
„Containment eines Leviathans“ – Anmerkungen zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon

Jürgen Bröhmer*

Inhalt

I.	„Schrödingers Katze“	543
II.	Die Europäische Union als latente Verfassungsbedrohung	544
1.	Hintergrund	544
2.	Die Europäische Union als verfassungsrechtliches Schreckgespenst	546
3.	Die Parallele zum „Görgülü“-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts	548
III.	Offene Verfassungsnormen	549
IV.	Staatlichkeit Deutschlands als Teil des Art. 79 Abs. 3 GG?	552
V.	Schlussbemerkung	556

I. „Schrödingers Katze“

Der österreichische Physiker *Schrödinger*, einer der Großen seiner Zunft, ist unter anderem mit seinem als „Schrödingers Katze“ bekannt gewordenen Bild zur Illustration quantenmechanischer Besonderheiten auch Nichtphysikern im Gedächtnis geblieben. *Schrödinger* wollte darlegen, dass die Anwendung quantenmechanischer Erkenntnisse auf makroskopische Objekte unmöglich ist, weil in der mikroskopischen Welt der Atome ein Teilchen gewissermaßen mehrere physikalische Zustände gleichzeitig einnehmen kann. Dies illustrierte er mit dem Bild einer Katze, welche sich in einem geschlossenen Kasten befindet, zusammen mit einem in-

* Prof. Dr. Jürgen Bröhmer, Head of School, School of Law, University of New England, Australien. Zur Figur des Leviathans im vorliegenden Zusammenhang sei auf die Bibel, Jesaja 27:1 verwiesen: „Zu der Zeit wird der Herr heimsuchen mit seinem harten, großen und starken Schwert beide, den Leviathan, der eine flüchtige Schlange, und den Leviathan, der eine gewundene Schlange ist, und wird den Drachen im Meer erwürgen“, www.bibel-online.net/buch/23.jesaja/27.html#27,1 (25.11.2009).

stabilen Atomkern und einer Giftampulle, die durch den Zerfall des Atomkerns zerstört wird und die Katze sofort tötet. Öffnet man die Kiste, um nachzusehen, ob die Katze noch lebt, reagiert der Atomkern sofort und zerfällt oder eben nicht und beeinflusst so das Messergebnis. Man schaut also auf die Kiste und kann den Zustand der Katze nicht bestimmen. Die Katze ist entweder – quantenmechanisch: gleichzeitig – tot oder lebendig und jedes Nachsehen (= Messen) korrumpt das Ergebnis.¹

II. Die Europäische Union als latente Verfassungsbedrohung

1. Hintergrund

Mit der vorliegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der im Anschluss erfolgten Korrektur und Verabschiedung des die Rolle von Bundestag und Bundesrat betreffenden Begleitgesetzes, der Ausfertigung des Zustimmungsgesetzes durch den Bundespräsidenten und der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde in Italien² sowie der nunmehr erfolgten Ratifizierung des Vertrags durch den letzten noch ausstehenden Mitgliedsstaat, die Tschechische Republik, neigt sich eine jahrelange Auseinandersetzung um die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union dem vorläufigen Ende zu.³ Wie schon beim Streit um den – gescheiterten? – Verfassungsvertrag ging und geht es bei der Auseinandersetzung um den mindestens inhaltsähnlichen Vertrag von Lissabon weniger um das Neue in dem Vertragswerk als vielmehr um die Gelegenheit, die bisher erreichten Integrationsfortschritte – den *acquis communautaire* – auf breiter Front in Frage zu stellen.

Begünstigt von allerlei vermeidbaren und unvermeidbaren und oft sogar durchaus verständlichen Besorgnissen und Fehlentwicklungen, von der Gesichtslosigkeit manchmal auch arroganter Brüsseler Politik, über umstrittene politische Vorhaben und ausgesprochen belastende Erweiterungsrunden bis hin zum opportunistischen

¹ Vgl. *Arroyo Camejo*, Skurille Quantenwelt, 2006, S. 134 ff.; ursprünglich veröffentlicht in *Schrödinger*, Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik, Naturwissenschaft 23 (48), 1935, S. 807-812, zitiert nach *Borisenko/Ossicini*, What is what in the Nanoworld, 2. Aufl. 2008, S. 387.

² Gesetz zum Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007, BGBl. 2008 II, 1038. Die Ratifikationsurkunde wurde am 25.9.2009 hinterlegt, siehe Pressemitteilung des italienischen Außenministeriums v. 25.9.2009, http://www.esteri.it/MAE/IT/Sala_Stampa/ArchivioNotizie/Comunicati/2009/09/20090925_TrattatoLisbona.htm (25.11.2009). Zuvor hatte der Bundestag am 8.9.2009 das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union mit 446 zu 46 Stimmen verabschiedet, BGBl. 2009 I, 3022.

³ http://www.se2009.eu/en/meetings_news/2009/11/3/final_piece_of_the_puzzle_in_place (25.11.2009).

Reflex in den Mitgliedstaaten für alles Schlechte die EU verantwortlich zu machen und sich alles Gute selbst auf die Fahnen zu schreiben („gegen Widerstand in Brüssel“), begünstigt auch von sorgfältig gepflegten Mythen europäischer Hyperbürokratie und Superstaatlichkeit ist es einer Allianz von vaterländisch geprägten Nationalisten und idealistisch geprägten Gegnern von Vielem, das irgendwie auch mit der EU verbunden werden kann, angefangen von industrieller Landwirtschaft, Gentechnik und Agrarpolitik bis hin zu Lobbyismus, Zentralismus und Globalismus, gelungen, die Europäische Union über Jahre hinweg zu blockieren, zu schwächen und ihr vielleicht sogar dauerhaften Schaden zuzufügen.⁴

Auch das Bundesverfassungsgericht hat nun Stellung bezogen. Ohne wenn und aber hat es den Vertrag von Lissabon für verfassungsgemäß erachtet. Das erstaunt nicht, denn rein sachlich betrachtet, gab es keine wirklich ernstzunehmenden verfassungsrechtlichen Bedenken.⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat aber sorgfältig darauf geachtet, dass sein Verdikt nicht einfach als das gesehen werden kann, was es eigentlich sein sollte, nämlich die in diesem Fall positive Bestätigung verfassungsmäßigen Handelns der anderen Staatsorgane. Das Bundesverfassungsgericht hat sich nicht mit der verfassungsrechtlichen „ex-post“-Beurteilung von vorherigem Verhalten begnügt, sondern den Handelnden gleich mit auf den Weg gegeben, was

⁴ Das Magazin „The Economist“ v. 10.10.2009 titelte: „Eight wasted years. Two useless treaties. Three no votes. Ignored by China and America. But still the world's biggest economy. Will somebody please ... Wake Europe up!“

⁵ Die zugrunde liegende Annahme, solche Debatten seien rational zu führen (und würden rational geführt), ist natürlich angesichts vieler Gegenbeispiele unrealistisch oder doch wenigstens gewagt. Während des Kalten Krieges lauerte die kommunistische Gefahr – auch rechtlich – überall, heute sind es die Islamisten, die – auch rechtlich – die Sicherheitsdebatte bestimmen. Näher an der Lissabon-Problematik liegt die Kopenhagen-Problematik. Am 28.10.2009 schrieb die in Australien weithin bekannte konservative Leitartiklerin *Albrechtsen* in der nationalen Tageszeitung „The Australian“ unter dem Titel „Beware the UN's Copenhagen plot“, <http://www.theaustralian.news.com.au/business/story/0,28124,26268754-5019239,00.html> (25.11.2009), über die von dem zu erwartenden Vertrag ausgehende Gefahr, sollte dieser sich inhaltlich an den Entwurf der UN Framework Convention on Climate Change vom 15.9.2009 anlehnen. Sie stützt sich dabei vor allem auf eine Rede eines ehemaligen Beraters *Thatchers* an der Bethel University in St. Paul Minnesota, *Monckton*. *Monckton* warne, so schreibt *Albrechtsen*, mit dem Kopenhagener Entwurf werde beabsichtigt, „*to set up a transnational government on a scale the world has never before seen*“. Es sei das Ziel des neu geschaffenen „*new government [is] to have power to directly intervene in the financial, economic, tax and environmental affairs of all the nations that sign the Copenhagen treaty*“.⁶ Die Amerikaner müssten sich bewusst machen, dass „*in the next few weeks, unless you stop it, your President will sign your freedom, your democracy and your prosperity away forever*“. *Albrechtsen* hält das zwar für „*colourful*“, jedoch „*no more colourful than the language used by those who preach about the perils of climate change and the virtues of a hard-hitting Copenhagen treaty*“.⁷ Man mag das für grotesk halten, es gibt aber unzählige Beispiele ernsthaft vorgetragener Katastrophenszenarien, die sich der rationalen Betrachtung entziehen und, so scheint es, weniger politisch-rechtlich erfasst werden können, als soziologisch und gesellschaftspsychologisch. *Moncktons* Ausführungen illustrieren das anschaulich, siehe <http://www.youtube.com/watch?v=stij8sUybx0> (25.11.2009).

zu Unterlassen ist, damit dieser „auf Räder [gesetzte] Vertrag“⁶ nicht vom Pfade der grundgesetzlichen Tugend abkommt. Das geht zwar über eine enge Auslegung rechtsprechender Tätigkeit hinaus, lässt sich aber im Ausgangspunkt mit der Erkenntnis begründen, dass völkerrechtliche Verträge durchaus dynamische Instrumente sein können. Die europäische Integrationsgeschichte ist beileibe nicht das Einzige, aber durchaus ein Paradebeispiel solcher Dynamik. Von daher könnte ein heute verfassungsgemäßer Vertrag theoretisch schnell in verfassungswidriges Fahrwasser geraten. Schon früher hat das Gericht darauf hingewiesen, dass die Zustimmung des Bundestages zu einem völkerrechtlichen Vertrag sich nicht in einem einmaligen Mitwirkungsakt anlässlich des Vertragsschlusses erschöpfe, sondern vielmehr die dauerhafte Übernahme von Verantwortung für das im Vertrag und im Zustimmungsgesetz festgelegte politische Programm beinhalte.⁷ Entsprechendes gilt dann auch für die Aufsichtsfunktion des Gerichts.

Freilich ist es in der Praxis bisher noch nicht vorgekommen, dass ein völkerrechtlicher Vertrag sich in verfassungswidriger Weise entwickelt hat. Auch der Nordatlantikvertrag hat bisher der Prüfung standgehalten und eine „Abkehr der NATO von ihrer friedenswahrenden Zielsetzung“ ließ sich bislang nicht begründen.⁸

2. Die Europäische Union als verfassungsrechtliches Schreckgespenst

Was jedoch verwundern muss, ist die Tatsache, dass das Gericht durch das detaillierte Aufzeigen von potentiell verfassungswidrigen Szenarien, die noch dazu jedenfalls teilweise kaum eine Grundlage in der Realität haben, den Eindruck erweckt, als handele es sich bei der Europäischen Union um einen potentiellen Verfassungsfeind, um eine Fundamentalbedrohung Deutschlands, dessen Identität daher des Schutzes durch das Gericht bedarf. So wird die EU auf das gleiche Niveau gebracht wie andere der Verfassungswidrigkeit verdächtige Organisationen, die zwar noch legal agieren dürfen, aber unter strenger Beobachtung stehen.⁹

Wenn das Bundesverfassungsgericht in dem Urteil feststellt, dass Deutschland nach der Ratifikation des Vertrags von Lissabon weiterhin auch über ein Staatsvolk verfügen wird,¹⁰ so ist diese Aussage zweifelsohne richtig. Insinuiert wird

⁶ Ress, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, Fs. Zeidler, 1987, S. 1179; siehe auch BVerfGE 90, 286 ff.

⁷ BVerfGE 118, 244, *Tornado-Einsatz Afghanistan*, unter Bezug auf *Wolfrum*, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S. 54 f.; Ress, (Fn. 6), S. 1779 f. In der „Lissabon“-Entscheidung fungiert dieser Gedanke als ganz zentrale Leitlinie, BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 und 2 BvR 182/09 v. 30.6.2009, Rdnr. 240 ff.

⁸ BVerfGE 118, 244, *Tornado-Einsatz Afghanistan*.

⁹ Vgl. Classen, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, S. 889.

¹⁰ BVerfG, (Fn. 7), Rdnr. 346.

damit jedoch, dass die Staatsvolkeigenschaft des deutschen Volkes in irgendeiner Weise ernsthaft gefährdet gewesen sein soll. Ebenso am Rande des Absurden bewegt sich die – inhaltlich wiederum völlig richtige – Beantwortung der Frage, ob der Vertrag von Lissabon die sozialpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten des Deutschen Bundestages in einer das Sozialstaatsprinzip (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG) in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise beeinträchtigt.¹¹ Wie das Gericht selbst zutreffend feststellt, ist für diese Annahme „nichts ersichtlich“,¹² ihr wird aber durch den breiten Raum der Abhandlung dennoch eine gewisse Plausibilität gegeben. Gleiches gilt etwa für die Prüfung der Frage, ob wegen der Neuerungen im Bereich der Handelspolitik und der breiteren Rolle der EU im Kontext der WTO (Art. 207 Abs. 1 AEUV) ein allmähliches Zurücktreten der Rechtssubjektivität der Mitgliedstaaten in den auswärtigen Beziehungen zugunsten einer immer deutlicher, staatsanalog auftretenden Europäischen Union zu befürchten sei,¹³ oder ob nunmehr die EU über den Einsatz deutscher Soldaten entscheiden könne.¹⁴ Angesichts des vergleichsweise geringen Umfangs des Haushalts der Europäischen Union und der weiterhin fehlenden Kompetenz zur Erhebung von Steuern verwundern in gleicher Weise die Ausführungen zum Budgetrecht als Identitätsreserve. Unverständlich und teilweise völlig aus der Luft gegriffen sind die Aussagen zur „Möglichkeit, sich im eigenen Kulturraum verwirklichen zu können.“¹⁵ Das Gericht spricht von „bereits wahrnehmbaren Aktivitäten“ im Bereich „Schul- und Bildungssystem, im Familienrecht, bei der Sprache, in Teilbereichen der Medienordnung und zum Status von Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.“ Hier gibt es sicherlich Aktivitäten der Union, man denke nur an das Erasmus-/Sokrates-Programm, aber dies in einen Zusammenhang mit einer vermeintlichen Bedrohung der Möglichkeit der Verwirklichung im eigenen Kulturraum zu stellen hat etwas Hysterisches und Irrationales.

Aufgebaut wird ein Popanz, dessen tatsächliche Schreckenlosigkeit zwar dann vom Gericht in eigentlich eindrucksvoller Weise herausgearbeitet wird, aber eben im

¹¹ Ibid., Rdnrn. 257 ff., 392 ff.

¹² Ibid., Rdnr. 399. In Rdnr. 259 verlangt das Gericht, dass sozialstaatliche Aufgaben im Kern nationalstaatlich zu erfüllen seien und dies auch „mit den rechtlich wie faktisch begrenzten Möglichkeiten der Europäischen Union zur Ausformung sozialstaatlicher Strukturen“ korrespondiere.

¹³ Ibid., Rdnrn. 370 ff., 376.

¹⁴ Ibid., Rdnrn. 254, 255, 381 ff. Nur am Rande sei erwähnt, dass die Haltung des BVerfG, wonach eine „Supranationalisierung mit Anwendungsvorrang im Hinblick auf den konkreten Einsatz deutscher Streitkräfte nicht zulässig“ ist, im Rahmen des Art. 43 der Charta der Vereinten Nationen zu Schwierigkeiten führen könnte. Allerdings ist die Umsetzung dieses Artikels in die Praxis ebenso unwahrscheinlich wie die vom BVerfG im vorliegenden Fall skizzierten Bedrohungsszenarien.

¹⁵ Ibid., Rdnr. 260.

Kontext einer schwerwiegenden Bedrohungslage. Diese Herangehensweise ist unangemessen und wird der Europäischen Union, die „uneingeschränkt das beste Europa, das es je gegeben hat“¹⁶ repräsentiert, die einen zivilisatorischen Quantensprung in der Organisation des Zusammenlebens verschiedener Nationen und Ethnien bedeutet, die uns in Europa Frieden, Wohlstand und politische Stabilität gebracht hat, nicht gerecht.

3. Die Parallele zum „Görgülü“-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Die Tendenz des Bundesverfassungsgerichts, potentielle Konfliktlagen zu dramatisieren, ist nicht neu. In Karlsruhe ist man nicht nur mit Blick auf Luxemburg kritisch gestimmt, sondern auch mit Blick auf Straßburg. Auch dort sitzt mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein Gericht, welches davon ausgeht, gegebenenfalls auch das Bundesverfassungsgericht korrigieren zu können.¹⁷ Im Unterschied zur Europäischen Union ist es mit Blick auf die EMRK ungleich schwerer, einen Wall zum Schutz deutscher Souveränität einzuziehen. Schwer aber nicht gänzlich unmöglich, wenn man bereit ist, den Bogen weit genug zu spannen, um wenigstens einen symbolischen Treffer landen zu können. Im „Görgülü“-Verfahren¹⁸ hatte das Bundesverfassungsgericht zu Status und Rang der EMRK im deutschen Rechtssystem Stellung zu beziehen. Da die EMRK ein völkerrechtlicher Vertrag ist, gilt sie über Art. 59 Abs. 2 GG im Range eines Bundesgesetzes und dieser Befund ist ersichtlich nicht umstritten und kann es auch nicht sein. Man kann allenfalls fragen, ob sich aus der Völker- und Grundrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes nicht der Sache nach eine Lage ergibt, die den „lex posterior“-Grundsatz *ipso facto* nicht zur Anwendung kommen lässt und daher die EMRK sowie die sie konkretisierende Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs nicht auf diese Weise *ipso facto* letztlich Gesetzesvorrang genießen.

Trotz dieser recht eindeutigen Rechtslage stellte das Gericht ohne ersichtlichen mit dem Fall zusammenhängenden Grund – inhaltlich völlig zutreffend – fest, das Grundgesetz erstrebe „die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten, verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“.¹⁹ Dies wird dann dahingehend konkretisiert, dass deutsche Gerichte „[s]olang im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind“, die Pflicht treffe, „der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.“²⁰

¹⁶ Siehe den Beitrag von *Hahn*, in diesem Heft.

¹⁷ Wegen der Zulässigkeitsvoraussetzung der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs ist die vorherige Befassung des BVerfG sogar grundsätzlich Voraussetzung für eine Befassung des EGMR.

¹⁸ BVerfGE 111, 307.

¹⁹ BVerfG, (Fn. 7), Rdnr. 35.

Etwas anderes gelte allerdings dann,

„wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt. ‚Berücksichtigen‘ bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt.“²¹

Alle diese Aussagen sind inhaltlich nicht zu kritisieren. Die Frage ist, warum das Gericht diesen unbestrittenen Aussagen so breiten Raum gibt und dies mit Konstellationen erklärt, deren Eintritt man sich nur sehr schwer vorstellen kann. Oder ist es wirklich vorstellbar, dass Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofs „eindeutig“ gegen deutsche Verfassungsbestimmungen bzw. grundrechtliche Gewährleistungen verstoßen und zwar selbst dann, wenn dies nur im Rahmen von Abwägungen des Grundrechtsschutzes im grundrechtskonfligierenden Dreiecksverhältnis denkbar sein soll.

Falls es diese Konstellation doch geben sollte, dann hätte man sich damit zu gegebener Zeit auseinander setzen können. Im Kontext dieser Entscheidung sind die Ausführungen nur als Duftnote in einem Revierkampf verständlich, mit der das Bundesverfassungsgericht deutlich machen wollte, dass es auch gegenüber dem Straßburger Gerichtshof letztlich die Nase vorn hat. Und genau dies ist auch der Hauptgrund für die Schutzwall- und Grabenziehung in der „Lissabon“-Entscheidung. Auch im Verhältnis zur Europäischen Union will das Bundesverfassungsgericht erstes Gericht am Platze sein.²²

III. Offene Verfassungsnormen

Das Bundesverfassungsgericht prüft den Vertrag am Maßstab des Art. 38 GG, was nicht verwundert, weil insoweit nur fortgeführt wird, was schon im „Maastricht“-Urteil²³ begonnen wurde. Sieht man einmal davon ab, dass hier auch prozessuale

²⁰ BVerfGE 111, 307, Rdnr. 62.

²¹ Ibid.

²² In dieses Bild passt auch, dass das BVerfG keine Vorlageverfahren zum EuGH einleitet, im Unterschied z.B. zum englischen House of Lords und anderer höchster Gerichte verschiedener EU-Mitgliedstaaten, vgl. dazu *Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht – theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 234 ff.

²³ BVerfGE 89, 155.

Gedanken eine Rolle spielen, weil sonst die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen ein solches Vertragswerk nur schwer begründbar wäre,²⁴ und betrachtet man den Wortlaut dieser Norm, so erscheint auf den ersten Blick verwunderlich, welche enorme Tragweite diese Norm entwickelt. Dennoch ist es grundsätzlich sicherlich – auch im Lichte des gleichfalls herangezogenen Demokratieprinzips – nicht abwegig zu verlangen, dass ein zentral wichtiges Verfassungsorgan wie der Bundestag nicht durch Kompetenzentzug kaltgestellt wird.²⁵

Allerdings wird man zugeben müssen, dass es sich mit Art. 38 GG und seinem Bezug zur Gestaltung der Mitwirkung Deutschlands an der Europäischen Union nicht anders verhält, als mit Art. 68 GG und dessen Einfluss auf die Bewertung und Gestaltung der politischen Lage rund um eine Vertrauensfrage im Bundestag.

Im Falle des Art. 68 GG hatte das Bundesverfassungsgericht in der ersten Entscheidung über die Auflösung des Bundestages 1983 aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen können, ob die Vorschrift eine sogenannte materielle Auflösungslage verlange oder nicht. Daraus hat das Gericht gefolgert,

„dass Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG von seinem Wortlaut her sich zunächst als eine offene Vorschrift darstellt. Ihr Sinn erschließt sich erst durch die in ihr selbst angelegte Systematik und den Sinnbezug, der sich aus ihrer Stellung und ihrem Stellenwert im gesamten Verfassungsgefüge ergibt; dieser Sinnbezug wird nicht zuletzt auch durch den verfassungsgeschichtlichen Hintergrund, vor dem die Regelung geschaffen wurde, wie auch durch ihre bisherige Handhabung durch oberste Verfassungsorgane seit Inkrafttreten des Grundgesetzes erhellt. Die Berücksichtigung der Handhabung einer Verfassungsnorm durch oberste Verfassungsorgane bei ihrer Sinnbestimmung bedeutet nicht schon, den Rechtswert, der sich im Verfassungsrecht ausdrückt, den jeweiligen Machtverhältnissen auszuliefern. Sie anerkennt vielmehr den Umstand, dass Verfassungsnormen wegen der Eigenart der von ihnen geregelten Sachverhalte oftmals einen sehr hohen Grad an Allgemeinheit aufweisen, der der Konkretisierung bedarf, noch ehe die Norm auf Einzelfälle anwendungsfähig wird, ein Befund, wie er auch in anderen Sachbereichen der Rechtsordnung nicht selten anzutreffen ist. Die Befugnis zu solcher Konkretisierung obliegt für das Bundesverfassungsrecht nicht allein dem Bundesverfassungsgericht, sondern auch anderen obersten Verfassungsorganen. Es versteht sich von selbst, dass bei dieser Konkretisierung die bereits vorgegebenen Wertungen, Grundentscheidungen, Grundsätze und Normen der Verfassung zu wahren sind. Verfassungsdurchbrechungen sind auch auf diesem Wege nicht

²⁴ Der Sache nach geht es um eine abstrakte Normenkontrolle, wie *Tomuschat*, The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon, *GLJ* 2009, S. 1259, zutreffend feststellt.

²⁵ Vgl. auch *Gärditz/Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie Ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, *JZ* 2009, S. 872.

zulässig. Da es sich dabei indes um die Konkretisierung der Verfassung als rechtlicher Grundordnung des Staates handelt, ist zumal ein hohes Maß an Übereinstimmung in der verfassungsrechtlichen wie verfassungspolitischen Beurteilung und Bewertung der in Rede stehenden Sachverhalte zwischen den möglichen betroffenen obersten Verfassungsorganen unabdingbar und eine auf Dauer angelegte, stetige Handhabung unerlässlich. Diese Übereinstimmung kann für die Auslegung der Verfassung von Gewicht sein. Eine politisch umkämpfte und rechtlich umstrittene Praxis von Parlaments- und Regierungsmehrheiten reicht als solche hierfür nicht aus.“²⁶

Die hier zitierte Passage aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts besagt, dass Verfassungsnormen in Bezug zur Verfassungswirklichkeit stehen und diese Verfassungswirklichkeit nicht alleine vom Bundesverfassungsgericht gestaltet wird und, so ist hinzuzufügen, auch nicht alleine gestaltet werden kann. Besteht mithin ein „hohes Maß an Übereinstimmung in der verfassungsrechtlichen wie verfassungspolitischen Beurteilung“, so kann dies für die Auslegung der Verfassung durch das Gericht selbst eine wichtige Rolle spielen und mitentscheidend werden. In der Sache handelt es sich um eine vorsichtige Anwendung dessen, was insbesondere in den USA als *political question doctrine* die Reichweite verfassungsgerichtlicher Überprüfung mitbestimmt.²⁷ Im zweiten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Bundestagsauflösung wird dies fast noch deutlicher. Dort führt das Gericht aus, dass die politische Einschätzung der Lage, die zur auflösungsgerichteten Vertrauensfrage geführt hat, grundsätzlich zu respektieren sei. Dies beseitige nicht die gerichtliche Prüfungskompetenz und -pflicht, schränke sie aber ein. Dem Bundesverfassungsgericht komme zwar eine sehr starke Stellung zu, gleichwohl aber habe „das Grundgesetz nur die Kontrolle politischer Herrschaft gewollt und nicht die Verrechtlichung des politischen Prozesses.“²⁸

Es verwundert, wieso diese Überlegungen im Falle des Lissabonner Vertrags keine Rolle gespielt haben. Der Konsens aller beteiligten Verfassungsorgane betreffend die Verfassungsmäßigkeit der deutschen Beteiligung an diesem Schritt der europäischen Integrationsgeschichte ist durchaus beeindruckend,²⁹ aber keineswegs neu,

²⁶ BVerfGE 62, 1 (38 f.).

²⁷ Supreme Court of the United States, *Baker v Carr*, 369 U.S. 186 (1962), http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0369_0186_ZS.html (25.11.2009). Siehe auch *Barkow, The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, in: Mourtada-Sabbah/Cain (Hrsg.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, 2007, S. 23 ff.

²⁸ BVerfGE 114, 121, Rdnr. 160.

²⁹ Die Abstimmung im Deutschen Bundestag zum Zustimmungsgesetz brachte mit 514 zu 58 ein deutliches Ergebnis und das war bisher bei allen Zustimmungsgesetzen zu europäischen Integrationsverträgen so. Um Missverständnissen vorzubeugen: Das Abstimmungsergebnis in Bundestag oder Bundesrat ist kein Maß für Verfassungsmäßigkeit. Seit dem Volkszählungsgesetz weiß man, dass auch einstimmig beschlossene Gesetze verfassungswidrig sein können.

sondern war bisher bei allen Integrationsschritten festzustellen. Die konkreten Inhalte des Vertrags von Lissabon lassen sich, wie das Urteil ja auch im Ergebnis zeigt, vernünftig nicht zu einem Verfassungsrecht verdichten. Was eigentlich vorliegt ist der Versuch, legitime politische Gegnerschaft zum Vertrag von Lissabon und damit den politischen Prozess zu verrechtlichen.

Dabei spricht viel dafür, dass der Streit um die Auflösung des Bundestages viel weniger eine *political question* ist als die Weiterentwicklung der Europäischen Union sowie Deutschlands Einbindung in diesen Prozess und daher die Rolle der anderen Verfassungsorgane bei der verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Beurteilung der Lage eher größer denn kleiner sein sollte. Immerhin geht es um Außenpolitik, um die europäische Friedensordnung und um Politikziele, die als Staatsziele im Grundgesetz ausdrücklich verankert sind.

IV. Staatlichkeit Deutschlands als Teil des Art. 79 Abs. 3 GG?

Ein interessanter Aspekt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon ist die Konfusion des Gerichts bezüglich der Frage, inwieweit die völkerrechtliche Staatlichkeit Deutschlands Schutzgut der grundgesetzlichen Ordnung ist.

Gemäß Art. 20 GG ist Deutschland ein „demokratischer und sozialer Bundesstaat“ und diese Aussage gehört gemäß Art. 79 Abs. 3 GG zum unabänderbaren Bestand grundgesetzlicher Normen. Fraglich ist, ob dies nur für die Attribute (demokratisch, sozial, föderal) gilt oder auch für das Subjekt „Staat“ selbst. Wenn man dies annimmt, dann wäre die Schaffung eines europäischen Bundesstaats im Wege der Verfassungsänderung nicht möglich, weil durch Art. 79 Abs. 3 GG blockiert.³⁰ Es

³⁰ So vertritt z.B. *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG-Kommentar, 11. Aufl. 2008, Art. 79 Abs. 3 GG, Rdnr. 53, die Ansicht, die Qualifizierung als Bundesstaat in Art. 20 Abs. 1 GG verbiete es, die „eigene Staatlichkeit des Bundes aufzugeben“. Im gleichen Kommentar vertritt *Hofmann*, in: *ibid.*, Art. 146 GG, Rdnr. 2, die These, Art. 146 habe nur Bedeutung nach Maßgabe des Art. 79 Abs. 3 und erlaube nicht, den dort umschriebenen Verfassungskern anzutasten. Art. 146 erlaube keine Verfassungsablösung mehr. Die Konsequenz aus dieser Sicht ist, dass ein Beitritt zu einem europäischen Bundesstaat rechtlich auch dann unmöglich würde, selbst wenn er jenseits aller qualifizierten Mehrheiten erwünscht wäre. Diese vollständige rechtliche Perpetuierung der Herrschaft der Toten über die Lebenden vermag nicht zu überzeugen. Vgl. auch *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 32, Rdnrn. 40 f., 108, und *Gärditz/Hillgruber*, (Fn. 24), S. 875 f., wonach Art. 146 an Art. 79 Abs. 3 GG gebunden sein soll, jedoch der Weg einer, zwar aus der Sicht des GG verfassungswidrigen und mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln zu verhindernden, Verfassungsneugebung bestehen bleiben soll, wenn sie sich effektiv durchsetzt. Warum Art. 146 die Revolution verlangt und am Ende noch den Bürgerkrieg, wird nicht erklärt. Überzeugender *Huber*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 146 GG, Rdnr. 7 ff.

stellte sich dann die Frage, ob wenigstens über Art. 146 GG die Beteiligung Deutschlands an einem europäischen Bundesstaat ermöglicht werden könnte, also im Wege der Verfassungsneuschaffung durch den *pouvoir constituant*. Sieht man auch Art. 146 insoweit der Bindung durch Art. 79 Abs. 3 GG unterliegend, wäre die Schaffung eines europäischen Bundesstaats rechtlich unmöglich und nur im Wege der Revolution zu erreichen. Glücklicherweise verfügt das Grundgesetz mit dem Widerstandsrecht in Art. 20 Abs. 4 GG über eine Vorschrift, die dann wenigstens die rechtliche Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Folgen der Revolution regelt.

Sieht man Art. 146 GG als an den verfassungsgebenden – nicht verfassungsändernden – Gesetzgeber adressierte Norm an, dann wird die Vorschrift zur prozeduralen Norm, die den Vorgang der Verfassungsgebung an den Souverän zurückkoppelt, der diesen Vorgang unmittelbar durch Volksabstimmung legitimieren muss.

In beiden Fällen – absolute Integrationsgrenze oder erhöhte prozedurale Schwelle – hat dies rechtliche Auswirkungen auf das Verhältnis von staatsrechtlicher Begleitung der europarechtlichen Integrationsentwicklung.

Die Frage ist nicht so abwegig, wie man vielleicht zunächst denken mag. Zwar steht die Schaffung eines europäischen Bundesstaats nicht auf der Tagesordnung und die politische Realität lässt eher den Schluss zu, dass nationales Denken im Moment eher in Mode zu sein scheint als supranationales Denken. Das Problem liegt jedoch darin, dass unterhalb der Schwelle programmatisch eindeutiger Aussagen verbunden mit entsprechenden rechtlichen Elementen der ausdrücklichen Zentralisierung von Kernbereichen wie etwa die Zuständigkeit für Verfassungsänderungen³¹ keine klare Grenze für diesen Übergang zum Bundesstaat besteht und für ein Teil des Publikums die Gefahr der schleichen Zersetzung der souveränen Staatlichkeit zu bestehen scheint, wie das Bundesverfassungsgericht in der vorliegenden Entscheidung illustriert. Es ist ja gerade die Sorge vor dieser Gefahr, die das Gericht umzutreiben scheint und der es entgegen zu treten versucht.

Von daher verwundert, dass das Gericht diese Problematik in der „Lissabon“-Entscheidung zwar durchaus anspricht, jedoch in bemerkenswert widersprüchlicher Weise. Zunächst wird festgestellt:

„Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnung selbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen. Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch.“³²

³¹ Und damit die Zuweisung einer Kompetenz-Kompetenz.

³² BVerfG, (Fn. 7), Rdnr. 216.

Dieser Befund wird bestätigt, wenn das Gericht etwas später ausführt:

„Das Grundgesetz ermächtigt die für Deutschland handelnden Organe nicht, durch einen Eintritt in einen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des Deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands aufzugeben. Dieser Schritt ist wegen der mit ihm verbundenen unwiderruflichen Souveränitätsübertragung auf ein neues Legitimationssubjekt allein dem unmittelbar erklärten Willen des Deutschen Volkes vorbehalten.“³³

Beide Passagen bringen zum Ausdruck, dass solche weiterreichenden Ziele im Wege der Verfassungsneugebung zu verfolgen, aber auch grundsätzlich erreichbar sind. Das deutet auf Art. 146 GG hin und darauf, dass insoweit keine Bindung an Art. 79 Abs. 3 GG besteht, jedenfalls nicht mit Blick auf die Staatlichkeit Deutschlands.

Im Anschluss an das erste Zitat geht das Gericht jedoch weiter und lässt die Frage nach der Bindung auch des verfassungsgebenden Gesetzgebers an Art. 79 Abs. 3 GG und die dort geschützten Grundsätze ausdrücklich offen:

„Ob diese Bindung schon wegen der Universalität von Würde, Freiheit und Gleichheit sogar für die verfassungsgebende Gewalt gilt, also für den Fall, dass das deutsche Volk in freier Selbstbestimmung, aber in einer Legalitätskontinuität zur Herrschaftsordnung des Grundgesetzes sich eine neue Verfassung gibt [...],³⁴ kann offen bleiben.“³⁵

Auffällig ist jedoch, dass einerseits nur auf die qualitativen Attribute Würde, Freiheit und Gleichheit verwiesen wird und nicht auf das Statusattribut der Staatlichkeit; dass aber andererseits die in der verfassungsgebenden Gewalt zum Ausdruck kommende freie Selbstbestimmung des deutschen Volkes an das Merkmal der „Legalitätskontinuität zur Herrschaftsordnung des Grundgesetzes“ gebunden wird. Das deutet darauf hin, dass doch Bindungswirkungen des Art. 79 Abs. 3 GG auch im Anwendungsbereich des Art. 146 bestehen.

Die Unklarheit wird auch nicht durch das folgende Diktum des Gerichts vermindert:

„Wenn dagegen die Schwelle zum Bundesstaat und zum nationalen Souveränitätsverzicht überschritten wäre, was in Deutschland eine freie Entscheidung des Volkes jenseits der gegenwärtigen Geltungskraft des Grundgesetzes vor-

³³ Ibid., Rdnrn. 228, 347.

³⁴ Das Gericht nimmt Bezug auf *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 166 Rdnr. 61 ff.; *Moelle*, Der Verfassungsbeschluss nach Art. 146 GG, 1996, S. 73 ff.; *Stückrath*, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, 1997, S. 240 ff.; vgl. auch BVerfGE 89, 155 (180).

³⁵ BVerfG, (Fn. 7), Rdnr. 217.

aussetzt, müssten demokratische Anforderungen auf einem Niveau eingehalten werden, das den Anforderungen an die demokratische Legitimation eines staatlich organisierten Herrschaftsverbandes vollständig entspräche. Dieses Legitimationsniveau könnte dann nicht mehr von nationalen Verfassungsordnungen vorgeschrieben sein.“³⁶

Einerseits, so kann man dem nur entnehmen, kann das deutsche Volk diesen Souveränitätsverzicht durch Ausübung des Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich leisten. Andererseits jedoch müssten dann sehr hohe demokratische Anforderungen eingehalten werden. Das deutet auf eine Bindungswirkung jedenfalls des Demokratieprinzips in den Art. 146 GG hin. Diese Deutung wird aber sogleich wieder geschwächt, wenn das Gericht ausführt, dass solche Anforderungen national nicht mehr vorgegeben werden können. Aber das Bundesverfassungsgericht hat schon recht. Wenn der Bundesstaat einmal geschaffen ist, dann reguliert er sich von da an selbst. Ob und inwieweit die untergegangenen bzw. zu Untergliederungen herabmutierten Mitgliedstaaten diesen Prozess mit Wirkung auch in die Zukunft zum Beispiel völkerrechtlich steuern können, ist eine interessante Frage, die sich beispielsweise auch mit Blick auf den Einigungsvertrag stellen könnte, soweit daraus der untergegangenen DDR als Vertragspartei rechtliche belastbare Positionen erwachsen können. Interessant ist dann auch die Frage, wer diese Rechte für den nicht mehr existenten Vertragspartner wahrnimmt. Es wäre jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass in einem solchen verfassungsbenden Prozess die „ewigen“ Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG rechtlich auch an den europäischen Bundesstaat weiter gegeben werden könnten.

Jedenfalls bleibt es bei einer mindestens prozeduralen Schwelle für den Übergang zu einem europäischen Bundesstaat. Ungeachtet der Fragen der Konkretisierung, sowohl des Verfahrens selbst als auch der materiellen Umstände, die dieses Verfahren auslösen, hat das aber rechtliche Konsequenzen für das Verhältnis von Unionsrecht zum Staatsrecht. Dieser Übergang ist rein staatsrechtlich definiert und daher nach Maßgabe des Gerichts auch nur rein staatsrechtlich feststellbar.

Völkerrechtlich könnte man daran denken, dass jeder (weitere) integrationsvertragsrechtliche Schritt Deutschlands entweder unter dem ungeschriebenen Vorbehalt steht, dass dadurch nicht der schleichende Übergang zum europäischen Bundesstaat bewirkt werde. Denkbar ist auch die Anwendung des Art. 46 Wiener Vertragsrechtskonvention, wonach spätestens mit dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die Vertragspartner offenkundig sein muss, dass die europäische Bundesstaatlichkeit eine absolute Grenze für die Beteiligung Deutschlands am und die dynamische Entwicklung des europäischen Integrationsprozesses darstellt, die nicht im Wege des völkerrechtlichen Vertragsschlusses überwunden werden kann und deren Feststellung nicht zentralisiert ist, also nicht dem EuGH zu-

³⁶ Ibid., Rdnr. 263.

kommt. Es liegt auf der Hand, dass dies Deutschland und dem Bundesverfassungsgericht nicht die Möglichkeit gibt, in völliger Freiheit einseitig zu behaupten, eine Maßnahme überschreite diese Schwelle. Der Souveränitätsvorbehalt ist keine Negierung der Vertragsbindung und daher nur als *ultima ratio* denkbar.

V. Schlussbemerkung

In nicht untypischer Weise erlaubt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts allen, sich letztlich doch als Sieger zu fühlen. Der größte Euroskeptiker sieht sich bestätigt und verweist auf die endlose Reihe von Vorbehalten und Identitätsschutz-anforderungen. Andererseits kommt man um die Feststellung nicht umhin, dass der Vertrag verfassungsgemäß ist. Punkt.

Man mag lamentieren, dass das Gericht seinen Part als eines der staatsleitenden Organe – wieder einmal – überstrapaziert hat. Aber es geht nicht um verfassungsrechtliche Ultra-vires-Fragen. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Rolle im Verfassungsgefüge der Bundesrepublik selbstbewusst definiert und die Republik ist sehr gut damit gefahren, ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten über Rolle und Rechtsprechung des Gerichts.

Die eigentliche Frage ist, welche Bedeutung Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Allgemeinen und dieser Entscheidung im Besonderen im politischen Diskurs eingeräumt werden.³⁷ Die Antwort auf diese Frage hängt auch vom politischen Selbstbewusstsein der anderen staatsleitenden Verfassungsorgane und ihrer Führungskraft ab. Die dem Verfassungsstaat inhärente Verrechtlichung und die damit einhergehende verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Entscheidung eigentlich politischer Konfliktfragen geschieht nicht auf der Grundlage philologisch-konkreter und entsprechend eindeutiger Normen, sondern auf der Grundlage höchst abstrakter Verfassungsnormen und deren Zusammenspiel. Die konkrete Auslegung dieser „offenen“ Normen obliegt nicht exklusiv dem Gericht, sondern auch den anderen Verfassungsorganen. Ein hohes Maß an Übereinstimmung der anderen Verfassungsorgane in der verfassungspolitischen und verfassungsrechtlichen Beurteilung der Lage macht es zwar nicht unmöglich, dass das Bundesverfassungsgericht zu einem anderen Ergebnis kommt, aber es macht es schwerer und unwahrscheinlicher.

Für diesen Prozess wird auch entscheidend sein, wie sich die Einstellung der Bevölkerung zur Europäischen Union entwickelt. Je mehr Skepsis sich in der Bevölkerung breit macht, und je weniger europäische Führungskraft die anderen

³⁷ Vgl. dazu und zum nachfolgenden allgemein *Grigoleit*, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, 2004, S. 117.

Verfassungsorgane – deswegen? – zeigen, desto größer die Gefahr, dass zukünftigen und mit Sicherheit zu erwartenden Angriffen auf das europäische Einigungsprojekt vor dem Gericht einmal der Erfolg beschieden sein wird, den sie bisher nicht hatten.

Zurück zu *Schrödinger* und seinem Bild mit der Katze. Makroskopisch sind die Dinge klar. Die Katze lebt, der Vertrag ist in allen Punkten verfassungsgemäß, eigentlich enthält der Vertrag nichts, was verfassungsrechtlich über den *acquis communautaire* hinaus Sorge bereiten müsste. Quantenmechanisch hingegen liegen die Dinge komplizierter. Der aus dem vom Bundesverfassungsgericht gegen latent-hypothetische Verfassungsbedrohungen errichteten Graben- und Wallsystem bildlich abzuleitende „aber, wenn...“-Atomkern kann jeden Augenblick zerfallen und das Gift freisetzen. Dann ist die Katze tot. Was *Schrödinger* nicht ahnte: Mögen auch die Physiker Schwierigkeiten mit der Messung quantenmechanischer Phänomene haben, wir Juristen sind da weiter. Wir haben das Bundesverfassungsgericht. Wir schauen nicht auf die Kiste. Wir schauen nach Karlsruhe. Karlsruhe *locuta* alle-mal, *causa finita?* Niemals!

