur eingeschränkt.

Subsidiarität, so heißt es, lege eine Kultur des Dialogs nahe, die auf Anerkennung, Koordination, wechselseitige Kompatibilität und größtmögliche Autonomie gerichtet ist.¹¹⁹ Im Unionsrecht handelt es sich um eine Kompetenzausübungsregel, die sich nur begrenzt zur Konfliktverarbeitung eignet. Es ist, wie sich an der Subsidiaritätsrüge nationaler Parlamente gegenüber Rechtsetzungsvorhaben der Kommission zeigt, ein politisches Instrument, dessen Justiziabilität begrenzt ist. Aber auch im nationalen Verfassungsrecht ist die Konfliktverarbeitungsfunktion des Subsidiaritätsprinzips eher gering. Demokratietheoretische Aufladungen mit dem Hinweis auf den Wert von Nähe¹²⁰ drohen die Offenheit demokratischer Verfahren zu verspielen. Eine Regel oder auch nur ein Prinzip, wonach Entscheidungen nach Möglichkeit auf nationaler Ebene zu treffen sind, mag der katholischen Soziallehre zu entnehmen sein, ist verfassungsrechtlich aber nur schwer zu begründen. Ohne nähere Qualifizierung ist ein normativer Mehrwert des Subsidiaritätsprinzips für die Gerichte nicht zu erkennen.¹²¹

2. Permeabilität und Responsivität

Als neue Prinzipien konstitutioneller Pluralität schälen sich die Permeabilität und Responsivität der Rechtsordnungen heraus. Mayer stellt die Permeabilität der Verfassung in den Kontext der Kompetenzen, die sich nicht als dingliche Übertragung von Hoheitsgewalt verstehen lassen. Die Entstehung von Hoheitsgewalt auf Unionsebene sei vielmehr Ausdruck der Öffnung nationaler Verfassungsordnungen. Art. 23 GG öffne die mitgliedstaatliche Rechtsordnung für das europäische Recht und mache die Verfassung permeabel. Es handelt sich um ein ebenenneutrales Prinzip, das in beide Richtungen wirkt, aber stets in der betreffenden Rechtsordnung selbst verankert sein muss.¹²² Gerade in der Permeabilität des Primärrechts, das ein Einfließen nationalen Verfassungsrechts erlaubt, gewinnt der Verfassungspluralismus seine Konturen.

Trotz seiner Kritik am defensiven Modus der nationalen Verfassungsidentität, der mit dem Risiko einer Musealisierung von Verfassungsbeständen einhergehe, sieht

118 Vgl. BVerfGE 128, 326 (372) Sicherungsverwahrung II; dazu *Christoph Grabenwarter*, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 2012, S. 507 (511, 513).

119 *Stefan Kadelbach/Klaus Günther*, Recht ohne Staat?, in: dies. (Hrsg.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt am Main 2011, S. 9 (37).

120 Vgl. *Pierre Rosanvallon*, *Demokratische Legitimität*, Hamburg 2010, S. 209 ff.

121 So auch *Christoph Möllers*, *Demokratische Ebenengliederung*, in: FS Wahl, Berlin 2011, S. 759 (772 f.).

122 Grundlegend *Wendel*, *Permeabilität* (Fn.), S. 14 ff.

Mayer in der Achtung der nationalen Verfassungsidentität nach Art. 4 Abs. 2 EUV einen wichtigen Baustein der verfassungspluralistischen Perspektive.¹²³ Ob die Verortung unter dem Stichwort „Responsivität“ überzeugt, erscheint zwar angreifbar, ist der Gedanke der Responsivität bislang doch eher für die Verarbeitung völkerrechtlicher Pflichten im transnationalen Raum entwickelt worden.¹²⁴ Erneut zeigt sich an dieser Stelle aber die Zurückstellung materieller Grenzen zugunsten einer prozeduralen Perspektive: Mayer versteht unter Responsivität weniger die Entfaltung von Berücksichtigungspflichten im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verarbeitung völkerrechtlicher Pflichten, sondern die Kooperation und wechselseitige Zurückhaltung in der Konkretisierung dessen, was die nationale Verfassungsidentität im konkreten Einzelfall bedeutet. Verfassungsgerichte dürfen sich nur dann auf den Schutz der nationalen Verfassungsidentität gegenüber dem Unionsrecht berufen, wenn der Gerichtshof im Vorlageverfahren befasst wird.¹²⁵

Allerdings reicht die Idee des responsiven Pluralismus¹²⁶ weiter. Sie beschreibt die wechselseitige Verknüpfung verschiedener Rechtsordnungen und Regelungsarrangements, zwischen denen ein Spannungsverhältnis von Independenz und Interdependenz besteht. Die Mechanismen des Vorrangs und der Solange-Vorbehalte sind ebenso wie die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen keine Spezifika der einen Rechtsordnung, sondern als Bausteine eines Prinzips der Responsivität verallgemeinerungsfähig. Das gilt auch für das traditionell als supranational gedachte Europarecht, das insbesondere für die Sicherung eines hinreichenden Grundrechtsschutzes auf die Ergänzung durch die staatliche Rechtsordnung angewiesen bleibt und deshalb gut beraten ist, einer Zentralisierung des Grundrechtsschutzes vorzubeugen.¹²⁷

3. Loyalitätspflichten

Ein scheinbar erschöpftes, aber weiterhin zentrales Prinzip des Verfassungspluralismus ist die wechselseitige Loyalitätsverpflichtung.¹²⁸ Nicht nur, weil Art. 4 Abs. 3 EUV die unionsverfassungsrechtliche Grundlage für den Vorrang darstellt, sondern auch als Reservoir für die Herausbildung von Pflichten gegenseitiger Rücksichtnah-

123 Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (43 ff.); näher Franzius (Fn.), Art. 4 EUV Rn. 6, 9 ff., 42 ff.; zurückhaltender Thomas Wischmeyer, Nationale Identität und Verfassungsidentität, AöR 140 (2015), S. 415 (417 mit Fn. 5), wonach es ein „Label“ sei.

124 Vgl. Lars Viellechner, Responsiver Rechtspluralismus, Der Staat 51 (2012), S. 559.

125 Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (48).

126 Ein solcher Pluralismus mag an die Stelle einer Harmonisierung der Normenvielfalt im Sinne des konstitutionellen Ideals der Einheit und Konsistenz treten. Wird der Pluralismus jedoch als Alternative zur konstitutionellen Struktur verstanden, bliebe unklar, wie dann noch eine rechtliche Hegung von Macht- und Herrschaftspositionen möglich sein soll.

127 Zur Transnationalisierung des Europarechts Claudio Franzius, in: Callies (Hrsg.), Transnationales Recht, Tübingen 2014, S. 403.

128 Bemerkenswert der Verzicht auf die Darstellung des Loyalitätsprinzips bei v. Bogdandy, Grundprinzipien (Fn.) gegenüber der Erstauflage.

me fungiert. Mag die Loyalitätsverpflichtung in der Vergangenheit mitunter einseitig zu Lasten der Mitgliedstaaten ausgefallen sein, so bestehen nach dem Vertrag von Lissabon entsprechende Verpflichtungen doch auch gegenüber der Union.¹²⁹ Vielfach wird die Statuierung „weicher“ Loyalitätspflichten, zu denen aber auch das „harte“ Effektivitätsprinzip gehört, kritisiert. In der Tat fragt sich, ob es in einer normativ stärker auf demokratische Herleitungen ausgerichteten Union der Rechtsprechung überlassen sein kann, diese primärrechtliche Verpflichtung zu konkretisieren. Weil die unionsrechtliche Demokratie aber nicht gegen die mitgliedstaatlichen Demokratien ausgespielt werden kann, streitet eine verfassungsppluralistische Interpretation der Rechtsordnungen für den Erhalt des wechselseitigen Loyalitätsprinzips.

III. Entscheidungsebene

Betrachtet man die Entscheidungsebene, so lassen sich aus den Prinzipien nicht bloß konkrete Pflichten herleiten, sondern auch konzeptionell weiterführende Aussagen treffen: Neben der Entfaltung von Berücksichtigungspflichten (a) geht es um die verfassungsppluralistische Grundlegung verbundener Grundrechtsräume (b) und den Umgang mit „Großbegriffen“ der Souveränität, Identität und Autonomie (c).

1. Berücksichtigungspflichten

Im Verhältnis zur EMRK spricht das Bundesverfassungsgericht von einer Berücksichtigungspflicht staatlicher Organe. Aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folge die verfassungsrechtliche Pflicht staatlicher Behörden und Gerichte, die EMRK in der Auslegung durch den EGMR bei den Entscheidungen zu berücksichtigen.¹³⁰ Dabei handelt es sich um eine Kollisionsregel, die als Mechanismus der Handhabung von Rechtsordnungskonkurrenzen einen „Mittelweg jenseits der Extreme von weltstaatlicher Universalität, staatlicher Souveränität und radikalem Pluralismus“ darstellt.¹³¹ Ihr komplementäres Pendant erhält die Berücksichtigungspflicht auf völkerrechtlicher Ebene mit der *margin of appreciation* in der Anerkennung von Beurteilungsspielräumen der Mitgliedstaaten bei der Einschränkung von Konventionsrechten. Hier bietet es sich an, einen Korridor vertretbarer, gleichermaßen konventionskonformer Auflösungen grundrechtlicher Spannungslagen anzuerkennen.¹³²

129 Franzius (Fn.), Art. 4 EUV Rn. 164 ff.

130 BVerfGE 111, 307 (324) Görgülü; 128, 326 (370 f.) Sicherungsverwahrung II. Vergleich: Alexander Proelß, Die verfassungsrechtliche Berücksichtigungspflicht im Lichte des „respectful consideration“ Erfordernisses des U.S. Supreme Courts, in: Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Berlin 2010, S. 179.

131 So Lars Viellechner, Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, Berlin 2012, S. 109 (156).

132 Überzeugend Gertrude Lübke-Wolff, Der Grundrechtsschutz nach der EMRK bei kollidierenden Individualrechten – Plädoyer für eine Korridorlösung, in: FS Murswiek, Berlin 2010, S. 193 (202 f.); zust. Franz Mayer, in: Karpenstein/ders. (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl., München 2015, Einl. Rn. 107 ff.

Es ist richtig, dass das Grundgesetz auf eine differenzierende Betrachtung von Unions- und Völkerrecht drängt. Die aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes entwickelten Maßstäbe lassen sich nicht einfach auf den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit¹³³ übertragen. Wie schon an der Redeweise vom „letzten Wort“ des Grundgesetzes deutlich wird, muss das, was für das Völkerrecht entwickelt wurde, zur Einpassung des Unionsrechts nicht richtig sein.¹³⁴ Aber der vom Bundesverfassungsgericht praktizierte Doppelstandard ist zu hinterfragen.¹³⁵ Geht das Gericht mit der Berücksichtigungspflicht auf das Völkerrecht zu, so bleibt es gegenüber dem Unionsrecht auf Distanz, obwohl dieses mit einem weitergehenden normativen Biss gegenüber nationalem Verfassungsrecht ausgestattet ist. Maßstab der verfassungsgerichtlichen Kontrolle sind allein die Grundrechte des Grundgesetzes, die von den Unionsgrundrechten abgegrenzt werden. Die Trennung der Ebenen erlaubt es dem Gericht, sich aus der grundrechtlichen Überprüfung zwingender Vorgaben vollständig zurückzuziehen, in der Spielraumkontrolle aber das Zepter in der Hand zu behalten.¹³⁶

Würde man im Verhältnis zum Unionsrecht eine Berücksichtigungspflicht anerkennen, könnten nicht nur Verfassungsbeschwerden in unionsrechtlich determinierten Bereichen für zulässig erklärt werden. Es ließe sich auch die Einsicht verarbeiten, dass es in der Spielraumkonstellation um ein Zusammenlesen der nationalen Grundrechte mit den Unionsgrundrechten geht. Die Charta-Rechte würden nicht Prüfungsmaßstab neben den nationalen Grundrechten, wie es in der Rechtsprechung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs¹³⁷ angelegt ist, sondern wären mittelbar zu berücksichtigen, was eine Annäherung der Grundrechtsmaßstäbe befördern könn-

133 Zum Verfassungsprinzip der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes BVerfGE 126, 286 (303) Honeywell; erläuternd *Karen Kaiser/Isabel Schübel-Pfister*, Der ungeschriebene Verfassungsgrundsatz der Europarechtsfreundlichkeit: Trick or Treat?, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 2, Berlin 2011, S. 545; siehe auch *Daniel Knop*, *Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze*, Tübingen 2013.

134 So aber das BVerfG im Lissabon-Urteil, vgl. BVerfGE 123, 267 (347, 400 f.). Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit enthält keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung aller völkerrechtlichen Verträge. Dies widerspräche den differenzierten Regelungen des Grundgesetzes über den innerstaatlichen Rang völkerrechtlicher Normen, aus denen der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit abgeleitet wird, vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvL 1/12 Rn. 69. Ein Gesetz gegenüber Völkerrecht als lex posterior für vorrangig zu erklären, wird der Auflösung des Spannungsverhältnisses von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip freilich nicht gerecht, vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 1/12 Sondervotum *König*, Rn. 5 ff. Jedenfalls kann sich der Gesetzgeber nicht über das anders gelagerte und demokratisch legitimierte Unionsrecht hinwegsetzen ohne gegen den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit zu verstoßen.

135 Instruktiv *Jörn Griebel*, Doppelstandards des Bundesverfassungsgerichts beim Schutz europäischer Grundrechte, *Der Staat* 52 (2013), S. 371.

136 Vgl. *Gabriele Britz*, Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den EuGH, *EuGRZ* 2015, S. 275 (276 ff.).

137 VerfGH, Urt. v. 14.3.2012, U 466/11 Rn. 35 ff.; *Matthias Bäcker*, Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, *EuR* 2015, S. 389 (404 ff.).

te.¹³⁸ Freilich sollte auch dieser Weg gut überdacht sein. Zum einen setzt er zur Vermeidung der unerwünschten Unitarisierungseffekte voraus, dass Spielräume des Sekundärrechts im Lichte der primärrechtlichen Vielfaltssicherungen vom EuGH akzeptiert werden.¹³⁹ Zum anderen erfordert es eine tatsächliche Vorlagebereitschaft des Bundesverfassungsgerichts, weil ihm keine Verwerfungskompetenz über Unionsrecht zukommt.¹⁴⁰

2. Trennung oder Verbindung der Grundrechtsräume?

In einer Verfassungsordnung, die wie das Grundgesetz die Grundrechtsprägung zur nationalen Verfassungsidentität erklärt, muss der Verfassungspluralismus eine Antwort auf die Frage liefern, in welchem Verhältnis die Grundrechtsgewährleistungen der nationalen und unionalen Rechtsordnung zueinander stehen. Dies umso mehr, als weder die nationalen Grundrechte noch die Unionsgrundrechte eine Maximalgeltung beanspruchen können. Ob aber die vom Bundesverfassungsgericht verteidigte Vorstellung getrennter Grundrechtsräume¹⁴¹ als verfassungspluralistisch bezeichnet werden kann, erscheint zweifelhaft. Mayer hält es für möglich, nationale Grundrechtsgelände als Teil der durch Art. 4 Abs. 2 EUV geschützten Verfassungsidentität zu identifizieren und für vorrangfest zu erklären, will aber auf eine rigide Trennung der Grundrechtssphären verzichten.¹⁴²

In der Tat vermag die Trennungsthese nicht zu überzeugen. Eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte nur dort anzunehmen, wo dies zur Sicherung

138 Daniel Thym, Vereinigt die Grundrechte!, JZ 2015, S. 53 (57 f.); Claudio Franzius, Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa, EuGRZ 2015, S. 139 (151 f.).

139 Krit. Voßkuhle, JZ 2016, S. 161 (163 f.). Vor allem EuGH, Rs. C-399/11 Melloni, ECLI:EU:C:2013:107 erweist sich als problematisch. Hier wurde ein Verstoß des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl gegen Unionsgrundrechte mit wenigen Sätzen verneint, der Regelung aber ein Vorrang zugesprochen, wodurch die Anwendung strengerer Grundrechtsmaßstäbe der spanischen Verfassung, die vom Tribunal Constitucional immerhin zur Menschenwürde gezählt werden, ausgeschlossen wurde. Während das Schlussurteil des spanischen Verfassungsgerichts v. 13.2.2014, HRLJ 34 (2014), S. 475 aus verfassungspluralistischer Sicht zu begrüßen ist, wird es aus der dualistischen Trennungsperspektive kritisiert, vgl. Karsten Herzmann, Das spanische Verfassungsgericht und der Fall Melloni, EuGRZ 2015, S. 445 (451 ff.).

140 Das Gericht entgeht der Vorlagepflicht, indem es Unionsrecht im Lichte des Grundgesetzes auslegt und eine materielle Kongruenz der Schutzgewährleistungen annimmt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 Europäischer Haftbefehl II, Rn. 84 ff. Anders als BVerfGE 125, 260 (308 f.) Vorratsdatenspeicherung, wo eine Prüfungskompetenz für unionsrechtlich determiniertes nationales Recht in Anspruch genommen wurde, kommt es hier zur Inanspruchnahme einer verbindlichen und abschließend verstandenen Auslegungskompetenz für Unionsrecht. Für den Fall, dass Sekundärrecht hinter den Standards der nationalen Verfassung zurückbleibt, gebiete die Verfassungsidentität einen Vorrang der Grundrechte des Grundgesetzes. Das macht es schwer, in der rechtsordnungsübergreifenden Verabsolutierung des Art. 1 Abs. 1 GG eine Bereitschaft zum Dialog zu sehen. Anders, aber wenig überzeugend: Mattias Hong, Human Dignity and Constitutional Identity: The Solange-III-Decision of the German Constitutional Court, VerBlog 2016/2/18, <http://verfassungsblog.de/human-dignity-and-constitutional-identity-the-solange-iii-decision-of-the-german-constitutional-court>.

141 Aus dem BVerfG Britz, EuGRZ 2015, S. 275 (276); Johannes Masing, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, S. 477 (480 ff.).

142 Mayer, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (45 mit Fn. 207).

der einheitlichen und effektiven Umsetzung des Unionsrechts erforderlich ist, mag dem genetischen Code der Unionsgrundrechte entsprechen, die verhindern sollen, dass die Einheit des Unionsrechts durch die Anwendung nationaler Grundrechtsmaßstäbe gefährdet wird.¹⁴³ Der EuGH geht jedoch von verbundenen Grundrechtsräumen aus. Danach können die nationalen Grundrechte neben den Unionsgrundrechten zur Anwendung kommen und einen höheren Schutzstandard vorschreiben, soweit der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts gewahrt bleibt. In der verfassungspluralistischen Lesart hängt die Überzeugungskraft der Verbindungsthese davon ab, in welcher Schärfe dieser Vorbehalt zu Lasten der nationalen Grundrechtsmaßstäbe konkretisiert wird. Nur wenn das Unionsrecht zwingende Vorgaben macht oder bestimmte Verpflichtungen der Mitgliedstaaten schafft, hat der nationale Grundrechtsschutz im Ergebnis zurückzutreten.¹⁴⁴ Damit hat es der Unionsgesetzgeber selbst in der Hand, mit der Regelungsdichte des Sekundärrechts die Anwendungsbereiche der Grundrechte abzustecken und miteinander zu verzahnen!

Mag die Kritik auch weniger an den EuGH, sondern an die Regierungen im Rat zu adressieren sein, bleibt dem Gerichtshof aufgegeben, sich zu fragen, ob die Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte unter einen rigiden Vorrangvorbehalt gestellt werden kann.¹⁴⁵ Demgegenüber wird das Bundesverfassungsgericht durch den Verfassungspluralismus vor die Frage gestellt, ob eine Abschirmung der deutschen Grundrechte gegenüber den Unionsgrundrechten auf Dauer trägt.¹⁴⁶

143 Thorsten Kingreen, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, S. 801 (806 ff.).

144 So auch die Kammer-Rechtsprechung des EuGH, Rs. C-144/95 Maurin, Slg 1996, I-2909 Rn. 11 f.; Rs. C-206/13 Siragusa, ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 26 f.; Rs. C-198/13 Hernández, ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 35. Darin eine Nähe zur Rechtsprechung des BVerfG erkennend Britz, EuGRZ 2015, S. 275 (278).

145 So bereits EuGH, Rs. 11/70 Internationale Handelsgesellschaft, Slg 1970, 1125. Zum dagegen gerichteten Identitätsvorbehalt BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 Europäischer Haftbefehl II, Rn. 36 ff., wonach sich der Grundrechtsschutz durch das BVerfG im Einzelfall auch auf unionsrechtlich determinierte Hoheitsakte erstreckt, wenn dies zur Wahrung der durch Art. 79 Abs. 3 GG verbürgten Verfassungsidentität unabdingbar geboten ist. Das Gericht leitet daraus eine Auslegungsbefugnis für das Unionsrecht her, was dort, wo keine unilaterale Verwerfungskompetenz in Anspruch genommen wird, kaum in Abrede zu stellen ist, im behaupteten Gleichklang mit der im Unionsrecht keineswegs deckungsgleichen Menschenwürde aber Rückfragen provoziert.

146 Näher Claudio Franzius, Grundrechtsschutz in Europa, ZaöRV 75 (2015), S. 383 (385 ff.).

3. Souveränität, Identität, Autonomie

Wie ist mit dem Souveränitäts- und diesen partiell ersetzenden¹⁴⁷ Identitätsbegriff umzugehen? Verbreitet ist eine demokratische Lesart dieser Großbegriffe.¹⁴⁸ Sie drohen dann aber in eine Richtung verstanden zu werden, die europäische „Zumutungen“ abzuwehren sucht.¹⁴⁹ Ob Demokratie heute noch so introvertiert verstanden werden kann, ist trotz aller für demokratische Ordnungen konstitutiven Grenzen¹⁵⁰ zweifelhaft geworden.

Damit ist nicht gesagt, dass der Verfassungsppluralismus das demokratische Problem pluraler Normgebilde löst. Im Gegenteil: Er drängt auf seine Beantwortung, macht aber darauf aufmerksam, dass es keinen normativen Grund gibt, an einem Vorrang der nationalstaatlichen Ebene festzuhalten. Geht es nationalen Identitätsvorbehalten um die Sicherung von demokratischer Autonomie, dann ist das nicht mit Autismus gleichzusetzen und kann nicht in defensiven, sondern nur in proaktiven, die europäische Ebene nutzenden Praktiken auf Dauer erfolgversprechend sein. Insoweit dient der Autonomieschutz durch eine verfassungsppluralistische Deutung des Zusammenspiels der Rechtsordnungen der Stabilisierung des zerbrechlichen Integrationsprojekts, dessen Fortsetzung ohne die von Art. 4 Abs. 3 EUV verlangte wechselseitige Rücksichtnahme im Sinne einer Selbstbescheidung der eigenen Ansprüche¹⁵¹ gefährdet ist. Man mag für Europa dann politisch weder ein „weniger“ noch ein „mehr“ an Intergration propagieren.¹⁵² Der Weg, den wir im Europa der Krisen einzuschlagen haben, wird zum Erhalt selbstverantworteter Autonomieansprüche

147 *Armin v. Bogdandy*, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), S. 156 (164, 184, 186). Zur verbleibenden Relevanz der Souveränitätsfrage *Grimm*, in: ders., *Europa* (Fn.), S. 49 ff.

148 Zur demokratischen Lesart des Souveränitätsvorbehalts *Britz*, Kulturvorbehalt (Fn.), S. 167 f. Auch bei der Verfassungsidentität geht es letztlich um Demokratie bzw. deren Gestaltungsgrenzen in der Hand von Verfassungsgerichten, wobei die Rechtsprechung zu Art. 79 Abs. 3 GG einen deutschen Sonderweg markiert, vgl. *Mayer*, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (47 mit Fn. 212).

149 Siehe aber *Volkman*, Verfassungslehre (Fn.), S. 119 ff., 161 ff., 211 ff., 276 ff., 323 ff., der selbst aus einer eher introvertierten Sicht in der Europäisierung keine bedenkliche Entwicklung der nationalen Verfassung vor dem Hintergrund ihrer normativen Praxis erkennen kann.

150 Vgl. *Isabelle Ley*, Verfassung ohne Grenzen?, in: Pernice u.a. (Hrsg.), *Europa jenseits seiner Grenzen*, Baden-Baden 2009, S. 91. Zum Problem Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), *Grenzen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2013.

151 Ähnlich *Mayer*, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (56) mit Hinweis auf *Albert Hirschman*, *A Propensity to Self-Subversion*, Harvard University Press 1995, S. 85 ff.

152 Der von *Thym*, EuR 2015, 671 (700) beklagte Verlust eines „autonomen“ EU-Expertendiskurses muss kein Nachteil sein. Wer die Transnationalisierung des Rechts (und seiner Diskurse) verfassungsppluralistisch deutet, wird jede Autonomie weder voraussetzen noch fordern können. Gewiss benötigt das „Europarecht“ eine eigene Sicht und darf nicht einfach kopieren, was anderswo vorgefunden wird. Es tut aber gut daran, seine radikale Emanzipation vom internationalen und nationalen Recht zugunsten von Spiegelungseffekten zu hinterfragen.

nur als verfassungspluralistischer Weg zu entfalten sein.¹⁵³ Einen Anfang hat das Referat von *Mayer* gemacht.

E. Ausblick

Die Vielfalt verfassungspluralistischer Ansätze erschwert eine Kleinarbeitung, um Gerichten die erwünschte Orientierung geben zu können. Umso wichtiger wird es, die Zwischenebene der Prinzipien konstitutioneller Pluralität in den Blick zu nehmen. Dafür ist das Prinzipiendenken des deutschen Verfassungsrechts nicht einfach zu übernehmen. So wenig es im Verfassungspluralismus eine Meta-Autorität gibt, so wenig Sinn macht es, nach juristischen Meta-Prinzipien zu suchen, die sich wie die *Rule of Law* als abstraktes Bekenntnis zur rechtlichen Durchdringung der Kontakte zwischen den Rechtsordnungen eignen, aber nur wenig zur konkreten Konfliktbewältigung beitragen können. Zu bedenken ist, dass auch dort, wo sich gemeinsame Prinzipien finden lassen, diese nicht unabhängig von der Rechtsordnung, in der sie zur Anwendung gelangen, dasselbe bedeuten müssen.¹⁵⁴ Mit dieser Unschärfe, die sich namentlich in der Flüchtlingskrise nicht nur kritisieren, sondern auch produktiv im Sinne einer Beweglichkeit nutzen lässt, hat die Suche nach konkreten Entscheidungsmaßstäben im Verfassungspluralismus zu leben.¹⁵⁵ Zur Einheits- und Systembildung lassen sich die Prinzipien konstitutioneller Pluralität nicht nutzen, wohl aber zur praktischen Handhabung von Verfahren, in denen die Rechtsordnungen miteinander in Kontakt treten sollen. Dafür ist der Verfassungspluralismus ein weiterführendes Konzept, das von den Gerichten eine Offenheit in der Reflexion des „Anderen“ verlangt.¹⁵⁶

153 *Mayer*, VVDStRL 75 (2016), S. 7 (51 ff.) will den Souveränitätsbegriff durch das Konzept der Autonomie ersetzen: Entscheidend komme es auf Mechanismen an, die diese Autonomie schützen, aber auch darauf, dass „selbstbestimmungsrelevante Handlungsspielräume gesichert, wiedergewonnen oder sogar völlig neu erschlossen“ werden können. Freilich ist der Autonomiebegriff nicht ohne Tücken, vgl. für ein überzogenes Verständnis von Autonomie EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 179 ff.; krit. *Marten Breuer*, Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass! Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330 (349), wonach die Autonomie der Unionsrechtsordnung zu einer Art „Super-Souveränität“ hypostasiert werde. Den Versuch einer Verteidigung des – seit van Gend & Loos zu den tragenden Argumentationsfiguren des Gerichtshofs zählenden – Autonomiearguments unternimmt *Daniel Halberstam*, It's the Autonomy, Stupid! A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, GLJ 16 (2015), S. 105. Eine neue theoretische Folie bei *Peter Niesen/Svenja Ahlhaus/Markus Patberg*, Konstituierende Autorität. Ein Grundbegriff für die internationale Politische Theorie, Zeitschrift für Politische Theorie, im Erscheinen.

154 In Anlehnung an *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 (1951), S. 4: „Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe.“

155 Wenig überzeugend auf eine Rückkehr des Staates setzend *Udo Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, Gutachten im Auftrag des Freistaates Bayern, 2016. Schon die Figur des Staates als „Verfassungsvoraussetzung“ ist verfehlt, vgl. *Jürgen Bast/Christoph Möllers*, Dem Freistaat zum Gefallen: über Udo Di Fabios Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise, VerfBlog 2016/1/16, <http://verfassungsblog.de/dem-freistaat-zum-gefallen-ueber-udo-di-fabios-gutachten-zur-staatsrechtlichen-beurteilung-der-fluechtlingskrise>.

156 Siehe auch *Eric Posner/Cass Sunstein*, On Learning from Others, Stanford Law Review 59 (2007), S. 1309.