

Kampf um Souveränität?

Eine Kontroverse zur europäischen Integration nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Martin Höpner · Stephan Leibfried · Marcus Höreth ·
Fritz W. Scharpf · Michael Zürn

Zusammenfassung: Der vorliegende Beitrag dokumentiert eine Kontroverse, die auf dem Kieler DVPW-Kongress im September 2009 im Rahmen einer Podiumsdiskussion ausgetragen wurde. Mit seinem Lissabon-Urteil vom Juni 2009 fällte das deutsche Bundesverfassungsgericht ein Grundsatzurteil zur deutschen Beteiligung an der europäischen Integration. Das Gericht erklärte das deutsche Begleitgesetz zum Lissabon-Vertrag für verfassungswidrig, weil es die Beteiligung von Bundestag und Bundesrat als unzureichend ansah. Zudem kündigte das Gericht eine verstärkte verfassungsrechtliche Prüfung der deutschen Anwendbarkeit europäischer Rechtsakte an (Ultra-vires-Kontrolle und Identitätskontrolle). Stephan Leibfried, Marcus Höreth, Martin Höpner, Fritz W. Scharpf und Michael Zürn diskutieren das Urteil im Hinblick auf seine Implikationen für den künftigen Integrationsprozess, für die Handlungsfähigkeit der nationalen und supranationalen Organe, für die Demokratiequalität im europäischen Mehrebenensystem sowie für politökonomische Problemstellungen.

Schlüsselwörter: Europäische Integration · Verfassungsgerichte · Mehrebenensystem · Integration durch Recht

Online publiziert: 11.06.2010

© VS-Verlag 2010

PD Dr. M. Höpner (✉) · Prof. Dr. F. W. Scharpf
Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Paulstraße 3,
50676 Köln, Deutschland
E-Mail: hoepner@mpifg.de

Prof. Dr. S. Leibfried
Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen, Barkhof, Parkallee 39,
28209 Bremen, Deutschland
E-Mail: stlf@zes.uni-bremen.de

PD Dr. M. Höreth
Institut für Politische Wissenschaft und Soziologie, Universität Bonn, Lennéstraße 27,
53113 Bonn, Deutschland
E-Mail: mhoreth@uni-bonn.de

Prof. Dr. F. W. Scharpf
E-Mail: scharpf@mpifg.de

Prof. Dr. M. Zürn
Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Reichpietschufer 50,
10785 Berlin, Deutschland
E-Mail: zuern@wzb.eu

MPIFG Journal Article

Martin Höpner, Stephan Leibfried, Marcus Höreth, Fritz W. Scharpf, Michael Zürn: Kampf um Souveränität? Eine Kontroverse zur europäischen Integration nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.

In: Politische Vierteljahresschrift 51(2), 323 - 355 (2010), Springer VS

The original publication is available at the publisher's web site: <http://dx.doi.org/10.1007/s11615-010-0021-0>

The MPIFG Journal Articles series features articles by MPIFG researchers and visiting scholars published in peer-reviewed journals. Max Planck Institute for the Study of Societies (MPIFG) Cologne | www.mpifg.de

Struggle for Sovereignty?—A Controversy about European Integration after the Lisbon Judgment of the Federal Constitutional Court

Abstract: The article documents a panel debate held at the Kiel congress of the German Political Science Association (DVPW) in September 2009. With its Lisbon judgment passed in June 2009, the German Federal Constitutional Court delivered a groundbreaking decision on Germany's involvement in the European integration process. The Court ruled that the German accompanying law (Begleitgesetz) violated the national constitution because it did not guarantee sufficient parliamentary involvement. Furthermore, the Court announced its intention to intensify the constitutional control of the national applicability of European legal acts (the *ultra vires* control and the identity control). Stephan Leibfried, Marcus Höreth, Martin Höpner, Fritz W. Scharpf and Michael Zürn discuss the judgment with respect to its implications for the further integration process, for the national and supranational capacities to act, for the democratic quality in the European multilevel system and for political-economic problems.

Keywords: European integration · Constitutional courts · Multilevel systems · Integration by law

1 Einführung

Mit seinem Lissabon-Urteil vom 30. Juni 2009 (2 BvE 2/08) fällte das Bundesverfassungsgericht zum vierten Mal ein Grundsatzurteil zur deutschen Beteiligung am europäischen Integrationsprozess.¹ Darin wies das Gericht die vorliegenden Klagen gegen die Ratifikation des Lissabonner Reformvertrags von 2007 ab und verwies auf die Integrationsfreundlichkeit des deutschen Grundgesetzes. Das deutsche Begleitgesetz jedoch, so die Karlsruher Richterinnen und Richter, verstieß wegen unzureichender Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat teilweise gegen die Verfassung. Zudem definierte das Bundesverfassungsgericht neue verfahrenstechnische und materielle Grenzen der europäischen Integration. Die Teilnahme Deutschlands am europäischen Integrationsprozess sei nur dann mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn sich die europäischen Organe strikt an das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hielten und wenn den Mitgliedstaaten ausreichende Räume zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse verblieben. Das Bundesverfassungsgericht werde prüfen, ob sich europäische Rechtsakte in den Grenzen der eingeräumten Hoheitsrechte bewegten (die *Ultra-vires*-Kontrolle) und ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gewahrt bleibe (die Identitätskontrolle).

Die Debatte über das Lissabon-Urteil wurde zunächst hauptsächlich von Juristinnen und Juristen aus dem Staats- und Europarecht geführt. Aus gutem Grund, ist doch die Klärung der Frage, welche Grenzen der europäischen Integration das Grundgesetz im Span-

1 Die drei vorangegangenen Urteile waren das „Solange I“-Urteil von 1974 (BVerfGE 37, 271), das „Solange II“-Urteil von 1986 (BVerfGE 73, 339) und das Maastricht-Urteil von 1993 (BVerfGE 89, 155). Darüber hinaus enthielten auch der sogenannte „Vielleicht“-Beschluss aus dem Jahr 1979 (BVerfGE 52, 187) sowie das Urteil zur Bananenmarktordnung aus dem Jahr 2000 (BVerfGE 102, 147) grundsätzliche Aussagen zum Verhältnis der deutschen und der europäischen Rechtsordnungen.

nungsfeld von Integrationsfreundlichkeit und Verfassungsidentität vorgibt, nicht Sache der Politikwissenschaft. Wer sich aber eingehender mit dem Lissabon-Urteil befasst, wird darin nicht nur Akte rechtswissenschaftlicher Deduktion entdecken, sondern auch eine hohe Anzahl empirischer Tatsachenbehauptungen über Dynamiken und Auswirkungen des Integrationsprozesses, die zum Kerngeschäft politikwissenschaftlicher Integrationsforschung zählen – so etwa die für das Urteil zentrale Aussage, die europäischen Institutionen bewegten sich auf einem Pfad, an dessen Ende die Verfügung über die eigenen Kompetenzen, also die Kompetenz-Kompetenz, stünde (paraphrasiert aus Rn. 238 des Urteils). Und schon lange wurde die „Integration durch Recht“ auch durch die Politikwissenschaft als eine der maßgeblichen Integrationsdynamiken der vergangenen Dekaden identifiziert, die – neben der politischen Integration – eigenständiger Analyse bedarf. Liegen die Karlsruher Richterinnen und Richter mit ihren Tatsachenbehauptungen richtig? Welche Wirkungen wird die neue Rechtsprechung des deutschen Höchstgerichts auf den weiteren Integrationsprozess entfalten? Und welche Implikationen ergeben sich für die integrationstheoretischen und politökonomischen Paradigmen in ihren zahlreichen Spielarten?

Um eine solche Debatte zu starten, luden die Sektionen „Politische Ökonomie“ und „Vergleichende Politikwissenschaft“ auf dem Kieler DVPW-Kongress vom 21.–25. September 2009 zu einer Podiumsdiskussion über die europäische Integration nach dem Lissabon-Urteil. Die vorliegende Kontroverse ist eine zugespitzte Fassung der Kieler Debatte. Die fünf Beteiligten – in der Reihenfolge der vorliegenden Kontroverse: Stephan Leibfried (Universität Bremen, SfB „Staatlichkeit im Wandel“), Marcus Höreth (Universität Bonn), Martin Höpner und Fritz Scharpf (beide vom Kölner Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung) sowie Michael Zürn (Wissenschaftszentrum Berlin) – wurden zunächst gebeten, ihre Kernaussagen zu verschriftlichen. Nach Austausch der Beiträge wurden diese noch einmal grundlegend überarbeitet, im Hinblick auf die kontroversen Aspekte zugespitzt und mit zahlreichen Querverweisen versehen.

Das Ergebnis ist eine Debatte, die sich als Beitrag zum interdisziplinären Fachdiskurs ebenso eignet wie zur Verwendung in der universitären Lehre. Unter den Beteiligten besteht Einigkeit über eine Anzahl an Ausgangspunkten, so in der Bewertung des Urteils als potenziellem Bremser zukünftiger Integration; in der Einschätzung, dass den vom deutschen Verfassungsgericht beanspruchten Kontrollrechten gegenüber europäischen Rechtsakten eine größere Bedeutung zukommen wird als der angemahnten Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesrat; in der Einsicht, dass der permissive Konsens über die europäische Integration aufgebraucht ist und sich die europäischen Organe mit neuen, anspruchsvolleren Legitimationsanforderungen konfrontiert sehen; und in der grundsätzlichen Aussage, dass potenzielle Integrationsbremsen negativ zu bewerten sind, wenn sie gute Integration verhindern, und positiv, wenn sie schlechte Integration verhindern.

Über diese allseits geteilten Ausgangspunkte hinaus aber werden die Leserinnen und Leser eine Fülle an unterschiedlichen Einschätzungen entdecken, die zweifellos die Bezeichnung „Kontroverse“ rechtfertigen. Stephan Leibfried arbeitet zunächst Kernelemente des Urteils heraus und kritisiert die ausschließliche „Innenperspektive“, die den Blick der Karlsruher Richterinnen und Richter auf Probleme der europäischen Integration prägte. Marcus Höreth analysiert die Folgewirkungen auf den demokratischen Prozess

und legt dar, dass die Handlungsspielräume von Bundestag und Bundesrat durch das Lissabon-Urteil nicht etwa weiter, sondern sogar enger werden könnten. Martin Höpner kritisiert die extensive Grundfreiheiten-Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und verknüpft mit dem Lissabon-Urteil die Hoffnung, das deutsche Höchstgericht werde wirksame Barrieren gegen judikativ betriebene Liberalisierungspolitik errichten. Auch Fritz Scharpf hält solche Barrieren für geboten, kritisiert aber die mangelnde Übertragbarkeit des Lissabon-Urteils auf die EU-27 in ihrer Gesamtheit und fordert, die Kompetenz-Kompetenz müsse in der politischen Sphäre verbleiben. Michael Zürn diskutiert Prinzipien einer verantwortungsvollen Integrationsrechtsprechung vor dem Hintergrund einer sich zunehmend politisierenden Europäischen Union und warnt vor der Unterschätzung der Abhängigkeit Deutschlands von einer politisch handlungsfähigen Europäischen Union, die sehr wohl eigene demokratische Potenziale aufweise. Höchst unterschiedliche Antworten halten die beteiligten Experten insbesondere auf die Fragen bereit, ob verfassungsrechtliche Prüfungsvorbehalte gegenüber europäischen Rechtsakten legitimiert und sinnvoll sind und welche Wirkungen sie voraussichtlich entfalten werden. In diesem Sinne wünschen wir eine spannende und vergnügliche Lektüre der vorliegenden Debatte.

Martin Höpner
im Namen der DVPW-Sektionen „Politische Ökonomie“
und „Vergleichende Politikwissenschaft“

2 Schritte zurück nach vorn?

Stephan Leibfried

Zum Einstieg in unsere Debatte werde ich mich darauf konzentrieren, die aus meiner Sicht entscheidenden, für die Beurteilung der Langzeiteffekte relevanten Grundelemente des Lissabon-Urteils (2 BvE 2/08) als *stylized arguments* herauszuarbeiten.

Überschießende Innentendenz: Bedurfte es eines derart großen Traktats, um die *wenigen* Rechtsfolgen für Bundestag und Bundesrat aus dem Demokratiegebot des Grundgesetzes abzuleiten? Anders gefragt, ist das Urteil ein riesiges *obiter dictum*, ist es etwas, was das Gericht eigentlich besser grundsätzlich unterlassen hätte, weil Aufwand und Ertrag in keinem angemessenen Verhältnis stehen? Das machte die im Folgenden festzuhaltenden Tendenzen umso bemerkenswerter. Man muss dann das Urteil nämlich nicht von seinen Rechtsfolgen, sondern vornehmlich von seiner rechtspolitischen Ambition her verstehen.

Fremdkörper: Europa wird nicht etwa als integraler Bestandteil der deutschen Rechtsordnung betrachtet, sondern vom Gericht „jwd“ gedacht, „ganz weit draußen“. Es versteht das Grundgesetz wie im geschlossenen Nationalstaat zur Mitte des 20. Jahrhunderts als *container state*, den es mit dem Schutzmantel der Souveränität schützen muss, der aber trotz aller Schließung Öffnungsklauseln „für draußen“ kennt. Das Gericht hätte das Grundgesetz und die deutsche Rechtsordnung aber auch konstitutiv „von innen her“ europäisch eingebettet denken können: nicht nur als „nach außen“ für Europa und Internationales offen, sondern *als von seiner Innenausrichtung her europäisiert*, als genuin

Europa-offene Staatlichkeit. Hierfür wäre Deutschland als der europäische Nationalstaat mit einer semi-souveränen Geschichte von 1945 bis 1991 an sich prädisponiert. Das Grundgesetz positionierte sich mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG ausschließlich gegen den Nationalsozialismus, nicht gegen Europa. Es ist schon begründungspflichtig, wenn Normen des Grundgesetzes, wie beispielsweise der Identitätsschutz, die auf die NS-Zeit zielten, nun einfach auf Europa übertragen werden.

27 Identitätshüter oder Wer hütet Europa? Das Gericht sieht sich als Hüter der deutschen Identität (s. der im Urteil geschöpfte „Identitätsschutz“) und außerdem als Hüter vor ausbrechenden Rechtsakten (*ultra vires*) – so das „Maastricht“-Urteil aus dem Jahr 1993 (BVerfGE 37, 271) – sowie der deutschen Grundrechte, so die beiden „Solange“-Urteile aus den Jahren 1974 und 1986 (BVerfGE 37, 271 und BVerfGE 73, 339). Können wir etwa die Auflösung Europas in eine mittelalterliche Vorbehaltsordnung verfolgen? Auch dieses Verständnis resultiert im Grunde nur daraus, Europa als Fremdkörper zu denken: das Nicht-Kalkulieren der Folgefolgen, wenn alle so handelten, ist davon nur ein Unterfall.

Umkehrbare Integration? Für das Gericht ist jede Unumkehrbarkeit der Integration von Übel, weil sie das (neue) Austrittsrecht leer laufen lässt. Darin wird der große Joker gegen jede *Über*-Europäisierung (Rn. 329–330 des Urteils) gesehen. Das Gericht wendet sich, konsequent durchdacht, gegen die Binnenmarktordnung und die Währungsunion, denn eine Renationalisierung der Wirtschaftsräume wie der Währung ist für eine Exportnation wie Deutschland nur mit enormen Folgekosten zu haben – die Integration ist damit aber für Deutschland letztlich *nicht mehr umkehrbar*. Das Gericht widerspricht faktisch dem „Maastricht“-Urteil, das die Währungsunion gerade zuließ. Lässt sich denn Unumkehrbareres überhaupt vorstellen?

Reservatdenken: Das Gericht zählt Felder auf, die den Kern der zu bewahrenden Souveränität ausmachen (Sozialstaat, Steuerstaat, Bildung, strafender Staat etc.). Einige dieser Bereiche sind aber schon seit mindestens zwei Jahrzehnten stark durch die Integration geformt, was man auch in der Literatur aufgearbeitet vorfindet (z. B. Steuern: Genschel 2009; Sozialpolitik: Leibfried u. Obinger 2008). Das Urteil baut insofern auf nicht realistischen Grundannahmen auf. Welche Wirkungen hat es aber, wenn die Souveränität, auf die das Urteil baut, schon jetzt von Grund auf morsch ist? Solche „einstürzenden Altbauten“ müssten zu einer unkalkulierbaren Rechtsprechung führen.

Gegengewicht zum EuGH: Das Gericht beansprucht ein Monopol auf die Überprüfung der Grundgesetzwidrigkeit von EuGH-Urteilen. Das ist einerseits sinnvoll, weil sonst noch mehr deutsche Gerichte auf die Idee kommen könnten, europäisches Recht auf seine inländische Anwendbarkeit zu prüfen. Es ist aber auch ein Akt der Gegenmachtbildung, der im Rahmen des im Urteil zum Ausdruck kommenden uneuropäischen Souveränitätsdenkens gedeutet werden muss. Dementsprechend wird der EuGH nicht als Partner, den man miteinbeziehen muss, sondern als zu kontrollierende Fremdinstanz gedacht. Das konkretisiert Europa als *Fremdkörper* im Justizbereich (s. oben).

Identitätswandel: Das Gericht hält dennoch ein demokratisches Europatürchen für den Föderalismus offen, und zwar ein Referendum nach Art. 146 GG. Allerdings handelt es sich um eine illusionäre Tür, denn Europa kann sich faktisch nur in Minischritten föderal entwickeln – aus der Sicht des Gerichts also „schleichend“. Jeder, der Europa frühzeitig auf den großen Sprung einer Verfassungsneuschöpfung nach Art. 146 GG festlegen,

gleichzeitig aber nichts anderes zulassen will, ruiniert die Chance der „Bundesstaatsoffenheit“ (so auch Ernst-Wolfgang Böckenförde, s. u. a. Handelsblatt vom 7. Juli 2009). Nötigt man ein „inkrementelles Wesen“ zur Systemreform, stellt man seine Existenz in Frage.

Europas Natur: Treten wir einen Schritt zurück und betrachten die Entwicklung des deutschen Europadenkens in den letzten 50 Jahren (Leibfried et al. 2009). Seit den 1950er-Jahren haben sich die konzeptionellen Achsen des juristischen Denkens über Europa in etwa so verschoben, wie in Tab. 1 dargestellt, wenn man von Zeile 1 zu Zeile 6 vorangeht. Die weiße Zone in den Zeilen 2 bis 4 markiert im Großen und Ganzen ein Denken über Europa, in dem zwischen Bundesstaat und Staatenbund noch nach eigenen Entwicklungsmöglichkeiten gesucht wird. Dieses setzt in den 1950er-Jahren mit einer

Tab. 1: 50 Jahre Natur Europas im deutschen Europadenken. (Quelle: Eigene Darstellung)

Skala	Nr.	Stichworte	Zeitzone	„Geist“	Beispiele
100%	1	Bundesstaat	1950er, 1960er	Der naive Gründergeist	Die Euroföderalisten der 50er- und 60er-Jahre
	2	Supranationalität	1970er, 1980er	Gegenbild zu Internationalität (= <i>anders</i> als Völkerrecht)	Der Versuch, „das Anderssein“ der EG quer durch die Europawissenschaften in Recht und Politik positiv und noch als eigenständiges institutionelles System zu fassen
	3	Hybrid	1990er	Janusköpfigkeit (hohe Gesetzgebung international, Durchführung supranational bzw. föderal)	Leibfried u. Pierson (1995)
↓	4	Verfassungsverbund (<i>multilevel constitutionalism</i>)	1990er	Verfassungsspirituelle Evolutionsraum von unten nach oben	Pernice (z. B. 1998)
	5	Liberaler Inter-gouvernementalismus	1990er	Der völkerrechtliche „IB“-Blick aus den USA	Moravcsik (1998)
	6	Staatenverbund	1990er, 2000er	Kontrollierter nationaler Widerstand	BVerfGE 1993, 2009 (Kirchhof, z. B. 1992)
0%	7	Staatenbund	1960er als Gegen-Europa: EFTA; seit den 1990ern EU-intern	Umfassender nationaler Widerstand	„Die Rache [für die Integration] der EFTA [in die EU]“ – „Internationale Beziehungen“ kombiniert mit reinem Freihandel als Urbild

naiven Bundesstaatskonzeption ein – gewissermaßen mit einem Gestaltungspotenzial von 100 % auf europäischer Ebene – und mündet in den 1980er-Jahren in vielfache Suchbewegungen. Die graue Zone ist schon vom Sog des Staatenbundenkens gekennzeichnet, in ihr wird ein eigenständiger, kollektiver Handlungsraum Europa verneint. Sie wird institutionell-politisch in den 1990er-Jahren erreicht. Die Entwicklung führte also von naivem bundesstaatlichen Denken bis weit in ein Denken über Europa hinein, das strukturell unfähig geworden ist, ein kollektives oder gar „soziales Europa“ zu entwerfen, geschweige denn es zuzulassen. Der logische Endpunkt dieser Entwicklung ist das reine Staatenbundenken mit 0 % europäischer Kollektivität. Das Lissabon-Urteil könnte einen weiteren Schritt in dieser Involution des Denkens über Europa markieren.

New Deal, New Deck: Für Fritz Scharpf (in dieser Debatte) ist die europäische Integration eigentlich ein gezinkter Prozess: Einerseits werden durch den EuGH auf dem Wege der negativen Integration Liberale Marktwirtschaften begünstigt und die Voraussetzungen für Soziale Marktwirtschaften erodiert. Europa muss demnach in einer unsozialen, einer liberalen Europäischen Marktwirtschaft enden (s. dort Abb. 1). Andererseits besteht wegen der Einstimmigkeitserfordernisse bzw. hoher Gesetzgebungshürden keine Chance, positive Integration auf europäischer Ebene zu bewerkstelligen, also auf eine europäische Soziale Marktwirtschaft hinzuwirken. Wäre nicht aber der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass Europa mit der Finanzkrise und den südeuropäischen Folgekrisen (Griechenland) auf einen *constitutional moment* im Sinne Ackermans (1989, 1991, 1998) zutreibt, auf eine Situation, in der es sich ein *new deck* schaffen muss, eine andere, durchgreifende Kompetenzordnung, um als ein Europa des Gemeinsamen Markts bestehen zu können (James 2009)? Das wäre zumindest dann zwingend, wenn sich in den kommenden Jahren herausstellen würde, dass die Mitgliedstaaten bei der Suche nach tragfähigen *nationalen* Lösungen scheitern.

Souveränität: Wenn das Urteil immer wieder auf einen Fluchtpunkt zuläuft, dann auf den des Denkens von der nationalen Souveränität her. Souveränität wird gewissermaßen kontrafaktisch ungeteilt und *von der Verlustabwehr her* verstanden, so wie das herkömmlich ein Großteil der juristischen Literatur getan hat. Das ist in einem seit vier Jahrzehnten semi-souveränen Land verständlich. Dieses Denken führt sofort in klassische Dualismen: Ungeteilte, volle Souveränität lässt extern allein den Staatenbund zu. Geteilte Souveränität ist sofort Föderalismus. *Dazwischen scheint es nichts zu geben.* Für das Verhältnis der Nationalstaaten zur EU und zueinander ist dieses Denken des 19. und frühen 20. Jahrhunderts schon seit einigen Jahrzehnten unangemessen geworden. Müssten wir nicht aber damit beginnen, den Souveränitätsbegriff zu zerlegen, ihn uns gewissermaßen wie eine Zwiebel vorzustellen und so analytisch teilbar zu machen? Und müssten wir Souveränität nicht gleichzeitig in mindestens zwei Ebenen räumlich denken, also jedenfalls elliptisch von mindestens zwei Brennpunkten her aufbauen?

Ich möchte abschließend in einem Negativ-Test veranschaulichen, dass dieses Souveränitätsverständnis überholt ist. Es scheitert an den meisten Theorien der Souveränität, wie sie in den Internationalen Beziehungen (IB) gängig sind – und es entspricht ausgerechnet der Theorie, die als einzige durch eine *national tunnel vision* charakterisiert wird. In Tab. 2 gehe ich die Mitgliedstaaten der EU anhand der vier Souveränitätsmodelle durch, die Krasner (1995) unterschieden hat: dem Westfälischen Modell, dem Kontrollmodell, dem Interdependenzmodell und dem Modell der Völkerrechtssubjektivität. Die Spalten

Tab. 2: Die vier Konzeptionen von Souveränität (nach Krasner) und die EU. (Quelle: Eigene Darstellung nach Krasner (1995))

Modell	Verlustrperspektive	Definition der Konzeption	Disziplinärer Blick	Einordnung der EU
1. Westfälisches Modell	<p>Verlust von Autonomie oder territorialer Integrität, insbesondere:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Verletzung des Prinzips der Autonomie, indem ein externer Akteur <i>autoritativ</i> Kontrolle auf dem Staatsgebiet ausüben kann. • Gebietsverletzungen bestehen in der Errichtung von Herrschaftsstrukturen, die mit den geographischen Grenzen nicht deckungsgleich sind (Inkongruenz) 	<p>Eine institutionelle Struktur, die durch Gebietsbezug und Autonomie gekennzeichnet ist:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Autonomie derart, dass kein Akteur von außen über Herrschaftsmacht innerhalb der Staatsgrenzen verfügt. • Gebietsbezug in dem Sinne, dass politische Herrschaft sich auf einen festgelegten geographischen Raum und nicht etwa auf ein Volk, einen Stamm bezieht 	<p>Eine analytische Annahme im <i>neo-realist</i> und im <i>neo-liberal institutionalism</i> und eine behauptete empirische Regelmäßigkeit für die <i>international society perspective</i></p>	<p>Im Staat hat z. B. die EZB solche Direkt-Wirkungen. Auch die EU, sofern sie die Maastricht-Kriterien faktisch sanktioniert. Diverse externe Akteure (Kommission, EuGH) greifen mit ihren Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungsakten auf das nationale Territorium durch</p>
2. Kontroll-Modell	<p>Verlust der legitimen faktischen Kontrolle im Innern</p>	<p>Volle Kontrolle einer Herrschaftsinstanz über das Staatsgebiet: die Organisierung und Wirksamkeit der politischen Herrschaftsgefüge nach innen</p>	<p>International vergleichende Politikwissenschaft</p>	<p>In diesem Sinne ist noch am ehesten „Souveränität“ in der EU einigen Staaten entgleiten, etwa dem sich paralyisierenden Belgien, insbesondere in Brüssel, dem Sitz der EU</p>

Tab. 2: (Fortsetzung)

Modell	Verlustperspektive	Definition der Konzeption	Disziplinärer Blick	Einordnung der EU
3. Interdependenz-Modell	Verlust der faktischen Kontrolle über grenzüberschreitende Prozesse (<i>transborder movements</i>)	Die Fähigkeit, über grenzüberschreitende Vorgänge Kontrolle auszuüben	Interdependenztheoretiker	Die rechtliche Kontrolle liegt über fast all diese Prozesse innerhalb der EU und gegenüber Drittstaaten weitgehend bei der EU selbst (Ausnahmen: manche Dienstleistungen)
4. Völkerrechts-subjektivitätsmodell	Verlust des Status, selbst internationale Verträge abschließen zu können. (Der Verlust tritt hier <i>de facto</i> ein, wenn ein Austritt aus der EU prohibitive Kosten erzeugt)	Das Recht, völkerrechtliche Verträge abzuschließen. Völkerrechtsobjektivität	Internationales Recht	Dieses Recht liegt bei den Mitgliedstaaten, soweit es nicht ausdrücklich der EU zusteht, etwa beim Außenhandel, der Agrarpolitik, dem Umweltrecht, usf. Oft werden gemischte Verträge geschlossen (Kontrahierungsdominanz von EU und Mitgliedstaaten)

Die Angaben in den Spalten 2–4 beruhen weitestgehend auf wörtlich übersetzten Passagen aus dem Artikel von Krasner (1995, S. 115–116, 121)

umreißen zunächst die „Verlustperspektive“, denn jedes dieser Modelle wird ängstlich von der Achillesverse des Souveränitätsverlusts her gedacht. Dann werden die Modelle in Definitionen umgesetzt – die unverlierbaren Essenzialien bestimmt – und disziplinären Sichtweisen zugeordnet. In der Spalte wird der EU-Mitgliedstaat durch die Linse des jeweiligen Modells betrachtet. Der Sinn der Übung besteht darin, die Souveränitätskompatibilität des Status der Mitgliedstaatlichkeit abzutesten.

In keiner der international ausgerichteten Perspektiven (Spalte 1, Zeilen 1, 3 und 4) kann man beim Verhältnis Mitgliedstaat-EU noch von intakter nationaler Souveränität sprechen (vgl. Spalte 5). Bezeichnenderweise wird dadurch nur noch eine Perspektive weitgehend zugelassen: die der vergleichenden Politikwissenschaft, in der – geprägt vom methodologischen Nationalismus – auf faktisch wirksame Gebiets Herrschaft abgestellt wird (Zeile 2). Dieses ernüchternde Fazit möge man als *theoretische* Herausforderung bei einem internationalen Thema verstehen.

Bislang haben wir lediglich gesagt, was *nicht* der Fall ist. Auszuloten, was der Fall ist, erfordert ein Neudenken von inneren, z. B. von bundesstaatlichen und bündischen Konzeptionen her. Viele Bundesstaaten wurden nicht als solche geboren, sondern bewegten sich jahrzehnte- wenn nicht jahrhundertlang in „Zwischenzonen“ – und hätten dort auch verbleiben können: *weder* Staatenbund, *noch* Bundesstaat. Das gilt beispielsweise für die Niederlande im Jahrhundert nach ihrer Gründung, für die USA von ihrer Gründung bis zum Bürgerkrieg und für Deutschland im 19. Jahrhundert, um nur einige Beispiele zu nennen. Man sprach nicht umsonst zunächst vom *Bund* – und nicht etwa vom *Bundesstaat*. Im Bund, im *covenant*, klingt die Zwischenzone noch nach, die wir uns heute für Europa erst wieder erobern, erdenken und erschließen müssen. Vielleicht zwingt uns hier EU-weit die seit Anfang 2009 kumulierende Finanzmarkt-, Staatsschulden- und Eurokrise in eine neue, unerhörte europäische Gedanken- und Staatenwelt hinein und hinauf? Oder sie zwingt uns ins Prokrustesbett der alten Welt herab und zurück.

3 Mit zweierlei Maß gemessen

Marcus Höreth

In seinem Lissabon-Urteil betont das BVerfG das Prinzip der „Integrationsverantwortung“. Doch was genau heißt „Integrationsverantwortung“ und wer soll diese tragen? Meine sich aus der Beantwortung dieser Frage ergebende These ist, dass das Urteil nicht nur der parlamentarischen Demokratie in Deutschland, sondern auch der Glaubwürdigkeit des Verfassungsgerichts schadet.

1. Aus den Leitsätzen des Urteils ergibt sich, dass bei einer „Veränderung des Vertragsrechts ohne Ratifikationsverfahren“ der Bundestag seiner „besonderen Verantwortung“ gerecht werden muss, indem er – etwa bei einer von der EU geplanten Nutzung der neu gefassten Flexibilitätsklausel (Art. 352 AEUV) – die Regierung durch Gesetz ermächtigt, einer solchen Veränderung zuzustimmen. Insoweit hat sich der öffentliche Eindruck durchgesetzt, das BVerfG habe den Bundestag gestärkt. Zugleich verlangt das BVerfG aber, dass diese Integrationsverantwortung „[...] gegebenenfalls in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren eingefordert werden kann“ (Leitsatz 2a). Hier bringt sich das Gericht selbst ins

Spiel, um dann im 4. Leitsatz zu konkretisieren: „Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob Rechtsakte der europäischen Organe [...] sich unter Wahrung des [...] Subsidiaritätsprinzips in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten.“ Dieser Prüfungsvorbehalt wurde bereits in der Maastricht-Entscheidung entwickelt. Doch sogleich erfolgt eine Ausweitung der Gerichtskontrolle, die es bei genauer Betrachtung in sich hat: „Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist. [...] Anders können die [...] grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden.“

2. Zwar wird mit Blick auf europapolitische Grundsatzentscheidungen die Notwendigkeit demokratischer Legitimation über das nationale Parlament an mehreren Stellen betont. Demokratisch legitimiert sei nur das, „was parlamentarisch verantwortet werden kann“ (Rn. 236). Doch das, was parlamentarisch verantwortet werden kann, reicht dem Gericht als Integrationsverantwortung offensichtlich nicht aus. Daher verlangt das Gericht, dass es möglich sein muss, „die Integrationsverantwortung zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität [...] im Rahmen einer Identitätskontrolle einfordern zu können“ (Rn. 240). Das letzte Wort in Sachen „Integrationsverantwortung“ soll also in Karlsruhe gesprochen werden – keineswegs im Bundestag.

3. Das kann weitreichende Folgen haben, weil das Gericht an anderer Stelle feststellt, dass die „staatliche Souveränität“ zum Kerngehalt der zu schützenden Verfassungsidentität gehört: „Das Grundgesetz setzt [...] die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch“ (Rn. 216). Falls durch europäische Politik diese staatliche Souveränität – im Jargon der Verfassungsjuristen ausgedrückt – „in ihrem Kerngehalt angetastet“ wird, wollen die Richterinnen und Richter entsprechendes EU-Recht für unanwendbar erklären. Soweit lediglich geprüft wird, ob sich die EU-Organe im Rahmen der ihnen durch die Mitgliedstaaten eingeräumten begrenzten Einzelermächtigungen halten oder eben aus ihnen ausbrechen, mag man dies wie Scharpf (in dieser Debatte) noch begrüßen.

Bedenken habe ich indessen bei der „Identitätskontrolle“ – und zwar nicht nur wegen des von Leibfried, Scharpf und Zürn (in dieser Debatte) angesprochenen möglichen Nachahmungseffektes für andere Mitgliedstaaten. Konkret: Da die Richterinnen und Richter die Unabänderlichkeitsgarantie des GG nicht nur abstrakt als Garantie staatlicher Souveränität interpretieren, sondern konkret als Bollwerk gegen die europäische Integration in Stellung gebracht haben, kann man nie sicher sein, zu welchen Ergebnissen eine solche Identitätskontrolle führt. Dies schon deshalb nicht, weil das Gericht zur Bestimmung jener zu schützenden „staatlichen Souveränität“ eine anachronistisch anmutende Staatszwecklehre bemühen muss (Lhotta u. Ketelhut 2009). Hier sieht das Gericht den vor der Integration zu schützenden Kern des demokratischen Verfassungsstaates etwa im materiellen und formellen Strafrecht, in der Verfügung über das Gewaltmonopol nach innen und nach außen, in fiskalischen Grundentscheidungen über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand, in der sozialstaatlichen Gestaltung von Lebensverhältnissen, im Familienrecht, im Bereich von Schule und Bildung und schließlich bei den Regelungen zu religiösen Gemeinschaften.

4. In allen genannten Policies lassen sich bereits gegenwärtig vielfältige Interdependenzen und Verflechtungstatbestände zwischen der europäischen und nationalen Ebene beobachten, was vor allem Zürn (in seinem Beitrag) sehr deutlich macht. Staatliche Souveränität wird also heute schon durch die europäische Integration deutlich relativiert – ob und wann das in einer die „Identität“ des deutschen Staates zu stark „antastenden“ Weise passiert, das einzuschätzen und zu entscheiden, soll indessen allein den Verfassungsrichtern vorbehalten bleiben. Und es lässt sich aufgrund des Fehlens objektiver Maßstäbe überhaupt nicht prognostizieren, wann und unter welchen Umständen dies denn der Fall sein wird. Das verschafft dem Gericht einen schier unermesslichen Entscheidungsspielraum – und schränkt zugleich den Spielraum parlamentarisch verantworteter Integrationsentscheidungen spürbar ein. Auf der Grundlage der Lissabon-Entscheidung steht das Grundgesetz etwa einem Transfer von steuerpolitischen Kompetenzen auf die EU-Ebene entgegen. Dabei ist die nationale Steuerpolitik bereits hochgradig europäisiert, wie etwa Genschel (2009) eindrucksvoll gezeigt hat. Natürlich ist die EU kein „Steuerstaat“ – sie ist aber allemal ein „Steuerregulierungsstaat“. Das bedeutet, die EU belässt den Mitgliedstaaten das Privileg der Steuergewalt, sie definiert aber insbesondere durch die quasi-alltägliche Produktion sekundärrechtlicher Entscheidungen immer stärker die Bedingungen ihrer Wahrnehmung. Insbesondere die europäische Binnenmarktpolitik und Rechtsprechung kann, wie Höpner und Scharpf (in ihren Beiträgen) zeigen, weit mehr als nur Nadelstiche in den Panzer nationalstaatlicher Souveränität setzen – und das betrifft eben auch die Steuerpolitik als vorgeblichen Kernbereich staatlicher Souveränität. Es gibt weitere Beispiele: So stünde etwa die Einführung einer EU-Sozialunion, die die neoliberale Schlagseite des Binnenmarktprogramms ausbalancieren könnte, unter Karlsruher Richtervorbehalt. Dies vor allem dann, wenn mit ihr z. B. durch die Festlegung europaweiter sozialer Mindeststandards die staatlichen Haushalte bindende fiskalische Entscheidungen auf EU-Ebene getroffen würden. Es sind also keineswegs nur die von Scharpf (in seinem Beitrag) betonten hohen Konsenserfordernisse im Rat, die die positive Integration verhindern. Vielmehr steht auch das Grundgesetz einer solchen Entwicklung nach der Auslegung der Karlsruher Richterinnen und Richter im Wege. Gleiches gilt für die Weiterentwicklung europäischer Straftatbestände und Rechtsfolgenharmonisierungen sowie grenzüberschreitender Strafverfolgungsmaßnahmen im Rahmen der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit. In der ebenfalls der Identität des souveränen Staates zugeschriebenen Schul-, Bildungs- und Familienpolitik ist wahrscheinlich schon lange das Ende der europäischen Fahnenstange erreicht.

5. Vor diesem Hintergrund ist zu befürchten, dass die Richterinnen und Richter zukünftig auch EU-Recht für unanwendbar erklären können, das im Rahmen der begrenzten Einzelermächtigung verbleibt und keineswegs als „ausbrechend“ zu klassifizieren ist. Da mag im Übrigen der durch das Urteil vermeintlich gestärkte Bundestag bei Integrationsentscheidungen noch so stark beteiligt sein – etwa durch entsprechende von ihm erlassene gesetzliche Ermächtigungen der Regierung, die Flexibilitätsklausel in inhaltlich genau bestimmten und begrenzten Fällen in Anspruch nehmen zu können –, es spielt alles keine Rolle mehr, wenn die mit einer entsprechenden Klage konfrontierten Richterinnen und Richter zur Auffassung kommen sollten, dass eine bestimmte Maßnahme der EU die „Identität“ staatlicher Souveränität verletzt. Alles steht insoweit unter Souveränitäts-

und damit Verfassungsrichtervorbehalt – oder frei nach Carl Schmitt (1993/1928) ausgedrückt: „Souverän ist, wer über die Verfassungsidentität entscheidet.“

6. Es stellt sich die Frage, wie sich der Bundestag als vom BVerfG berufener Träger der „Integrationsverantwortung“ nach dem Lissabon-Urteil verhalten wird. Es ist davon auszugehen, dass das berühmte „Gesetz der antizipierenden Reaktion“ von Friedrich (1937, S. 16) greift: Wann immer der Bundestag Entscheidungen darüber zu treffen hat, *welche* Kompetenzen auf EU-Ebene *wie* wahrgenommen werden sollen und er der auf der EU-Bühne verhandelnden Regierung eine entsprechende Ermächtigung erteilen soll, wird er sich weniger von politischen Zweckmäßigkeitgesichtspunkten leiten lassen als von verfassungsrechtlicher Bedenkenträgerei. Zu groß ist ansonsten die Gefahr, dass eine Entscheidung des Bundestages zugunsten z. B. der Nutzung der Flexibilitätsklausel der EU von Karlsruhe nachträglich kassiert und auf diese Weise die Volksvertretung einmal mehr düpiert wird. Das wiederum würde in der Öffentlichkeit erneut zu negativen Schlagzeilen über die Unfähigkeit der Abgeordneten führen, die die Parlamentarier im institutionellen Eigeninteresse unbedingt vermeiden wollen. Welche Handlungslogik wird also angesichts des über den Köpfen der Abgeordneten schwebenden Karlsruher Damoklesschwertes dominieren, wenn der Bundestag bzw. die parlamentarische Mehrheit ihre Integrationsverantwortung wahrnehmen soll? Folgendes kann man vermuten: Nicht „Soll die EU das machen, weil es politisch sinnvoll ist?“ wird die Leitfrage der Abgeordneten sein, sondern „Erlaubt das BVerfG uns als parlamentarische Mehrheit, die EU das machen zu lassen, was wir als politisch sinnvoll erachten?“. Das ist ein signifikanter Beitrag für die allseits beklagte Juridifizierung des politischen Prozesses. Das Urteil des BVerfG treibt das deutsche Regierungssystem einmal mehr in die Richtung einer justizgeprägten Demokratie und damit zugleich weg von einer parlamentsgeprägten Demokratie, die die Mütter und Väter des GG sicher im Sinn hatten.

7. Das Problem lässt sich mit dem Prinzipal-Agenten-Theorem beschreiben: Der Bundestag wird vom BVerfG als „Agent“ eingesetzt, der (zunächst) anstelle des BVerfG nach verfassungsrechtlichen und nicht nach politischen Kriterien darüber entscheiden soll, ob die Bundesregierung z. B. der Nutzung einer sogenannten „Brückenklausel“ zustimmen darf. Ginge es ausschließlich nach politischen Gesichtspunkten, müsste die mit der Regierung als Handlungseinheit verbundene Parlamentsmehrheit eigentlich (fast) immer vorbehaltlos das tun, was der Regierung nutzt, und alles vermeiden, was der Regierung schaden könnte. Wenn die Bundesregierung etwa die EU-Flexibilitätsklausel bemühen will, um z. B. das ERASMUS-Programm auszubauen und zu verbessern, dann wird die parlamentarische Mehrheit politisch sicher ohne Wenn und Aber hinter ihrer Regierung stehen. Das entspricht der Funktionslogik des parlamentarischen Regierungssystems. Diesen funktionslogischen Zusammenhang verkennend, will das BVerfG hingegen, dass sich der Bundestag bei der Wahrnehmung seiner Integrationsverantwortung von verfassungsrechtlichen Argumenten leiten lässt. In dem eben genannten Beispiel könnte die parlamentarische Mehrheit – gegen die eigene politische Überzeugung und gegen die Funktionslogik des parlamentarischen Regierungssystems – verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Nutzung der Flexibilitätsklausel durch die von ihr getragene Bundesregierung anmelden, weil seit dem Lissabon-Urteil die Schul- und Bildungspolitik zum „unantastbaren Kerngehalt“ staatlicher Souveränität gehört. Zeigt der Bundestag als Agent aber unerwünschtes Verhalten – stellt er etwa der Regierung eine „Blankett-

ermächtigung“ aus, die den strengen Anforderungen des Gerichts nicht genügt –, dann nimmt das Gericht die Sache in Form der „Identitätskontrolle“ selbst in die Hand und revidiert die Entscheidung seines (parlamentarischen) Agenten.

8. Das Urteil schadet aber nicht nur – wie gesehen – der parlamentarischen Demokratie, sondern auch der Glaubwürdigkeit des BVerfG, weil das Gericht in Bezug auf die Demokratie mit zweierlei Maß misst. Die „Selbstautorisierung“ (Höreth 2008) des BVerfG als ultimativer Träger der „Integrationsverantwortung“ ist sehr widersprüchlich – und zwar gemessen an den eigenen demokratietheoretischen Prämissen, die das Gericht entwickelt hat und die das ganze Urteil durchziehen. Das Urteil selbst lässt sich insgesamt mit Abromeit (1995) als Ausdruck der „Verfassungssouveränität“ der Bundesrepublik interpretieren, dem natürlich auch das Regierungssystem der Bundesrepublik unterliegt. Die Tatsache, dass Deutschland ein parlamentarisches Regierungssystem besitzt, bedeutet ja nicht, dass es eine Westminsterdemokratie reinsten Wassers ist. Im Gegenteil spricht aufgrund der Vielzahl an Vetospielern im politischen System einiges dafür, die Bundesrepublik partiell als Konsensdemokratie zu klassifizieren, auch wenn dies durch den intensiv geführten Parteienwettbewerb im Kampf um die parlamentarische Mehrheit oftmals verdeckt wird. Das Gericht aber operiert mit einem völlig unempirischen majoritären Demokratiemaßstab, denn Demokratie wird exklusiv als ein staatliches System definiert, in dem sich der Mehrheitswille über das nach dem Prinzip *one man – one vote* gewählte Parlament in der Regierungsbildung und Gesetzgebung ungebrochen – und durch nichts eingehegt – zur Geltung bringt; und zur Geltung bringen muss, damit das ganze Unternehmen überhaupt als Demokratie bezeichnet werden kann. Mit diesem majoritären Demokratiemaßstab ist es sodann ein Leichtes gewesen, die Demokratiedefizite der EU aufzudecken und diese insgesamt als nicht demokratiefähig zu deklassieren.

9. Dieser strenge Demokratiemaßstab wird aber im gleichen Urteil völlig ignoriert, wenn es dem Gericht darum geht, sich selbst im Prozess der europäischen Integration als Integrations/*letz*tverantwortungsträger zu autorisieren. So stellen sich die Richterinnen und Richter in demokratisch eigentlich kaum zu verantwortender Weise über die politischen Eliten des Landes in Fragen, die ihrer Natur nach politisch diskutiert und – gegebenenfalls mit Zweidrittelmehrheit – abschließend entschieden werden müssten. Entscheidungen zur europäischen Integration (und damit indirekt immer auch Entscheidungen zum Kernbereich deutscher Verfassungsidentität!) sollten – und da liege ich vermutlich wieder ganz auf der Linie von Scharpf – durch demokratisch rückgekoppelte Institutionen getroffen werden und nicht durch ein Verfassungsgericht, das politisch nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Über zukünftige Kompetenztransfers – bzw. über die bloße Inanspruchnahme bereits an die EU delegierter Kompetenzen durch die sogenannten „Brückenklauseln“ – müssten daher exklusiv die politischen Mehrheiten in den Parlamenten entscheiden, die doch das Gericht ansonsten als wesentliche Garanten demokratischer Legitimität so sehr preist. Da jedoch das Gericht diese im Kern politischen Fragen „gegebenenfalls“ selbst entscheiden will, führt dies die an anderer Stelle vorgenommene richterliche Würdigung der von der Durchsetzung des Mehrheitswillens geleiteten Parlamentsdemokratie ad absurdum. Das schadet der Glaubwürdigkeit der Verfassungsrichter massiv, denn es gibt weltweit keine einzige parlamentarische Demokratie, in der sich der Mehrheitswille – so wie es das Gericht für eine Demokratie grundsätzlich einfordert – einerseits ungebremst und ungehindert durchsetzen können soll und *zugleich*

ein Verfassungsgericht besteht, dass dieses majoritäre Regieren wieder mit aller Macht zurückdrängt (Lijphart 1999, S. 216).

10. Damit komme ich zum Fazit: Das Traurige an dem Urteil ist, dass das Gericht sich in eklatante Widersprüche verstrickt, um zu dem Ergebnis zu kommen, zu dem es aus institutionellem Eigeninteresse kommen möchte. Das BVerfG wollte *erstens*, dass die Ratifizierung des Lissabon-Vertrages nicht an Deutschland – bzw. an ihm als Verfassungsgericht – scheitert, also sagt das Grundgesetz „Ja“ zum Vertrag von Lissabon. *Zweitens* wollte das Gericht aber auch sein tiefes Missfallen kund tun gegen die Art und Weise, wie auf EU-Ebene regiert wird. Also haben die Richterinnen und Richter ihre Bedenken gegen das „EU-Demokratiedefizit“ systematischer und unduldsamer durchbuchstabiert als jemals zuvor, indem sie einen majoritären Demokratiemaßstab zugrunde legten, der realiter nur in Westminsterdemokratien gilt, in denen das Parlament und der in ihm sich artikulierende Mehrheitswille alles und die Verfassungsgerichtsbarkeit wenig bzw. gar nichts zählt. Leitbild der Demokratie war in diesem Fall also die mehrheitsbestimmte und uneingeschränkte Parlamentssoveränität. *Drittens* aber wollte sich das Gericht selbst als ultimativen Wächter der europäischen Integration autorisieren. Hierzu jedoch musste das zuvor gegen die EU in Stellung gebrachte Demokratiekonzept vollständig aufgegeben werden. An seine Stelle setzt das Gericht daher – unausgesprochen – das gegenläufige Leitbild der „Verfassungssouveränität“. Nur so konnte das Bundesverfassungsgericht den Bundestag in Sachen „Integrationsverantwortung“ zum „Agenten“ degradieren und sich selbst zum „Prinzipalen“ in allen europapolitischen Grundsatzentscheidungen aufschwingen. Last but not least: Die Verfassungsrichterinnen und -richter haben es mal wieder geschafft, die politischen Eliten nach allen Regeln der Kunst vorzuführen – und sogar noch die Öffentlichkeit hinters Licht zu führen, die das Urteil vor allem als „Sieg der Demokratie“ interpretierte. Ich hoffe, dass mit der Zeit – und weiteren politikwissenschaftlichen Forschungen – dieses Fehlurteil über das „grundsätzlichste Grundsatzurteil“ des BVerfG (Prantl 2009) korrigiert werden kann.

4 Warum die Richtung stimmt

Martin Höpner

Die Deutlichkeit des negativen Tenors, der die Mehrzahl der Beiträge zu dieser Debatte prägt, hat mich überrascht. Mit variierendem Nachdruck legen Höreth, Leibfried und Zürn nahe, die vom Bundesverfassungsgericht beanspruchten Kontrollrechte bei der Umsetzung europäischer Rechtsakte zeugten von rückwärtsgewandtem Souveränitätsdenken, von überkommenen Vorstellungen einer Dichotomie zwischen nationaler und europäischer Rechtsproduktion, von problematischem Misstrauen gegenüber dem europäischen Projekt. Ich werde nachfolgend darlegen, warum ich in der Wucht der „Integration durch Recht“ Probleme angelegt sehe, die das Misstrauen der Karlsruher Richterinnen und Richter rechtfertigen. Angesichts dieser Probleme erkenne ich im Lissabon-Urteil einen begrüßenswerten Fortschritt gegenüber dem *status quo ante*.

1. Meine Sorge gilt der Fähigkeit demokratischer Gemeinwesen, sich auf soziale Korrekturen ihrer kapitalistischen Wirtschaftsordnungen zu verständigen und diese durchzu-

setzen. Anlass der Sorge ist die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), die – oft überraschend, weil für die Mitgliedstaaten nicht vorhersehbar und von ihnen nicht intendiert – marktbegrenzende Rechtsbestände zu ungerechtfertigten Beschränkungen der Binnenmarktfreiheiten erklärte, ohne dass realistische Chancen der politischen Re-Regulierung auf europäischer Ebene bestünden.

Der Kern dieser Judikatur besteht in der Aufladung der europäischen Grundfreiheiten (freie Bewegung von Waren, Kapital, Dienstleistungen und Personen) mit dem Charakter von Grundrechten auf freie Betätigung auf kapitalistischen Märkten. Diese Rechtsprechung manövriert marktbeschränkende gegenüber marktschaffenden Regeln in eine institutionalisierte Defensive. In der expansiven Auslegung des EuGH gilt jede Regelung, die die Ausübung einer Grundfreiheit *weniger attraktiv machen könnte*, als Beschränkungstatbestand. Sie zu rechtfertigen, ist seit „Cassis de Dijon“ (Rs. 120/78, 1979) Aufgabe der Mitgliedstaaten. Seit dem „Gebhard“-Urteil (Rs. C-55/94, 1995) wird einheitlich für alle vier Grundfreiheiten hierbei ein vierstufiger Test angewandt: Beschränkungen der Grundfreiheiten dürfen nur dann bestehen, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, wenn sie aus (eng definierten) zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wenn sie geeignet sind, das verfolgte Ziel tatsächlich zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (s. Rn. 37 des „Gebhard“-Urteils). Das alles mag akzeptabel gewesen sein, so lange die Mitgliedstaaten sicher sein konnten, dass diese Instrumente behutsam und unter Schonung der demokratischen Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten gebraucht werden. Eben das ist aber nicht mehr der Fall. Der EuGH nutzt die Grundfreiheiten als Generalkompetenz, mit der sich liberalisierend in das Gesellschaftsrecht (das Recht der unternehmerischen Rechtsformen), die Sozialpolitik, den Hochschulzugang, das kollektive Arbeitsrecht und das Steuerrecht eingreifen lässt, um nur einige Bereiche zu nennen (vgl. hierzu die Beiträge in Höpner u. Schäfer 2008). Nichts, so sagte EuGH-Präsident Skouris einmal treffend, ist vor der Anwendung der Grundfreiheiten immun (Fritz-Vannahme 2006, S. 30).

Auch wo nationale Rechtsbestände (oder Handlungen Privater, die der EuGH durch seine Rechtsprechung zur Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Einzelne erfasst) die Kriterien der Gebhard-Formel erfüllen, ist das Ergebnis nicht mit der Zuerkennung souverän auszufüllender Handlungsspielräume zu verwechseln: Souveränität – wer sich an diesem Terminus stört, möge ihn durch „Autonomie“ ersetzen – hieße, in demokratischen Gemeinwesen *selbst* darüber befinden zu können, ob eine marktbegrenzende Maßnahme Bestand haben soll, ohne dies vor dem europäischen Höchstgericht rechtfertigen zu müssen. Die jüngsten expansiven Auslegungen der Grundfreiheiten sind deshalb, überspitzt formuliert, Kriegserklärungen an den regulierten Kapitalismus – eine Erkenntnis, die bei der deutschen Politik noch nicht wirklich angekommen ist (von sehr wenigen Ausnahmen abgesehen) und die selbst in den Europadiskurs der Gewerkschaften erst spät und sehr langsam eingewandert ist.

2. Spielen wir die Potenziale dieser Judikatur anhand eines Kernelements der sozialen Marktwirtschaft deutscher Spielart durch, und zwar der Arbeitnehmermitbestimmung auf Ebene der Leitungsorgane von Großunternehmen. Bereits mit seinen Urteilen zu „Centros“ (Rs. C-212/97, 1999), „Überseering“ (Rs. C-208/00, 2002) und „Inspire Art“ (Rs. 167/01, 2003) hat der EuGH die Unternehmensmitbestimmung faktisch von einer obligatorischen

in eine fakultative Institution transformiert. Unter Verweis auf potenzielle Behinderungen der Niederlassungsfreiheit wurde die ausländische Briefkastenholding damit dem europarechtlichen Schutz unterworfen: Die Mitgliedstaaten müssen ausländische Unternehmensrechtsformen auf ihrem Hoheitsgebiet auch dann dulden, wenn diese am Ort ihrer Gründung keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit entfalten (erzwungene Möglichkeit des *company law shopping*). Gleichzeitig setzte mit „Kommission gegen Portugal“ (Rs. C-483/99, 2002) eine Serie von EuGH-Urteilen ein, mit denen das Gericht unter Verweis auf potenzielle Behinderungen der Kapitalverkehrsfreiheit gegen sogenannte Goldene Aktien (Sonderstimmrechte von Gebietskörperschaften auf Hauptversammlungen oder Stimmrechtsbeschränkungen mit vergleichbarer Wirkung) vorging. Solche Sonderstimmrechte, so das europäische Höchstgericht, seien potenziell geeignet, ausländische Investoren abzuschrecken. Damit hat der EuGH das Aktien- und Unternehmensrecht, das eigentlich in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fällt, auf den europarechtlichen Prüfstand gestellt.

Jüngst wurde erwartet, dass dem EuGH ein Fall zum Recht auf Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern vorgelegt wird (vergleiche ausführlich Möslein 2009, S. 23). Dabei ging es um das in der Satzung von *ThyssenKrupp* verankerte Recht der Krupp-Stiftung, drei Vertreter in den Aufsichtsrat des Unternehmens zu entsenden. Von hier wäre es nur noch ein sehr kleiner Schritt zu einem Urteil gegen das deutsche Mitbestimmungsgesetz von 1976. Wie würde der EuGH urteilen? Eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die Unternehmensmitbestimmung wäre zweifellos zu bejahen (weil die Mitbestimmung vom Aktienkauf abhalten könnte)². Zwar würde der EuGH den Arbeitnehmerschutz aller Wahrscheinlichkeit nach als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkennen, der die Beschränkung einer Grundfreiheit zu rechtfertigen vermag. Wie das Gericht die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme beurteilen würde, ist hingegen eine völlig offene Frage, zeigt der internationale Vergleich doch, dass auch wesentlich anspruchlosere Vorgaben zur Arbeitnehmermitbestimmung genügen, um auf die Konsultation der Beschäftigten und sozialen Frieden in den Unternehmen hinzuwirken.

Kurz: Ein EuGH-Urteil gegen die deutsche Arbeitnehmermitbestimmung ist ein hypothetisches, auf Grundlage der vom EuGH entwickelten Interpretation der Grundfreiheiten aber absolut mögliches Ereignis, was Brisanz und Fragwürdigkeit dieser Interpretation meines Erachtens hervorragend veranschaulicht.³ Den Mehrwert des Lissabon-Urteils sehe ich darin, dass das Bundesverfassungsgericht ein solches EuGH-Urteil für in Deutschland unanwendbar erklären müsste.

3. Zweifellos richtig ist, wie auch Zürn (in dieser Debatte) herausstellt, dass Sensibilität gegenüber den sozialen Folgewirkungen der „Integration durch Recht“ im Lissabon-

2 Dass sich an den Eigentümerstrukturen der Unternehmen ablesen lässt, dass sich internationale Investoren durch solche Regelungen nicht abschrecken lassen, empirisch also keine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit stattfindet, zählt hierbei nicht: Im „Volkswagen“-Urteil (Rs. C-112/05, 2007) hatte der EuGH diesen Einwand des deutschen Gesetzgebers mit keinem Wort erwähnt.

3 Ein Zyniker würde hinzufügen: Das Gericht könnte sogar im selben Urteil ein richterrechtlich geschöpftes europäisches Grundrecht auf Arbeitnehmerkonsultation verkünden, dessen Ausübung aber der Beachtung der Binnenmarktregeln bedürfe (vgl. die unten stehenden Ausführungen zu „Viking“ und „Laval“).

Urteil nicht erkennbar ist (und sich auch die Debatte über das Urteil nicht auf diesen Aspekt konzentriert). Der EuGH habe „eine Deregulierungsdynamik entfaltet, welche die Ökonomisierung zu Lasten des sozialen Ausgleichs fördert“, stellten beispielsweise die Autoren der Gauweiler-Klage heraus (dort auf S. 269). Wie bereits der Verlauf der mündlichen Verhandlung am 10./11. Februar 2009 in Karlsruhe erwarten ließ, handelt das Lissabon-Urteil sozialpolitische Probleme auf äußerst knappem Raum ab (s. hierzu insbesondere die Rn. 392–400). Die Karlsruher Richterinnen und Richter verweisen auf die zahlreichen Nennungen des Sozialen in den Verträgen, in Protokollen und unverbindlichen integrationspolitischen Erklärungen, von der Verpflichtung zur Förderung des „wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts“ in der Präambel des Vertrags über die Arbeitsweise der EU bis hin zur expliziten Nennung der „sozialen Funktion des Sports“ in Art. 165 Abs. 2 AEUV (beides in Rn. 396 des Urteils): Seht her, wo dem Sozialen so viel Beachtung geschenkt wird, kann kein soziales Defizit bestehen.

Besonders traurig stimmen in diesem Zusammenhang die Aussagen der Karlsruher Richterinnen und Richter zum Streikrecht, wird das Problem im selben Urteilstext doch bei der Vorstellung der Klageschriften völlig korrekt wiedergegeben (Rn. 117). In den Urteilen zu „Viking“ (Rs. C-438/05, 2007) und „Laval“ (Rs. C-341/05, 2007) griff der EuGH in das kollektive Arbeitsrecht ein, indem er Arbeitskämpfe zu Störungen des Binnenmarkts erklärte, die dem Gericht nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt erschienen (Joerges u. Rödl 2009). In denselben Urteilen bezeichnete der EuGH das Streikrecht erstmals als ein europäisches Grundrecht, dessen Ausübung allerdings unter dem Vorbehalt der Binnenmarktregeln stünde: Einschränkung durch Anerkennung. Wie kann die Antwort des deutschen Höchstgerichts auf diese schwerwiegenden Probleme europäischer Rechtsfortbildung ernsthaft lauten, soziale Probleme der EuGH-Rechtsprechung seien nicht erkennbar, schließlich habe der EuGH in seiner Rechtsprechung „sogar die Existenz eines europäischen Streik-Grundrechts“ festgestellt (aus Rn. 398)?

4. Alle Beiträge zu dieser Debatte rücken nicht die vom BVerfG angemahnte Integrationsverantwortung des Parlaments, sondern die verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalte bei der Umsetzung europäischer Rechtsakte ins Zentrum. Bereits in seinen „Solange“-Urteilen hatte sich das BVerfG eine Grundrechtsprüfung europäischer Rechtsakte vorbehalten, im Maastricht-Urteil trat die Ultra-vires-Kontrolle hinzu. Sie wurden nunmehr um die Identitätskontrolle ergänzt (vgl. Rn. 240 des Lissabon-Urteils sowie Höreth und Leibfried in dieser Debatte). Nun argumentieren Höreth und Zürn, die Prüfungsvorbehalte des BVerfG seien geeignet, die Kluft zwischen marktschaffender und marktbeschränkender Integration zu *vertiefen*, weil vor allem die politisch herbeigeführte marktbegrenzende und -gestaltende Integration zum Opfer der Kontrollen des BVerfG zu werden drohe. Dieser Einwand scheint mir dann doch auf einer unzutreffenden Bestandsaufnahme der derzeit und auf absehbare Zukunft dominanten Integrationsdynamiken zu beruhen. Ambitionierte Projekte der sozialen Integration – etwa europäische Mitbestimmungsregeln, europäische Flächentarifverträge, ein gemeinsames Sozialversicherungssystem, Harmonisierung des Kündigungsschutzes usw. – sehen sich durch die heterogenen Interessenlagen innerhalb der EU-27 blockiert und werden deshalb von der Kommission auch nicht in Angriff genommen (so auch Scharpf in dieser Debatte). Das hat politökonomische, nicht aber juristische Ursachen. Dem steht eine sich unkontrol-

liert beschleunigende, mehr und mehr mitgliedstaatliche Rechtsbestände erfassende und transformierende EuGH-Judikatur zu den Grundfreiheiten gegenüber – die sich durch die Ultra-vires-Kontrolle und die Identitätskontrolle im Prinzip bremsen ließe.

Eine andere Gefahr besteht darin, dass korrekturbedürftige Fälle das BVerfG gar nicht erst erreichen (Scharpf in dieser Debatte). Muss der betroffene Bürger im Rahmen einer Verfassungsklage nachweisen, dass die nationale Umsetzung eines EuGH-Urteils eine Grundrechtsverletzung bewirkt, mag die Kontrollfunktion des BVerfG ins Leere laufen, und selbst im Fall des hypothetisch hergeleiteten Mitbestimmungsurteils des EuGH wäre unklar, worin der Grundrechtsverstoß eigentlich bestehen sollte.⁴ Dieser Ball liegt allerdings im Spielfeld der Politik. Denn die eigentliche Innovation des Lissabon-Urteils besteht ja nicht in der Schöpfung der Identitätskontrolle, sondern darin, dass das BVerfG annahmt, die vorher unerreichbar hohe Hürde, oberhalb derer Prüfungen überhaupt erst stattfinden können, durch Schaffung eines neuen Klagetyps in eine nun auch faktisch erreichbare Höhe zu verlegen (vgl. Rn. 241). Ob das tatsächlich geschieht, ist offen. Derzeit erscheint sogar die Forderung einiger Völker- und Europarechtler, das Lissabon-Urteil mit einer an das BVerfG gerichteten Vorlagepflicht aller Kollisionsprobleme an den EuGH zu beantworten, greifbarer als die Umsetzung der Anregung der Karlsruher Richterinnen und Richter.⁵

Meine kurz- bis mittelfristige Hoffnung ist, dass das BVerfG die Gelegenheit ergreift, sich Fragen wie den folgenden zuzuwenden: Muss der deutsche Gesetzgeber und müssen deutsche Gerichte EuGH-Urteile in nationales Recht umsetzen, in denen Rechtsbestände und Handlungen Privater zu unzulässigen Beschränkungen des Binnenmarkts erklärt wurden, obwohl sie keinen erkennbaren transnationalen Bezug aufweisen? Verstößt – wie in der derzeitigen EuGH-Rechtsprechung – eine nationale Regelung tatsächlich schon dann gegen die Grundfreiheiten, wenn sich ihre beschränkende Wirkung lediglich hypothetisch entfaltet? War und ist es tatsächlich Sinn der Grundfreiheiten, das kollektive Handeln von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden einer Verhältnismäßigkeitskontrolle zu unterwerfen?

5. Die im Lissabon-Urteil entwickelten Instrumente eignen sich allenfalls zum Einsatz gegen spezifische, ausgewählte Auswüchse der „Integration durch Recht“. Im Falle eines gegen die Mitbestimmung gerichteten EuGH-Urteils könnte die Ultra-vires-Kontrolle, mithin auch die Identitätskontrolle greifen. Nicht greifen würden sie hingegen in Fällen, in denen Rechtsfortbildung nicht durch *big bangs*, sondern durch kumulative, sich über lange Zeiträume vollziehende Reinterpretationen des europäischen Rechts erfolgt (ausführlich zu Typen der Rechtsfortbildung durch den EuGH: Höpner 2010). So mögen die außerordentlich restriktiven Steuerrechtsurteile des EuGH, in denen das Gericht immer wieder Versuche zur Eindämmung internationaler Steuerarbitrage zu Verstößen gegen die Binnenmarktfreiheiten erklärt hat (beispielsweise im „Marks & Spencer“-Urteil, Rs. C-

4 Anders verhielte es sich bei den Urteilen zum Streikrecht: Ein Bundesgesetz mit dem Inhalt des „Laval“-Urteils wäre, so etwa die Einschätzung von Rödl (2009, S. 42), wegen offensichtlichen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 GG verfassungswidrig. Der hiervon betroffene Arbeitnehmer könnte Verfassungsklage einreichen und einen Grundrechtsverstoß geltend machen.

5 Siehe hierzu http://www.europa-union.de/fileadmin/files_eud/Appell_Vorlagepflicht_BVerfG.pdf (Zugriff am 5. Mai 2010).

446/03, 2005), im Endeffekt genauso viel wirtschaftliche Liberalisierung bewirken wie „Centros“ und „Laval“, weil sie die Einnahmebasis der Wohlfahrtsstaaten systematisch schmälern (vergleiche hierzu Ganghof u. Genschel 2008, S. 328–329). Fälle für Identitätskontrolle und Ultra-vires-Kontrolle wären sie vermutlich nicht. Auch signalisiert das BVerfG, dass es zwar potenzielle, aber noch keine manifesten Probleme ausbrechender Rechtsakte erkennt (vgl. etwa die Formulierung des Gerichts in Rn. 238). Überall dort, wo das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist, wie beispielsweise beim Verbot der Anwendung der Sitztheorie im Gesellschaftsrecht („Centros“), wird das Lissabon-Urteil also nichts am Status quo ändern. Korrekturen können in diesen Fällen nur von der Politik ausgehen und im Konflikt mit Brüssel und Luxemburg durchgesetzt werden.

6. Besteht nicht die Gefahr, dass Verfassungsgerichte anderer EU-Staaten mit vergleichbaren Urteilen reagieren werden, und dass das europäische Recht im Ergebnis zu einem Flickenteppich wird? Dieser Einwand aller Teilnehmer dieser Debatte hat zweifellos Substanz, und wer wollte der allseits geteilten Auffassung widersprechen, politische Lösungen seien rechtlich definierten Integrationsschranken vorzuziehen. Insbesondere Scharpfs Vorschlägen zu entsprechenden politisch-institutionellen Reformen kann man im politischen Diskurs nur den größtmöglichen Erfolg wünschen (s. insbesondere Scharpf 2009b). Es erscheint aber unklar, wo die Kraft für solch institutionelle Innovationen derzeit herkommen soll, lautet doch die allgemeine Einschätzung, dass nach der mühsamen Ratifikation der Lissabonner Verträge auf absehbare Sicht keine weiteren grundlegenden Vertragsrevisionen stattfinden werden (so etwa Auswärtiges Amt 2007, S. 3 und 15–16). Wer sich hierüber nun ausgerechnet bei den Karlsruher Richterinnen und Richtern beschwerte, wäre an der falschen Adresse. Stünden wir vielleicht doch besser da, wenn die Mitgliedstaaten anstelle der Überführung des gescheiterten Verfassungsvertrags in das Lissabonner Vertragswerk in eine Denkpause von einigen Jahren eingetreten wären?

In der Tat mag das Lissabon-Urteil einen Prozess der behutsamen mitgliedstaatsspezifischen Differenzierung des europäischen Rechts einleiten – an dem die Gemeinschaft nicht zu Grunde gehen wird. Die Nichtanwendung europäischer Rechtsakte durch nationale Organe dürfte eine seltene Ausnahme bleiben und vor allem als Warnschuss gegenüber zukünftigen richterrechtlich forcierten Kompetenzverschiebungen wirken. Eine gewisse Relativierung des Grundsatzes der einheitlichen nationalen Anwendung des europäischen Rechts erscheint mir im Vergleich zur ungebremst voranschreitenden Überinterpretation der europäischen Grundfreiheiten gegenüber nationalen Rechtsbeständen das kleinere Übel. Denn am Ende des derzeit beschrittenen Weges kann nichts anderes stehen als der von politökonomischer Gestaltungskraft entleerte Hayeksche Wettbewerbsstaat. Das zugrunde liegende Problem, eine faire Beurteilung des Lissabon-Urteils in Rechnung zu stellen, hat nicht das Bundesverfassungsgericht verursacht.

5 Wo das Verfassungsgericht Recht hat und wo nicht

Fritz W. Scharpf

Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (2 BvE 2/08) ist vielfach auf pauschale Kritik gestoßen, die auch nicht bereit war, sachlich zutreffende Argumente und

begründete Besorgnisse zur Kenntnis zu nehmen. Deshalb will ich, bevor ich selbst zur Kritik übergehe, zunächst hervorheben, wo das Bundesverfassungsgericht aus meiner Sicht von zutreffenden Analysen ausgegangen ist.

1. Das Gericht hat Recht, wenn es auf der Einhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung beharrt. In allen politischen Systemen mit einer Mehrebenen-Verfassung ist die Zuordnung der Kompetenzen von kritischer, legitimationsrelevanter Bedeutung. Das für die EU wie für die Bundesrepublik gewählte Prinzip der Enumeration zentralstaatlicher Gesetzgebungskompetenzen bei gleichzeitiger Wahrung einer umfassenden Residualkompetenz der Gliedstaaten begünstigt nur scheinbar die untere Ebene. Unter den Handlungszwängen der politischen Praxis lässt sich die Erweiterung spezifizierter Zentralkompetenzen immer leichter begründen und durchsetzen als die Verteidigung einer diffusen Restkompetenz. Dies gilt insbesondere, wenn, wie in der EU und in der Bundesrepublik, die gliedstaatlichen Regierungen durch die unmittelbare Beteiligung an der zentralstaatlichen Willensbildung entschädigt werden.

Deshalb sollte man dem Gericht zustimmen, wenn es eine gründliche parlamentarische Prüfung künftiger Kompetenzübertragungen verlangt – und zwar nicht nur von der Bundestagsmehrheit, die (wie Höreth in dieser Debatte zu Recht unterstellt) normalerweise der Regierung folgt, sondern eben auch von dem in Kompetenzfragen wesentlich kritischeren Bundesrat. In der Sache leuchtet es auch ein, dass die Nutzung bereits übertragener Kompetenzen ebenfalls einer Ultra-vires-Kontrolle unterzogen werden sollte, und dass dabei insbesondere auch auf die schleichende Kompetenzerweiterung durch extensive Interpretation geachtet werden müsste (Rn. 242).

2. Dem Gericht ist ebenfalls zuzustimmen, wenn es einen Kernbereich nationaler Autonomie als Grenze der zulässigen Delegation definiert und darauf besteht, dass den EU-Mitgliedstaaten „ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse“ verbleiben müsse (Rn. 249). Selbst in der Bundesrepublik, wo die demokratische Legitimation der Bundespolitik stärker ist als die der Landespolitik, respektiert die Verfassungspraxis und definiert das Verfassungsrecht einen Kernbereich der „Eigenstaatlichkeit“ der Länder, in dem der Gestaltungsspielraum der Landespolitik geschützt wird. Das Bundesverfassungsgericht und die Föderalismusreform haben diesen Bereich in jüngster Zeit sogar noch wesentlich erweitert (Scharpf 2009a). Erst recht bedarf ein solcher Kernbereich demokratischer Selbstbestimmung des Schutzes im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, deren eigene Legitimität, wie das Gericht zu Recht feststellt, (noch) keineswegs „dem Legitimationsniveau einer staatlich verfassten Demokratie entspricht“ (Rn. 276).

Skeptischer beurteile ich den Versuch des Gerichts, diesen Kernbereich gegenständlich und mit dem Anspruch auf allgemeine Gültigkeit zu umschreiben. Was zur Verfassungsidentität gehört, variiert von Land zu Land, und der demokratische Prozess selbst definiert die Fragen, die der Öffentlichkeit und den Wählerinnen und Wählern so wichtig sind, dass sie nur durch Konfliktaustragung und Konsensbildung im eigenen Land legitim beantwortet werden können. Das gilt vermutlich für das Alkoholverbot in Schweden ebenso wie für das Abtreibungsverbot in Irland, und was den Briten der europäische Personalausweis, das wäre den Deutschen wohl die europäische Geschwindigkeitsgrenze auf den Autobahnen.

Das kann jedoch nicht heißen, dass Bereiche der genannten Art absolut gegen jede europäische Intervention geschützt werden könnten. Die grenzüberschreitende und intersektorale Verflechtung der Politikfelder ließe ein „Reservatdenken“ (Leibfried in dieser Debatte) im Sinne einer strikten Trennung der europäischen und nationalen Kompetenzen gar nicht zu. Nötig ist jedoch eine besonders sensible Abwägung zwischen europäischen und nationalen Belangen, wenn die europäische Politik oder das europäische Recht in die Kernbereiche der nationalen demokratischen Selbstbestimmung eingreifen. Indem das Bundesverfassungsgericht die „Europafreundlichkeit“ des Grundgesetzes (Rn. 225) und seine eigene Bereitschaft betont, die von ihm reklamierte „Ultra-vires- und Identitätskontrolle“ in „europarechtsfreundlicher“ Weise auszuüben (Rn. 241), hat es im Prinzip auch versprochen, eben diese Abwägung vorzunehmen. Ob das genügt, wird später zu diskutieren sein.

3. Das Gericht geht jedoch fehl in der (impliziten) Unterstellung, die demokratische Selbstbestimmung der Mitgliedstaaten sei in erster Linie durch die Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen und durch die tatsächlich ausgeübte europäische Gesetzgebung bedroht. Diese Unterstellung erscheint wenig realistisch. Angesichts der hohen Konsenserfordernisse der europäischen Gesetzgebung (die durch die Aufwertung des Europaparlaments noch gesteigert wurden) und angesichts der allseitigen Bereitschaft zu konfliktvermeidenden Kompromissen wäre es höchst ungewöhnlich, wenn eine von der betreffenden Regierung ernsthaft verteidigte Position von hoher politischer oder verfassungsrechtlicher Bedeutung im Ministerrat überstimmt würde. Gefahr droht der demokratischen Selbstbestimmung in den Mitgliedstaaten dagegen vom europäischen Richterrecht, das ohne Beteiligung des Rats und des Europäischen Parlaments formuliert und durchgesetzt werden kann.

4. Die Durchschlagskraft des Richterrechts beruht auf den vom EuGH in den frühen 1960er-Jahren durchgesetzten Prinzipien der Direktwirkung und der Suprematie des europäischen im Verhältnis zum nationalen Recht. Damit diese überhaupt praktische Bedeutung erlangen konnten, war es überdies notwendig, die vertragliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Herstellung eines gemeinsamen Marktes und die dieser entsprechende Ermächtigung des europäischen Gesetzgebers in subjektive Rechte der Bürger und Unternehmen umzudeuten. Der freie Verkehr von Personen, Waren, Kapital und Dienstleistungen, die Niederlassungsfreiheit, das Diskriminierungsverbot und das Verbot wettbewerbsverzerrender Maßnahmen erlangten deshalb im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten den Status von Grundrechten, die alles nationale Recht außer Kraft setzen konnten. Sie alle können von Privaten in normalen Rechtsstreitigkeiten vor den nationalen Gerichten in Anspruch genommen werden, und die Gerichte sind gehalten, europarechtliche Zweifelsfragen dem EuGH zur verbindlichen Interpretation vorzulegen.

Dieser europäische Grundrechtsschutz nimmt auf Kompetenzregeln keine Rücksicht. Er wirkt sich also auch auf nationale Politikfelder aus, für die der Union keinerlei Kompetenz übertragen wurde, ja für die im Vertrag sogar eine europäische Regelungskompetenz explizit ausgeschlossen wurde. Dies gilt etwa nach Art. 137 Abs. 5 EGV für „das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“. Trotzdem hat der EuGH Arbeitskämpfmaßnahmen der Gewerkschaften in der „Viking“-Entscheidung (Rs. C-438/05, 2007) als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und im „Laval“-Fall (Rs. C-341/05, 2007) als Verletzung der Dienstleistungsfreiheit qualifiziert, und er hat im

„Rueffert“-Urteil (Rs. C-346/06, 2008) auch die Entgeltregelung des Niedersächsischen Tarifneugesetzes an der Dienstleistungsfreiheit scheitern lassen. Ähnliches gilt in zahlreichen anderen Politikfeldern (Scharpf 2009b, c). Kurz, die Grundrechtsjudikatur des EuGH erfasst im Prinzip alle Bereiche der nationalen Politik und sie kann auch durch explizite Kompetenzschränken und Delegationsverbote nicht eingegrenzt werden. Wenn also Höreth (in dieser Debatte) dem Bundesverfassungsgericht „einen schier unermesslichen Entscheidungsspielraum“ zuschreibt, so gilt dies noch viel mehr für den EuGH, dessen Rechtsprechung, so sie sich auf die Interpretation der Verträge stützt, nur durch Vertragsänderung, die in allen 27 Mitgliedstaaten ratifiziert werden müsste, korrigiert werden könnte.

5. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die des EuGH jedoch höchst einseitige Auswirkungen auf die möglichen Inhalte der Politik: Sie erfasst keineswegs die volle Breite legitimer Staatsziele und der von einer Rechtsordnung zu schützenden Rechtsgüter, sondern schützt lediglich eine Auswahl von Individualrechten, deren Schwerpunkt nach wie vor bei den Wirtschaftsfreiheiten und Diskriminierungsverboten liegt. Vor allem aber kann diese Rechtsprechung lediglich nationale Regelungen, die die Ausübung europäisch geschützter Rechte behindern, außer Kraft setzen. Sie erzwingt Deregulierung und „negative Integration“, indem sie die Handlungsmöglichkeiten der Politik in den Mitgliedstaaten beschränkt, aber sie leistet keinen Beitrag zu einer „positiven Integration“, die – wie Zürn in dieser Debatte zu Recht betont – die Problemlösungsfähigkeit der europäischen Politik steigern und nationale Regeln durch ein gemeinsames europäisches Regime ersetzen müsste. Gemeinsame europäische Regeln aber können nicht durch Richterrecht, sondern nur durch europäische Gesetzgebung eingeführt werden. Diese aber muss auch nach dem Lissabon-Vertrag hohe Konsenshürden überwinden. Sie bleibt deshalb in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt und kann durch gravierende Interessenkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten gelähmt werden.⁶

6. Im Ergebnis führen die Dominanz der negativen und die relative Schwäche der positiven Integration im vertikalen Verhältnis zwischen nationaler und europäischer Politik zu einer progressiven Denationalisierung und einer sehr unvollständigen Europäisierung der politischen Handlungsfähigkeit. Man kann mit Zürn und Leibfried dem Verfassungsgericht vorwerfen, dass es in seiner Fixierung auf den Verlust nationaler Autonomie die Notwendigkeit einer Stärkung der europäischen Politik ignoriere. Wenn man jedoch die Hoffnungen auf rasche Fortschritte in dieser Richtung für wenig realistisch hält, dann erzeugt die progressive Beschränkung nationaler Handlungsfähigkeit durchaus ein gravierendes – und vom Bundesverfassungsgericht zu Recht betontes – Demokratiedefizit. In den Beiträgen von Leibfried und Zürn wird dieses m. E. zu leicht gewichtet. Aber das Lissabon-Urteil geht in seiner Kritik nicht weit genug. Die Stärke des europäischen Richterrechts und die darauf beruhende Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration erzeugt nicht nur Ungleichgewichte in der vertikalen Dimension zwischen

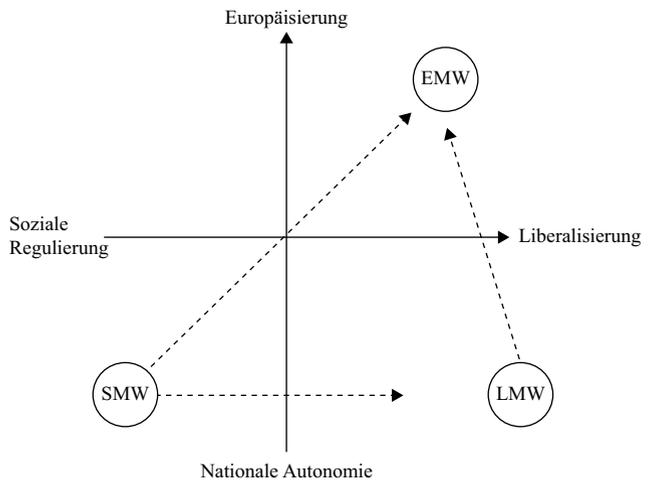
6 Zürn setzt auf die Demokratisierung und Politisierung der europäischen Gesetzgebung, während ich wegen der extremen Heterogenität der Mitgliedstaaten und ihrer Interessen konsensuale Entscheidungsverfahren für unverzichtbar halte, die jedoch durch Politisierung leicht blockiert werden können.

europäischer und nationaler Politik, sondern auch in der horizontalen Dimension zwischen sozialen und liberalen Politikzielen (Scharpf 2009c).

Zur Erläuterung beziehe ich mich auf den Stand der vergleichenden politökonomischen und sozioökonomischen Forschung, die einerseits zwischen liberalen und koordinierten Marktwirtschaften und andererseits zwischen liberalen, christdemokratischen und sozialdemokratischen Sozialstaaten unterscheidet (Esping-Andersen 1990; Hall u. Soskice 2001). Wenn man beide Klassifikationen zusammenfasst, kann man unter den Mitgliedstaaten einerseits eine Gruppe der sozialen Marktwirtschaften (auf dem europäischen Kontinent und in Skandinavien) und andererseits eine Gruppe der liberalen Marktwirtschaften (in den angelsächsischen Ländern und in Mittel- und Osteuropa) unterscheiden. Die ersten sind wegen ihrer aufwendigeren Sozialleistungen und wegen der stärker strukturierten Interaktionen unter den Unternehmen und zwischen diesen und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in viel höherem Maß als Letztere auf staatliche Regulierung und auf Institutionen angewiesen, die nicht dem Modell der idealen Marktkonkurrenz entsprechen. Sie werden deshalb durch die negative Integration auch viel stärker beeinträchtigt als die liberalen Marktwirtschaften, die sich sowohl für die Erbringung und Finanzierung von Sozialleistungen als auch für die Koordination zwischen den Wirtschaftssubjekten vor allem auf den Markt verlassen. Auf der nationalen Ebene führt die negative Integration also zu einer Schwächung der sozialen Marktwirtschaften, die in Abb. 1 als eine „Rechtsverschiebung“ und strukturelle Annäherung an das Modell der liberalen Marktwirtschaften erscheint.

Nun hat der Lissabon-Vertrag in Art. 3 zwar die Herstellung einer sozialen Marktwirtschaft zu einem der Ziele der Union erklärt, aber dieses könnte nur durch die europäische Gesetzgebung erreicht werden – und diese wurde und wird in den hier relevanten Fragen der Sozialpolitik, der Steuerpolitik und der Arbeitspolitik durch den strukturell begründeten Interessenkonflikt zwischen den Mitgliedstaaten blockiert. Mit anderen Worten, die Hoffnung auf eine Wiederherstellung der sozialen Marktwirtschaft auf der europäischen Ebene ist unrealistisch. Die soziale Marktwirtschaft kann nur in den Mitgliedstaaten

Abb. 1: Wirkung der Europäisierung auf Soziale Marktwirtschaften (SMW), Liberale Marktwirtschaften (LMW) und die in Entstehung begriffene Europäische Marktwirtschaft (EMW). (Quelle: Eigene Darstellung)



überleben, und wer dieses Überleben fördern will, der muss versuchen, der Dominanz der negativen Integration im europäischen Richterrecht Grenzen zu setzen.⁷

7. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Lissabon-Urteil die nicht von der europäischen Gesetzgebung, sondern vom europäischen Richterrecht ausgehenden Übergriffe in den Kompetenzbestand der Mitgliedstaaten nicht unmittelbar angesprochen,⁸ sondern lediglich auf die Gefahr hingewiesen, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auch durch die erweiternde Auslegung des Primärrechts verletzt werden könnte (Rn. 238, 242). Dass damit auch die „ausbrechende“ Grundrechts-Judikatur gemeint sein könnte, bleibt ungesagt, und es ist auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, auf welchem Verfahrensweg etwa die EuGH-Entscheidungen gegen das Tarifneugesetz oder gegen das Volkswagengesetz vor das Verfassungsgericht gebracht werden könnten.⁹

Unabhängig davon bleibt aber zu fragen, ob ein nationales Verfassungsgericht die geeignete Instanz wäre, um eine angemessene Abwägung zwischen gleichermaßen legitimen nationalen und europäischen Belangen vorzunehmen. Der EuGH hat seit drei Jahrzehnten bewiesen, dass er dazu nicht in der Lage ist. Aber die Vorstellung, dass nun jedes Obergericht in den 27 Mitgliedstaaten die Kompetenz-Kompetenz zur Bestimmung der Reichweite des Europarechts in Anspruch nehmen würde – und zwar ohne jede Beteiligung von Vertretern des europäischen öffentlichen Interesses! – muss jedem guten Europäer (und das sind wir doch alle?) als ein chaotischer Albtraum der differenzierten Integration erscheinen.¹⁰ Kurz: Das Lissabon-Urteil verletzt die für die Legitimität des Richterrechts fundamentalen Anforderungen von Kants kategorischem Imperativ: Seinen Maximen fehlt die Generalisierbarkeit. Die stattdessen wünschenswerte Möglichkeit einer politischen Überprüfung von EuGH-Urteilen durch den Europäischen Rat hätte freilich nicht aus der deutschen Verfassung abgeleitet werden können.

Im Ergebnis teile ich deshalb Zürns Überzeugung, dass die Balance zwischen gleichermaßen legitimen europäischen und nationalen Belangen weder den nationalen Verfassungsgerichten noch dem EuGH zur Letztentscheidung überlassen werden darf. Die Kompetenz-Kompetenz muss in der Tat in der politischen Sphäre verbleiben. Aber in welchem Verfahren sie dort effektiv ausgeübt werden könnte, bedarf noch der weiteren Diskussion (Scharf 2009b).

7 Zürn wirft die interessante Frage auf, weshalb diese horizontale Links-rechts-Verschiebung in der Diskussion des Lissabon-Urteils und generell in der europapolitischen Diskussion in Deutschland kaum eine Rolle gespielt habe. Der Grund scheint mir zu sein, dass die Linke, die in ihrer emotionalen Abkehr von der deutschen Identität die Denationalisierung im Prinzip begrüßt, alle Hoffnungen auf die demokratische Politik in Europa gesetzt hat, während der politische Liberalismus (in allen Parteien, in den Medien und in den Hochschulen) gegen die Ergebnisse der Verschiebung nichts einzuwenden hat.

8 Stattdessen hat es, wie Höpner zu Recht kritisiert, in Rn. 392–399 eine sehr euphemistische Interpretation des Verhältnisses zwischen nationalen und europäischen Sozialkompetenzen formuliert, die die realen Probleme ignoriert.

9 In dieser Hinsicht erscheint mir auch Höpners Beitrag eher zu optimistisch.

10 Hier teile ich eher Leibfrieds Abneigung gegen die „27 Identitätshüter“ als Höpners Zuversicht, dass daran „die Gemeinschaft nicht zu Grunde gehen wird“.

6 Integrationsverantwortung in einer politisierten Union

Michael Zürn

1. Der Beschwerdeführer III des Verfahrens „Vertrag von Lissabon“ beklagt, dass der Rat nicht mehr hinreichende, von den Staatsvölkern der Mitgliedstaaten abgeleitete demokratische Legitimität vermitteln könne. Eine solche Klage ist angesichts der generellen Politisierung des Regierens jenseits des Nationalstaates wenig überraschend. Die Politisierungsthese besagt, dass seit geraumer Zeit funktionalistische, aus der Sachlogik eines Subsystems erwachsende und damit unpolitische Begründungen europäischer und internationaler Institutionen nicht mehr greifen (Zürn u. Ecker-Ehrhardt 2010). Das legitimierende Narrativ der expertengeleiteten Problembearbeitung wird in Frage gestellt und der „permissive Konsensus“, der den exekutiven Entscheidungsträgern in den nationalen Regierungen und den elitären transnationalen Policy-Netzwerken erhebliche Entscheidungsräume zuerkannte, die kaum parlamentarisch oder öffentlich kontrolliert wurden, scheint sich aufzulösen. Das prozessuale Zustandekommen, der Inhalt der Ergebnisse internationaler Politikprozesse und v. a. die damit verbundenen subsystemischen Kompetenzzuweisungen bedürfen zunehmend der Rechtfertigung. Damit erfährt das Elitenprojekt Europäische Integration in der Breite Widerstand, genauso wie das kosmopolitische Projekt offener Grenzen. Allerdings wäre es falsch zu glauben, dass sich nur der Widerstand erhöht hat. Opposition erfasst nur einen Teil der gegenwärtigen Auseinandersetzung mit europäischen und internationalen Institutionen. Gleichzeitig fordern nämlich viele gesellschaftliche Akteure und soziale Bewegungen angesichts denationalisierter Problemlagen eine Stärkung des Regierens jenseits des Nationalstaates.

Entscheidend für diese Politisierung ist, dass die EU und andere internationale Institutionen zunehmend direkt auf die Angelegenheiten von Gesellschaften einwirken und eine erhebliche Autonomie gegenüber den einzelnen Nationalstaaten erlangt haben. Sie werden daher als neue Machtzentren wahrgenommen, die Herrschaft ausüben, und folgerichtig mit politischen Ansprüchen belegt. Der *Legitimationsbedarf* wächst. Dabei werden zunehmend nicht nur die einzelnen Politiken, sondern die Entscheidungsverfahren und das institutionelle *Setting* als solches zum zentralen Gegenstand der Auseinandersetzung. Kritisiert werden dann die mangelnde Repräsentativität und Transparenz der Entscheidungsprozesse und die nicht hinreichende Rechenschaftspflicht von Entscheidungsträgerinnen und -trägern. Die Politisierung ist insofern eine Funktion der Entstehung von politischer Autorität jenseits des Nationalstaates.

Parallel dazu erwächst auch die Politisierung internationaler Angelegenheiten als Folge eines zunehmenden *Regelungsbedarfs* jenseits des Nationalstaates. Eine Vielzahl ökonomischer, sozialer und kultureller Problemlagen ist inzwischen in dem Sinne denationalisiert, dass sie von Handlungszusammenhängen erzeugt werden, die über nationalstaatliche Grenzen hinausreichen. Vor diesem Hintergrund kann sich die Kritik an einer mangelnden Bearbeitung bestimmter Probleme auch am zu schmalen Mandat vorhandener Institutionen festmachen. Bei immer mehr Problemlagen wird europäischen und internationalen Institutionen mittlerweile nämlich nicht nur eine gewachsene Bedeutung im politischen Prozess zugeschrieben; sie wird zunehmend auch als notwendig und wünschenswert erachtet.

Der Doppelcharakter der Politisierung europäischer und internationaler Angelegenheiten (Widerstand und Instrumentalisierung) spiegelt also ein doppeltes Demokratieproblem wider: Zum einen gewinnen herrschaftsausübende politische Institutionen an Bedeutung, deren Entscheidungsverfahren kaum den Ansprüchen einer demokratischen Legitimation entsprechen und angesichts soziokultureller Ausgangsbedingungen auch nur schwer entsprechen können. Zum anderen führt aber angesichts denationalisierter Problemlagen das Fehlen starker europäischer und internationaler Institutionen dazu, dass mehrheitlich erwünschte politische Ziele gar nicht mehr erreicht werden können. Zudem ermöglichen erst internationale Verhandlungen, dass bei grenzüberschreitenden Problemlagen alle Entscheidungsbetroffenen wenigstens anhand von Repräsentanten vertreten sind. Es wäre also falsch, die Stärkung europäischer und internationaler Institutionen einseitig als eine Gefährdung der Demokratie anzusehen. Es geht vielmehr darum, das Zusammenspiel zwischen nationaler, europäischer und internationaler Ebene als integralen Bestandteil einer Mehrebenenordnung zu verstehen, in der die Ebenen gar nicht mehr unabhängig voneinander funktionieren können.

2. Die Rolle des Rechts im europäischen Integrationsprozess lässt sich leicht in diesen Kategorien beschreiben. Alter (2009) hat dies in ihren Analysen beispielhaft herausgearbeitet. Die maßgebenden Entscheidungen des EuGH wie etwa „Cassis de Dijon“ (Rs. 120/78, 1979) haben angesichts der Duldung durch die nationalen Gerichte und Regierungen v. a. in den 1980er- und 1990er-Jahren eine ungeahnte Integrationsdynamik ausgelöst. Insofern kann das Recht – und dabei insbesondere das Richterrecht, wie Scharpf und Höpner betonen – als der entscheidende Motor des zweiten Schubs der europäischen Integration gelten. Durch diese Form der gerichtlich betriebenen Supranationalisierung sind politische Kontrollmechanismen gleichsam umgangen worden. Insofern produziert dieser Prozess nicht nur im Sinne der Spillover-These weitere rechtliche Integration, sondern zunehmend auch Widerstände, einen *backlash*. Und der zeigt sich nicht nur in der politischen, sondern auch in der rechtlichen Sphäre selbst. Das zeichnete sich bereits 1974 mit „Solange I“ (BVerfGE 37, 271) ab, setzte aber mit der entsprechenden öffentlichen Aufmerksamkeit mit dem „Maastricht“-Urteil von 1993 (BVerfGE 89, 155) erst richtig ein. Dass die nationalen Verfassungsgerichte sich vermehrt gegen den EuGH aufstellen, lässt sich freilich rechtsdogmatisch nicht hinreichend erklären. Die zunehmend europakritische Verfassungsinterpretation ist Teil eines umfassenderen politischen Prozesses. Insofern teile ich nicht die Befürchtung von Höreth, dass sich das Parlament in europapolitischen Fragen von Fragen der Verfassungsinterpretation leiten lässt. Es ist eher umgekehrt.

In diesem Politisierungsprozess ist das Verhältnis von nationaler und grenzüberschreitender Politik zum Gegenstand der öffentlichen Auseinandersetzung geworden. Es geht dabei möglicherweise um die entscheidende konstitutionelle Frage der Politik des 21. Jahrhunderts, die sich zunehmend in einer akzentuierten politischen Konfliktlinie innerhalb fast aller westlichen Gesellschaften manifestiert (Marks u. Steenbergen 2004; Kriesi et al. 2008). Dieser *cleavage* zwischen „Integration“ und „Abgrenzung“, also der Konflikt zwischen denen, die die Öffnung der nationalen Gesellschaft, Wirtschaft und Politik für globale Zusammenhänge befürworten und denen, die sich für eine nationale Abschottung etwa in Migrations- und Handelsfragen oder bei Fragen der Europäischen Integration einsetzen, scheint auch die Auseinandersetzung über das BVerfG-Urteil zu prägen. So

zeigen die Debatten und Reaktionen auf das Lissabon-Urteil – ganz im Sinne der Politisierungsthese – zweierlei: zum einen die Bedeutung, die solche Fragen in der politischen Öffentlichkeit erlangen können und zum anderen eine Struktur der Auseinandersetzung, die quer zur Links-Rechts-Konfliktlinie der deutschen Politik liegt. Es gibt nicht eine überregionale Zeitung, in der sich nicht sowohl kritische als auch bejahende Kommentare finden.

Vor diesem Hintergrund scheint es also nicht die Enttäuschung über die Behandlung sozialpolitischer Probleme zu sein – so berechtigt diese nach Höpner auch sein mag –, die die öffentlichen Reaktionen auf das Urteil bestimmen. Weder das Urteil selbst noch die Auseinandersetzung darüber wird durch die soziale Frage geprägt, wie das die Analyse von Fritz Scharpf eigentlich nahe legen würde. Vielmehr scheint eine konstitutionelle bzw. demokratische Begründungslogik die materielle bzw. substanzielle Begründungslogik verdrängt zu haben, selbst wenn die vertretenen Positionen freilich nach wie vor eine substanzielle Grundierung haben.

3. Die Europäische Integration ist – im Lichte der Politisierungsthese betrachtet – nicht *sui generis*. Sie ist allerdings aufgrund des besonderen Maßes an Supranationalisierung besonders weit fortgeschritten und setzte dementsprechend auch früher ein. Das bringt die nationalen Verfassungsgerichte ins Spiel, was in diesem Ausmaß bei der Politisierung anderer internationaler Institutionen noch nicht der Fall und für den weiteren Verlauf der Auseinandersetzungen von großer Bedeutung sein dürfte. Was aber zeichnet in einer solchen Politisierungsperspektive eine verantwortliche und zukunftsgerichtete nationale Verfassungsgerichtsbarkeit aus? Was sind die Prinzipien, die Verfassungsgerichte befolgen sollten? Und wie stellt sich das Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das den Lissabon-Vertrag als verfassungskonform einstuft, sofern das nationale Parlament entsprechende Zustimmungsrechte erwirkt, aus dieser Perspektive dar?

Aus der skizzierten Perspektive folgen drei Prinzipien einer verantwortungsvollen Verfassungsrechtssprechung.¹¹

- a. Die Aufrechterhaltung der Integrität des Rechts ist angesichts der beschriebenen Prozesse von zentraler normativer Bedeutung. Sie erfordert allerdings, sich aus dem Gegensatzpaar national-international zu lösen. In dem Maße, wie die verschiedenen Ebenen der Politik in einem Mehrebenensystem funktional zusammenwirken, bedarf es einer rechtlichen Perspektive, die die konstitutive Abhängigkeit der Ebenen voneinander produktiv aufgreift und sie nicht gegeneinander ausspielt, so als ob sie unabhängig voneinander funktionstüchtig sein könnten. Das deutsche Grundgesetz bietet mit seiner Integrationsoffenheit dafür eine gute Grundlage.
- b. Der enge Zusammenhang zwischen den Grundrechten und dem Demokratieprinzip macht es erforderlich, beide Demokratieprobleme einer denationalisierten Welt

¹¹ Diese Prinzipien entspringen einer sozialwissenschaftlichen Analyse der Verhältnisse vor dem normativen Hintergrund einer liberal-diskursiven Demokratietheorie, ohne dabei deduktive Kraft beanspruchen zu können. Es handelt sich in diesem Sinne eher um Implikationen, die aus der Politisierungsperspektive folgen, als um rechtliche Prinzipien, die eine Verankerung im Grundgesetz haben. Im Folgenden handelt es sich also nicht um eine rechtswissenschaftliche Kritik des Urteils. Vgl. allerdings die rechtswissenschaftliche Kritik des Urteils bei von Bogdandy (2009), die aus anderer Perspektive zu einer sehr ähnlichen Einschätzung gelangt.

gleichzeitig in den Blick zu nehmen: das des wachsenden demokratischen Legitimationsbedarfs herrschaftsausübender Institutionen jenseits des Nationalstaates und das des wachsenden Regelungsbedarfs jenseits des Nationalstaates, damit kollektive Ziele unter (wenigstens indirekter) Beteiligung aller Betroffenen überhaupt noch erreicht werden können.

- c. Kollisionen und Konflikte zwischen den Ebenen sind in einem emergenten Prozess der Herausbildung neuer Ordnungskonstellationen konstitutionelle, verfassungsbildende Fragen. Sie haben damit einen unhintergehbaren politischen Kern und können nicht durch das Rechtssystem komplett usurpiert werden. Eine verantwortungsvolle Verfassungsgerichtsbarkeit sollte Wege aufzeigen, wie die Öffentlichkeit auf diese Prozesse der Ordnungsbildung einwirken kann.

ad a) Die beanspruchte Suprematie der europäischen Institutionen möchte das BVerfG unterbinden, indem es sich partiell selbst die Kompetenz-Kompetenz zuweist. Es beansprucht im Namen der mitgliedstaatlich verankerten Volkssouveränität neben der Ultra-vires-Kontrolle nun auch eine Prüfung, ob eine Gefährdung der deutschen Verfassungsidentität vorliegt. Dadurch wird ein flexibleres, auch unterhalb des ultimativen Einsatzes der Ultra-vires-Kontrolle nutzbares Instrument eingeführt. In die Sprache der Abschreckungstheorie übersetzt heißt das: Die Drohung der *massive assured destruction* wird im Namen der Glaubhaftigkeit der Drohung durch die der *flexible response* ersetzt. Dadurch werden die in „Solange II“ (BVerfGE 73, 339) entwickelten Prinzipien der Ko-Existenz der beiden Rechtsordnungen teilweise revidiert (vgl. auch Sabel u. Gerstenberg 2010). Das mag im Rahmen der dualen Logik sinnvoll sein. Im Lichte des ersten normativen Prinzips ist es aber unzureichend. Der Monismus des EuGH (einheitliche Rechtsordnung) wird durch den Dualismus (zweistufige Rechtsordnung mit autonomer Umsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten) eines nationalen Verfassungsgerichts gekontert. Damit bleibt die Diskussion auf der Stufe der staatsrechtlichen Unterscheidung zwischen Staatenbünden und Bundesstaaten stehen und folgt der angestaubten Nullsummenlogik. Es findet keine erkennbare Auseinandersetzung mit Konzepten statt, die aus dem Prokrustesbett der National-international-Dichotomien ausbrechen möchten.

Die rechtstheoretische Pluralismusthese beispielsweise bietet eine solche Alternative jenseits der traditionellen Dichotomie an (vgl. Krisch 2009). Eine rechtlich festgelegte, fixe Letztinstanz ist demnach im Zuge des Herausbildungsprozesses eines komplexen Mehrebenensystems dysfunktional. In einem solchen System sind Ebenen- und Sphärenkollisionen vielmehr elementarer Bestandteil des Systems, die nicht mittels einer Hierarchisierung – sei es in Form des Monismus des EuGH oder des Dualismus des BVerfG – aufgehoben werden können (vgl. auch Kumm 2009 zum kosmopolitischen Konstitutionalismus). Zudem erscheint die Logik des Kollisionsrechts Anknüpfungspunkte zu geben, wie mit Normkollisionen zwischen gleichwertigen Rechtssystemen umgegangen werden kann (vgl. Joerges 2010).

ad b) Das Urteil des BVerfG vereinseitigt das Demokratieproblem zugunsten der Kontrolle herrschaftsausübender Institutionen, ohne die andere Seite der Medaille – handlungsfähige Institutionen jenseits des Nationalstaates als notwendiges Element der Umsetzung des demokratischen Prinzips – ausreichend in den Blick zu nehmen. Es tut dies, indem es eine Kontrolle der europäischen Instanzen durch bundesrepublikanische

Organe fordert, die – wenn sie von allen Mitgliedstaaten in derselben Weise zur Anwendung kämen – Entscheidungen auf der europäischen Ebene effektiv blockieren würde. Die vom BVerfG geforderte Zustimmungspflicht des Parlaments wirkt, wenn sie auf alle 27 Mitgliedstaaten erweitert würde, als eine veritable Integrationsbremse. Dass das Urteil die Effekte einer Verallgemeinerung der von ihm eingeforderten Praxis in der EU der 27 nicht einmal thematisiert, zeigt die Innengerichtetheit des Urteils. Im parlamentarischen System der Bundesrepublik, in dem die Mitglieder der regierenden Parteien nur in absoluten Ausnahmefällen gegen die eigene Regierung stimmen, sollte sich der Schaden in der Tat in Grenzen halten. Wenn aber andere Mitgliedstaaten mit anderen parlamentarischen Traditionen sich dieses Instrumentes bedienen und dem deutschen ‚Vorbild‘ folgen, dann würde im Ergebnis die demokratische Kontrolle der europäischen Institutionen maximiert worden sein, die Selbsteinwirkungsmöglichkeit der europäischen Völker aber minimiert.

Die Vereinseitigung des demokratischen Prinzips zeigt sich auch an der demokratiethoretischen Kritik des BVerfG an den europäischen Organen, insbesondere des Europäischen Parlaments. Der im Urteil zum Maßstab angelegte Idealtyp der Westminster-Demokratie mit absoluter Stimmgleichheit der Bürgerinnen und Bürger ist für ein Mehrebenensystem zu eng. In solchen Systemen muss das Mehrheitsprinzip – wie auch im Föderalismus – mit dem Prinzip des Minderheitenschutzes in Einklang gebracht werden. Im Ergebnis wird der europäischen Ebene ein nachgeordneter, nicht demokratisch legitimierter Status zugeteilt. Nur auf der europäischen Ebene gelangen aber die verschiedenen nationalen Perspektiven zueinander. Daraus ergibt sich ihre spezifische Legitimationskraft, die durch kein rein nationales Verfahren erlangt werden kann.

Im Zeitalter der gesellschaftlichen Denationalisierung können zu hohe Hürden für das Zustandekommen europäischer (oder internationaler) Regelungen also Demokratiedefizite hervorrufen, auch und gerade dann wenn die Hürden demokratiethoretisch motiviert sind. So werden die von Höpner und Scharpf beschriebenen Asymmetrien zugunsten der Marktliberalisierung in der Tendenz nur verschärft, wenn man den ohnehin schwierigen politischen Prozess zusätzlich erschwert. Wer also wie das BVerfG das demokratische Prinzip exklusiv an freie Wahlen ohne Stimmengewichtung bindet, der negiert die Externalitäten jeder Politik (oder Nicht-Politik) in entgrenzten Gesellschaften und schadet dem Kern des Prinzips: dass alle diejenigen, die von einer Entscheidung betroffen sind, ein Mitspracherecht haben sollten.

ad c) Eine verantwortungsvolle Verfassungsgerichtsbarkeit sollte auch Wege aufzeigen, wie die europäische(n) Öffentlichkeit(en) auf den Prozess der Herausbildung einer integrierten europäischen Mehrebenenordnung einwirken können. Konflikte zwischen den Rechtsebenen sollten dabei nicht durch Positionsgefechte zwischen den obersten Gerichten ausgetragen werden. Es handelt sich in diesen Fällen um politische Fragen in ihrer grundlegendsten Bedeutung. Generell sollten demokratische Zielkonflikte nicht durch die Festlegung einer scheinbar rechtlichen, in der Sache aber parteiischen Letztentscheidungsinstanz – d. h. weder durch die nationalen Verfassungsgerichte noch durch den EuGH – der politischen Sphäre entzogen werden. Grundlegende Kollisionen mit konstitutioneller Bedeutung über Grundrechte können vielmehr im Rahmen eines Prozesses der Ordnungsbildung – durchaus im Sinne des Rechtspluralismus – letztlich nur im politischen Raum aufgelöst werden (grundlegend Waldron 1999).

Vor diesem Hintergrund wirkt der richterliche Schutz der demokratischen Sphäre in den Passagen des Lissabon-Urteils, in denen das Bundesverfassungsgericht nicht nur prozedurale, sondern auch materielle Schranken der Integration festlegt (Rn. 252–260), geradezu paternalistisch. Dabei werden unter anderem das Straf- und Prozessrecht, der Einsatz der Bundeswehr, sozialpolitische Weichenstellungen und die Steuerpolitik als besonders sensible Bereiche für einen demokratischen Verfassungsstaat ausgemacht. In jedem der genannten Bereiche ließe sich freilich auch ohne Weiteres eine pro-europäische Position mit einer möglicherweise besseren Begründung denken als das ‚Seit-jeher‘-Argument der Urteilsbegründung. An diesen Stellen wird die Negierung des demokratischen Potentials einer europäischen Entscheidung extrem und man neigt im Gegenzug zur Polemik: Man kann die Demokratie nicht schützen, indem man konstitutionelle Schranken so eng knüpft, dass bestens begründbare Entscheidungen untersagt werden. Kontrolle ist gut, Demokratie ist besser.

4. Freilich mag – und da teile ich den Optimismus von Marcus Höreth zu einem gewissen Maße – eine veraltete, dem nationalstaatlichen Souveränitätsdenken geschuldete Begründung vielleicht auch positive Effekte erzielen. Die Verpflichtung des nationalen Parlaments, europäische Verantwortung zu übernehmen, zwingt nämlich die Parlamentarier in Deutschland dazu, ihr europapolitisches Desinteresse zu überwinden. Die Praxis des *blame shifting* – jede Wahlkreis Kritik an einem Gesetz wird der EU in die Schuhe geschoben – könnte abnehmen; der Zwang, mit anderen nationalen Parlamenten, aber auch dem EP zusammenzuarbeiten, wird größer und die Pflicht des europapolitischen Establishments, seine Positionen tatsächlich zu rechtfertigen und nicht hinter europapolitischen Gemeinplätzen zu verbergen, nimmt gleichfalls zu. Insofern könnte der ungewollte Effekt des Urteils des BVerfG sein, dass es zugunsten einer demokratisch institutionalisierten Politisierung der EU beiträgt und das pro-europäische Elitenkartell dazu zwingt, die ergebnisoffene politische Auseinandersetzung mit den Skeptikern zu suchen, und damit langfristig eben doch integrationsbefördernd wirken. Das ist freilich nicht mehr als die Spekulation eines Optimisten.

Literatur

- Abromeit, Heidrun. 1995. Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität: Drei Realmodelle der Legitimation staatlichen Handelns. *Politische Vierteljahresschrift* 36:49–66.
- Ackermann, Bruce A. 1989. Constitutional politics/Constitutional law. *Yale Law Review* 99:453–547.
- Ackermann, Bruce A. 1991. *We the people. [Bd. 1] Foundations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Ackermann, Bruce A. 1998. *We the people. [Bd. 2] Transformations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Alter, Karen J. 2009. *The European court's political power. Selected essays*. Oxford: Oxford University Press.
- Auswärtiges Amt. 2007. *Denkschrift zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007*. Berlin: Auswärtiges Amt.

- Bogdandy, Armin. 2009. *Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum. Überlegungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und gegen den methodischen Nationalismus*. Masch. Manuskript. Heidelberg.
- Esping-Andersen, Gøsta. 1990. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University Press.
- Friedrich, Carl Joachim. 1937. *Constitutional government and politics*. New York: Harper.
- Fritz-Vannahme, Joachim. 2006. Am Ende ist das Wort. Der Europäische Gerichtshof hütet die Ideale Europas, wenn die EU-Kommission versagt. *DIE ZEIT* vom 4. Mai 2006:30.
- Ganghof, Steffen, und Philipp Genschel. 2008. Deregulierte Steuerpolitik: Körperschaftsteuerwettbewerb und Einkommensbesteuerung in Europa. In *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*, Hrsg. Martin Höpner und Armin Schäfer, 311–334. Frankfurt a.M.: Campus.
- Genschel, Philipp. 2009. Die Europäisierung der Steuerpolitik. In *Die Verfassung Europas. Perspektiven des Integrationsprojekts*, Hrsg. Frank Decker und Marcus Höreth, 201–216. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Hall, Peter A., und David Soskice. Hrsg. 2001. *Varieties of capitalism. The institutional foundations of comparative advantage*. Oxford: Oxford University Press.
- Handelsblatt. 2009. Lissabon-Vertrag: Verfassungsrichter rüttelt am Grundgesetz. *Handelsblatt* vom 7. Juli 2009, <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/verfassungsrichter-ruetelt-am-grundgesetz;242833>. Zugegriffen: 4. Mai 2009.
- Höpner, Martin. 2010. Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung. Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH). *Der moderne Staat* (im Erscheinen).
- Höpner, Martin, und Armin Schäfer. Hrsg. 2008. *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*. Frankfurt a.M.: Campus.
- Höreth, Marcus. 2008. *Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum US Supreme Court*. Baden-Baden: Nomos.
- James, Harold. 2009. Die Finanzkrise und ihre Herausforderung für Europa. *Arbeitspapier 105/2009 des Sfb „Staatlichkeit im Wandel“*. Bremen: Universität Bremen.
- Joerges, Christian. 2010. The Lisbon judgment, Germany's „Sozialstaat“, the ECJ's labour law jurisprudence and the reconceptualisation of European law as a new type of conflicts law. In *The German constitutional court's Lisbon ruling: Legal and political science perspectives*, Hrsg. Andreas Fischer-Lescano, Christian Joerges, und Arndt Wonka, 27–40. Bremen: ZERP Discussion Paper 2010/1.
- Joerges, Christian, und Florian Rödl. 2009. Informal politics, formalised law and the „social deficit“ of European integration: Reflections after the judgments of the ECJ in Viking and Laval. *European Law Journal* 15:1–19.
- Kirchhof, Paul. 1992. Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration. In *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII*, Hrsg. Josef Isensee und Paul Kirchhof, 855–887. Heidelberg: C.F. Müller.
- Krasner, Stephen D. 1995. Compromising Westphalia. *International Security* 20:115–151.
- Kriesi, Hanspeter, Edgar Grande, Romain Lachat, Martin Dolezal, Simon Bornschie, und Timotheos Frey. Hrsg. 2008. *West European politics in the age of globalization*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Krisch, Nico. 2009. *Pluralism, sanctions, rights*. Masch. Manuskript: Berlin.
- Kumm, Matthias. 2009. The cosmopolitan turn in constitutionalism: On the relationship between constitutionalism in and beyond the state. In *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Hrsg. Jeffrey L. Dunoff und Joel P. Trachtman, 258–324. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leibfried, Stephan, und Herbert Obinger. 2008. Nationale Sozialstaaten in der Europäischen Union: Zukünfte eines „sozialen Europas“. In *Die politische Ökonomie der europäischen Integration*, Hrsg. Martin Höpner und Armin Schäfer, 335–365. Frankfurt a.M.: Campus.

- Leibfried, Stephan, und Paul Pierson. Hrsg. 1995. *European social policy: Between fragmentation and integration*. Washington: Brookings Institution Press.
- Leibfried, Stephan, Susan Gaines, und Lorraine Frisina. 2009. Das Schiff Europa – Europe's ship of states: Über eine Kippfigur der Integration. *Leviathan* 27:389–427.
- Lhotta, Roland, und Jörn Ketelhut. 2009. Integrationsverantwortung und parlamentarische Demokratie: Das Bundesverfassungsgericht als Agent des ‚verfassten politischen Primär-raums‘? *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 40:864–888.
- Lijphart, Arend. 1999. *Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven: Yale University Press.
- Marks, Gary, und Marco R. Steenbergen. Hrsg. 2004. *European integration and political conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Möslein, Florian. 2009. Ein Fall für den Europäischen Gerichtshof: Entsenderecht auf dem Prüfstand. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 30. September 2009:23.
- Moravcsik, Andrew. 1998. *The choice for Europe: Social purpose and state power from Messina to Maastricht*. Ithaca: Cornell University Press.
- Pernice, Ingolf. 1998. Kommentierung Art. 23 Grundgesetz. In *Grundgesetz: Kommentar, Loseblattsammlung*, Hrsg. Horst Dreier, 1996 ff. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Prantl, Heribert. 2009. Europäische Sternstunde. Verfassungsgericht zu Lissabon-Vertrag. *Süddeutsche Zeitung* vom 30. Juni 2009. <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsgericht-zu-Lissabon-vertrag.europaeische-sternstunde-1.108220>. Zugegriffen: 26. Mai 2010.
- Rödl, Florian. 2009. Wirklich auf einem „guten Mittelweg“? In *Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem*, Hrsg. Friedrich Ebert Stiftung, 42–43. Berlin: Friedrich Ebert Stiftung (Reihe Internationale Politikanalyse).
- Sabel, Charles F., und Oliver Gerstenberg. 2010. Constitutionalizing an overlapping consensus: The ECJ and the emergence of a co-ordinate constitutional order. *European Law Journal* (im Druck).
- Scharpf, Fritz W. 2009a. *Föderalismusreform. Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?* Frankfurt a.M.: Campus.
- Scharpf, Fritz W. 2009b. Legitimität im europäischen Mehrebenensystem. *Leviathan* 37:244–280.
- Scharpf, Fritz W. 2009c. The double asymmetry of European integration. Or why the EU cannot be a social market economy. *MPIfG Working Paper 09/12*. Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.
- Schmitt, Carl. 1993. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot. (Erstveröff. 1928)
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Zürn, Michael, und Matthias Ecker-Ehrhardt. Hrsg. 2010. *Gesellschaftliche Politisierung und internationale Institutionen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.