

## Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – zur Anatomie einer Debatte

von Matthias Ruffert

*Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts verursachte in der Staatsrechtslehre eine Debatte, die grundlegende Meinungsverschiedenheiten offengelegt hat. Jenseits der (europa-)politischen Bedeutung des Urteils wird die Diskussion durch die Kombination von Vorhersehbarem und verabsolutiertem Unvorhersehbarem einerseits sowie durch den Theorieüberschuss bei gleichzeitigem Defizit in der theoretischen Breite ausgelöst. Ohne die konkrete Aussicht, dass das Gericht die von ihm formulierten Kontrollkompetenzen wahrnimmt, wäre die Debatte nicht gleichermaßen vehement. Die Staatsrechtslehre sollte sich vom politischen Geschehen weder blenden noch vereinnahmen lassen und die Debatte mit Gewinn für sich selbst führen.*

*The debate triggered by the Lisbon-judgment of the German Federal Constitutional Court reveals profoundly divergent academic opinions. Beyond its relevance in (European) politics, the judgment leads to the said discussion by (1) its combination of foreseeable and unforeseeable contents (some of the latter with the claim of absoluteness) and (2) a theoretical overspill combined with a deficit in theoretical breadth. The debate would not be as fierce without the actual prospect of the Court implementing its assumed competences of control. Constitutional lawyers should neither be over-impressed nor superseded by politics and gain from an intensive discourse.*

### I. Zwischen produktiver Unruhe und offenem Schlagabtausch

Die deutsche Staatsrechtslehre hat ihre Debatte! Mögen andere über die Folgen der Finanzmarktkrise streiten, im vielfachen Jubiläumsjahr 2009 den Blick in die (neuere) deutsche Geschichte lenken oder die staatspraktischen Früchte von Wahlkämpfen und Regierungsbildungen ernten – unter Verfassungsrechtlern steht gegenwärtig zumeist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 30. Juni 2009 in Sachen Vertrag von Lissabon<sup>1</sup> im Mittelpunkt.

1 BVerfG, Ur. v. 30.06. 2009, 2 BvE 2/08 u. a. (Vertrag von Lissabon), abgedruckt u. a. in: Neue juristische Wochenschrift, 62/31 (2009), 2267–2295, hier Rz. 216.

Einer Betrachtung dieser Debatte stellen sich jedoch sogleich mehrere methodische Probleme in den Weg. Zunächst scheint es unmöglich, sie schon im Grundsatz vollständig zu erfassen, geschweige denn in allen ihren staatsrechtlichen, verfassungstheoretischen und politisch-praktischen Facetten. Das liegt zum einen an der Kürze der Zeit: Zum Redaktionsschluss dieses Themenheftes ist das Urteil kein halbes Jahr alt, und es kann als sicher gelten, dass die Quellen der Diskussionsbeiträge auch in den kommenden Monaten nicht versiegen werden. Hinzu kommt die Breite der Publikationsorte. Selbst wenn man den ehrlichen Versuch unternimmt, zumindest die grundlegenden Beiträge aus Fachzeitschriften, Wochenzeitungen und der Tagespresse zu erfassen, so bleibt doch ein kaum zu bändigendes Restrisiko des Übersehens, schon (aber keinesfalls nur) deswegen, weil das Urteil auch im Ausland eine gewisse Resonanz erfahren hat<sup>2</sup>. Kaum seriös verwertbar sind schließlich die Ergebnisse von Gesprächen in Fachkreisen, ob am Rande der Staatsrechtslehrtagung (2009 in Graz) oder andernorts, von manchem mit Bezug auf das Thema als „Kampf über die Lufthoheit über den Kollegenschreibtischen“ bezeichnet, von Mutmaßungen, Extrapolationen früherer (unveröffentlichter) Äußerungen der Mitglieder des zweiten Senats des BVerfG bis hin zu puren Gerüchten. Schließlich tritt der eigene Standpunkt als methodisches Defizit fehlender Distanz hinzu.<sup>3</sup>

Dennoch soll in diesem Beitrag versucht werden, sich der Debatte und der in ihr offenbar werdenden Konfliktlinien zu vergewissern – ohne gleichsam als „Obergutachter“ von höherer Warte den eigenen Standpunkt zu propagieren, ohne willkürlich Stellungnahmen zu unterdrücken oder auch nur wegen mangelnder Sorgfalt beiseite zu lassen und ohne das im von außen kaum nachvollziehbaren unveröffentlichten Diskurs gewonnene Vorverständnis zu verabsolutieren. Es ist einfach zu lohnend, die schon jetzt ausgesprochen dichte und intensive Debatte zu reflektieren, anstatt sich von – für sich genommen äußerst tragfähigen – methodischen Einwänden davon abbringen zu lassen. Nach knapp fünf vergangenen Monaten der Diskussion drängt es sich auch auf, manche unnötigen Verhärtun-

- 2 S. nur die *Editorial Comments*: Karlsruhe has Spoken ‚Yes‘ to the Lisbon Treaty, but..., in: Common Market Law Review, 46/4 (2009), 1023–1033; ferner *Cassese*, S.: L’Unione europea e il guinzaglio tedesco, in: Giornale di diritto amministrativo, 15/9 (2009), 1003–1007; *Ziller*, J.: Solange III, ovvero la *Europarechtsfreundlichkeit* del Bundesverfassungsgericht, in: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 19/5 (2009), 973–995 (dort auch zu kritischen Stimmen in Italien); *Murkens*, J.: We Want Our Identity Back – The Revival of National Sovereignty in the German Federal Constitutional Court’s Decision on the Lisbon Treaty, in: Public Law, 2010, i. E.
- 3 *Ruffert*, M.: An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 124/19 (2009), 1197–1208.

gen des Schlagabtauschs zu identifizieren<sup>4</sup> in der Hoffnung, vielleicht zu ihrem Abbau beizutragen.

## II. Politische Dimensionen des Lissabon-Urteils

### 1. Politische Reaktionen – auf ein politisches Urteil?

Bei allem Selbstverständnis der Staatsrechtslehre und Selbstbewusstsein der Staatsrechtslehrer ist das Urteil zunächst im politischen Raum bedeutsam. Es ergeht gegen Ende eines langen politischen Prozesses der EU-Reform, der nur vordergründig mit dem „Post-Nizza-Prozess“ begonnen und sich über die Stationen Laeken – Konvent – Regierungskonferenzen – Referenden (Frankreich, Niederlande) – erneute Regierungskonferenz – Referenden (Irland) und „Nachjustierungen“ erstreckt hat, sondern im Grunde seit der nachhaltigen Einbeziehung politischer Ziele in das Vertragswerk im Anschluss an das Binnenmarktprogramm 1985 läuft.<sup>5</sup> Die Dimensionen der politischen Herausforderung werden besonders sichtbar, wenn man die politischen Entwicklungen in dieser Zeit Revue passieren lässt, allen voran natürlich der Wegfall des Ost-West-Gegensatzes und die deutsche Wiedervereinigung 1989/90. Das Urteil ergeht auch – dies sei festgestellt, ohne dem Faktum *per se* Bedeutung beizumessen – zu Beginn der Endphase eines Bundestagswahlkampfes (der im Ergebnis – in der Geschichte der Bundesrepublik selten genug – zu einem Regierungswechsel führt) in einem „Superwahljahr“; allerdings auch in einer Zeit, in der die Europapolitik nicht ganz oben auf der politischen Agenda steht. Bundestag und Bundesrat mussten in der Sommerpause im Bundestagswahlkampf die Begleitgesetzgebung neu formulieren. Dabei haben die politischen Akteure, namentlich in den Ländern, ihre durch das Urteil (vermeintlich) gestärkte Position auszunutzen

- 4 Und auch Übertreibungen in der Zustandsbeschreibung wie bei der Wahl des Titels im Beitrag von *Fiebelkorn, V./Janz, N.*: Götterdämmerung I: Verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragung deutscher Hoheitsrechte auf die Europäische Union vor der Entscheidung des BVerfG zum Vertrag von Lissabon, in: *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter*, 23/9 (2009), 338–345; *dies.*: Götterdämmerung II: Verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragung deutscher Hoheitsrechte auf die Europäische Union nach der Entscheidung des BVerfG zum Vertrag von Lissabon, in: *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter*, i. E. Immerhin kommt nach der Götterdämmerung im „Ring“ ein Neuanfang.
- 5 Vgl. *Ruffert, M.*: Institutionen, Organe und Kompetenzen – der Abschluß eines Reformprozesses als Gegenstand der Europawissenschaft, in: *Schwarze, J./Hatje, A.* (Hg.): *Der Reformvertrag von Lissabon, Europarecht*, Beiheft 1/2009, 31–49.

versucht.<sup>6</sup>

Das Bewusstsein hierum mag den Vorsitzenden des Zweiten Senats, Vizepräsident *Vofßkuhle*, dazu veranlasst haben, bei der Verkündung sehr nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Urteil nicht um eine europapolitische Verlautbarung handelt. Dass es jedoch politische Wirkungen entfaltet, steht außer Frage. Dementsprechend stehen politische Äußerungen am Beginn der Reaktionen auf das Urteil. Tagespresse und Tagespolitik begrüßen es, dass der Vertrag von Lissabon in der Bundesrepublik Deutschland als verfassungskonform gelten kann.<sup>7</sup> Unsicherheiten über einzelne Urteilsinhalte und Befürchtungen darüber, dass die Begleitgesetze vielleicht doch nicht in der Sommerpause zu schaffen wären, werden in dieser ersten politischen Diskussionsphase durch typische tagespolitische Rhetorik verdrängt.<sup>8</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit Urteilsinhalten findet nicht statt. Auch die politischen Fronten bleiben klar: Die tendenziell „europaskeptische“ CSU (der zweifelhafte Wert solcher Charakterisierungen soll in diesem Beitrag noch problematisiert werden) erfreut sich am Prozessersfolg ihres Mitglieds *Gauweiler* und stellt einen 14-Punkte-Katalog für die Begleitgesetzgebung auf<sup>9</sup>. Nur vordergründig gilt diese Klarheit nicht für „Die Linke“, denn wer hätte erwartet, dass sie sich (ohne im Prozess mit ihren Anträgen durchgedrungen zu sein) weitgehend der CSU-Deutung des Urteils anschließt und das BVerfG im weiteren Verlauf der Debatte sogar als Garanten für ihre politischen Ansätze entdeckt? Bei näherem Hinsehen scheinen jedoch auch hier die Kontinuitäten tiefer zu reichen. Die europäische Integration ist historisch Bestandteil der über die Jahrzehnte erfolgreichen Politik der Westin-

6 S. etwa *Beer, N.*: Das Lissabon-Urteil und die Hausaufgaben für Berlin, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 20/17 (2009), 593–593; *Sonderkonferenz der Landtagspräsidenten*: Stärkere europapolitische Mitspracherechte der Landtage gefordert, Pressinformation des Thüringer Landtags v. 20.08.2009. Sehr instruktiv zur Begleitgesetzgebung aus politischer Perspektive *Hahn, J.-U.*: Die Mitwirkungsrechte von Bundestag und Bundesrat in EU-Angelegenheiten nach dem neuen Integrationsverantwortungsgesetz, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 20/21 (2009), 758–763.

7 *Müller, R.*: Weckruf aus Karlsruhe, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 01.07.2009, 1; *ders.*: Raum für die Gestaltung der Lebensverhältnisse, in: ebd., 3; *Kirchhof, P.*: Vereinigte Staaten von Europa wird es nicht geben, in: ebd., 11. Geradezu euphorisch *Prantl, H.*: Europäische Sternstunde, in: Süddeutsche Zeitung v. 01.07.2009, 4; noch stärker und allein emotional *Schelter, K.*: Karlsruhe und die Folgen, in: Sozialrecht in Deutschland und Europa, 48/8 (2009), 463–467. Hinzu kommt das (verdiente) Lob für den Senatsvorsitzenden, eine Einigung herbeigeführt zu haben: *Kerscher, H.*: Oberster Richter des Lissabon-Vertrags, in: Süddeutsche Zeitung, online-Ausgabe v. 30.06.2009.

8 S. die Beiträge in der Süddeutschen Zeitung v. 01.07.2009, 2, sowie *Weingärtner, D.*: Einflußreiche Nordlichter, in: Das Parlament v. 06.07.2009, 10. *Janisch, W.*: Hüter des Nationalstaates, in: ebd., 3.

9 Abrufbar (offensichtlich auch seinerzeit allein) unter: <http://www.thomas-silberhorn.de/pdf/positionspapiere/090715a.pdf>.

tegration der Bundesrepublik Deutschland. Ist es dann nicht folgerichtig, wenn die Nachfolgerin der DDR-Staatspartei sich auch noch Jahrzehnte später dieser politischen Entwicklung entgegenstemmt, und zwar an der Stelle, an der sich diese historischen Zusammenhänge am deutlichsten aufzeigen lassen, nämlich bei der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik? Auf einer solchen Ebene lässt sich das Urteil allerdings kaum als ein politisches kennzeichnen.

## 2. Europapolitik am Scheideweg

Seine politische Bedeutung könnte indes kaum deutlicher zutage treten als durch die äußerst heftige Kritik des früheren Bundesaußenministers *Fischer* in der Wochenzeitung „Die Zeit“ gut eine Woche nach dem Urteil. Düster werden hier die Richter des Zweiten Senats als rückwärtsgewandte Bremser geschildert, die sich dem Integrationsprojekt aus Furcht vor dem Phantom eines europäischen Bundesstaates entgegenstellen und so die Leistung der Integration ignorieren, eine unvergleichliche Friedensperiode in Europa herbeigeführt zu haben.<sup>10</sup> Wenn auch nicht mit gleicher rhetorischer Wucht gesellen sich hierzu Stellungnahmen von Zeitzeugen des europäischen Aufbruchs der 1950er Jahre, die dem kontrollorientierten Generalbass des BVerfG das historische Gewicht des Integrationsprozesses gerade auch mit Blick auf die deutsche Geschichte entgegenhalten.<sup>11</sup> In dieser Diskussion treten bereits diejenigen *topoi* und Entgegensetzungen auf, die auch die Debatte im Staatsrecht prägen und vielleicht unnötig verhärten: Alle sind auf der Seite der europäischen Integration, alle halten sich für „gute Europäer“, keiner redet einer radikalen Re-Nationalisierung das Wort. Aber – das soll sich wohl aus dem BVerfG-Urteil ergeben – das Europa der „weisen Männer“ mit ihrem Europa-Dünkel soll durch eine bewusste Entscheidung der Bürger für die Integration abgelöst werden: Hier das Europa der Eliten, dort das Europa der Bürger.

- 10 *Fischer, J.*: Ein nationaler Riegel, in: Die Zeit v. 09.07.2009, 3. Auffällig kritisch auch *Rüttgers, J.*: Mehr Macht für Europa, in: Süddeutsche Zeitung v. 15.07.2009, 2, sowie *ders.*, in: Bundesrat: Pl.-Prot. 861 v. 18.09.2009, 354f. Ferner *Proissl, W.*: Karlsruher Fehlurteil zur EU, in: Financial Times Deutschland v. 13.07.2009, 25; *Darnstädt, T./Hipp, D./Pfister, R.*: Wut und Tränen, in: Der Spiegel, 28/2009, 28–30.
- 11 *Grosser, A.*: Urteil zum Lissabon-Vertrag, Deutschland auf dem Sonderweg, in: Süddeutsche Zeitung v. 11.07.2009, 2. *Steindorff, E.*: Vom Zweiten Weltkrieg zu Europa, unveröffentlichtes Manuskript. Ähnlich (zeitlich nicht so weit zurückgreifend) *Lenz, C.O.*: Ausbrechender Rechtsakt, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 08.08.2009, 7.

Dass es zu dieser unglücklichen Zuspitzung kommt, liegt an grundlegenden Verschiebungen in der *rechtlichen* Konzeption der Europäischen Union seit der Vollendung des Binnenmarktes 1992. Die EWG der Römischen Verträge hatte ein klares Konzept: Frieden durch wirtschaftliche Integration und Wohlstand, Wohlstand durch Entfesselung wirtschaftlicher Freiheit, Freiheit durch rechtliche Integration (Gemeinsamer Markt/Binnenmarkt und Wettbewerbsrecht). Wenn diese Zusammenhänge ihre Bedeutung nicht verloren haben, sind sie in der neueren Europarechtsentwicklung in den Hintergrund gedrängt worden.<sup>12</sup> Die Realisierung sozialpolitischer Wunschvorstellungen (einschließlich der allgegenwärtigen „Nichtdiskriminierung“), die Gewährleistung eines Raums nicht nur der Freiheit und des Rechts, sondern auch der Sicherheit, sowie Umwelt- und Klimaschutz bedürfen in anderem Maße als die Integration durch Recht im klassischen Sinn proaktiven politischen Handelns auf supranationaler Ebene, und im Schrifttum ist dieser Wandel vielfach durch die wenig zielführende Entgegensetzung von negativer und positiver Integration begleitet worden.<sup>13</sup> Tatsächliches Ergebnis sind aber hoch umstrittene Rechtsakte bzw. Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung, zur Verwendung bestimmter Leuchtmittel („Glühbirne“) oder zu befristeten Arbeitsverträgen für ältere Arbeitnehmer, um nur einige Beispiele zu nennen.<sup>14</sup> Die Identifikation mit diesen politischen Zielen hat mit der generellen Haltung zur europäischen Integration im Kern wenig zu tun. „Guter Europäer“, oder „Euroskeptiker“ sind Kategorien, die nicht nur rechtlich irrelevant, sondern auch politisch aussageschwach sind. Gleiches gilt für den unsinnigen Begriff des „professionellen Europadeuters“ oder „Berufseuropäers“ – die Beschäftigung mit

12 Thematisiert namentlich von *Luczak, J.-M.*: Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, Berlin, 2009.

13 Namentlich das politikwissenschaftliche Schrifttum (*Offe, C.*: The European Model of „Social“ Capitalism: Can It Survive European Integration?, in: Journal of Political Philosophy, 11/4 (2003), 437–469, hier 447; s. auch: *Scharpf, F.W.*: The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, in: Journal of Common Market Studies, 40/4 (2002), 645–670) hat sich vom neutralen Ursprung des Begriffspaares positive/negative Integration entfernt, s. insbesondere *Tinbergen, J.*: Centralization and Decentralization in Economic Policy, Amsterdam, 1954, 74f. (noch unter dem Begriff der positive/negative centralization); *ders.*: Economic Policy: Principles and Design, Amsterdam, 1956, 178; *Mussler, W.*: Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, Baden-Baden, 1998, 62f.

14 EuGH, Urt. v. 22. 11. 2005, Rs. 144/04 (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981; EuGH, Urt. v. 10. 02. 2009, Rs. 301/06 (Irland/Parlament und Rat – Vorratsdatenspeicherung), abgedruckt in: Neue juristische Wochenschrift, 62/25 2009, 1801–1803; zur rechtlichen Regelung des „Glühbirnenverbotes“ *Wegner, B.*: Die Freiheit stirbt mit der Glühbirne (wieder ein Stück), in: Zeitschrift für Umweltrecht, 19/4 (2009), 169–171.

dem Integrationsrecht führt nicht zu einer Befürwortung jeden Rechtsakts.<sup>15</sup> Die politische Debatte um das Lissabon-Urteil ist auch Bestandteil der öffentlichen Suche nach zentralen unionsverfassungsrechtlichen und europapolitischen Grundorientierungen, wobei das fundamentale Ziel eines friedlichen Integrationsprozesses in Europa von allen Beteiligten erstrebt wird.<sup>16</sup>

In diese Suchbewegungen ist die Staatsrechtslehre involviert, und dementsprechend bezieht sie früh zu den politischen Implikationen des Urteils Stellung.<sup>17</sup> Dabei werden zunächst grundlegende staatsrechtliche bzw. staatstheoretische Konzepte (etwa die Souveränität) reflektiert.<sup>18</sup> Auch die gestärkte Rolle der nationalen Parlamente wird begrüßt, und die daraus abzuleitenden Folgerungen für die Parlamentsarbeit werden gezogen,<sup>19</sup> allerdings auch nach den Handlungsmöglichkeiten der Bundesrepublik Deutschland unter den neuen Bedingungen gefragt<sup>20</sup>. Vereinzelt schließen sich Autoren der politischen Forderung nach einem völkerrechtlichen Vorbehalt der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Ratifikation an,<sup>21</sup> die sich im Ergebnis nicht durchgesetzt hat, – mit zum Teil verblüffender Oberflächlichkeit in der Erörterung der völkerrechtlichen Vorgaben<sup>22</sup>. In der Verfassungsrechtslehre noch nicht verarbeitet sind die von der

- 15 „Berufseuropäer“ sieht *Hillgruber, C.*: Die besseren Europäer, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 10.09.2009, 8, am Werk; den Begriff des professionellen Europadeuters setzt *Heinig, H.*: Europäisches Verfassungsrecht ohne Verfassung(svertrag)?, in: Juristenzeitung, 62/19 (2007), 905–909, hier 905, ein.
- 16 Nur so sind Formulierungen zu erklären, nach denen die politischen Befürworter der Vertragsreform unternommen hätten, die „integrationsfreundlichen Kritiker des Vertrages zu Europegegnern abzustempeln“, so *Meessen, K. M.*: Wenn Gerichte in Europa Streit austragen, in: Neue Zürcher Zeitung v. 13.10.2009, 7.
- 17 An das Maastricht-Urteil anknüpfend *Kirchhof, P.*: Faszination Europa, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.09.2009, 8. Mit anderer Stoßrichtung *Callies, C.*: Interview, in: Neue Juristische Wochenschrift-aktuell, 62/30 (2009), XIV.
- 18 *Herdegen, M.*: Zeitgemäße Souveränität, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 24.07.2009, 9.
- 19 *Huber, P. M.*: Wer das Sagen hat, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, v. 10.09.2009, 8.
- 20 Instrukтив *Schliesky, U.*: Der überforderte Phönix, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 08.10.2009, 8. Vorher bereits *Niedobitek, M.*: The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective, in: German Law Journal, 10/8 (2009), 1267–1275, hier 1268; *Berschens, R.*: Gefesselte Regierung, in: Handelsblatt v. 08.07.2009, 6.
- 21 Im Schrifttum ausschließlich *Gärditz, K.F./Hillgruber, C.*: Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: Juristenzeitung, 64/18 (2009), 872–881, hier 877 f.
- 22 Aus Raumgründen können hier nur Fragen formuliert werden: Sind die irischen (und später tschechischen) Forderungen, auf die mit Zusagen reagiert wurde, wirklich Vorbehalte im technischen Sinn? Lässt das Vertragswerk mit seinen mannigfaltigen Protokollen und Erklärungen wirklich – zusätzlich – Vorbehalte zu (Art. 19 WVRK)? Muss nicht nach Art. 20 Abs. 3 WVRK das zuständige Organ der Organisation zustimmen und welches wäre dies (die Kommission)? Wären die zeitlichen Voraussetzungen für einen Vorbehalt erfüllt gewesen, wie sie die ILC in ihrem „Guide to Practice“ vorsieht (*International Law Commission: Report of the Fifty-Third Session (2001)*, UN Doc. A/56/10, 177.

Strafrechtslehre in die Diskussion eingespeisten Beiträge, was darin begründet sein mag, dass man sich dort mit der Rezeption des Europarechts partiell ausgesprochen schwertut.<sup>23</sup>

### 3. Bundesverfassungsgericht und Politik

Die Lissabon-Entscheidung steht aber auch im übergreifenden Kontext des generellen Verhältnisses des BVerfG zur Politik und den politischen Entscheidungsträgern. Vielfach ist in der Debatte die Einflussnahme auf den politischen Prozess durch das BVerfG im Sinne eines für die Politik verbindlichen Integrationskonzepts hervorgehoben worden.<sup>24</sup> Die offenkundig intendierte Stärkung des Deutschen Bundestages gegenüber der Bundesregierung durch das Urteil ist auch Gegenstand weiterer Entscheidungen des Sommers 2009 zum Recht der Untersuchungsausschüsse sowie zu parlamentarischen Fragerechten.<sup>25</sup> Angesichts des über lange Zeit beobachteten Prozesses der Entparlamentarisierung<sup>26</sup> wird offenkundig von Karlsruhe aus eine Gegenbewegung angestoßen. Die parlamentarische Kontrolle wird intensiviert, die Rechenschaftspflichten der Regierung gegenüber dem Parlament werden ausgedehnt, und – nur dies im Kontext der europäischen Integration – die neu geschaffene Integrationsverantwortung wird parlamentszentriert ausgestaltet.<sup>27</sup> Regierungspolitiker mögen über den Zuwachs

23 Anders als die veritablen Strafrechtler (s. den instruktiven Beitrag von *Ambos, K./Rackow, P.*: Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/8 (2009), 397–405) bedenken offensichtlich die „Strafrechtler“ ihre Äußerungen nur wenig und zählen z. B. alle in der Anhörung von BTag und BRat zu den neuen Begleitgesetzen angehörten Sachverständigen zu den „bedenkenlosen ‚Europarechtlern‘“; *Schünemann, B.*: Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/8 (2009), 393–396, hier 395.

24 Namentlich von *Nettesheim, M.*: Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 62/39 (2009), 2867–2869, hier 2868; *dems.*: Entmündigung der Politik, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 27.08. 2009, 8.

25 BVerfG, Beschluss v. 01.07.2009, 2 BvE 5/06 (Beantwortung Kleiner Anfragen), abgedruckt in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 124/17 (2009), 1103–1107, und BVerfG, Beschluss v. 17.06. 2009, 2 BvE 3/07 (BND-Untersuchungsausschuss, abgedruckt in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 124/17 (2009), 1107–1110.

26 S. nur *Herdegen, M.* und *Morlok, M.*: Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung, in: *Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 62 (2003), 7–36 und 37–84. Im Vorfeld *Ruffert, M.*: Entformalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung, in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 117/17 (2002), 1145–1154, sowie im Umfeld zahlreiche Schriften von *Papier, H.-J.*

27 Die Integrationsverantwortung wird im Urteil (BVerfG, Vertrag von Lissabon, a. a. O.) in Ziff. 236 (bzw. Leitsatz 2) eingeführt.

parlamentarischen Einflusses nicht begeistert sein.

### III. Rechtswissenschaftliche Rezeption und Kritik

Es sind nicht die politischen Großdebatten allein, die zu der bekannten deutlichen, ja heftigen Reaktion in weiten Teilen der Staatsrechtslehre gesorgt haben. Verantwortlich für die Schärfe der wissenschaftlichen Diskussion dürfte vor allem zweierlei sein: zum einen die Fülle unvorhersehbarer normativer Vorgaben bei gleichzeitig vorhersehbarer Kontinuität in den Kernaussagen, zum anderen die starke Theorieorientierung weiter Teile des Urteils bei gleichzeitig weitgehender Ausblendung der wissenschaftlichen Theoriediskussion – beides versehen mit hohem verfassungsrechtlichen Absolutheitsanspruch.<sup>28</sup>

#### 1. Vorhersehbares und Unvorhersehbares

Es ist zunächst die konkrete Kombination zwischen Vorhersehbarem und Unvorhersehbarem im Lissabon-Urteil, die viele Reaktionen hervorgerufen hat. Das Vorhersehbare ist auch in der urteilskommentierenden Literatur für unspektakulär gehalten worden. Wer schon auf der Grundlage des Maastricht-Urteils Kritik an der Ungleichgewichtung von mitgliedstaatlichen Parlamenten und Europäischem Parlament bei der Legitimation der EU oder an der Rechtsfigur des „ausbrechenden Rechtsakts“ geübt hat, musste dies nach dem Lissabon-Urteil nicht wiederholen.<sup>29</sup> Eine konzeptionelle Abkehr des BVerfG war hier kaum zu erwarten. Insbesondere drei Kerngehalte des Urteils entwickeln jedoch die bisherige Rechtsprechung in unvorhergesehener Weise weiter, namentlich:

- das nachhaltige Bestreiten der vormals anerkannten, ergänzend legitimierenden Funktion des Europäischen Parlaments,<sup>30</sup>

28 Plastisch *Jestaedt, M.*: Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah, in: *Der Staat*, 48/4 (2009), 497–516, hier 501 und 502 (zitiert nach der Druckfahne): Anders als im Maastricht-Urteil werden „[i]n Sachen Europa [...] im Lissabon-Urteil keine Gefangenen mehr gemacht: Duktus und Habitus der Begründung zielen aufs Große und Ganze.“ bzw. der Zweite Senat sei „[...] angetreten, um in Sachen Europa aus grundgesetzlicher Sicht einmal richtig klar Schiff zu machen und Wegweisung für die Zukunft zu geben“.

29 Zur Kontinuität *Wohlfahrt, C.*: *The Lisbon Case: A Critical Summary*, in: *German Law Journal*, 10/8 (2009), 1277–1285; die Weiterentwicklung erläuternd *Schorkopf, F.*: *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon*, in: *German Law Journal*, 10/8 (2009), 1219–1240.

30 BVerfG, Vertrag von Lissabon, a. a. O., insbesondere Ziff. 280. Kritisch insbesondere *Halberstam, D./Möllers, C.*: *The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland“*, in: *German Law Journal*,

- die Errichtung materieller Integrationshürden über Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3 GG<sup>31</sup> (in Verbindung mit der Subjektivierung von Art. 146 GG<sup>32</sup>) sowie
- die Entfaltung einer gesonderten Integrationsverantwortung vor allem als Kontrollverantwortung<sup>33</sup>.

Wie immer man zu diesen Entwicklungen stehen mag, so kann es doch kaum Erstaunen hervorrufen, dass sich an diesen Punkten eine kritische Diskussion entzündet hat. Selbst wenn die Probleme des Wahlrechts zum Europäischen Parlament nicht oft genug kritisch thematisiert werden können, so ist es doch in der bisherigen Diskussion als nicht fernliegend angesehen worden, dass Demokratie auf inter- und supranationaler Ebene möglicherweise anders konstruiert ist als im Staat des Grundgesetzes, ohne dass dies zu Verfassungsverstößen führt,<sup>34</sup> und entsprechend scharf sind die Kommentare, die dem BVerfG vorwerfen, sich zum Richter über die Parlamentsqualität aufzuschwingen und wesentliche Gestaltungsoptionen im Rechtsvergleich zu übersehen.<sup>35</sup> Selbst wenn über materielle Integrationsgrenzen schon vorbereitende Arbeiten vorliegen – namentlich in

- 10/8 (2009), 1241–1257, hier 1247 ff.; ähnlich *Tomuschat, C.*: The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon, in: *German Law Journal*, 10/8 (2009), 1259–1261, hier 1261.
- 31 BVerfG, Vertrag von Lissabon, a. a. O., Ziff. 252 ff. Sehr kritisch *Jestaedt, M.*, a. a. O., 506. *Schröder, M.*: Das Karlsruher Konzept der europäischen Integration, in: FS-Fiedler, Ms., sub II 4 d, hält sie nicht für überraschend. Viele Stimmen sehen hier einen Ansatz zur – bislang verpönten – materiellen Staatsaufgabenlehre: *Schliesky, U.*: Deutschland in Europa – Verfassungsrechtliche Eckpfeiler für den Fortgang der europäischen Integration aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts (Arbeitspapiere des Lorenz-von-Stein-Instituts), im Erscheinen, sub III.; *Möllers, C.*: Europa in der Zwickmühle (Beitrag in einem Streitgespräch), in: *Süddeutsche Zeitung* v. 21.08.2009, 12.
- 32 BVerfG, Vertrag von Lissabon, a. a. O., Ziff. 180. Dagegen deutlich *Nettesheim, M.*: Ein Individualrecht auf Staatlichkeit?, a. a. O., 2869. Befürwortend hingegen *Gärditz, K. F./Hillgruber, C.*, a. a. O., 872.
- 33 BVerfG, Vertrag von Lissabon, a. a. O., Ziff. 239 ff. Deutlich *Schliesky, U.*, a. a. O., sub IV 2, der den Begriff als „Euphemismus“ bezeichnet und von „Blockade- und Austrittsverantwortung“ spricht. Für *Frenz, W.*: Europarechtsabwehr vor dem BVerfG nach dem Lissabon-Urteil, in: *Verwaltungsarchiv*, 100/4 (2009), 475–504, geht es vordergründig um Abwehr des Europarechts, vor allem analysiert er aber die Folgen des Urteils für den Grundrechtsschutz. Deutlich demgegenüber *ders.*: Unabwendbares Europarecht nach Maßgabe des BVerfG?, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 20/8 (2009), 297–303.
- 34 Hierzu namentlich *Callies, C.*: Optionen zur Demokratisierung der Europäischen Union, in: Bauer, H./Huber, P. M./Sommermann, K.-P. (Hg.): *Demokratie in Europa*, Tübingen, 2005, 281–317; *ders.*: Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund: Eine Analyse mit Blick auf den Konventsentwurf für einen Europäischen Verfassungsvertrag, in: Bröhmer, J. u. a. (Hg.): *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Köln u. a., 2005, 399–421.
- 35 *Möllers, C.*: Was ein Parlament ist, entscheiden die Richter, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 16.07.2009, 27; *Schönberger, C.*: *Lisbon* in Karlsruhe: *Maastricht's* Epigones At Sea, in: *German Law Journal*, 10/8 (2009), 1201–1218, hier 1215.

Schriften des Berichterstatters kann man sie bis in die Formulierungen hinein finden<sup>36</sup> –, so ist doch eine solche Aufladung von Art. 79 Abs. 3 GG ungewöhnlich und provoziert Mutmaßungen über die Quellen der entsprechenden Inhalte, etwa im konkreten Vertragstext.<sup>37</sup> Und selbst wenn um die Kontrollkompetenzen des BVerfG im Verhältnis zum EuGH seit langem gerungen wird (was hier gesondert abgehandelt werden soll), nimmt es nicht wunder, dass manche deren offenkundige Ausweitung als eine Art „Kriegserklärung“ an den EuGH verstehen.<sup>38</sup> Erstaunen ruft die im Senat einstimmig abgesicherte (und in der Begründung nur mit einem einzigen formalen Widerspruch – ohne Sondervotum – versehene) Rechtsprechungsentwicklung in den Urteilsgründen vor allem deswegen hervor, weil sie die *scientific community* unvorbereitet getroffen hat. Im reichhaltigen Schrifttum zum Vertrag von Lissabon findet man kaum Anhaltspunkte dafür, dass gerade dieser Vertrag verfassungswidrige Inhalte transportieren soll<sup>39</sup> und nach einer Begrenzung der Macht der EU in demokratisch-parlamentarischer, materieller oder kompetenzieller Hinsicht geradezu schreit – so sehr Demokratiedefizit, Verhältnis Integration-Identität und Kontrollkompetenzen allgemeine Themen des Europarechts bleiben und bleiben müssen. Verständlich ist es aber, wenn sich Autoren zu Wort melden, die vorher mit Vorschlägen zur Auflösung der thematisierten Probleme und zur Überwindung von Inkonsisten-

- 36 Bekanntermaßen erhellend *Di Fabio, U.*: Der neue Art. 23 des Grundgesetzes – Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, in: *Der Staat*, 32/2 (1993), 191–217. Eine sehr aufschlussreiche Passage aus *Di Fabio, U.*: Die Kultur der Freiheit, München, 2005 (ein Buch, das im Übrigen Denkanstöße enthält, die Beachtung finden sollten), sei hier wörtlich wiedergegeben. Es heißt auf S. 54 f. unter der Überschrift „Nationalstaatliche Kultur unter den Zwängen überstaatlicher Herrschaft“: „[...] Die Bürger verlieren die Orientierungsmarken für die eigene Beurteilung, wenn sie nicht mehr in dem Bezugsrahmen einer eigenen, historisch gewachsenen öffentlichen Kultur, mit ihren Tiefenschichten der Legenden, Sagen und Märchen, ihren kollektiven Erfahrungen, ihren Sprichwörtern, Klugheitsregeln und dem Geist der eigenen Sprache mit ihren komplexen Verweisungen, Konnotationen und Evidenzen politische Fragen beurteilen können. Das alles macht Demokratie nicht unmöglich, zehrt aber an der Überzeugungskraft ihrer Idee und an ihren Legitimationsgrundlagen.“ Die Legenden, Sagen, Märchen und Sprichwörter haben es (leider?) nicht in BVerfG, Vertrag von Lissabon, a. a. O., Ziff. 249 und 260, geschafft.
- 37 Zustimmung hingegen *Pache, E.*: Das Ende der Europäischen Integration? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 36/12–16 (2009), 285–298, hier 295.
- 38 In diesem Sinne *Oppermann, T.*: Den Musterknaben ins Bremserhäuschen! – Bundesverfassungsgericht und Lissabon-Vertrag, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 20/14 (2009), 473, sowie *Schliesky, U.*, a. a. O., sub V.
- 39 Für den Nicht-Strafrechtler (zur Kategorie des „Strafrechtlers“ s. auch Fn. 23) drängt sich dies nicht einmal beim Blick ins strafrechtliche Schrifttum auf (s. etwa die bei *Zimmermann, F.*: Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: *Jura*, 31/11 (2009), 844–851, referierte Literatur), obwohl im Strafrecht offenkundig die größten Probleme liegen.

zen und Defiziten zur Debatte beigetragen hatten. Wenig erstaunlich kann es auch sein, wenn sich dieses Schrifttum einer Konzeption entgegenstemmt, die theoretische und dogmatische Weiterentwicklungen des Integrationsverfassungsrechts über eine streitbare Deutung des Art. 146 GG auf die legale Revolution verweist und damit letztlich vom Boden des Grundgesetzes verdrängt. Wer will sich schon so in die verfassungsrechtliche Diskussion eingeordnet sehen – und sei es auch nur als Sonderopfer für den rechtspolitischen Kniff, eine Volksabstimmung in EU-Fragen über den Schleichweg des Art. 146 GG im Grundgesetz zu installieren. Jedenfalls sind die Probleme für eine zweigliedrige Negativkategorisierung – hier die willfähigen Berufseuropäer, dort die souveränitätsbeauschteten Ewiggestrigen – erheblich zu komplex.<sup>40</sup>

## 2. Theorieüberschuss und Theoriedefizit

Ähnliche Effekte sind aufgrund des Beitrags des Lissabon-Urteils zur europarechtswissenschaftlichen Theoriediskussion zu beobachten. In den Stellungnahmen besteht ein mehr oder weniger breiter Konsens über einen Theorieüberschuss im Urteil. Die theoretischen Aussagen des BVerfG transportieren deutlich mehr Inhalte als zur Unterfütterung des Subsumtionsteils erforderlich. Die Kernaussagen – Verfassungskonformität des Vertrages von Lissabon und verfassungsrechtliche Defizite der Begleitgesetzgebung – hätten keiner lehrbuchartigen Abhandlung zu Staatenverbund und Souveränität bedurft; die Formulierung der Vorbehaltsbereiche bleibt für den Vertrag von Lissabon folgenlos.<sup>41</sup>

Dennoch kanonisiert das BVerfG einen Ausschnitt aus der vorherigen Theorie-diskussion. Das Staatenverbundskonzept wird weiterentwickelt – wohl mit einer geringeren Gewichtung des Verbundgedankens<sup>42</sup>. Alternative Konzeptionen werden nicht angesprochen oder sehr knapp verworfen<sup>43</sup>. Dort, wo das BVerfG in bestehende Diskurse hätte eintreten können, bleiben diese unerwähnt oder werden nur angedeutet, was an zwei Punkten illustriert werden kann: (1) Das

40 Unterkomplex auch *Baumgart, J.-K.*: Ja zum Vertrag von Lissabon, aber..., in: *Neue Justiz*, 63/8 (2009), 309–431, hier 314: „Solange das Grundgesetz gilt, ist Deutschland im Zweifelsfall wichtiger als Europa [...]“.

41 Zum ersten *Calliess, C.*: Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen..., in: *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 12/4 (2009), 505–528, hier 505, zum zweiten *Ruffert, M.*: An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts, a. a. O., 1202 ff.

42 S. *Schröder, M.*, a. a. O., sub II 1.

43 Bemerkenswert der Umgang mit dem Konzept *Schönbergers* in BVerfG, Vertrag von Lissabon, a. a. O., Ziff. 347.

BVerfG nimmt ersichtlich Bezug auf ein neueres Souveränitätsverständnis, das in den 1990er Jahren von den amerikanischen Politikwissenschaftlern *Chayes* und *Handler-Chayes* als „*new sovereignty*“ herausgebildet wurde<sup>44</sup>. Wenn ein solches Souveränitätsverständnis rezipiert werden soll, ließe sich das durchaus explizieren; wenn die ausdrückliche Inbezugnahme aber unterbleibt, sind kritische Einwände zu erwarten.<sup>45</sup> (2) Die intensive Betonung der nationalstaatlichen Demokratie ist vor einigen Jahren in der amerikanischen Verfassungsrechtslehre, namentlich in Yale, vorgedacht worden.<sup>46</sup> Soll hieran angeknüpft werden? Die unspezifische Befürchtung, dass dies so sei, löst möglicherweise intensivere Kritik aus, als eine Auseinandersetzung mit den Thesen aus Yale dies getan hätte. Vielleicht hätte man so auch dem Vorwurf begegnen können, das Urteil sei „sehr deutsch“<sup>47</sup>.

## IV. Verhältnis BVerfG-EuGH

### 1. Zuspitzung eines Konflikts?

Politische und rechtswissenschaftliche (theoretische wie dogmatische) Streitfragen hätten jedoch keine entsprechend heftige Resonanz auszulösen vermocht, enthielte das Urteil nicht auch pointierte (wenngleich partiell unscharfe und damit entwicklungs offene) Aussagen über die Kontrollfunktion des BVerfG im europarechtlichen Alltag und damit über das Verhältnis zum EuGH.

Häufig wird das Urteil daher als Stellungnahme in einer Auseinandersetzung empfunden, die den Boden der Seriosität vielfach zu verlassen droht. Das Verhältnis der Kontrollkompetenz des EuGH zu derjenigen der nationalen obersten Gerichte bzw. Verfassungsgerichte ist Gegenstand zahlreicher umfassender Analysen gewesen, ohne dass alle Probleme hätten beseitigt werden können – wenn es hierzu überhaupt eine einfache Möglichkeit gibt<sup>48</sup>. Die Diskussion der letzten

44 *Chayes, A./Handler Chayes, A.*: The New Sovereignty, Cambridge, 1995.

45 Erläuternd anhand des neuartigen Souveränitätsverständnisses *Herdegen, M.*: Informalisierung und Entparlamentarisierung, a. a. O.

46 S. vor allem *Rubinfeld, J.*: The Two World Orders, in: The Wilson Quarterly, 27/4 (2003), 22–36.

47 *Möllers, C.*, a. a. O.

48 S. (neben der überbordenden Aufsatzliteratur) nur die grundlegenden Arbeiten von *Mayer, F. C.*: Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, München, 2000, und *Sauer, H.*: Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystem, Berlin, 2008, sowie aus dem internationalen Schrifttum *Rasmussen, H.*: The European Court of Justice, Kopenhagen, 1998, und ferner – aus politikwissenschaftlicher Sicht – *Höreth, M.*: Die Selbstautorisierung des Agenten, Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum US Supreme

Monate vor dem Lissabon-Urteil ist indes von Verzerrungen und Verschärfungen geprägt, die den Problemen nicht gerecht werden. Wenn der frühere Inhaber des höchsten deutschen Staatsamts gegenüber dem EuGH den Vorwurf der Rechtsbeugung erhebt, müsste dies durch mehr unterlegt sein als durch das Zitieren von Rechtsprechungslinien, deren Frag- und Diskussionswürdigkeit von wenigen bestritten wird (und deren Konsistenz im übrigen umstritten ist)<sup>49</sup>. Rechtsbeugung (§ 339 StGB) setzt Vorsatz voraus!<sup>50</sup> Wenn auch sonst berechtigte Kritik an einzelnen Urteilen oder Rechtsprechungstendenzen in einen Frontalangriff auf die Institution umschlägt, so könnte man zumindest erwarten, dass der Erkenntnisstand über die Kompetenzprobleme und methodischen Entwicklungen oder auch Defizite beim EuGH berücksichtigt und ausgewertet (und dann natürlich auch möglicherweise verworfen) werden. Wenn man über 50 Jahre nach den Römischen Verträgen und über 15 Jahre nach der umfassenden Kompetenzerweiterung durch den Vertrag von Maastricht (und kurz vorher durch die Einheitliche Europäische Akte) den EuGH immer noch mit dem Attribut „Motor der Integration“ versieht, so muss sich diese Kennzeichnung mit zwei Realitäten wenigstens auseinandersetzen: Erstens spiegeln sich Tendenzverschiebung in der Grundausrichtung europäischer Politik auch in der Rechtsprechung des EuGH wieder. Verschiedene Politikziele sind nicht integrationsorientiert, sondern haben politisches Eigengewicht – Antidiskriminierung, Sicherheit, Gesundheitsschutz (wiederum beispielhaft) –, und so wird durch Urteile wie *Mangold*, *Pupino* oder *Tabakwerbung II* nicht zwingend die europäische Integration angekurbelt.<sup>51</sup> Zweitens ist der EuGH nach vielfacher Beobachtung in einigen Bereichen, namentlich bei der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, deutlich vorsichtiger geworden, wenn es um die Beachtung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume

Court, Baden-Baden, 2008. Mit diesem Schrifttum setzen sich z. B. *Jahn, J.*: Europarichter überziehen ihre Kompetenzen, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 61/25 (2008), 1788–1789, und *Wieland, J.*: Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 62/26 (2009), 1841–1845, in ihren viel beachteten Beiträgen nicht auseinander.

49 *Herzog, R./Gerken, L.*: Stoppt den Europäischen Gerichtshof, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 08.09.2008, 8. Es bleibt dabei: Dieser Vorwurf ist verantwortungslos, wenn er nicht umfassend (also auch hinsichtlich des Vorsatzes) substantiiert wird; s. das Zitat in *Jahn, J.*: Karlsruhe prüft die „Hydra von Brüssel“, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 29.06.2009, 11, rechte Spalte Mitte.

50 Und es ist sogar umstritten, ob bedingter Vorsatz ausreicht oder ob es nicht eines bewussten überzeugungswidrigen Handelns bedarf: *Cramer, P./Heine, G.*, in: Schönke, A./Schröder, H. (Hg.): *StGB*, 27. Aufl., München, 2006, § 339, Rn. 7a.

51 S. EuGH, Urt. v. 10.12.2002, Rs. 491/01 (The Queen/BAT und Imperial Tobacco – Tabakwerbung II), Slg. 2002, I-11453; EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. 144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981; EuGH, Urt. v. 16.06.2005, Rs. 105/03 (Pupino), Slg. 2005, I-5285.

geht; im Einzelfall ist die Zurückhaltung sogar in ängstlichen *self restraint* umgeschlagen<sup>52</sup>. Soll man eine solche Institution „stoppen“?

## 2. Eine neue Kontrolldimension und ihre gesetzliche Begleitung

Die Lektüre des Lissabon-Urteils legt relativ rasch offen, dass in der Anwendung der Absatz-Nrn. 240 und 241 zur Kompetenzkontrolle die eigentliche Schlussfolgerung aus seinen theoretisch-dogmatischen Fort- und Neuentwicklungen liegen kann. Brückenklauseln, Notbremsen und Ausdehnung des Strafrechts beschreiben seltene Ausnahmesituationen, so dass das neue Integrationsverantwortungsgesetz schon als „Sonntagsgesetz“ tituliert wurde<sup>53</sup>. Vertragsrevisionen sind nicht absehbar. Es ist also die Kompetenzkontrolle, bei der es zum Schwur kommen wird.<sup>54</sup> Die rasch aufflammende, lebhaftige Debatte hierüber erinnert an die Diskussion im Gefolge des Maastricht-Urteils und war von daher zu erwarten.

Auf diesem Hintergrund sind schon früh Vorschläge zur Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung, die das BVerfG selbst anregt,<sup>55</sup> vorgelegt worden. In beinahe<sup>56</sup> allen Überlegungen spielt die Vorlage vom BVerfG an den EuGH eine

52 Nicht anders kann man sich die allseits kritisierte, auf einer kaum belastbaren, knappen Verhältnismäßigkeitsprüfung (mit großem mitgliedstaatlichen Spielraum) beruhende zweite Doc-Morris-Entscheidung erklären, EuGH, Urt. v. 19.05. 2009, Rs. 171/07 und 172/07, abgedruckt in: Neue Juristische Wochenschrift, 62/29 (2009), 2112–2116, dazu kritisch *Eichenhofer, E.*: Anmerkung, in: Medizinrecht, 27/10 (2009), 597f.; *Fuchs, T.*: Anmerkung, in: Juristenzeitung, 64/15–16 (2009), 793; *Herrmann, C.*: Anmerkung, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 20/12 (2009), 413–415; *Martini, M.*: Anmerkung, in: Neue Juristische Wochenschrift, 62/29 (2009), 2116; *Streinz, R.*: Anmerkung, in: Juristische Schulung, 49/11 (2009), 1034–1037.

53 *Calliess, C.*, in: Anhörung von Sachverständigen zu den Gesetzentwürfen zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Lissabon-Vertrag, Niederschrift/Wortprotokoll [abrufbar unter [http://bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a21/anhoerungen/90\\_sitzung/wortprotokoll.pdf](http://bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a21/anhoerungen/90_sitzung/wortprotokoll.pdf)], 47. In diesem Sinne auch *Nettesheim, M.*: Ein Individualrecht auf Staatlichkeit?, a. a. O., 226f.

54 Deutlich *Calliess, C.*: Unter Karlsruher Totalaufsicht, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 27.08. 2009, 8; *ders.*: Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union, a. a. O., 515 ff., zu den besonderen Folgen der Identitätskontrolle, und auch in Auseinandersetzung mit der besonderen Rolle von *Frank Schorkopf* bei der Interpretation des Urteils (s. etwa *Schorkopf, F.*: Die Europäische Union im Lot – Karlsruhes Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 20/20 (2009), 718–724). Nach *Pache, E.*, a. a. O., 297, stellt die Kontrollkompetenz die Grundlage der EU, ihre Funktionsfähigkeit und Existenz in Frage.

55 BVerfG, Vertrag von Lissabon, a. a. O., Ziff. 241.

56 Allein *Gärditz, K.F./Hillgruber, C.*, a. a. O., 873, halten sogar die Konzentration der Kompetenzkontrolle beim BVerfG für eine unzulässige Verringerung des Schutzes der parlamentarisch-demokratischen Entscheidungsfreiheit. Für *Sauer, H.*: Jurisdiktionskonflikte, a. a. O., 197, ist sie – mit anderer Stoßrichtung – „trotz guter rechtspolitischer Gründe systemwidrig.“

Schlüsselrolle<sup>57</sup>. Bedauerlicherweise ist gerade diese notwendige Diskussion eskaliert. Einzelne haben sich veranlasst gesehen, das BVerfG gegen eine als Kampagne gekennzeichnete Kritik in Schutz zu nehmen – als ob die Kritik der Rechtsprechung nicht zum Geschäft der Wissenschaft gehörte<sup>58</sup>. Ein Gesetzgebungsvorschlag mit Unterschriftensammlung ist in der Gerüchteküche zur Aktion gegen das BVerfG mutiert.<sup>59</sup> Greifbare Ergebnisse hat die Diskussion vielleicht auch deswegen noch nicht gezeitigt. Im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP ist eine entsprechende Gesetzesnovelle nicht vorgesehen, wobei allerdings auch sehr gute Gründe gegen eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorgetragen werden, namentlich die Vermeidung eines offenen Konflikts,<sup>60</sup> sozusagen der legislative Fehdehandschuh gegen den EuGH. Diskutiert man schließlich gesetzliche Einschränkungen der Kompetenzkontrolle, so darf es nicht um ein machtpolitisch-unspezifisches „Stoppt das BVerfG“ gehen, sondern um das handhabbare, akzeptable und vor allem verfassungsrechtlich tragfähige Austarieren der Konfliktlage, als dessen wesentlicher Eckpfeiler auch in Deutschland Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV (ex-Art. 220 EGV) neben den grundgesetzlichen Vorgaben beachtlich bleiben muss. In der politischen Diskussion könnte das BVerfG zum Befreiungsschlag ausholen, wenn es sich in den anhängigen Verfahren Mangold oder Vorratsdatenspeicherung zu einer Vorlage nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EGV) durchringen würde. Mit einem solchen Coup könnten weite Teile der Kritik an der im Urteil formulierten Kontrollkompetenz entkräftet und der Dialog mit dem EuGH (wieder) aufgenommen werden.

57 *Sauer, H.*: Kompetenz- und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 42/7 (2009), 195–198, hier 198; *Wolff, H.A.*: De lege ferenda: Das Integrationskontrollverfahren, in: *Die Öffentliche Verwaltung*, i. E., sub III 2 d und 3 (zusätzlich: Nichtigkeitsklage zur Erfüllung des Subsidiaritätskriteriums); *Pache, E.*, a. a. O., 298.

58 *Hillgruber, C.*: Die besseren Europäer, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 10.09.2009, 8. Es ist ebenso bemerkenswert wie unglücklich, wenn sich angesehene Vertreter der Staatsrechtslehre verbal dem Niveau der skurrilen Äußerungen des „Die Linke“-Abgeordneten *Dehm* annähern, der in der gemeinsamen Anhörung der Europaausschüsse von BT und BR die Kritiker der BVerfG-Entscheidung als „Verfassungsfeinde“ beschimpft hatte, was vom Vorsitzenden gerügt wurde (Wortprotokoll, a. a. O., 71 f. bzw. 80).

59 Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – Auswege aus dem drohenden Justizkonflikt, abrufbar unter: [www.whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf](http://www.whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf). Auch die vom BVerfG (2 BvR 2136/09 v. 22.09.2009) mit knappen Worten zurückgewiesene Verfassungsbeschwerde vom 16.09.2009 bemüht diese Argumentationslinie. Auf der Webseite <http://www.europolis-online.org> kann man den Text der Verfassungsbeschwerde und zahlreiche Argumente gegen den zurückweisenden Beschluss nachlesen – und darüber staunen, welche Haltung der Autor der Argumente gegen das Bundesverfassungsgericht einnimmt.

60 *Classen, C.D.*, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett, in: *Juristenzeitung*, 64/18 (2009), 881–889, hier 888, der eine solche Regelung für europarechtswidrig hielt, ähnlich *Sauer, H.*: Jurisdiktionskonflikte, a. a. O., 197.

## V. Ausblicke

Für die Verfassungsrechtslehre lautet das Gebot der Stunde indes, die sachlich-kritische Diskussion fortzuführen und sich nicht vom politischen Geschehen blenden oder gar vereinnahmen zu lassen. Die institutionelle Stärke des EuGH wie des BVerfG gegenüber der Tagespolitik gereicht der Rechtswissenschaft langfristig eher zum Vorteil. Wenn im Urteil tatsächlich ein Grundkonflikt zwischen Politik und Recht aufbricht<sup>61</sup> (daran sollten Zweifel erlaubt sein), sollte er nicht von vornherein zugunsten der Politik entschieden werden. So überzeugend sind die Abläufe in der Europapolitik nicht, wie die Entscheidungsfindung über die Besetzung der EU-Spitzenämter gerade wieder illustriert hat<sup>62</sup>. Rechtspolitisch hat das BVerfG sehr zu Recht den Finger in manche Wunde gelegt, deren Heilung der Europarechtslehre noch nicht gelungen war – von der europapolitischen Praxis ganz zu schweigen. Ob die nationalen politischen Prozesse deswegen attraktiver sind, steht freilich auf einem anderen Blatt. Von der Blockadehaltung eines selbstverliebten Staatspräsidenten mit Scheinargumenten völkerrechtswidrigen Inhalts ist das BVerfG glücklicherweise so weit entfernt, dass vielleicht in diesem Kontext lieber nicht Erinnerung gerufen werden sollte, wer tatsächlich das „letzte Wort“ beim Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon hatte<sup>63</sup>. Dass sich Deutschland europapolitisch nicht in einer Randsituation befindet, sondern die Haltung seiner Organe zur Integration Vorbildwirkung entfaltet, bedarf schon eher der nachdrücklichen Erwähnung<sup>64</sup>.

Das Urteil hat in der Wissenschaft vor allem deswegen für so viel Aufsehen gesorgt, weil viele nun Türen zugeschlagen sehen, die bislang als weit offen stehend betrachtet wurden und Zugänge zu neuen Wegen der Auflösung grundsätzlicher Probleme rechtlich geordneter und demokratisch legitimierter Herrschaft geboten haben. Wer sich im geschlossenen Gebäude des Grundgesetzes einem klaustrophoben Schub ausgesetzt sieht, wird an den Türen rütteln. Hinzu kommt der ganz banale Wunsch, endlich mit dem Lissabon-Vertrag arbeiten zu

61 So *Nettesheim, M.*: Ein Individualrecht auf Staatlichkeit?, a. a. O., 2268.

62 Und die arroganten Auftritte manches Kommissionsmitarbeiters bei juristischen Fachtagungen sind Legion!

63 Über die vorausgehende Entscheidung des Tschechischen Verfassungsgerichts ist nur eine Pressemitteilung in englischer Sprache verfügbar (<http://www.usoud.cz/clanek/2144>). Sie lässt aber (wie schon die Vorgängerentscheidung) ein Demokratie- und Souveränitätskonzept erkennen, das offener ist als das des amtierenden tschechischen Präsidenten.

64 Hierauf weist *Bogdandy, A. v.*: Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, i. E., sub IV., nachdrücklich hin.

können, dessen Schwächen, aber auch eindeutige Stärken seit langem bekannt sind und dessen Inkrafttreten Ruhe in eine selbstzerstörerische europapolitische Debatte bringen kann. Wenn das BVerfG sein Ergebnis in großem Konsens trifft, ist dies sicher Zeichen für ein Meinungsbild, das über die Pluralität von Richterpersönlichkeiten, politische Grundüberzeugungen und Weltanschauungen hinwegreicht. Wenn andererseits in der Rechtswissenschaft gleichlautend und unabhängig voneinander ähnliche kritische Bemerkungen vernehmbar werden, ist dies im pluralen Diskurs der Staatsrechtslehre kein Zeichen für eine Kampagne, sondern angesichts der über weite Strecken mit einem Absolutheitsanspruch versehenen Neuerungen und Weitungen im Urteil geradezu erwartbar gewesen – muss sich freilich (und selbstverständlich) aber Argument für Argument in der kritischen Diskussion bewähren. Diese Diskussion kann auch daran anknüpfen, dass das Bundesverfassungsgericht mit den Postulaten der Europarechtsfreundlichkeit und der Integrationsverantwortung neue verfassungsrechtliche Konzepte aufgreift bzw. formuliert, die der wissenschaftlich-inhaltlichen Ausfüllung harren, weil sie im Urteil selbst noch eher folgenlos geblieben sind<sup>65</sup>. Diese Diskussion legt schließlich durchaus Brüche offen, grundlegende Meinungsunterschiede in der Staatsrechtslehre, die vielfach überwunden zu sein schienen oder auch mit Lippenbekenntnissen zu Europa, der Demokratie oder wozu auch immer überdeckt worden waren. Es führt kein Weg daran vorbei, sie auszutragen.

65 Die inhaltliche Offenheit des Urteils wird hervorgehoben von *Pache, E.*, a. a. O., 295, und insbesondere von *Mayer, F. C.*: *Rashomon in Karlsruhe*, WHI-Paper 07/09, „literarisch“ verarbeitet.