Erster Beratungsgegenstand:

Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?

1. Referat von Professor Dr. *Franz C. Mayer*, Bielefeld*

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	8
II. Ursachen	10
III. Wirkungen	14
1. Textbefund: Der nationale Verfassungstext als „Hypertext“	14
2. Verfassungsfunktionen	15
a) Verfassungsorgane	16
b) Freiheitssicherung	18
c) Andere Verfassungsfunktionen	19
3. Zwischenergebnis	22
IV. Deutungen	23
1. Verfassungsmonismus	24
a) Nationaler Verfassungsmonismus – Verfassungstraditionalismus	24
b) Europäischer Verfassungsmonismus	27
2. Verfassungspluralismus und Verfassungsverbund	28
a) Grundannahmen	28
b) Verfassungsverbund	33
c) Kritik und Einwände	35
3. Zwischenbefund – Kooperativer Verfassungspluralismus als Perspektive	37
V. Kooperativer Verfassungspluralismus – Folgerungen	38
1. Verhältnisbestimmung: Permeabilität	38

* Meinen Bielefelder Mitarbeitern danke ich sehr herzlich für die engagierte und wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Beitrags. *Claudio Franzius*, *Mattias Wendel* und *Edgar Lenski* bin ich sehr dankbar für die unermüdliche Bereitschaft, Ideen, Konzepte und Formulierungen für verschiedene Textstufen dieses Beitrags intensiv zu diskutieren.

2. Vorrang, Vorherrschaft und nationale Verfassungsidentität:	
Responsivität	41
a) Vorrang und Hierarchie	41
b) Vorrang und Identität	43
3. Legitimationsfragen – Bürgerschaft und Kollektiv	49
4. Souveränität oder Autonomie?	51
5. Zwischenergebnis	54
VI. Ausblick – Die Verfassung im 21. Jahrhundert	
und die europäische Integration am Scheideweg	55
VII. Schlussbetrachtung	58

*Un jour viendra où [...] vous toutes, nations
du continent, sans perdre vos qualités
distinctes et votre glorieuse individualité,
vous vous fondrez étroitement dans une
unité supérieure, et vous constituerez la
fraternité européenne....*

Victor Hugo, 1849¹

I. Einleitung

Konrad Hesse hat vor dieser Vereinigung 1958 über das Erfordernis der „Wirklichkeitsbezogenheit der rechtlichen Verfassung“² gesprochen. Die Wirklichkeit scheint indessen für Europathemen alles andere als günstig.³

¹ *V. Hugo* Discours d’ouverture du Congrès de la Paix de Paris (1849), abgedruckt in: J.-P. Jourdan (Hrsg.) Documents d’histoire contemporaine, Vol. I, Le XIXe siècle, 2002, 92.

² *K. Hesse* Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), 11 (14).

³ „L’Europe est malade“, *L. Burgorgue-Larsen* Chronique de jurisprudence européenne comparée (2014), RDP 2015, 1127 (1128). Zu nennen sind die seit Mai 2010 anhaltende Eurokrise (Staatsschuldenkrise) insbesondere um Griechenland und den Zusammenhalt der Euro-Zone („Grexit“), ein durch den Wahlsieg der Konservativen Partei um *David Cameron* im Mai 2015 zunehmend möglicher Austritt Großbritanniens aus der EU („Brexit“), separatistische Tendenzen in Katalonien und Schottland mit möglichen Folgen für die Zusammensetzung der EU, die 2015 durch die anhaltende Kriegssituation in Syrien insbesondere in Deutschland spürbar verschärfte Flüchtlingskrise sowie die nationalpopulistischen Tendenzen allerorten. Für eine allgemeinere Einordnung der Entwicklung *C. J. Bickerton u.a.* The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era, JCMS 53 (2015), 703. Auch die wissenschaftliche Diskussion ist indessen möglicherweise an vielen Stellen europakritischer als früher. In den Sozialwissenschaften etabliert sich sogar ein Forschungsgebiet der „Desintegrationsforschung“, s. etwa *A. Eppler/H. Scheller* (Hrsg.) Zur Konzeptionalisierung europäischer Desintegration, 2013; *H. Vollaard* Explaining European Disintegration, JCMS 52 (2014), 1142. Kritische Ausein-

Ist die in der Themenstellung angedeutete Einordnung der nationalen Verfassung als europäische Teilverfassung⁴ womöglich völlig unzeitgemäß? Nein. Nicht zuletzt mit Blick auf das nach wie vor bestehende Staatsziel Vereintes Europa im Grundgesetz ist gerade die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft dazu aufgerufen, sich zu diesem Verfassungsauftrag gerade in diesen schwierigen Zeiten konstruktiv zu positionieren.

Das Thema ist nicht auf das Grundgesetz verengt, gefragt ist nach der Verfassung⁵ im Nationalstaat.⁶ Daher werde ich am Grundgesetz erhobene Verfassungsbefunde nachfolgend rechtsvergleichend flankieren.

andersetzung mit diesem Forschungstrend in *F. C. Mayer* Von blinden Männern und Elefanten: was kann und sollte die Rechtswissenschaft gegen die „Desintegration“ Europas tun?, <http://www.verfassungsblog.de/von-blinden-maennern-und-elefant-und-sollte-die-rechtswissenschaft-gegen-die-desintegration-europas-tun>.

⁴ Von Teilverfassung sprechen beispielsweise *J. A. Frowein* Die Verfassung der Europäischen Union aus Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 315 (318); *A. v. Bogdandy* Zweierlei Verfassungsrecht, Der Staat 39 (2000), 163 (167); *I. Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (176); *P. Häberle* Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EU/EG – eine Problemskizze, FS Schiedermaier, 2001, 81; *ders.* Universaler Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen – sieben Thesen, JöR n.F. 62 (2014), 417. S. auch *T. Vesting/S. Koriath* Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, 1 (4) zu Teilverfassungen lange vor der Globalisierung und Europäisierung; im selben Band stellt *Dieter Grimm* fest, dass „die Verfassung ihren umfassenden Regelungsanspruch nicht mehr einlösen kann. Sie wird Teilverfassung.“, *D. Grimm* Verfassungsbilanz – ein Resümee, in: *T. Vesting/S. Koriath* (Hrsg.) Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, 379 (389).

⁵ Zu „Verfassung“ variieren die Bedeutungsgehalte bereits zwischen den Mitgliedstaaten der EU erheblich. S. dazu *I. Pernice* Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 4), 156 ff.; *P. Cruz Villalón* Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, in *A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber* (Hrsg.) Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, § 13 Rn. 61 ff. S. für Deutschland *K.-P. Sommermann* Deutschland, ebd., § 14 Rn. 6 ff., 61 und *D. Zacharias* Verfassungsrechtliche Terminologie und Begrifflichkeit im europäischen Rechtsraum, ebd., § 40 Rn. 5 ff. Zum Verfassungsvergleich allgemein *C. Schönberger* Verfassungsvergleich heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild VRÜ 2010, 6. Differenzierter Überblick, auch mit vergleichenden Hinweisen, bei *C. Winterhoff* Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007. Zwischen dem deutschen Verfassungsverständnis, das vielfach die Verfassung im Ausgangspunkt vom Staat her denkt und in der westdeutschen Bundesrepublik zu einem Verfassungspatriotismus (dazu unten Fn. 64) überhöht, und dem britischen Verfassungsdenken, das weitgehend ohne Verschriftlichung in einer Urkunde auskommen muss, liegen Verfassungswelten. Aber auch im kontinentalen Verfassungsverständnis bestehen erhebliche konzeptionelle Differenzen, wie bereits der Blick auf Frankreich belegt, wo Verfassungen eher Gebrauchsanleitungen der Macht sind. Für einen Vergleich von Deutschland und Frankreich s. *N. Marsch/Y. Vilain/M. Wendel* (Hrsg.) Französisches und deutsches Verfassungsrecht, 2015, insbesondere mit Blick auf die Unterschiede hinsichtlich des Republikprinzips (§ 3, Rn. 7 ff.), des Parlamentarismus (§ 4, Rn. 11 ff.), der Verfassungsgerichtsbarkeit (§ 6,

Warum stellt sich die sonst eher im Bundesstaat für den Gliedstaat diskutierte Frage⁷ nach dem Wandel von der Gesamtordnung zur Teilordnung⁸ – wie immer man das im Einzelnen definiert – vorliegend überhaupt? Ich will zunächst nach Ursachen fragen (II.) und auf Wirkungen eingehen (III.). Ich werde dann nach einer Behandlung möglicher Deutungen der Vorgänge (IV.) vom Boden eines kooperativen Verfassungspluralismus aus einige Folgerungen ziehen (V.).

II. Ursachen

Hoheitsgewalt geht heute nicht mehr nur vom Staat aus.⁹ Überstaatliche Einrichtungen vom UN-Sicherheitsrat über die WTO bis zur EU wirken in den Rechtskreis des Einzelnen in einer Weise hinein, wie es früher nur Staaten vermochten.¹⁰ Ohne Staat nach den herkömmlichen Definitionen zu sein, ist die EU der Herrschaftsverband, der dem überkommenen Nationalstaat am nächsten gekommen ist.

Die Gründe und Ursachen dafür sind heterogen. Die Rechtlichkeit der europäischen Integration als Rechtsgemeinschaft,¹¹ verstärkt durch einen

Rn. 1 ff.), der Grundrechtsdogmatik (§ 7, Rn. 10 ff.) sowie der verfassungsrechtlichen Grenzziehungen gegenüber der europäischen Integration (§ 8, Rn. 58 ff.).

⁶ Nationalstaat wird nachfolgend mit Mitgliedstaat der Europäischen Union gleichgesetzt. Dafür, dass im überkommenen staatlichen Gewand auch multinationale Demokratien bestehen können finden sich mit Belgien und Spanien Beispiele auch in der EU, s. in diesem Kontext *A.-G. Gagnon/J. Tully* (Hrsg.) *Multinational Democracies*, 2001.

⁷ Dazu *P. Pernthaler* Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur, 1998, 14 mwN.

⁸ S. bereits *H. Kelsen* Allgemeine Staatslehre, 1925, 199, zu den Teilordnungen im Bundesstaat, erläutert auch in *ders.* La garantie juridictionnelle de la Constitution, RDP 1928, 197 (256 f.).

⁹ Zum Wandel der öffentlichen Gewalt *A. v. Bogdandy* Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, HStR XI, § 232 Rn. 12 ff. mit Beispielen dafür, wie überstaatliche Einrichtungen den Freiheitsgebrauch von Rechtssubjekten berühren und sogar mit nicht verbindlichen Akten konditionieren. S. auch *D. Grimm* Verfassungsbilanz (Fn. 4), 387: „Die Identität von öffentlicher Gewalt und Staatsgewalt besteht nicht mehr.“

¹⁰ Auf die EMRK werde ich den gemachten Vorgaben zur Themenstellung folgend nicht eingehen. In diesem Kontext ist schon vor einiger Zeit von völkerrechtlichen Nebenverfassungen gesprochen worden, *C. Tomuschat* Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7 (51 f.). S. auch *F. C. Mayer* Einleitung, in: *ders./U. Karpenstein* (Hrsg.), EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, 2. Aufl. 2015, Rn. 160.

¹¹ Vgl. *W. Hallstein* Der unvollendete Bundesstaat, 1969, 48. Zum Konzept *F. C. Mayer* Europa als Rechtsgemeinschaft, in: *G. F. Schuppert u.a.* (Hrsg.) *Europawissenschaft*, 2005, 429. S. auch *A. Vauchez* L'Union par le droit, 2013.

einzigartigen überstaatlichen Gerichtshof (EuGH),¹² führt jedenfalls da, wo ein stark legalistisch geprägtes Verfassungsverständnis vorherrscht,¹³ fast zwangsläufig zu einer Verfassungsspannung. Erheblichkeitspotenzial im Hinblick auf die nationalen Verfassungen hat der Vorrang des unmittelbar geltenden Unionsrechts vor dem nationalen Recht,¹⁴ verbunden mit dem Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts.¹⁵ Gedankliche Assoziationen zum Bundesstaat lassen sich hier kaum unterdrücken.¹⁶ Dies gilt auch für den Grundrechtsschutz der Union.¹⁷ Er ist eines ihrer Alleinstellungsmerkmale im überstaatlichen Raum.¹⁸ Keine

¹² Zum Konzept eines überstaatlichen Gerichts in Europa bereits *C. F. Ophüls* Juristische Grundgedanken des Schumanplans, NJW 1951, 289 (291); *ders.* Zur ideengeschichtlichen Herkunft der Gemeinschaftsverfassung, FS Hallstein, 1966, 387 (396 ff.). S. auch *E. Stein* Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, AJIL 75 (1981), 1; *K. Alter* Establishing the Supremacy of European Law, 2001; *F. C. Mayer* Verfassungsgerichtsbarkeit, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., 2009, 559.

¹³ Vgl. in diesem Kontext das Wort von einem deutschen Sonderweg im Hinblick auf die Dichte und Systematik verfassungsrechtlicher Vorgaben („kein anderes europäisches Land“) *C. Schönberger* Der Aufstieg der Verfassung: Zweifel an einer geläufigen Triumphgeschichte, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.) Verfassungsrecht (Fn. 4), 7 (13).

¹⁴ Näher dazu unten, V. 2.

¹⁵ Zu Direktwirkung und Konformauslegung als Verfassungsprinzipien s. *A. v. Bogdandy* Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law, ICON 6 (2008), 397 (398 f.). Die Konformauslegung vermittelt unionsrechtliche Gehalte in verdeckter Form durch das nationale Recht. Zu Konformauslegung als Modus der Europäisierung und Internationalisierung s. auch *F. C. Mayer* Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts, Ms. 2005, 297 ff.

¹⁶ Diese Nähe zu den Problempfaden der Diskussionen zum Verfassungsrecht des Bundesstaates gilt ebenso für den gesamten Themenkreis der Kompetenzverteilung, s. dazu die vergleichenden Beiträge in *K. Nicolaidis/R. Howse* (Hrsg.) The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and in the European Union, 2001. S. auch das breit angelegte mehrbändige Werk *M. Cappelletti/M. Seccombe/J.H.H. Weiler* (Hrsg.) Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience, 1986 ff. Für einen Einzelaspekt s. *F. C. Mayer* Kompetenzverschiebungen als Krisenfolge? Die US-Verfassungsentwicklung seit dem New Deal und Lehren für die Euro-Krise, JZ 2014, 593.

¹⁷ Im Zuge der Bundesstaatswerdung der USA ist der Konflikt um den Grundrechtsdurchsetzungsanspruch der Bundesverfassung gegen die Einzelstaaten erst durch den Bürgerkrieg aufgelöst worden, näher dazu *F. C. Mayer* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 283 ff.

¹⁸ Zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes auf EU-Ebene *I. Pernice* Grundrechtsgelände im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979; *J.H.H. Weiler/N.J.S. Lockhart* „Taking Rights Seriously“ Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, CMLRev. 1995, 51 (Part I) und 579 (Part II); *A. v. Bogdandy* The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union, CMLRev. 2000, 1307; *ders.* Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel, JZ 2001, 15; *F. C. Mayer* in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.) Das Recht der Europäischen

andere überstaatliche Entität bietet Grundrechtsschutz gegen ihre eigenen Rechtsakte.¹⁹ Ursächlich ist hier die Kapazität der EU, eigenes Recht zu setzen, und zwar in einer Qualität, Quantität und sachlichen Reichweite, die staatsähnlich ist – ein weiteres Alleinstellungsmerkmal.²⁰ Die Unionsgrundrechte können aber auch in bestimmten Situationen gegen mitgliedstaatliches Recht geltend gemacht werden. Dies kann zu Überlappungen und Überschneidungen mit der nationalen Verfassung und zu Spannungen führen.²¹ Die negative Integration über Verbotsnormen wie die Grundfreiheiten oder das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wirken tief in die nationalen Rechtsordnungen hinein.²²

Die Union verfügt mit einem weltweit einzigartigen direkt gewählten überstaatlichen Parlament über ein Alleinstellungsmerkmal auch in organisatorisch-legitimatorischer Hinsicht. Aber auch die Inanspruchnahme nationaler Organisations- und Verfassungsressourcen prägt die EU: Beispiele sind die Regierungen, die im Rat und im Europäischen Rat mit dem Europäischen Parlament die europäische Politik gestalten,²³ die nationalen

Union, Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze (Nach Art. 6 EUV) (2010), Rn. 4 ff.; umfassend C. Grabenwarter (Hrsg.) *Europäischer Grundrechtsschutz*, Enzyklopädie Europarecht, Band 2, 2014.

¹⁹ Außer Betracht bleiben bei dieser Aussage die regelmäßig bei Internationalen Organisationen bestehenden Dienstgerichte für die eigenen Bediensteten.

²⁰ Die sachliche Bandbreite möglicher Unionsaktivität deckt ein weites Feld ab: Außenzölle, Währungspolitik, Binnenmarkt, Binnenmarktf flankierung (Umwelt- und Verbraucherschutz). In den Art. 2 bis 6 AEUV sind die Arten und Bereiche der Zuständigkeiten der Union seit dem Vertrag von Lissabon 2009 übersichtlich zusammengestellt. Die schiere Quantität der europäischen Rechtserzeugung macht eine eigene Qualität aus, zumal wenn Mehrheitsentscheidungen möglich sind, die einzelnen Staaten keine Vetomöglichkeit lassen.

²¹ Näher zu Konfliktstellen im Grundrechtsbereich unten, Fn. 207.

²² Das nationale Recht wird vermittels der Grundfreiheiten weit über den Bereich der europäischen Rechtsetzung hinaus erfasst. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist dabei in Kompetenzkategorien schwer zu fassen, weil es eigentlich um ein Weniger an hoheitlicher Macht insgesamt geht: Unter Verwendung des Tatbestandsmerkmals „Staatsangehörigkeit“ darf weder die nationale noch die europäische Ebene etwas regeln, diese Kompetenz hat sich gewissermaßen verflüchtigt („compétences abolies“, s. unten Fn. 170). Die Grundfreiheiten umfassen auch ein Beschränkungsverbot, das einen Freiheitsraum sichert und welches der Sache nach bedeutet, dass im Grundsatz die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen als Problem interpretiert werden können. S. zu den Grundfreiheiten weiterführend und insbesondere zur verfassungsrechtlichen Dimension des Europäischen Wirtschaftsrechts M. P. Maduro *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, 1998; s. auch T. Kingreen *Grundfreiheiten*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.) (Fn. 12), 705.

²³ Unzutreffend erscheint daher die immer wieder verbreitete Gegenüberstellung von Mitgliedstaaten und EU, der zufolge entscheidende Veränderungen des Integrationsprogramms ohne Mitwirkung der Mitgliedstaaten erfolgt sind (s. etwa bei D. Grimm *Das*

Gesetzgeber, die europäisches Recht umsetzen und damit erst operationell machen,²⁴ die nationalen Gerichte,²⁵ durch die Vorlageurteile des EuGH überhaupt erst wirksam werden.

Von einer besonderen Verfassungserheblichkeit der europäischen Integration ist daher auszugehen – sie hat Verfassungsdimensionen.²⁶

Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der EU. Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, Der Staat 48 (2009), 475 (492)). Nichts Wesentliches passiert ohne die mitgliedstaatlichen Regierungen, selbst im Bereich der Mehrheitsentscheidungen im Rat besteht ein Konsensstreben. Und erst recht passiert nichts Wesentliches gegen den Willen des größten Mitgliedstaats Deutschland. Die in der deutschen Diskussion vielfach durchscheinende Sorge, man müsse eine Marginalisierung Deutschlands verhindern, geht an der Realität vorbei.

²⁴ S. für das Beispiel Bundestag *F. C. Mayer* Parlamente im Mehrebenensystem. Die Regelungen des Art. 23 GG, in: M. Morlok/U. Schliesky/D. Wiefelspütz (Hrsg.) Handbuch des Parlamentsrechts, 2015, Rn. 134 ff.; *ders.* Die Europäisierung nationaler Parlamente – einige Beobachtungen am Beispiel des Deutschen Bundestages, in: C. Franzius/*ders.*/J. Neyer (Hrsg.) Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert. Neue Ordnungen von Recht und Politik, 2015, 83; *S. Vollrath* Der Aufstieg der Parlamentsverwaltung in Fragen der Behandlung von EU-Angelegenheiten im Deutschen Bundestag, ebd., 281. Für Frankreich s. *A. Fuchs-Cessot* Le Parlement à l'épreuve de l'Europe et de la V^e République, 2004. Für weitere Mitgliedstaaten (Finnland, Großbritannien, Belgien, Ungarn, Österreich, Niederlande, Dänemark, Tschechien) s. *O. Tans u.a.* (Hrsg.) National Parliaments and European Democracy, 2007.

²⁵ Nationale Richter als „juge communautaire de droit commun“, s. auch *O. Dubos* Les juridictions nationales, juge communautaire, 2001. Vgl. dazu auch *A. Voßkuhle* Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1; *ders.* Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts, EuConst 6 (2010), 175.

²⁶ Meilensteine zum Verständnis und zur Entwicklung eines Europäischen Verfassungsrechts: *E. Stein* Transnational Constitution (Fn. 12) 1; *J.H.H. Weiler* The Transformation of Europe, 100 Yale L.J. 1991, 2403 und *ders.* The Constitution of Europe: „Do the New Clothes Have an Emperor?“ and Other Essays on European Integration, 1999, vorbereitet in *ders.* Il sistema comunitario europeo, 1985. S. für Deutschland allerdings schon die amtliche Begründung der Bundesregierung zum EGKS- und zum EWG-Vertrag 1951 und 1957, beide dazu, dass mit den Gemeinschaften ein „europäisches Gebilde verfassungsrechtlicher Gattung“ errichtet werde, BT-Drs. I/2401 Anlage 3 (BR-Drs. 470/51), 4; BT-Drs. II/3440, 108; vgl. auch *C. F. Ophüls* Juristische Grundgedanken (Fn. 12), 289; BVerfGE 58, 1 (36) – Eurocontrol I: Übertragung von Hoheitsrechten ist „materiell eine Verfassungsänderung“. S. auch die Nachweise zur Diskussion des Verfassungsbegriffs im Hinblick auf das europäische Konstrukt und zum postnationalen Verfassungsbegriff bei *I. Pernice* Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 4), 149 bis 158. Was dabei als „thin constitution“ und als „thick constitution“ (*M. Tushnet* Taking the Constitution away from the Courts, 1999, 9 ff.) anzusehen wäre, kann hier nicht vertieft werden.

III. Wirkungen

Mit der Feststellung einer besonderen Verfassungsrelevanz der europäischen Integration ist freilich noch offen, wie und wo diese auf die mitgliedstaatliche Verfassung wirkt.

1. *Textbefund: Der nationale Verfassungstext als „Hypertext“*

Auf einer eher formalen Ebene lässt sich zunächst einmal ein Textbefund erheben. Ich nehme das Beispiel des Grundgesetzes. Dieses ist heute in den europabezogenen Verfassungsbestimmungen nicht mehr aus sich selbst heraus verständlich, insoweit keine umfassende Gesamtordnung mehr.²⁷ Erst in der Zusammenschau mit dem Unionsrecht sind etliche europäoffene Verfassungsbestimmungen des Grundgesetzes, die gleich einem nicht-linearen Hypertext²⁸ in europäische Textbestände dynamisch²⁹ verweisen, überhaupt operationalisierbar.³⁰

²⁷ Neben Art. 23 GG findet sich im Grundgesetz eine Vielzahl von integrationsbedingten Verfassungsbestimmungen. Diese reichen von der verfassungsrechtlichen Grundlage für die Überstellung deutscher Staatsangehöriger aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Art. 16 Abs. 2 GG) über die verfassungsrechtliche Ermöglichung des Kommunalwahlrechts für ausländische Unionsbürger (Art. 28 Abs. 1 GG) bis hin zur grundgesetzlichen Absicherung der Währungsunion und des EZB-Auftrages (Art. 88 GG). Art. 16a GG (Asylrecht) verweist auf einen „Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften“. Erst aus dem Unionsrecht – die Gemeinschaften existieren seit 2009 bekanntlich gar nicht mehr – lässt sich ermitteln, wer zu diesem Staatenkreis aktuell gehört, seit Einfügung des Art. 16a GG im Jahre 1993 hat sich die Zahl der Mitgliedstaaten von 12 auf 28 erhöht. Art. 28 GG enthält sogar eine doppelte Verweisung, er lautet wie folgt: „Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar.“ Das Kommunalwahlrecht für Unionsbürger ist übrigens nicht in allen Mitgliedstaaten auf Verfassungsebene verankert, s. aber Art. 88-3 der französischen Verfassung sowie Art. 70 Abs. 2 und 4 der ungarischen Verfassung oder Art. 42 Abs. 3 der bulgarischen Verfassung. Näheres bei *P. M. Huber* Vergleich, IPE II (Fn. 5), § 26 Rn. 43, mit der Unterscheidung von ausdrücklicher und konstitutiver Ermächtigung (Frankreich) und deklaratorischer Verfassungsänderung (Deutschland, Ungarn).

²⁸ Hypertext ist gekennzeichnet durch eine netzartige Struktur und Querverweise zwischen Textelementen. Der Sache nach sind Verweis- und Nachweissysteme für Texte nicht neu (Inhaltsverzeichnisse, Fußnotenapparate). Hypertext prägt heute über die *Hypertext Markup Language* (HTML) die Informationsaufnahme im Internet. Zu den Hintergründen *H. Rheingold* Tools for Thought: The History and Future of Mind-expanding Technology, 1985, 303 ff.

²⁹ Von dynamischen Verweisungen spricht auch beispielsweise *V. Mehde* in: T. Maunz/ G. Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 28 GG (Mai 2015), Rn. 123.

³⁰ Kritisch zu dieser Entwicklung, in Sorge um den Text *J. Isensee* Der Selbstand der

Entsprechende Beobachtungen lassen sich auch in anderen Mitgliedstaaten machen, etwa in Frankreich,³¹ am umfassendsten wohl in der irischen Verfassung, wo sich der gesamte Integrationsverlauf im Verfassungsrecht spiegelt.³²

2. *Verfassungsfunktionen*

Der Frage nach dem Wandel der Verfassung von der Gesamtordnung zur Teilordnung lässt sich auch über die Funktionen einer Verfassung nachgehen.³³ Auf welche Verfassungsfunktionen es ankommt, wird indessen schon im deutschen Schrifttum höchst uneinheitlich gesehen.³⁴

Verfassung in ihren Verweisungen und Öffnungen, AöR 138 (2013), 325 (357): die Verfassung nehme „den Stil eines Ausführungsgesetzes an“ und gebe „ihre Würde preis“.

³¹ S. nur Art. 88-1, 88-2, 88-3 der französischen Verfassung (Vertrag von Lissabon, Europäischer Haftbefehl, Kommunalwahlrecht für Unionsbürger).

³² Besonders deutlich bis 2009 in Art. 29 Abs. 4 Nr. 3 bis 9 a.F. der irischen Verfassung, s. aber auch Art. 29 Abs. 4 n.F. S. dazu näher *M. Wendel* Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, 274 ff. und 629 ff.

³³ Mögliche Prüfperspektiven sind dabei im Hinblick auf Verfassungsfunktionen die Frage nach der partikularen oder umfassenden Bindung von Hoheitsgewalt, nach der universalen Geltung der Verfassung, nach ihrer Reichweite in die Wirklichkeit. Ähnlicher Ansatz bei *P. M. Huber* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194 (199). *U. Volkmann* Der Aufstieg der Verfassung, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.) Verfassungsrecht (Fn. 4), 23 (25) betont, dass die bloße Aufzählung einzelner Funktionen noch keinen Begriff ergibt.

³⁴ Die Anzahl der Verfassungsfunktionen variiert je nach Autor zwischen drei und zehn oder noch mehr, *U. Volkmann* Aufstieg (Fn. 33), 24 f. Nach *Konrad Hesse* besteht die Eigenart der Verfassung „in ihrer einen freien politischen Prozess ermöglichenden und gewährleistenden, konstituierenden, stabilisierenden, rationalisierenden, machtbegrenzenden und in alledem individuelle Freiheit sichernden Funktion“, *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rn. 31. Bei *S. Koriath* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 117 (126), findet sich eine Auflistung von Verfassungsfunktionen, über die „in der deutschen Staatsrechtslehre weitgehend Einigkeit“ bestehe. S. auch die Aufzählung bei *C. Grabenwarter* Verfassungstheorie, FS Kirchhof, Bd. I, 2013, 137 (140): Organisationsfunktion, Legitimationsfunktion, Leitfunktion, Stabilisierungs-, Befriedungs- und Integrationsfunktion. In neuerer Zeit wird insbesondere im sozialwissenschaftlichen Schrifttum wieder verstärkt über die symbolische Funktion von Verfassung nachgedacht, s. etwa *H. Vorländer* Integration durch Verfassung? Die symbolische Bedeutung der Verfassung im politischen Integrationsprozess, in: ders. (Hrsg.) Integration durch Verfassung, 2002, 9 ff. Der Verfassung dürfte auch eine „sozial regulierende Funktion in einem Gemeinwesen“ zukommen, *B. Scholl* Europas symbolische Verfassung, 2006, 36. Einigkeit dürfte immerhin dahingehend bestehen, dass man es bei der Verfassung mit einem „multifunktionalen Gebilde“ zu tun hat, *G. F. Schuppert* Verfassung und Verfassungsstaatlichkeit in multidisziplinärer Perspektive, FS Badura, 2004, 529 (532).

a) *Verfassungsorgane*

Verfassungen stellen Verfassungsorgane bereit – nicht als Selbstzweck, sondern um aufgrund von Einrichtungs- und Verfahrensvorgaben Hoheitsgewalt verfassungsgebunden auszuüben und die Verfassung umzusetzen.³⁵ Verfassungsorganen der Mitgliedstaaten kommt heute unter verschiedensten Aspekten eine „Europafunktion“³⁶ zu. Ihre Aufgaben, Befugnisse und realen Tätigkeiten – der „Wirkungskreis“³⁷ – sind nicht mehr ohne weiteres aus der nationalen Verfassung erklärbar. Ist das Betriebssystem für Verfassungsorgane³⁸ im Normalfall die nationale Verfassung, so tritt im Unionskontext das Betriebssystem aus dem Unionsrecht hinzu. Die eigentliche Rationalisierungsleistung im Sinne von *Konrad Hesses* Definition von Verfassungsfunktionen, die Bewahrung vor dem Ungeformten,³⁹ erfolgt dann durch die Verfahrensvorgaben und die Organisationsbestimmungen des Unionsrechts. Dies betrifft Angehörige der Regierung, die auf europäischer Ebene agieren,⁴⁰ aber auch die Europafunktion nationaler

³⁵ Manche Verfassungsorgane ermächtigen sich als solche sogar selbst, s. dazu die Selbstermächtigung des BVerfG zum Verfassungsorgan in der Leibholz-Denkschrift, *Bundesverfassungsgericht* Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Gerichtet an den Bundespräsidenten, die Präsidenten des Bundestags und Bundesrats sowie die Bundesregierung, veröffentlicht am 19. Januar 1953, JZ 1953, 157.

³⁶ Zu den verschiedenen Aspekten des Begriffs *M. Mayer* Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, 2012, 5.

³⁷ *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 534: „Die Verfassung umfasst in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des Einzelnen zur Staatsgewalt.“

³⁸ Zum Betriebssystem für Verfassungsorgane als Modevergleich *J.H.H. Weiler* Dialogical epilogue, in: G. De Burca/ders. (Hrsg.) *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, 262 (266), unter Hinweis auf *ders.* The Reformation of European Constitutionalism, *JCMS* 35 (1997), 97 („Constitutionalism is the DOS or Windows of the European Community“).

³⁹ *K. Hesse* Grundzüge (Fn. 34), Rn. 31.

⁴⁰ Als Mitglieder des Europäischen Rates, des Ministerrates oder als im Rat vereinigte Vertreter der Mitgliedstaaten. Die Form exekutiver Zusammenarbeit auf europäischer Ebene ist außerordentlich vielgestaltig. Der Ministerrat ist in der Praxis bekanntlich nicht nur ein einziger Rat. Er tritt als Fachministerrat in einer Vielzahl von Konfigurationen zusammen, weswegen jeder Fachminister mehr oder minder regelmäßig im Rat in Brüssel oder Luxemburg auftritt (soweit er/sie sich nicht vertreten lässt). Neben der eigenen europäischen Rolle nationaler Verfassungsorgane steht auch bei der Regierung die Kreationsfunktion nationaler Verfassungsorgane im Hinblick auf europäische Verfassungsorgane, dazu in der österreichischen Verfassung – ausführlicher als im GG – Art. 23c B-VG: „Die österreichische Mitwirkung an der Ernennung von Mitgliedern der Kommission, des Gerichtshofes, des Gerichtes erster Instanz, des Rechnungshofes, des Verwaltungsrates der Europäischen Investitionsbank, des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Aus-

Parlamente. Auch diese agieren heute nicht mehr ausschließlich im nationalen Rahmen.⁴¹

schusses der Regionen im Rahmen der Europäischen Union obliegt der Bundesregierung.“ Zwischen Rat und Regierungskonferenz stehen die im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten, s. für ein Beispiel BT-Drs. 18/2588 und BGBl. II 2015, 348 (Finanzierungsabkommen AKP-EU); s. auch den Beschluss 2012/494/EU (Aufnahme von Verhandlungen EU-Lateinamerika/Karibik-Stiftung), ABl. EU L 240 v. 6.9.2012, 2. Ein Beispiel für das Handeln des Rates gemeinsam mit den im Rat vereinigten Vertretern der Mitgliedstaaten findet sich in ABl. EU C 168 v. 14.6.2013, 10 (duale Karrieren von Sportlern). Gleichsam eine Ebene höher finden sich auch Beispiele für die „im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs“ etwa mit dem „Beschluss der im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu den Anliegen der irischen Bevölkerung bezüglich des Vertrags von Lissabon“ (Rats-Dok. 11225/09). Zum Europäischen Rat eingehend *E. Lenski* in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.) *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 15 EUV [Europäischer Rat]. Auch die Ministerialbürokratie ist über die Mitarbeit in Ratsarbeitsgruppen in vielfältiger Weise europäisch tätig. Eine wichtige Rolle kommt dabei dem Ausschuss der Ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten (AStV, der Sache nach die nationalen Botschafter bei der EU) zu, in dem die Ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten die Zusammenkünfte der politischen Akteure im Rat und mittelbar im Europäischen Rat vorbereiten. Durch die Abschtichung von Tagesordnungspunkten, die im Konsens im AStV auf Beamtenebene entschieden werden und die von den politischen Akteuren im eigentlichen Ministerrat im Block bestätigt werden – sogenannte „A-Punkte“ (im Gegensatz zu „B-Punkten“) der Tagesordnung –, ergeben sich Ministerratsbeschlüsse, die nie im Ministerrat politisch diskutiert worden sind. Näheres dazu bei *J.-P. Jacqué* in: von der Groeben u.a. (Hrsg.) Art. 16 EUV [Rat] Rn. 46, 49 f. Zur Bindung der Bundesregierung an das Grundgesetz bei Agieren im Rat BVerfGE 80, 74 und 92, 203 – Rundfunkrichtlinie, s. auch die Nachweise bei *M. Cornils* Art. 23 Abs. 1 GG: Abwägungsposten oder Kollisionsregel?, AöR 129 (2004), 336.

⁴¹ S. dazu bereits die Nachweise oben, Fn. 24. Dass die nationalen Parlamente heute mit eigenen EU-Büros in Brüssel vertreten sind, ist für deren europäische Statur nur der sichtbarste Ausdruck. Von besonderer Bedeutung ist der unmittelbare Einfluss der nationalen Parlamente auf europäischer Ebene sowohl auf das Primärrecht wie auch auf das Sekundärrecht. Es besteht auch eine gleichsam horizontale interparlamentarische Komponente der Europafunktion, dazu *M. Mayer* Europafunktion (Fn. 36), 151 ff. S. allgemein dazu *F. Arndt* *Parliamentary Assemblies, International*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Stand: März 2013. Daneben tritt eine Öffnung nach innen, wie zum Beispiel in Österreich, wo österreichische EP-Abgeordnete seit 2014 auch Rederecht im Plenum des nationalen Parlaments genießen, s. Nationalrat, XXV. GPBNR 184/BNR, Änderung des Geschäftsordnungsgesetzes 1975. Ein eigenes EU-Organ der nationalen Parlamente, ein „Kongress“ oder eine „zweite Kammer“, hat sich als Vorschlag nicht durchgesetzt. Zu diesem Vorschlag des Präsidenten des Verfassungskonvents *Giscard d’Estaing* im einzelnen *M. Mayer* Europafunktion (Fn. 36), 551 ff. Es lassen sich aber auch Beobachtungen zur Entparlamentarisierung machen, dazu *K. Auel* Zur „Europatauglichkeit“ mitgliedstaatlicher Demokratie – Diagnosen und Therapien der Entparlamentarisierung, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.) *Grenzen der europäischen Integration. Herausforderungen für Recht und Politik*, 2013, 233.

In der österreichischen Verfassung wird immerhin erwähnt, dass „österreichische Organe der Weisungsbefugnis [...] zwischenstaatlicher Einrichtungen [...] unterstellt“ werden können.⁴² Inhalt und Reichweite der Europafunktion nationaler Verfassungsorgane lassen sich mit einer solchen Verfassungsbestimmung alleine indes nicht adäquat erfassen. Erst in der Zusammenschau mit dem Unionsrecht ergibt sich das ganze Bild. Auf der Ebene der Organisationsverfassung spricht damit einiges für die Beschreibung der nationalen Verfassung als Teilordnung in der europäischen Integration.

b) Freiheitssicherung

Zu den unbestrittenen Funktionen moderner Verfassungen zählt die Gewährleistung individueller Freiheit.⁴³ Die Beispiele⁴⁴ Deutschland und Österreich zeigen mit unterschiedlichen Akzenten, wie materielle Verfassungsgehalte in der Union nicht mehr ausschließlich aus der nationalen Verfassung erklärt werden können.

In Deutschland⁴⁵ ist die Grundrechtsverfassung schon nach dem Wortlaut des Grundgesetzes nur noch Teilordnung. Im Hinblick auf die EU genügt es nach Art. 23 GG,⁴⁶ dass diese einen dem Grundgesetz „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ bietet.⁴⁷ Damit nimmt sich das Grundgesetz gleichsam freiwillig auf den Status einer Teilverfas-

⁴² Art. 9 Abs. 2 Satz 3 B-VG. Zu anderen Beispielen dafür, dass die österreichische Verfassungsordnung in Sachen Europa gleichwohl für Deutschland reichlich Lernmaterial bietet s. unten Fn. 261.

⁴³ Dazu bereits Art. 16 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789): „Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.“

⁴⁴ In ihren verschiedenen Gewährleistungsdimensionen, als Abwehr- und als Teilhaberechte.

⁴⁵ In Deutschland nehmen die Grundrechtsgewährleistungen in der Verfassung einen hervorgehobenen Rang ein. Wo man anderswo in der EU – etwa in Österreich – ohne eigenen Grundrechtskatalog in der Verfassung auskommt, stehen die Grundrechte im Grundgesetz nicht nur am Anfang; sie prägen das Grundgesetz im Sinne einer objektiven Wertordnung (G. Dürig in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 1 Abs. III GG (1958), Rn. 91 ff.; BVerfGE 7, 198 (204 f.) – Lüth) und das alltägliche Verfassungsdenken im Sinne einer Quasigleichsetzung von Grundgesetz und Grundrechtsschutz. Wer in Deutschland „Verfassung“ sagt, wird in aller Regel „Grundrechte“ denken (und Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung bekommen). Das ist beispielsweise in Frankreich mit Sicherheit anders.

⁴⁶ Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG.

⁴⁷ Kein besserer, kein identischer, sondern lediglich ein im wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz.

sung aus Sicht des Bürgers zurück. Zugleich nimmt es in Kauf, dass der Schutz anders und womöglich geringer ausfällt.⁴⁸

In Österreich⁴⁹ zieht der Verfassungsgerichtshof die EU-Grundrechte-Charta in ihrem Anwendungsbereich⁵⁰ als Maßstab für die Überprüfung nationalen Rechts heran.⁵¹ Der Verfassungsstatus des Einzelnen kann bei einer solchen Konstruktion evidentermaßen nicht mehr alleine durch den Blick in das nationale Verfassungsrecht ermittelt werden. Auch hier ergibt sich erst in der Zusammenschau von Unionsrecht und nationalem Recht ein komplettes Bild.

c) *Andere Verfassungsfunktionen*

Für viele andere Verfassungsfunktionen lässt sich beschreiben, dass erst aus einer Gesamtschau von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht der maßgebliche Verfassungsstatus des Einzelnen folgt. Ich beschränke mich auf einige wenige skizzenartige Hinweise.

Verfassungen stecken das Verhältnis von Recht und Politik ab,⁵² die europäische Integration berührt diese Grenzziehung ganz allgemein.

Als Entlastungsfunktion der Verfassung ist bezeichnet worden, dass die Verfassung über einen Konsens zu bestimmten Grundwerten und Verfahren diese für die Zukunft dem politischen Prozess entzieht und diesen

⁴⁸ Im Detail ist hier noch manches ungeklärt oder in jüngerer Zeit wieder offen. Wo lange Zeit mit der Solange II-Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 73, 339 (379) – Solange II) und der Bestätigung und Konkretisierung dieser Rechtsprechung in der Bananenmarkt-Entscheidung (BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt) sowie im Lissabon-Urteil (BVerfGE 123, 267 – Lissabon) die Verfassungslage konsolidiert erschien, bestehen hier neuerdings doch wieder Fragezeichen, näher dazu unten Fn. 207. S. zuletzt die Weiterentwicklung der Rspr. in BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149 – Identitätskontrolle.

⁴⁹ Hier besteht kein geschlossener, die Verfassung prägender Grundrechtskatalog. Zu den verschiedenen Grundrechtsschichten näher E. *Wiederin* Österreich, in: A. von Bogdandy/ P. Cruz Villalón/ P. M. Huber (Hrsg.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, 2007, § 7 Rn. 114 ff. Der ÖVfGH überprüft Normen und Einzelakte der Verwaltung darauf, ob durch sie verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verletzt werden. Diese Rechte können sich beispielsweise aus der EMRK ergeben, der insoweit in Österreich Verfassungsrang zukommt, aber auch aus der EU-Grundrechtecharta (s. dazu unten Fn. 51).

⁵⁰ Art. 51 Abs. 1 GRCh.

⁵¹ ÖVfGH v. 14.3.2012, U 466/11, U 1836/11. Man muss sicherlich bei diesem Urteil auch die möglichen Auswirkungen im Verhältnis zur nationalen Fachgerichtsbarkeit sehen. Nicht auszuschließen ist, dass es dem ÖVfGH vorrangig um eine Absicherung der eigenen Vormacht gegenüber den Fachgerichten ging. S. aus dem umfangreichen Schrifttum zu dieser Entwicklung nur K. *Heller* Die Anwendung der Grundrechte der Europäischen Union durch den Verfassungsgerichtshof, JBl. 2012, 675; M. *Pöschl* Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZÖR 2012, 587 (592 ff.).

⁵² C. *Franzius* Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, 2014, 15.

damit entlastet.⁵³ Das Unionsrecht leistet dies etwa im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, dem zentralen Grundbaustein des Europarechts. Nationale Verfassungen geben ein solches Diskriminierungsverbot in aller Regel nicht her, so dass sich ein genuiner Verfassungsmehrwert – eine Entlastung des politischen Prozesses – alleine aus dem Unionsrecht ergibt. Die Auseinandersetzung um die deutsche PKW-Maut (2015) belegt, wie eine systemwidrig reaktivierte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit den politischen Prozess belastet.⁵⁴

Auch für eine Stabilitätsfunktion,⁵⁵ eine Wohlfahrtsfunktion⁵⁶ und eine Schutzfunktion⁵⁷ lassen sich entsprechende Überlegungen anstellen.

⁵³ Zur Entlastungsfunktion *D. Grimm* Verfassungsfunktion (Fn. 43), 498 f., mit Verweis auf *Niklas Luhmann*. Die Bildung und Erhaltung eines Verfassungskonsenses als zentrale Funktion einer Verfassung thematisiert *P. Pernthaler* Verfassungskern (Fn. 7), 15, unter Bezugnahme auf *H. Hofmann* Legitimität und Rechtsgestaltung, 1977, 71 ff.

⁵⁴ Näher dazu *F. C. Mayer* Europarechtliche Aspekte einer „PKW-Maut“ (Infrastrukturabgabe), Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Deutschen Bundestag, Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur, Mittwoch, 18. März 2015, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur, Ausschussdrucksache 18(15)193-F; s. auch *Deutscher Bundestag Fachbereich Europa* Vereinbarkeit des Vorschlags für eine PKW-Maut bzw. Infrastrukturabgabe mit dem Unionsrecht, Ausarbeitung PE 6-3000-139/14 v. 30.7.2014.

⁵⁵ Die Verfassung verheißt besondere Stabilität. Diese Stabilitätsfunktion ist ohne Abgleich mit den Anforderungen des Unionsrechts nicht mehr vollständig darzustellen. Nicht nur in Deutschland (s. oben Fn. 27) sondern auch in anderen Mitgliedstaaten wie etwa Frankreich oder Irland hat dies im Zuge von neuen Europaverträgen immer wieder zu Anpassungen des Verfassungstextes geführt. Auch eine qualifizierte Stabilitätsfunktion nationaler Verfassung mit qualifiziertem Verfassungsrecht wie es in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegt ist, sich aber auch den Republiksschutzklauseln der französischen oder der italienischen Verfassung entnehmen lässt, erfordert einen kontinuierlichen Abgleich mit und eine Positionierung zu Anforderungen des Unionsrechts.

⁵⁶ Eine Wohlfahrtsfunktion von Verfassung ergibt sich in Teilen bereits aus einem Verständnis von Grundrechten als Teilhaberechten, in manchen Mitgliedstaaten bestehen darüber hinaus weitreichende explizite soziale Grundrechte. In Deutschland kommt dem Sozialstaatsprinzip eine wichtige Rolle zu. Das Unionsrecht bietet hier vermittels der Grundfreiheiten, aber auch mit dem Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung (insbesondere Art. 157 AEUV) ein Mehr an subjektiven Rechten.

⁵⁷ Die Aufgabe, Schutz und Sicherheit für die eigenen Bürger nach innen und außen zu gewährleisten, gilt als eine der Hauptlegitimationen des Staates seit *Jean Bodin*, s. nur *C. Tomuschat* Verfassungsstaat (Fn. 10), 13, mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Die nationale Verfassung organisiert und begrenzt diese Aufgabe durch Regelungen zur Konkretisierung der Staatsgewalt im wörtlichen Sinne und durch Vorgaben für das Handeln von Polizei und Militär. Die Entwicklung der europäischen Integration über den Bereich der wirtschaftlichen Integration hinaus zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit (sic!) und des Rechts verbindet sich mit einer Wahrnehmung entsprechender Funktionen auf überstaatlicher Ebene. Auch wenn die Gefahrenabwehr im engeren, polizeirechtlichen Sinne noch nicht der EU anvertraut ist, so trägt doch über die Zusammenarbeit in Justiz-, Polizei-

Nicht selten wird der Verfassung auch eine symbolische Funktion zugemessen.⁵⁸ Es lässt sich dabei auf den Verfassungstext als solchen abstellen,⁵⁹ daneben auf die Ordnungs- oder Leitidee einer Verfassung,⁶⁰ die Funktion, staatliche und gesellschaftliche Einheit zu bilden und erhalten,⁶¹ „Angehörigkeitsgefühle und Gemeinschaftsbewusstsein zu erzeugen und zu verfestigen“⁶². Die Stichworte Integration durch Verfassung⁶³ und Verfassungspatriotismus⁶⁴ dürfen dabei für Deutschland nicht fehlen. Die Kontextualität und Symbolfunktion von Verfassung aufnehmend ergibt sich ein noch offenerer Begriff der Verfassung für diejenigen, die in der Verfassung den Ausdruck einer bestimmten Tradition oder einer Kultur sehen.⁶⁵ Das Symbol- und Traditionspotenzial⁶⁶ der europäischen Integration um das

und Strafverfolgungsangelegenheiten die EU heute in erheblichem Maße zur Gewährleistung von Sicherheit in der EU bei. Vielen Bedrohungslagen kann der Nationalstaat alleine heute schlicht nicht mehr begegnen. Ähnlich verhält es sich mit der militärischen Dimension, in der zwar formal noch keine eigenständigen EU-Streitkräfte bestehen und beispielsweise in Deutschland auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben in Gestalt eines konstitutiven Parlamentsbeschlusses weiter gelten, der Sache nach aber längst die europäische Zusammenarbeit im Vordergrund steht (vgl. dazu auch den Abschlussbericht der Kommission zur Überprüfung und Sicherung der Parlamentsrechte bei der Mandatierung von Auslandseinsätzen der Bundeswehr, BT-Drs. 18/5000).

⁵⁸ „[A]ls Symbol artikuliert sie Ordnungs- und Sinngehalt der politischen Kultur“, so eine sozialwissenschaftliche Formel dazu, *J. Gebhardt* Die Idee der Verfassung: Instrument und Symbol, in: A. Kimmel (Hrsg.) Verfassung als Fundament und Instrument der Politik, 1995, 9–24.

⁵⁹ Zutreffend ist zur symbolischen Funktion betont worden, dass ein Verfassungstext zuvörderst Angebot und Anregung zur symbolischen Aneignung ist, die gesellschaftliche Wirkung aber nicht zwingend aus einem Text folgt, *B. Scholl* Symbolische Verfassung (Fn. 34), 40.

⁶⁰ *H. Vorländer* Integration (Fn. 34), 15 ff. Beides ist indessen für sich genommen noch nicht ausreichend, um eine „strukturierende, handlungsleitende und gemeinschaftsstiftende Wirkung“ zu erzielen, dazu bedarf es noch einer Vergegenwärtigung und Repräsentation der Verfassung „durch Erlebnis, Erfahrung, Praktiken und Interpretation“, ebd., 20.

⁶¹ *S. Koriath* Identität (Fn. 34), 126.

⁶² *R. Wahl* Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und Internationalisierung, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.) Verfassungsrecht (Fn. 4), 355 (356).

⁶³ S. dazu die Berichte von *S. Koriath* Identität (Fn. 34), 117 ff. und *A. v. Bogdandy* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, *VVDStRL* 62 (2003), 156 ff.

⁶⁴ *D. Sternberger* Schriften, Bd. X: Verfassungspatriotismus, 1990; *J. Habermas* Verfassungspatriotismus – im Allgemeinen und im Besonderen, in: ders. (Hrsg.), *Die nachholende Revolution*, 1990, 147.

⁶⁵ Dazu insbesondere *P. Häberle* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998; s. auch die Beiträge in *M. Wyrzykowski* (Hrsg.) *Constitutional Cultures*, 2001.

⁶⁶ Niemand käme auf die Idee, eine solche Kategorie für das Grunddokument der Weltgesundheitsorganisation zu verwenden, obwohl dies sogar als Verfassung („Constitution of the World Health Organization“, UNTS 14, 185) etikettiert ist. Aber eine Vielzahl von klei-

Motiv Frieden⁶⁷ dürfte durchaus ausreichen, um die nationalen Symbol- und Traditionsgehalte mindestens zu irritieren, allerdings bis auf weiteres auch nicht viel mehr.⁶⁸ Immerhin: Man ist auch im Hinblick auf die Symbolfunktion in Verfassungsdingen jedenfalls nicht mehr alleine.

3. *Zwischenergebnis*

Es bestätigt sich, dass im Zuge der europäischen Integration Reduktionseffekte auftreten, die die „Gesamtheit“ oder „Umfassendheit“ der nationalen Verfassung in Frage stellen. Schon der Textbefund lässt erkennen, dass nationale Verfassungen in den Mitgliedstaaten die Verfassungslage nicht mehr umfassend abbilden.

Die Europafunktion von nationalen Verfassungsorganen wird von den nationalen Verfassungen nur noch in Teilen erklärt. Der europäische Grundrechtsschutz bewirkt, dass der Verfassungsstatus des Einzelnen sich nicht mehr ausschließlich und abschließend aus der nationalen Verfassung heraus darstellen lässt. Und bei den meisten anderen Verfassungsfunktionen, die diskutiert werden, bereitet das Unionsrecht dem nationalen Verfassungsrecht zumindest eine Art Verfassungskonkurrenz,⁶⁹ vielleicht sogar mehr.⁷⁰

nen symbolischen Elementen der „Verfassungspräsenz“ – von der Europa-Flagge neben der nationalen Flagge auf dem Reichstagsgebäude, vor dem polnischen Präsidentenpalast oder auf dem Tisch des französischen Staatspräsidenten bei der Neujahrsansprache bis zur Europhymne bei Sendeschluss öffentlich-rechtlicher Sender – bleibt im Laufe der Jahrzehnte nicht ohne Wirkung.

⁶⁷ Das Narrativ der EU ist heute vielleicht unbestrittener denn je das Friedensnarrativ. Ob dies eine hinreichende Dichte aufweist oder aufweisen könnte, um es aktuell oder irgendwann im 21. Jahrhundert auf der narrativen Ebene mit den nationalen Verfassungen aufzunehmen, lasse ich offen. Oft wird zwar gesagt, es reiche nicht mehr aus. Das Friedensnarrativ als solches wird jedoch nicht in Frage gestellt, unter grober Vereinfachung der Konstellation in Zentraleuropa in den 1950er Jahren, die natürlich auch durch Eigeninteressen der Staaten und nicht ausschließlich von Idealismus geprägt war. S. zu den Hintergründen nach wie vor instruktiv *J. Monnet Mémoires*, 1976, 341 ff.

⁶⁸ Es liegt nicht fern, all diesen Überlegungen das Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrags 2005 entgegenzuhalten, um den Abstand zwischen unionalen und nationalen Verfassungsdimensionen im Hinblick auf Symbolik, Tradition und Narrativ zu markieren (skeptisch zum Verfassungsvertrag etwa *H. M. Heinig* Europäisches Verfassungsrecht ohne Verfassung(svertrag)?, JZ 2007, 905). Vorliegend geht es aber zunächst einmal nur um die Wandlung nationaler Verfassungen weg von einer Gesamtordnung, hin zu einer Teilordnung. Hier dürfte doch unstrittig sein, dass die nationale Verfassung zumindest eine Art Verfassungskonkurrenz erhalten hat.

⁶⁹ Absehbar ist spätestens hier der Einwand, dass sich all die europäischen Phänomene doch stets auf die in allen mitgliedstaatlichen Verfassungen enthaltenen Bestimmungen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge bzw. – soweit vorhanden – zur Mitwirkung an

IV. Deutungen

Lassen Sie mich nun auf mögliche Deutungen zu sprechen kommen, theoretische Konzepte, die helfen könnten, die durch die europäische Integration verursachten Effekte besser einzuordnen.

Es lässt sich zwischen Verfassungsmonismus und Verfassungsp pluralismus unterscheiden.⁷¹ Zur Klarstellung: Mit der alten Monismus/Dualismus-Debatte hat dies nur entfernt zu tun. Hier ist zu Recht von ‚intellektuellen Zombies aus einer anderen Zeit‘ gesprochen worden.⁷²

der europäischen Integration zurückführen lassen. Man mag sich auf eine solche formale Betrachtungsweise zurückziehen. Qualität und Quantität der integrationsbedingten Auswirkungen auf die nationale Verfassung wird eine derart reduzierte formale Betrachtung nicht gerecht. Die „veränderten Lagen“ und „Funktionsbedingungen“ der Verfassung (Konrad Hesse) wirken auf die Verfassung zurück, K. Hesse Verfassung und Verfassungsrecht, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 1 Rn. 38.

⁷⁰ So lässt sich für manche Verfassungsfunktionen durchaus vertreten, dass die europäische und die nationale Ebene für sich genommen nicht mehr ausreichen.

⁷¹ Zu einer im Ergebnis möglicherweise vergleichbaren Unterscheidung nach Modellen – „Modell Carl Schmitt“, „Modell Hans Kelsen“, „Modell Niklas Luhmann“ – U. Volkmann Aufstieg (Fn. 33), 38 f.

⁷² A. v. Bogdandy Pluralism (Fn. 15), 400: „Monism and dualism should cease to exist as doctrinal and theoretical notions for discussing the relationship between international law and internal law. Perhaps they can continue to be useful in depicting a more open or more hesitant political disposition toward international law. But from a scholarly perspective, they are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or ‘deconstructed.’ The general understanding of the relationship between international law and domestic law should be placed on another conceptual basis.“ In der Folge diskutiert Armin von Bogdandy einen rechtspluralistischen Ausgangspunkt. Die Metapher von den Untoten findet sich auch bei A. Somek Monism: A Tale of the Undead, in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) Constitutional Pluralism (Fn. 115), 343. Zur Wiederkehr des Theorienstreits um Monismus und Dualismus dagegen F. Schorkopf Grundgesetz und Überstaatlichkeit: Konflikt und Harmonie in den auswärtigen Beziehungen Deutschlands, 2007, 237 ff. Überzeugend nach wie vor die Einordnung durch K. Vogel Wortbruch im Verfassungsrecht, JZ 1997, 161 (162 f.): Dualismus steht demnach letztlich für eine Phase der Selbstbezogenheit und nationalen Abkapselung vom Ausgang des 19. bis Mitte des 20. Jahrhunderts. In der dualistischen Lehre Heinrich Triepels fänden sich nur Scheinbegründungen für die strenge Trennung von Völker- und Landesrecht, er setze die Trennung eigentlich schon voraus. Für den Unterschied zwischen Dualismus und Verfassungsp pluralismus ist Folgendes bedeutsam: Dem Dualismus geht es um Umkodierung im Sinne von Über-Setzung im wörtlichen Sinne in das Recht der Bezugsordnung vermittels Transformation oder Vollzugsbefehl. Dies ist bei einer verfassungsp pluralistischen Sicht auch möglich, aber eben nicht zwingend, näher dazu M. Wendel Permeabilität (Fn. 32), 24 f.

1. *Verfassungsmonismus*

Einem Verfassungsmonismus lassen sich diejenigen Ansätze zuordnen, die eine einheitliche, geschlossene Verfassungsordnung für die EU annehmen, entweder als nationaler Verfassungsmonismus oder als europäischer Verfassungsmonismus.

a) *Nationaler Verfassungsmonismus – Verfassungstraditionalismus*

Der nationale Verfassungsmonismus ist ein Verfassungstraditionalismus.⁷³ Er will die Dinge so lassen, wie sie vorgeblich⁷⁴ schon immer

⁷³ Für diesen Ansatz – stellvertretend für etliche andere – in Deutschland *Paul Kirchhof* und *Dieter Grimm*, etwa in *P. Kirchhof* Der europäische Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 12), 1009 (1014 ff.); *D. Grimm* Die Zukunft der Verfassung II – Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, 2012, insbesondere 61 f.; s. bereits *ders.* Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581; englische Fassung: Does Europe Need a Constitution?, ELJ 1 (1995), 282. Daneben ist hier in weiten Teilen die jüngere Rechtsprechung des BVerfG in Europaangelegenheiten zu nennen, insbesondere mit der Reanimation von Letztentscheidungsansprüchen in der sogenannten Ultra vires-Kontrolle; dazu BVerfGE 134, 366 – OMT, zuvor konzilianter BVerfGE 126, 286 (302 ff.) – Honeywell, aufschlussreich dabei das Sondervotum *Landau* (ebd., 318 ff.): „Die Senatsmehrheit überspannt die Anforderungen an die Feststellung eines Ultra-vires-Handelns der Gemeinschafts- oder Unionsorgane durch das Bundesverfassungsgericht und weicht insofern ohne überzeugende Gründe von dem Senatsurteil zum Vertrag von Lissabon ab“. Auch anderswo in der EU findet sich das traditionalistische Argumentationsschema, so lässt das polnische Verfassungsgericht in seinen Europaentscheidungen eine klare Präferenz zugunsten eines Verfassungsmonismus erkennen, polnischer VerfGH 11.5.2005 – K 18/04 (Beitrittsvertrag), EuR 2006, 236 (238), bestätigt durch den polnischen VerfGH 16.11.2011 – SK 45/09 (Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen), Entscheidungsgrund III.2. Zum Ganzen *A. Łazowski* Accession Treaty – Polish Constitutional Tribunal – Conformity of the Accession Treaty with the Polish Constitution. Decision of 11 May 2005, EuConst 3 (2007), 148 ff.; *W. Sadurski* „Solange, chapter 3“: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union, ELJ 14 (2008), 1 (18 ff.).

⁷⁴ In der deutschen Diskussion wird eher selten (s. aber *K. Hesse* Grundzüge (Fn. 34), Rn. 96 ff., 109) thematisiert, dass das Grundgesetz über lange Jahre unter Besatzungs- bzw. Souveränitätsvorbehalt stand, s. dazu *E. Klein* An der Schwelle zur Wiedervereinigung Deutschlands. Anmerkungen zu Deutschlands Rechtslage im Jahr 1990, NJW 1990, 1065. S. auch die Berichte und Aussprache in: VDSStRL, Deutschlands aktuelle Verfassungslage, Sondertagung, VVDSStRL 49 (1990). Erst 1990 mit dem Zwei-plus-Vier-Vertrag (Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.9.1990, BGBl. II 1317) erlangte die Bundesrepublik volle Souveränität. 1955 war zwar mit dem Deutschland-Vertrag das Besatzungsregime beendet worden, allerdings unter bestimmten Vorbehalten im Hinblick auf Berlin und auf Deutschland als Ganzes einschließlich der Wiedervereinigung Deutschlands und einer friedensvertraglichen Regelung. Daneben bestanden klare Vorgaben und Konditionen für die Bundesrepublik, gerade auch im Hinblick auf die Einbindung Deutschlands in die europäische Integration – als „gemeinsames Ziel“ wird defi-

waren.⁷⁵ Die Traditionalisten reservieren Verfassung für den Nationalstaat und sprechen dem Recht jenseits des Staates eigene Verfassungsqualität ab.⁷⁶ Begründet wird dies vielfach mit den vorrechtlichen Voraussetzungen für Verfassung. Mit unterschiedlichen Akzenten geht es dabei um das Erfordernis eines Volkes,⁷⁷ eines homogenen Demos,⁷⁸ einer gemeinsamen Öffentlichkeit, Sprache oder Gesellschaft.⁷⁹ Eine Variante dieses Ansatzes erreicht ihre Ergebnisse dadurch, dass die Union konsequent in den Kategorien des herkömmlichen Völkerrechts gehalten wird.⁸⁰ Implizit wird damit die Verfassungsdimension auf den staatlichen Bereich beschränkt.⁸¹ Auch vom Standpunkt einer rechtspositivistischen Rekonstruktion von Verfassung kann das Ergebnis ein nationaler Verfassungsmonismus sein.⁸²

niert: „Ein wiedervereinigtes Deutschland, das eine freiheitlich-demokratische Verfassung, ähnlich wie die Bundesrepublik, besitzt und das in die europäische Gemeinschaft integriert ist.“, Art. 7 Abs. 2 Deutschland-Vertrag (Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten idF des Pariser Protokolls v. 23.10.1954, BGBl 1955 II, 305).

⁷⁵ Kritisch zum „Monismus mit staatsrechtlichem Primat“ A. v. Bogdandy Prinzipien (Fn. 9), Rn. 53.

⁷⁶ S. die Nachweise bei K. Jaklic Constitutional pluralism in the EU, 2014, 2 Fn. 3. S. für die deutsche Diskussion J. Isensee Staat und Verfassung, HStR II, § 15 Rn. 1, 3. Dagegen A. Peters Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 93 ff., mwN. R. Wahl Rolle staatlicher Verfassungen (Fn. 62), 368, spricht von einer überschätzten Diskussion.

⁷⁷ D. Grimm Braucht Europa eine Verfassung? (Fn. 73), 584 ff. Kritisch dazu J. Habermas Remarks on Dieter Grimm's ‚Does Europe Need a Constitution?‘, ELJ I (1995), 303.

⁷⁸ BVerfGE 89,155 (186) – Maastricht; P. Kirchhof Europäische Einigung und Verfassungsstaat, in: J. Isensee (Hrsg.) Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 2. Aufl. 1993, 63 (79). Kritisch dazu J.H.H. Weiler The State „über alles“. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, FS Everling. Bd. II, 1995, 1651 ff. (deutsche Fassung: Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR nF 44 (1996), 91 ff.).

⁷⁹ D. Grimm Braucht Europa eine Verfassung? (Fn. 73), 587 ff.

⁸⁰ C. Hillgruber Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, HStR II, § 32 Rn. 78 ff.; durch die betonte Gegenüberstellung von „Vertragsgericht“ (EuGH) und „Verfassungsgericht“ (BVerfG) gleiches Ergebnis bei F. Kirchhof Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, 267 (269). S. auch T. Schilling The autonomy of the community legal order—an analysis of possible foundations, Harv. Int. Law J. 37 (1996), 389; A. Pellet Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire, in: Academy of European Law (Hrsg.) Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. 5 Book 2, 1997, 253; T. C. Hartley Constitutional Problems of the European Union, 1999, 129 ff.; zu schematisch J.-P. Derosier Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne, 2015, 137 ff., 161: „l'Union européenne est une organisation internationale, mise en place par des traités internationaux“.

⁸¹ K. Jaklic Constitutional pluralism (Fn. 76), 2 f.

⁸² In diese Richtung T. Schilling Zum Verhältnis von Gemeinschafts- und nationalem Recht, ZfRV 1998, 149.

Die Vokabel vom „Staatenverbund“⁸³ ist am deutlichsten mit dem nationalen Verfassungsmonismus verkoppelt, bezeichnenderweise kommt dort die Verfassungsdimension schon begrifflich gar nicht vor.⁸⁴

Die europäische Rechtsebene wird als abgeleitete Ordnung⁸⁵ in eine hierarchische Konzeption von Verfassung eingebaut – mit Ausnahme der Niederlande, dort hat das internationale Recht Vorrang vor der Verfassung⁸⁶ – natürlich auf einer der staatlichen Verfassung nachgeordneten Ebene.

Der nationale Verfassungsmonismus vermag die eingangs gemachten Beobachtungen zur Relativierung der nationalen Verfassung nicht in Verfassungskategorien zu diskutieren. Es wird damit letztlich auf eine differenzierte und konstruktive verfassungsrechtliche Betrachtung der europäischen Ebene verzichtet und das Feld anderen überlassen, dem Völkerrecht oder der Politikwissenschaft.⁸⁷

Für Deutschland verbindet sich mit einer strikt nationalen Argumentation aufgrund seiner Größe erhebliche Sichtbarkeit. Das ist auf keinen Fall gleichzusetzen mit konzeptioneller Anschlussfähigkeit oder sogar Rezeption, aber es ergeben sich Außeneffekte: Gerade in letzter Zeit verfestigt sich – zu Recht oder zu Unrecht, das ist hier nicht zu entscheiden – die Wahrnehmung eines deutschen Hegemonialanspruchs auch in rechtlichen Deutungsfragen.⁸⁸

⁸³ BVerfGE 89, 155 (155, 156, 181 ff.) – Maastricht; weiter erläutert in BVerfGE 123, 267 (267, 348, 350, 379) – Lissabon, zurückgehend auf *P. Kirchhof* Diskussionsbeitrag, EuR 1991 (Beiheft 1), 47. In *ders.* Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EuR 1991 (Beiheft 1), 11 (16) ist noch die Rede vom *Staatenverband*; ausführlich *ders.* Der europäische Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 12), 1009.

⁸⁴ In der Betonung des Staates gegenüber der Verfassung findet eine ältere Kontroverse ihre Fortführung: geht es um Staat oder Verfassung? Ausführlich zu den Zusammenhängen *F. Günther* Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezi- sion und Integration, 2004. Prägnant *A. Arndt* Umwelt und Recht, NJW 1963, 24 (25): „In einer Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt.“ Daneben suggeriert der Begriff Staatenverbund ein Tertium zwischen Staatenbund und Bundesstaat. Nach *B. Kahl* Europäische Union: Bundesstaat – Staatenbund – Staatenverbund?, Der Staat 33 (1994), 241, entspricht der Staatenverbund inhaltlich, systematisch und teleologisch dem Staatenbund, ebd., 245.

⁸⁵ BVerfGE 123, 267 (349, 382) – Lissabon.

⁸⁶ Seit 1953, s. näher dazu und zu Art. 94 Grundwet *L. Besselink* Niederlande, IPE I (Fn. 49), § 6 Rn. 52 f., 99 ff., 105 f.

⁸⁷ Drastischer *A. v. Bogdandy* Prinzipien (Fn. 9), Rn. 17: „blind und taub“.

⁸⁸ Dies betrifft etwa die Durchsetzung, aber auch die Aussetzung von Europarecht. Näher dazu, mwN, *F. C. Mayer* Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, 473 (510 f.) (englische Fassung *ders.* Rebels without a cause? A critical analysis of the German Constitutional Court's OMT reference, GLJ 15 (2014) (Special Issue), 111; französische Fassung *ders.* La decision de la Cour constitutionnelle

b) Europäischer Verfassungsmonismus

Der europäische Verfassungsmonismus geht im Kern von der gleichen hierarchischen Verfassungskonzeption und von ähnlichen Ausschließlichkeitsansprüchen wie der nationale Verfassungsmonismus aus. Er ist die Fortsetzung des nationalstaatlichen Verfassungsdenkens mit anderen Mitteln – bei umgekehrtem Ausgangspunkt: Hier ist das europäische Recht dem nationalen Recht hierarchisch übergeordnet. Auch hier kann eine streng rechtspositivistische Rekonstruktion der Ausgangspunkt sein.⁸⁹ In seiner Reinform konstruiert dieser Ansatz das Verhältnis von europäischem zu nationalem Recht wie in einem Bundestaat.⁹⁰ Im wissenschaftlichen Bereich⁹¹ wird die Grundannahme eines bereits bestehenden Europäischen

fédérale allemande relativement au programme OMT. Rebelles sans cause? Une analyse critique du renvoi de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le dossier OMT, RTDE 2014, 683). Für die Wahrnehmung Deutschlands im Ausland s. in diesem Kontext etwa B. Simms *Europe: The Struggle for Supremacy, from 1453 to the Present*, 2013, der die letzten 500 Jahre in den Kontext deutscher Hegemonialstellung und ihrer Einhegung stellt.

⁸⁹ Insbesondere vom Standpunkt einer kelsenianischen Rekonstruktion des Verhältnisses von nationalem Recht, internationalem Recht und Europarecht zueinander lässt sich versuchen, eine Anordnung zu konstruieren, die von einer hierarchischen Überordnung des internationalen Rechts ausgeht, nationalem und europäischem Recht Autonomie und wechselseitige Nichtabgeleitetheit zugesteht und Konfliktlagen zwischen nationalem und europäischem Recht als Rechtskonflikte verarbeiten kann. Im Einzelnen dazu L. Vinx *Kelsen's Legal Monism and the Future of the European Constitution*, ECPR General Conference University of Iceland, 2011, in Auseinandersetzung mit dem unter Monismusverdacht stehenden (s. etwa P. Eleftheriadis *Pluralism and Integrity*, Ratio Juris 23 (2010), 365) „pluralism under international law“ im Spätwerk von Neil MacCormick, N. MacCormick *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, 1999, 113 ff. Eine entsprechende Annäherung unternimmt auch I. Weyland *The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law – The Supremacy Puzzle Resolved*, Law and Philosophy 21 (2002), 1 (29 ff.).

⁹⁰ Der Vorteil dieses Ansatzes liegt auf der Hand: Das Verfassungsrecht des Bundesstaates bietet ein vielfältiges und vertrautes Analyseinstrumentarium. Das Konzept Bundesstaat ist weitgehend selbsterklärend. Anleihen an Einzelkonzepte aus dem Bundesstaatsverfassungsrecht werden ansonsten im Kontext des Europäischen Verfassungsrechts immer wieder genommen, am prominentesten vielleicht bei der Vorrangfrage.

⁹¹ Die Zielvorstellung „Europäischer Bundesstaat“ findet sich noch immer in Grundsatzprogrammen von politischen Parteien in Deutschland. So nimmt die SPD in ihrem aktuellen Grundsatzprogramm Bezug auf ihr Heidelberger Programm von 1925, das die Forderung nach den „Vereinigten Staaten von Europa“ enthält (Hamburger Programm. Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands vom 28.10.2007, 26). Explizit fordert auch die FDP einen „durch Volksabstimmungen in den Mitgliedsstaaten legitimierte[n] europäische[n] Bundesstaat“ (Verantwortung für die Freiheit. Karlsruher Freiheitsthesen der FDP für eine offene Bürgergesellschaft vom 22.04.2012, 95). Auch die Piratenpartei Deutschland formuliert in ihrem Europawahlprogramm von 2014 die Mög-

Bundesstaates derzeit von niemandem mehr ernsthaft vertreten.⁹² Ausgerechnet für die Verfassungstraditionalisten ist der Europäische Bundesstaat als Fernziel die einzig kohärente Perspektive – irgendwo muss ein Staat her, damit von Verfassung gesprochen werden kann.

2. *Verfassungsppluralismus und Verfassungsverbund*

Der Verfassungsppluralismus (*constitutional pluralism*) stellt sich den Verfassungsmonisten entgegen.⁹³

a) *Grundannahmen*

Der Verfassungsppluralismus kann bei der gleichen grundsätzlichen Beobachtung ansetzen, die auch die vorliegende Themenstellung anleitet: Die überkommene Idee der Verfassung ist in einer europäisierten, globalisierten und immer interdependenteren Welt herausgefordert,⁹⁴ jedenfalls im Wandel.⁹⁵ Zwischen den möglichen verfassungsmonistischen Strategien eines Rückzugs ins Lokale bzw. Nationale im Sinne eines neuen Souveränitätsdenkens einerseits und der Flucht nach vorne ins Globale im Sinne eines überstaatlichen Konstitutionalismus andererseits entwickelt der Ver-

lichkeit eines europäischen Bundesstaates (Wahlprogramm zur Europa-Wahl der Piratenpartei Deutschland vom 05.01.2014, 6).

⁹² Eine konsequente Konkretisierung eines bundesstaatsgeprägten Europaverständnisses findet sich in der frühen Diskussion in Deutschland etwa in der Dissertation von *Eberhard Grabitz*. Deren Titel „Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht“ ist insoweit völlig ernst gemeintes Theorieprogramm, *E. Grabitz Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, 1966. S. auch *H. P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 182 ff. für eine Darstellung der Bundesstaatsansätze in der Gründungszeit der europäischen Gemeinschaften. S. für einen jüngeren Beitrag *G. Federico Mancini* Europe: The Case for Statehood, *ELJ* 4 (1998), 29; s. auch die Nachweise bei *K. Jaklic* Constitutional pluralism (Fn. 76), 286 Fn. 64. Das Konzept Europäischer Bundesstaat findet sich aber auch bereits bei *H. Heller* Gespräch zweier Friedensfreunde (1924), in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 1971, 421 (424); *ders.* Die Souveränität (1927), ebd. 31 (201); *ders.* Politische Demokratie und soziale Homogenität (1928), ebd., 421 (433).

⁹³ Constitutional pluralism setzt sich auch von *Hans Kelsen* und seinen Konzepten eines Monismus mit Vorrang des Völkerrechts und Monismus mit Vorrang des nationalen Rechts ab, zu letzterem *H. Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 328 ff.; s. auch *M. Jestaedt* Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, *GS Blomeyer*, 2004, 637.

⁹⁴ *D. Halberstam* Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the world, in: *G. De Búrca/J.H.H. Weiler* (Hrsg.) (Fn. 38), 150.

⁹⁵ *S. T. Vesting/S. Koriath* Einleitung, in dies. (Hrsg.) (Fn. 4), 1, mit der Frage „Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?“ und der Perspektive eines Ersatzes durch „höherstufige oder eher horizontal-funktionale Aggregationen“.

fassungspluralismus einen Mittelweg⁹⁶ auf der Suche nach Ordnung⁹⁷ in einer „post-souveränen Konstellation“⁹⁸. Verfassung wird nicht mehr als Ordnungskonzept für den Staat reserviert. Der Mittelweg besteht darin, die widerstreitenden Autoritätsansprüche nationaler und übernationaler Hoheitsgewalt⁹⁹ als im Grundsatz nicht auflösbar anzusehen.¹⁰⁰ Der pluralistische Ansatz weist daher sowohl Hierarchie wie auch letzte Grundlegungen zurück.¹⁰¹ Gegenseitige Autonomie¹⁰² ohne Hierarchie, stattdessen Heterarchie¹⁰³, Interaktion¹⁰⁴ und wechselseitige Offenheit sind Kennzeichen des Verfassungspluralismus im Mehrebenensystem¹⁰⁵. Insoweit bestehen Parallelen zu Ansätzen, die auf Netzwerken¹⁰⁶ und auf einer horizontalen Kollisionsperspektive¹⁰⁷ beruhen, daneben auch zu Modellen, die

⁹⁶ Ich folge hier der Gegenüberstellung bei *D. Halberstam* *Plural constitutionalism* (Fn. 94), 150 ff. Kritisch zu dieser Darstellung *J.H.H. Weiler* *Dialogical epilogue* (Fn. 38), 286 f. *Daniel Halberstam* betont einen eigenen Ansatz, indem er von *plural constitutionalism* statt *constitutional pluralism* spricht.

⁹⁷ S. dazu *M. Delmas-Marty* *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, *Recueil Dalloz* 2006, 951; *dies.* *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, 2009.

⁹⁸ *A. J. Menéndez/J. E. Fossum* (Hrsg.) *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory: The Post-Sovereign Constellation*, 2011; *dies.* (Hrsg.) *The Post-Sovereign Constellation*, *ARENA Report* 4/2008.

⁹⁹ *Neil MacCormick* nimmt dabei als Arbeitsdefinition für eine „functioning constitution“ „a body of higher order norms establishing and conditioning relevant governmental powers“, *N. MacCormick* *Questioning Sovereignty* (Fn. 89), 104.

¹⁰⁰ *D. Halberstam* *Plural constitutionalism* (Fn. 94), 151. Zur Nähe zu systemtheoretischen Deutungsmustern bereits *N. MacCormick* *Questioning Sovereignty* (Fn. 89), 109.

¹⁰¹ *D. Halberstam* *Plural constitutionalism* (Fn. 94), 152.

¹⁰² Hier wird von verschiedenen Autoren der Begriff der Inkommensurabilität vorgeschlagen: Inkommensurable Autonomiepostulate, *M. Wendel* *Permeabilität* (Fn. 32), 18; inkommensurable Geltungsansprüche, *A. Peters* *Elemente* (Fn. 76), 273; *J.H.H. Weiler* *Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts*, in: G. De Búrca/ders. (Hrsg.) (Fn. 38), 12: „the notion of incommensurability which has been the source from which MacCormick (and all those who have followed him) begat constitutional pluralism“.

¹⁰³ *N. Walker* *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Review* 65 (2002), 317 (337).

¹⁰⁴ *Armin von Bogdandy* spricht von „coupling“, *A. v. Bogdandy* *Pluralism* (Fn. 15), 398.

¹⁰⁵ Zum Begriff Mehrebenensystem bereits *F. C. Mayer* *Kompetenzüberschreitung* (Fn. 17), 31 ff. mwN.

¹⁰⁶ *K.-H. Ladeur* Europa kann nur als Netzwerk, nicht als „Superstaat“ gedacht werden, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.) *Strukturfragen der Europäischen Union* 2010, 119; *K.-H. Ladeur* *Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept*, *ELJ* 3 (1997), 33 (48).

¹⁰⁷ *C. Joerges* *Europarecht als Kollisionsrecht*, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.) (Fn. 106), 285.

systemtheoretisch¹⁰⁸ und mit Fragmentierung¹⁰⁹ argumentieren, nicht selten um auch nicht-hoheitliche Akteure zu erfassen¹¹⁰.

Rechtspluralismus besteht als wissenschaftlicher Ansatz mit anthropologisch-soziologischer Ausrichtung seit mehr als 100 Jahren.¹¹¹ Verfassungspluralismus ist demgegenüber ein neueres, sehr viel limitierteres¹¹² Konzept,¹¹³ weniger auf Gesellschaft als auf Herrschaft bezogen.

Die Europäische Union¹¹⁴ wird im verfassungspluralistischen Schrifttum in jüngerer Zeit¹¹⁵ als am weitesten entwickeltes Beispiel disku-

¹⁰⁸ N. Luhmann *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 440 ff.; s. auch die Überlegungen bei N. MacCormick *Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute*, JZ 1995, 797 (798); s. auch S. Oeter *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, 550 ff.

¹⁰⁹ A. Fischer-Lescano/G. Teubner *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006; G. Teubner *Verfassungsfragmente*, 2012; M. Koskeniemi *From Apology to Utopia*, 2005, 390 und 609 ff.

¹¹⁰ ICANN (die „Internet Corporation for Assigned Names and Numbers“, Vergabeinstanz für Namen und Adressen im Internet) ist ein Beispiel für einen privaten Akteur, der immer wieder thematisiert wird, so etwa bei L. Viellechner *Responsiver Rechtspluralismus*, *Der Staat* 51 (2012), 559 (563 ff.), dort im Kontext der „Koordination der verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen, völkerrechtlichen Regimes und transnationalen Regelungsarangements“ mit dem Ordnungsprinzip der „Responsivität“ (ebd., 570). S. zu ICANN bereits F. C. Mayer *Europe and the Internet: The Old World and the New Medium*, EJIL 11 (2000), 149 (161 ff.).

¹¹¹ S. dazu J. Griffiths *What is Legal Pluralism?* *Journal of Legal Pluralism* 24 (1986), 1. Dort auch die Definition von legal pluralism als „the presence in a social field of more than one legal order“.

¹¹² Es lassen sich gleichwohl noch Verbindungslinien zwischen den Rechtsanthropologen der 1970er Jahre und den Erklärungsansätzen für die Interaktion der verschiedenen Rechtsebenen in der europäischen Integration ziehen, dazu N. W. Barber *Legal Pluralism and the European Union*, ELJ 12 (2006), 306 (329).

¹¹³ Zur Gegenüberstellung von Konstitutionalismus und Pluralismus instruktiv S. Kadelbach *Konstitutionalisierung und Rechtspluralismus. Über die Konkurrenz zweier Ordnungsentwürfe*, ARSP Beiheft, iE, mwN. S. auch N. Krisch *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, 2010, 23 ff.

¹¹⁴ In aller Regel geht es dabei um das Verhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. S. aber D. Halberstam *Plural Constitutionalism as Theory and Method*, in: C. Landfried (Hrsg.) *The Power of Constitutional Courts in a Global World*, iE, der sich mit dem Verhältnis von Unionsrecht und EMRK bzw. von EuGH und EGMR auseinandersetzt. *Constitutional pluralism* lässt sich auch für den klassischen bundesstaatlichen Kontext diskutieren, s. etwa R. Schütze *Federalism as Constitutional Pluralism. „Letter from America“*, in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) *Constitutional Pluralism* (Fn. 115), 185; D. Halberstam *Systems Pluralism and Institutional Pluralism in Constitutional Law: National, Supranational and Global Governance*, ebd., 85.

¹¹⁵ Am Anfang stehen dabei die Arbeiten von N. MacCormick *Beyond the Sovereign State*, *Modern Law Review* 56 (1993), 1; ders. *Das Maastricht-Urteil* (Fn. 108), 797. Neil MacCormick hat seine Ausgangsposition allerdings modifiziert, in späteren Beiträgen entwirft er einen „pluralism under international law“, der als überwölbende Ordnung das internationale Recht anerkennt und dort die rechtliche Lösung sucht, s. N. MacCormick *Risking*

tiert.¹¹⁶ Im Ausgangspunkt ist der verfassungsppluralistische Ansatz eine Reaktion auf das Maastricht-Urteil des BVerfG¹¹⁷ von 1993¹¹⁸ mit dem Versuch, sowohl das Maastricht-Urteil als auch die europäische Gegenposition in ihrer jeweiligen Argumentation als legitim anzusehen.¹¹⁹ In der Folge

Constitutional Collision, Oxford J Legal Studies 18 (1998), 517, sowie *ders.* Questioning Sovereignty (Fn. 89), 117. S. auch *N. Walker* Constitutional Pluralism (Fn. 103), 317; *M. P. Maduro* Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: *N. Walker* (Hrsg.) Sovereignty in Transition, 2003, 501; *ders.* Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?, in: *J.H.H. Weiler/M. Wind* (Hrsg.) European constitutionalism beyond the state, 2003, 7; *M. Kumm* The Jurisprudence of Constitutional Conflicts: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, ELJ 11 (2005), 262; *J. Komárek* European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony, Jean Monnet Paper 2005, 10/05; *M. P. Maduro* A constituição plural constitucionalismo e União Europeia Principia, 2006; *ders.* Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungsppluralismus, EuR 2007, 3; *M. P. Maduro* Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a context of Constitutional Pluralism, European Journal of Legal Studies 2007, <http://ejls.eu>; *J. Baquero Cruz* The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement, ELJ 14 (2008), 389; *M. Avbelj/J. Komárek* (Hrsg.) Four Visions of Constitutional Pluralism, European University Institute Working Paper Law 2008/21; *N. Walker* Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders, ICON 6 (2008), 373; *A. v. Bogdandy* Pluralism (Fn. 15), 397; *A. Hamann/H. R. Fabri* Transnational networks and constitutionalism, ICON 6 (2008), 481; *L. Garlicki* Cooperation of Courts: The role of supranational jurisdictions in Europe, ICON 6 (2008), 509; *F. C. Mayer/M. Wendel* Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism, in: *M. Avbelj/J. Komárek* (Hrsg.) Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond, 2012, 227, s. auch die meisten anderen Beiträge in diesem Band; *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 150. *K. Jaklic* Constitutional pluralism (Fn. 76), unternimmt eine breit angelegte Bestandsaufnahme von *Neil MacCormick* bis *Joseph Weiler*. *J.H.H. Weiler* Prologue (Fn. 102), 13, äußert sich indessen skeptisch zur eigenen Verortung als *constitutional pluralist*.

¹¹⁶ Im deutschsprachigen Schrifttum *A. Peters* Elemente (Fn. 76), insbes. 254 ff., 265 ff.; *M. Wendel* Permeabilität, (Fn. 32) 14 ff.; *C. Franzius* Recht und Politik (Fn. 52), passim; *A. v. Bogdandy* Prinzipien (Fn. 9), Rn. 55. Zur Rezeption des *constitutional pluralism* aus Sicht der Schweiz *D. Thürer* Europa und die Schweiz: Status quo und Potenziale einer Partnerschaft, SJZ 2012, 477 (484).

¹¹⁷ BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

¹¹⁸ In Österreich ist um diese Zeit die Rede von „Verfassungsdualismus“ oder „Doppelverfassung“, *L. K. Adamovich/B.-C. Funk/G. Holzinger/S. L. Frank* Österreichisches Staatsrecht, Band 1: Grundlagen, 2. Aufl. 2011, Rn. 01.045 und 17.060 („Verfassungsdualismus“, „Dualismus der Grundordnung“); *P. Pernthaler* Die neue Doppelverfassung Österreichs, FS Winkler, 1997, 773; *ders.* Verfassungskern (Fn. 7), 5. In eine ähnliche Richtung geht zuvor bereits *Koen Lenaerts* mit dem Begriff einer „multi-sovereign constitutional order“, *K. Lenaerts* Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, Am. J. Comp. L. 38 (1990), 205 (213).

¹¹⁹ Hier geht es eher noch um einen „radical pluralism“, der bei dem Nebeneinander von Letztentscheidungsansprüchen stehen bleibt. Dazu *J. Baquero Cruz* Pluralist Movement (Fn. 115), 389. Wenn dann die zentrale Folgerung ist, dass Konflikte zwischen Rechtsord-

haben sich etliche Positionen ausdifferenziert,¹²⁰ so dass es „den“ *constitutional pluralism* nicht gibt. Es lassen sich aber doch gewisse gemeinsame Grundannahmen benennen.¹²¹ Grundlage eines Verfassungspluralismus ist, dass die beteiligten Verfassungsordnungen die Legitimität der jeweils anderen akzeptieren und zugleich eine Überordnung untereinander weder beansprucht noch anerkannt wird.¹²²

Diese Grundannahmen sind für die Union auf allen Seiten bisher augenscheinlich nicht gegeben,¹²³ wenn man die jeweils schneidigste Version¹²⁴ der wechselseitigen Letztentscheidungs- und Vorrangansprüche in den Blick nimmt. Auf einer faktischen Ebene entspricht aber ein konsensuales Nebeneinander sehr wohl immer mehr der Realität.¹²⁵ Zutreffend ist betont worden,¹²⁶ dass sich im Verfassungspluralismus eine bestimmte Grundhaltung der „constitutional tolerance“ (*Joseph Weiler*) spiegelt.¹²⁷ Es geht

nungen nur noch politisch gelöst werden können, dann ist man nicht sehr viel weiter als *Alfred Verdross* 1950, der von „Grenzorganen“ sprach, die zwar an das Recht gebunden, jedoch keiner rechtlichen Kontrolle mehr unterworfen sind, so dass die Lösung eines Konfliktes eine moralische Gewissensfrage bzw. eine politische oder eine soziologisch determinierte Frage sei, *A. Verdross* Völkerrecht, 2. Aufl. 1950, 24 ff., unter Bezugnahme auf *Hans Kelsen*, letztlich eine „Sache der Macht“, *J. Isensee* Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, FS Stern, 1997, 1239 (1265). Der neuere Verfassungspluralismus geht über den Befund „Macht und Politik“ und einer völlig ungebundenen Vielheit hinaus und sucht nach Prinzipien, die beim Fehlen einer Hierarchie mehr Stabilität in die rechtlichen Verhältnisse bringen und Politik insoweit eine Form geben können.

¹²⁰ Nachgezeichnet bei *J. Baquero Cruz* Pluralist Movement (Fn. 115), 413 ff. *Julio Baquero Cruz* macht sogar bei *Paul Kirchhof* pluralistische Tendenzen aus. S. auch die Darstellung in *G. Martinico* The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process, 2013, 23 ff.

¹²¹ Verfassungspluralismus ist dabei mehr als nur Vielfalt, zutreffend ist beschrieben worden, wie in gewissem Sinne eine Synthese aus Monismus und Dualismus entsteht, indem Gegensätze und Konflikt zwischen den beteiligten Ordnungen und gemeinsame Bezugspunkte Hand in Hand gehen, *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 171.

¹²² *N. MacCormick* Questioning Sovereignty (Fn. 89), 104.

¹²³ *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 161.

¹²⁴ Einerseits EuGH Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, andererseits BVerfGE 133, 277 (316) – Antiterrordatei; BVerfGE 134, 366 – OMT. S. auch poln. VerfGH 11.5.2005 – K 18/04 (Beitrittsvertrag), EuR 2006, 236 (248 ff.).

¹²⁵ *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 161.

¹²⁶ *K. Jaklic* Constitutional pluralism (Fn. 76), 72 ff.

¹²⁷ *J.H.H. Weiler* In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg, in: *ders./M. Wind* (Hrsg.) (Fn. 115), 7 (15 ff.); zuvor *ders.* Federalism without Constitutionalism: Europe's *Sonderweg*, in: *K. Nicolaidis/R. Howse* (Hrsg.) Federal Vision (Fn. 16), 54 (62 ff.). Die Kernidee *Joseph Weilers* ist die Unterscheidung zwischen zwei fundamental unterschiedlichen Ansätzen im Umgang mit dem Anderen, dem Fremden. Einerseits das „Come, be one of us“, das auf ein „make him like me“ hinausläuft – „still a form of dangerous internal and external tolerance“ (*J.H.H. Weiler* Defence, 19). „The alternative strategy of dealing with the alien is to acknowledge the validity of certain forms of non-ethnic

nicht um eine sanktionsbewehrte Anordnung im Sinne eines Befehls, wie Verfassungskonflikte aufzulösen sind, es geht vielmehr um einen Rationalitätsappell, mit dem Verfassungsordnungen dazu eingeladen werden, sich zu vertragen, um schwere wechselseitige Beschädigungen zu vermeiden.¹²⁸ Für die Interaktion der Verfassungssysteme werden bestimmte metakonstitutionelle Grundsätze¹²⁹ angenommen, die diese Interaktion ermöglichen, verbessern und anleiten.¹³⁰ Dazu zählen etwa wechselseitige Responsivität¹³¹, Loyalität¹³² und Vertrauen.¹³³

b) *Verfassungsverbund*

In der deutschen Diskussion ist das Konzept des Verfassungsverbundes¹³⁴ ab 1995 die verfassungspluralistisch zu verstehende Erwiderung auf

bounded identity but simultaneously to reach across boundaries.“ Dann werde die Identität des Fremden bewahrt, der Fremde in seiner Fremdheit akzeptiert, als er selbst (ebd.). „The European current constitutional architecture represents this alternative, civilizing strategy of dealing with the ‘other’.“ Die „immer engere Union“ [„ever closer union“] nennt *Joseph Weiler* als besonderen Ausdruck dieser Leitidee: „No matter how close the Union, it is to remain a union among distinct peoples, distinct political identities, distinct political communities.“ (ebd., 20). Als Folge respektieren Verfassungsakteure in der EU „European constitutional discipline“ nicht wegen einer höheren Autorität, die dies anordnet, wie im Bundesstaat, sondern durch eine autonome Willensbetätigung (ebd., 21).

¹²⁸ Ein Bild aus dem Kalten Krieg, die „Mutual Assured Destruction“, ist hier zur Veranschaulichung eingesetzt worden, *J.H.H. Weiler/U. Haltern/F. C. Mayer* European Democracy and Its Critique, *West European Politics* 18 (2005), 4 (37). In der Tat würde eine auf ein rechtliches Argument gestützte Weigerung, das Unionsrecht zu befolgen, auch den eigenen Rechtsbefolgungsanspruch schwächen.

¹²⁹ Vorsichtiger *E. Dubout* Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’Union européenne, in: R. Tinière/C. Vial (Hrsg.) La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne, 2015, 107 (149): „une certaine connexion constitutionnelle“.

¹³⁰ *M. P. Maduro* in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) Four visions (Fn. 115), 20; s. auch *C. Mac Amhlaigh* Questioning Constitutional Pluralism, *Edinburgh Law School Working Paper Series*, 2011/17 (SSRN, 2011): Es geht nicht um „higher law“, sondern um „higher guiding principles“. Der mögliche Einwand dagegen ist freilich, dass damit dann doch wieder Hierarchie eingeführt wird.

¹³¹ *C. Franzius* Recht und Politik (Fn. 52), 253 ff., unter Bezugnahme auf die wohl etwas umfassendere Verwendung des Begriffs bei *L. Vellechner* Rechtspluralismus (Fn. 110), 570, dort auch zur Begriffsgeschichte in den USA.

¹³² Auch Selbstreflexivität wäre insbesondere für die kontrollunabhängigen Akteure (Gerichte, Zentralbanken) ein wichtiges Prinzip.

¹³³ *C. Franzius* Recht und Politik (Fn. 52), 261 f., 293 f.

¹³⁴ Von *Ingolf Pernice* 1995 auf einer Konferenz in Lausanne geprägt: *I. Pernice* Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.) The European constitutional area, 1995, 225 (261 ff.). S. auch *ders.* Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 1996, 27; *ders.* Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 4), 163; *ders.* Das Verhältnis euro-

den Staatenverbund gewesen.¹³⁵ Ob der Verfassungsverbund überhaupt ein verfassungsppluralistischer Ansatz ist oder nicht doch mit einer verkappten Einheitsidee vom europäischen Verbund aufwartet, ist intensiv diskutiert worden.¹³⁶ In der internationalen Diskussion wurde der Verfassungsverbund begrifflich offener überwiegend als *multilevel constitutionalism* rezipiert.¹³⁷ Immerhin gestattet der Verbundbegriff eine Außen-Innen-Unterscheidung, mit der sich die EU mit ihren verfassungsrechtlichen Besonderheiten, nicht

päischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006; *ders.* Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes, in: C. Calliess (Hrsg.) *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht, 2007, 61.

¹³⁵ Zu den Hintergründen des Konzeptes Staatenverbund s. die Nachweise oben Fn. 83. In der deutschen Diskussion ist immer wieder vorgeschlagen worden, die EU nicht als entweder Staatenverbund oder Verfassungsverbund zu konzeptualisieren, sondern als Staaten- und Verfassungsverbund. Die Verfassungsdimension der europäischen Integration wird mit dieser Synthesformel immerhin anerkannt. Zugleich lösen sich die konzeptionellen Unterschiede zwischen Staatenverbund und Verfassungsverbund weitgehend auf. Es wird zusammengeführt, was konzeptionell nicht recht zusammengehört. Die Deutung als Staaten- und Verfassungsverbund findet sich beispielsweise bei *P. M. Huber* *Verfassungsrecht* (Fn. 33), 210 ff.; *C. Calliess* *Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, in: *ders.* (Hrsg.) (Fn. 134), 187 (191 ff.).

¹³⁶ Näher dazu *F. C. Mayer/M. Wendel* *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism* (Fn. 115), 127. S. auch *M. Avbelj* *Questioning EU Constitutionalisms*, GLJ 9 (2008), 1 (19). Jedenfalls ist Verfassungsppluralismus begrifflich weniger als der Verbund auf eine materielle Einheit ausgerichtet. Einheit wird prozedural hergestellt, nicht vermittelt einer über den Vorrang abgesicherten Hierarchie, sondern als etwas aus konkurrierenden Perspektiven oder Ansprüchen Bestehendes.

¹³⁷ S. etwa *B. de Witte* *European Treaty Revision: a Case of Multilevel Constitutionalism*, in: *I. Pernice/J. Zemanek* (Hrsg.) *A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond*, 2005, 59; *N. Walker* *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, in: *K. Tuori/S. Sankari* (Hrsg.) *The Many Constitutions of Europe*, 2010, 143; *G. della Cananea* *Is European Constitutionalism Really „Multilevel“?*, ZaöRV 70 (2010), 283; *H. Qazbir* *L'internationalisation du droit constitutionnel*, 2015, 361 ff.; ausgehend von *I. Pernice* *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“*, in: *E. Riedel* (Hrsg.) *German Reports on Public Law. Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol 26 July to 1 August 1998*, 1998, 40; *ders.* *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, CMLRev. 36 (1999), 703; *ders./F. C. Mayer/S. Wernicke* *Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism*, *King's College L. J.* 12 (2001), 60; *I. Pernice* *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, *EuConst* 11 (2015), 541. Die Übertragung des Verfassungsverbundes ins Französische, *I. Pernice./F. C. Mayer* *De la constitution composée de l'Europe*, RTDE 2000, 623, erscheint unitarischer, wieder anders die italienische Übertragung, *dies.* *La Costituzione integrata dell'Europa*, in: *G. Zagrebelsky* (Hrsg.) *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, 2003, 43.

zuletzt ihren Autonomieansprüchen – Stichworte Kadi-Urteil,¹³⁸ EMRK-Gutachten,¹³⁹ künftig vielleicht CETA, TTIP und ISDS¹⁴⁰ –, ins Verhältnis zu überunionalen, weltweiten Entwicklungen setzen lässt.¹⁴¹ Die Verbundidee bringt dafür den Unterschied zwischen simpler Pluralität und gehaltvollem *pluralism* zum Ausdruck.¹⁴² In materieller Hinsicht besteht nämlich in der Union zwischen den Verfassungsebenen eine erhebliche Übereinstimmung. Durch wechselseitige Verfassungsverstärkung, aus den Beitrittsvoraussetzungen und den Struktursicherungsklauseln der nationalen Verfassungen, ist ein Gleichlauf der verfassungsrechtlichen Grundrichtung sichergestellt,¹⁴³ im Sinne eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts¹⁴⁴.

c) Kritik und Einwände

Grundannahmen und Leistungsfähigkeit des *constitutional pluralism*¹⁴⁵ wie auch des Verfassungsverbundes¹⁴⁶ sind nicht unbestritten geblieben.

¹³⁸ EuGH Kadi/Rat und Kommission, C-402/05, EU:C:2008:461. S. dazu *G. De Búrca* Dialogical epilogue (Fn. 38), 279.

¹³⁹ EuGH, Gutachten 2/13, EU:C:2014:2454. Zu recht kritisch dazu *J.-P. Jacqué* CJUE – CEDH: 2-0, RTDE 2014, 823; *C. Grabenwarter* Das EMRK-Gutachten des EuGH, EuZW 2015, 180; *M. Wendel* Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß – Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen, NJW 2015, 921; *C. Tomuschat* Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral, EuGRZ 2015, 133; s. auch *H. Krämer* Änderungen im Grundrechtsschutz durch den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, ZÖR 2014, 235.

¹⁴⁰ Dazu *F. C. Mayer/M. Ermes* Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, 237 (239); s. auch *S. Hindelang* Repellent Forces: The CJEU and ISDS in CETA and other EU agreements, AVR 53 (2015), 68.

¹⁴¹ Zur Frage, ob die EU ihrerseits offen gegenüber übergreifenden Verfassungsdimensionen ist, auch *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 153.

¹⁴² Dazu *N. Walker* The Cosmopolitan Local, in: A. J. Menéndez/J. E. Fossum (Hrsg.) (Fn. 98), 3 (9).

¹⁴³ Dazu *I. Pernice* Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten (Fn. 134), 53. S. dazu auch den Begleitaufratz von *S. Unger* Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, DVBl. 2015, 1069 (1072).

¹⁴⁴ Begriffsprägung bei *P. Häberle* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261; *ders.* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.) (Fn. 134), 361; s. auch *M. Heintzen* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, EuR 1997, 1 (15).

¹⁴⁵ Überblick bei *C. Mac Amhlaigh* Questioning Constitutional Pluralism (Fn. 130).

¹⁴⁶ Kritisch u.a. *U. K. Preuss* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 60 (2001), 384 ff. mit Blick auf die Betonung des Individuums; *M. Jestaedt* Verfassungsverbund (Fn. 93), 662 und 664 ff., aus einer rechtspositivistischen Sicht. Eine Erwiderung auf diese Kritik findet sich in *I. Pernice* Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes (Fn. 134), 72 ff., 78 ff. *M. Nettesheim* Europäischer Verfassungsverbund?, FS Isensee, 2007, 733 (736) meint, dass sich in Europa zwar mannigfaltige Verflechtungen zwischen Institutionen, Entscheidungen und Rechtsnormen ergeben haben, gerade die „von den jeweiligen Verfassun-

In der Tat vermag der Verfassungspluralismus keine Konflikte zu lösen, wenn die Ausgleichsmechanismen zwischen den Rechtsordnungen nicht greifen.¹⁴⁷ Gefragt wird, ob Einheit und Kohärenz ohne eine ultimative Autorität möglich sind.¹⁴⁸ Durch die Gleichsetzung von Union und Mitgliedstaaten werde nicht ausreichend berücksichtigt, dass die unionale Rechtsordnung von den Mitgliedstaaten abgeleitet ist.¹⁴⁹ Die schärfste Kritik mündet in den Vorwurf, es gehe letztlich doch nur um einen verkappten Monismus („closet monists“¹⁵⁰), um Ideologie¹⁵¹ oder noch ärger, am Ende stehe das Recht des Dschungels, die Auflösung aller Ordnung.¹⁵²

Dagegen steht, dass der *constitutional pluralism* in der „Unordnung der Ordnungen“¹⁵³ Orientierung gibt. Es kommt letztlich auf den Ausgangspunkt an. Als Vorzug einer verfassungspluralistischen Betrachtung ist beschrieben worden, dass es nicht mehr um die fast obsessive Konzentration darauf geht, ob nun die nationale oder die supranationale Verfassung letztmaßgeblich ist oder welches Gericht das letzte Wort hat.¹⁵⁴ Im *constitutional pluralism* gibt es keine letzten Worte.¹⁵⁵ Vielmehr wird der Blick frei für die viel wichtigere Frage, wie die Union pluralistisch sein kann, ohne sich in chaotische Vielfalt aufzulösen und warum die europäische Rechtsgemeinschaft trotz gegenläufiger Deutungsansprüche funktioniert.¹⁵⁶ Verfassungspluralismus ist dabei aber nicht nur Deskription, sondern lässt sich als kooperativer Verfassungspluralismus¹⁵⁷

gen definierte Grundordnung“ davon aber „jeweils vergleichsweise unberührt“ bleibe, weswegen es nahe liege, „gegenwärtig nicht von einem ‚Verfassungsverbund‘ zu sprechen“. S. auch U. Volkmann Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 121 f. zum strategischen Gehalt des Begriffs, soweit er etwas mit herbeiführt, was er lediglich zu beschreiben vorgibt. Vielleicht gilt dies für die meisten beschreibenden Begriffe im Verfassungsrecht.

¹⁴⁷ N. Walker Cosmopolitan Local (Fn. 142), 10.

¹⁴⁸ S. zu diesem Gegensatz Julio Baquero Cruz einerseits, Miguel Maduro andererseits in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) Four visions (Fn. 115), 13.

¹⁴⁹ M. Borowski Legal Pluralism in the European Union, in: A. J. Menéndez/J. E. Fossum (Hrsg.) (Fn. 98), 185 (201). Zu diesem Argument bereits E. Grabitz Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 42: Herkunft sagt noch nichts über die Natur aus.

¹⁵⁰ A. Somek Monism (Fn. 72), 360; ders. The Cosmopolitan Constitution, 2014, 21.

¹⁵¹ J.-P. Derosier Les limites constitutionnelles (Fn. 80), 484 ff.

¹⁵² A. Somek Monism (Fn. 72), 359. Sicherlich klingen in der Kritik auch wechselseitige Zerrbilder an: paternalistische Dominanz gegen liberale Übertreibung der Vielfalt.

¹⁵³ N. Walker Beyond boundary disputes (Fn. 115), 385: „disorder of orders“.

¹⁵⁴ A. J. Menéndez/J. E. Fossum Introduction, in: dies. (Hrsg.) (Fn. 98), X.

¹⁵⁵ C. Franzius Recht und Politik (Fn. 52), 22, 228, 245, 250.

¹⁵⁶ A. J. Menéndez/J. E. Fossum Introduction (Fn. 154), X.

¹⁵⁷ Das Kooperationsparadigma hat sich in der Bundesstaatsdiskussion schon seit längerem etabliert (cooperative federalism). Klaus Vogel hatte 1964 zunächst erwogen, vom „kooperativen Staat“ zu sprechen (später für das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft ein-

auch normativ wenden:¹⁵⁸ Dann ist die Leitfrage, wie das Nebeneinander von nationaler Verfassungsordnung und europäischer Ordnung optimiert¹⁵⁹ werden kann.¹⁶⁰

3. Zwischenbefund – Kooperativer Verfassungsppluralismus als Perspektive

Der nationale Verfassungsmonismus hat mit der Beantwortung der Ausgangsfragestellung – Gesamtordnung oder Teilordnung – die wenigsten Probleme, weil die nationale Verfassung jedenfalls maßgeblich bleibt – Gesamtordnung. Europäisches Recht ist dann allenfalls funktionale Ausgliederung, jedenfalls aber rückholbar und letzten Endes nicht verfassungsrelevant. Das ist auf theoretischer Ebene folgenlos. Aber wenn vor dieser Hintergrundfolie verfassungsrechtliche Spannungslagen in der Wirklichkeit gelöst werden müssen, dann bleibt nur die Sprache der Pathologie und die Wahrnehmung von Fehlfunktionen wie es im Begriff des ausbrechenden Rechtsaktes¹⁶¹ zum Ausdruck kommt.

gesetzt von E.-H. Ritter Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), 389), dann aber doch den Begriff der „offenen Staatlichkeit“ gewählt – um Missverständnisse zu vermeiden, K. Vogel Wortbruch (Fn. 72), 163. Vgl. dazu den Vorschlag Peter Häberles, vom kooperativen Verfassungsstaat auszugehen, P. Häberle Diskussionsbeitrag, VVDStRL 36 (1977), 130; ders. Der kooperative Verfassungsstaat, FS Schelsky, 1977, 141 (auch in: ders. Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, sowie ders. Die Verfassung des Pluralismus, 1980, 287). S. in diesem Kontext auch S. Kadelbach Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, 219: „kooperative Konkurrenz der Rechtsordnungen“.

¹⁵⁸ S. dazu „The Normative Claim“ und „The Thick Normative Claim“ in M. P. Maduro Three Claims of Constitutional Pluralism, in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) Constitutional Pluralism (Fn. 115), 67 (75, 77). Für ein normatives Verständnis des Verbundparadigmas auf rechtsppluralistischer Grundlage M. Wendel Permeabilität (Fn. 32), 43 f.

¹⁵⁹ Das schließt die dogmatische und konzeptionelle Entfaltung von Konfliktbewältigungsmechanismen (C. Franzius Recht und Politik (Fn. 52), 227 ff.), zu denen beispielsweise das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV und sein Gebrauch gehören, ein.

¹⁶⁰ Insoweit ist der kooperative Verfassungsppluralismus auch Maßstab für das praktische Handeln der Verfassungsakteure. Es lässt sich eine Aussage dazu treffen, ob eine Entscheidung des BVerfG mehr oder weniger an einem kooperativen Verfassungsppluralismus orientiert ist. So entspricht beispielsweise das Sondervotum von drei Richtern zur Solange I-Entscheidung 1974 (BVerfGE 37, 271 (291 ff.) – Solange I) nach diesen Maßstäben deutlich mehr einem kooperativen Verfassungsppluralismus als die OMT-Vorlage der Senatsmehrheit 2014 an den EuGH, BVerfGE 134, 366 – OMT. Das Vorlageverfahren ist die prozedurale Spiegelung des kooperativen Verfassungsppluralismus.

¹⁶¹ BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht. Seit dem Lissabon-Urteil spricht das BVerfG neutraler von Ultra vires-Akten, BVerfGE 123, 267 (353).

Aus der Perspektive eines kooperativen Verfassungspluralismus treten sich dagegen europäische und nationale Verfassungsebene gleichrangig gegenüber. Das deutet auf eine Teilordnungsantwort¹⁶² hin. Die Frage ist aber, was genau mit der nationalen Verfassung passiert, wenn man Anforderungen eines kooperativen Verfassungspluralismus an die nationalen Verfassungen nachgibt.

V. Kooperativer Verfassungspluralismus – Folgerungen

Für die Verhältnisbestimmung zwischen nationaler und europäischer Ebene, für Vorrang- und Identitätsfragen, für das Legitimationsproblem sowie das Souveränitäts- bzw. Autonomiethema lassen sich verfassungspluralistische Perspektiven und Optimierungen beschreiben. Daraus ergeben sich auch Teilantworten auf die Frage nach der Veränderung der nationalen Verfassung in der europäischen Integration.

1. Verhältnisbestimmung: Permeabilität

Alles beginnt mit der Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union,¹⁶³ so die Formulierung in Deutschland¹⁶⁴ und in Österreich¹⁶⁵, bzw. von Souveränitätsrechten, in der Sprache des EuGH 1963 in der Rs. Van Gend en Loos.¹⁶⁶ Eine dingliche Betrachtungsweise im Sinne einer

¹⁶² Im Sinne der Ausgangsfragestellung. Der kooperative Verfassungspluralismus marginalisiert dabei nicht eindimensional die nationale Verfassung zur Teilrechtsordnung, sondern enthält als normative Forderung, dass eben auch die Unionsrechtsordnung keine Gesamtordnung sein kann. Letztlich geht es um die Abkehr von der Sehnsucht nach einer Gesamtordnung und das auf praktische Realisierung zielende Ausbuchstabieren eines Wechselspiels von Teilordnungen.

¹⁶³ Näher dazu *F. C. Mayer* Parlamente im Mehrebenensystem (Fn. 24), Rn. 6.

¹⁶⁴ Art. 23 Abs. 1 GG. Die 1992 eingefügte Bestimmung ist an Art. 24 Abs. 1 GG angelehnt, dazu grundlegend *C. Tomuschat* in: Bonner Kommentar, Art. 24 (Zweitbearbeitung), 1981; s. auch *R. Wahl* Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 20 ff. („eine der Schlüsselnormen des gesamten Grundgesetzes“, ebd., 21). Zu Art. 23 GG s. auch *D. König* Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, 2000.

¹⁶⁵ Art. 9 Abs. 2 B-VG.

¹⁶⁶ EuGH Van Gend en Loos, Rs. 26/62, EU:C:1963:1, dazu *F. C. Mayer* Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law, in: M. P. Maduro/L. Azoulay (Hrsg.) The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, 2010, 16. In der niederländischen Sprachfassung findet sich die Formulierung von der Beschränkung der ‚Souveränität‘ der Mitgliedstaaten, wohingegen in allen anderen Fassungen von einer Einschränkung der ‚Souveränitätsrechte‘ die Rede ist.

„Weggabe“ von rechtlich-politischer Gestaltungsmacht („Souveränitäts-transfer“) erklärt diesen Vorgang nur unzureichend und ist für Integrationsklauseln, die eine gemeinsame Ausübung von Befugnissen gestatten (so in Frankreich¹⁶⁷) auch nicht hilfreich.¹⁶⁸ Vielmehr entstehen durch die Mitwirkung an der europäischen Integration bestimmte Kompetenzen überhaupt erst, die so zuvor auf Mitgliedstaatenebene gar nicht vorhanden sein konnten.¹⁶⁹ Kein Mitgliedstaat hat alleine die Rechtsmacht, unionsweite Regelungen zu treffen. Im Zusammenwirken mit den anderen Mitgliedstaaten entsteht indessen ein Anteil an einer solchen Rechtsmacht. Zugleich bewirkt die Beteiligung an der europäischen Integration, dass bestimmte Kompetenzen, die zuvor in mitgliedstaatlicher Hand lagen, auf keiner Hoheitsebene mehr bestehen.¹⁷⁰

Besser als die Vorstellung einer dinglichen Übertragung passt aus Sicht eines kooperativen Verfassungspluralismus zu den soeben beschriebenen Kompetenzphänomenen und zu der auf Unionsebene entstandenen Hoheits-

¹⁶⁷ Art. 88-1 französische Verfassung.

¹⁶⁸ Es geht nicht um die Aufteilung eines abgegrenzten Kompetenzbestandes im Sinne einer Nullsummenbetrachtung. Es ist nicht so, dass das, was auf der mitgliedstaatlichen Ebene an Gestaltungsmacht verschwindet, spiegelbildlich auf der europäischen Ebene erscheint und umgekehrt. In der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG zum Vertrag von Lissabon wurde dies mit dem – unzutreffenden – Bild des Mitgliedstaatenkompetenzbestandes als einer Salami veranschaulicht, von der ein Stück nach dem anderen abgeschnitten werde, s. dazu die Dokumentation der mündlichen Verhandlung bei *K. Kaiser* Der Vertrag von Lissabon vor dem BVerfG, 2013, 1302 f. sowie 1314, 1324, 1330, 1332, 1340, 1362. Gegen ein wörtliches Verständnis der Übertragung von Hoheitsrechten schon BVerfGE 37, 271 (279 f.) – Solange I und *K. Vogel* Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, 4. Zur Kompetenzdiskussion s. auch *F. C. Mayer* Competences – Reloaded? The Vertical Division of Powers in the EU after the New European Constitution, ICON 3 (2005), 493; *M. Nettesheim* Kompetenzdenken als Legitimationsdenken. Zur Ultra-vires-Kontrolle im rechtspluralistischen Umfeld, JZ 2015, 585.

¹⁶⁹ Siehe bereits *E. Kaufmann* Rechtsgutachten zum Verträge über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandverträge, in: Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. 2, 42 (55); *W. v. Simson* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), 129, nennt es eine „grenzüberschreitende Kompetenz, die neu geschaffen wird“.

¹⁷⁰ Man könnte von „compétences abolies“ sprechen, dazu *D. Simon* Le système juridique communautaire, 3. Aufl. 2001, 83 ff. unter Bezugnahme auf *V. Constantinesco* Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, 1974, 231 ff., 248. Ein Beispiel ist die Kompetenz, in einer Regelung an ein Tatbestandsmerkmal „Staatsangehörigkeit“ unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen (Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit). Diese Rechtsmacht besteht in der EU weder auf mitgliedstaatlicher Ebene noch auf europäischer Ebene mehr. Man nimmt diesen Vorgang meist nicht als bewusste, aktive Kompetenzgestaltung wahr. Dennoch hat die Kompetenz sich verflüchtigt und besteht nicht mehr.

gewalt¹⁷¹ die Konzeption einer verfassungsunmittelbaren Öffnung der nationalen Verfassungsordnung.¹⁷² Auch Art. 23 GG lässt sich als genuine Öffnungsklausel interpretieren.¹⁷³ Die Vorschrift öffnet die mitgliedstaatliche Rechts- und Verfassungsordnung bereits auf Verfassungsebene für das europäische Recht, sie macht die Verfassung permeabel.¹⁷⁴ Der verfassungsppluralistischen Hypothese folgend kennzeichnet Permeabilität aber umgekehrt auch das Primärrecht, welches in bestimmten Bereichen ein Durchgreifen bzw. Einfließen nationalen Verfassungsrechts erlaubt.¹⁷⁵

Offene Verfassung – statt offene Staatlichkeit¹⁷⁶ – bedeutet für Deutschland auch eine Entlastung des Zustimmungsgesetzes, der vorgeblichen Brücke für das Europarecht in die nationale Rechtsordnung. Aus europarechtlicher Sicht braucht es gar keine Brücke, weil das Unionsrecht schwimmen gelernt hat, es gilt unmittelbar. Nimmt man gleichwohl das Zustimmungsgesetz als maßgebliche Brücke für den Eintritt des Unionsrechts in das nationale Recht an,¹⁷⁷ so verharret das gesamte Unionsrecht auf dem Rang

¹⁷¹ Vgl. hier *I. Pernice* in: H. Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 20 (Konstituierung originärer, formal autonomer und zur Staatsgewalt der Mitgliedstaaten komplementärer Hoheitsgewalt, nationales und europäisches Recht als komplementäre Teilordnungen im Europäischen Verfassungsverbund).

¹⁷² In diesem Sinne für Art. 24 GG bereits *K. Hesse* Grundzüge (Fn. 34), Rn. 106 ff.

¹⁷³ In Deutschland unterliegen bestimmte Übertragungen von Hoheitsrechten sogar den gleichen Regeln und Grenzen wie die Verfassungsänderung. Dies gilt insbesondere für das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat. Hier wird besonders deutlich, dass Art. 23 GG verfassungsunmittelbare Öffnungsnorm für das Unionsrecht ist. Schon bei seiner Aufnahme in das GG wurde diskutiert, dass Hoheitsrechtsübertragungen nicht nur auf der Grundlage von förmlichen Vertragsänderungen, sondern auch im Wege der sog. Evolutivklauseln denkbar sind, BT-Drucks. 12/3896, 14 und 18 f.

¹⁷⁴ Begriff nach *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 7 und passim. S. dazu die Deutung durch *Claudio Franzius* als eines der „Prinzipien konstitutioneller Pluralität“, *C. Franzius* Recht und Politik (Fn. 52), 250 ff.

¹⁷⁵ Ebd. Es handelt sich also um ein ebenenneutrales Prinzip, das in beide Richtungen wirkt, normativ aber stets in der betreffenden Rechtsordnung selbst verankert sein muss (Primärrecht bzw. nationales Verfassungsrecht).

¹⁷⁶ Die verdienstvolle, weil wegweisende, für die „offene Staatlichkeit“ begriffsprägende Arbeit von *Klaus Vogel* (*K. Vogel* Verfassungsentscheidung (Fn. 168)) argumentiert letztlich auch vor allem über die Verfassung („Verfassungsentscheidung“). Offene Staatlichkeit ist übrigens einmal mehr ein Beispiel für eine kaum anschlussfähige, weil schwer übersetzbare deutsche Begriffsbildung. Zu den Hintergründen seiner eigenen Begriffsschöpfung und dazu, dass es ihm vor allem um die Beschreibung eines Mentalitätenwandels ging, rückblickend in seiner Abschiedsvorlesung *K. Vogel* Wortbruch (Fn. 72), 163. Überblick bei *M. Kotzur* Deutschland und die internationalen Beziehungen – „offene Staatlichkeit“ nach 60 Jahren Grundgesetz, JöR n.F. 59 (2011), 389.

¹⁷⁷ *P. Kirchhof* Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, 965 ff.

eines einfachen Bundesgesetzes. So kann der Vorrang des Unionsrechts¹⁷⁸ sogar gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht auf keinen Fall sinnvoll abgebildet werden.¹⁷⁹ Gleiches gilt für die europäische Funktion der Verfassungsorgane des Grundgesetzes und für eine Grundrechtsfusion, wie sie der österreichische VfGH andeutet, indem er die Unionsgrundrechte zum eigenen Prüfungsmaßstab macht.¹⁸⁰ Der verengte Blick auf das Zustimmungsgesetz als Brücke verursacht zudem Folgeprobleme unterhalb der Verfassung im Umgang mit dem Vorranganspruch des Unionsrechts.¹⁸¹

2. *Vorrang, Vorherrschaft und nationale Verfassungsidentität: Responsivität*

a) *Vorrang und Hierarchie*

Der ursprünglich richterrechtlich entwickelte Vorrang des Unionsrechts¹⁸² vor dem nationalen Recht¹⁸³ einschließlich Verfassungsrecht¹⁸⁴

¹⁷⁸ EuGH Costa/E.N.E.L., C-6/64, EU:C:1964:66; EuGH Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114; bestätigt durch die dem Vertrag von Lissabon beigefügte Erklärung der Mitgliedstaaten zum Vorrang, s. Erklärungen zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13.12.2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, Erklärung Nr. 17, ABl. EU C 115 v. 9.5.2008, 335.

¹⁷⁹ Vgl. dazu M. Wendel Permeabilität (Fn. 32), 400.

¹⁸⁰ S. oben Fn. 51.

¹⁸¹ Das im Range eines einfachen Bundesgesetzes stehende Europarecht sieht sich eigentlich dem *lex posterior*-Einwand ausgesetzt: Eigentlich müsste jüngerer Gesetzesrecht sich im Konfliktfall durchsetzen. Allerdings hat dieses Problem in Deutschland – anders als beispielsweise in Frankreich oder in Großbritannien – bisher keine prominente Rolle gespielt. Rechtsunsicherheit und unterschiedliche Reichweiten des an sich auf Rechtseinheit angelegten Unionsrechts können mit einem Verständnis der verfassungsunmittelbaren Öffnung der Verfassungsordnung am besten minimiert werden. Dies wäre die verfassungsppluralistische Sicht. Soweit nationale Verfassungen Bestimmungen wie Art. 23 GG vorsehen, sind dies Verbundklauseln im Europäischen Verfassungsverbund mit Scharnier- oder Schnittstellenfunktion. Zur *lex posterior*-Frage s. bereits E. Grabitz Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 12 ff., 54 ff. Auch das Verhältnis zum Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention ist mit der Einordnung der EMRK als prinzipiell einfaches Bundesrecht (s. BVerfGE 128, 326 (367) – Sicherungsverwahrung; zuvor BVerfGE 111, 307 (331) – Görgülü) falsch konstruiert und es kommt zu „normhierarchischen Rätseln“ (M. Hong Caroline von Hannover und die Folgen – Meinungsfreiheit im Mehrebenensystem zwischen Konflikt und Kohärenz, EuGRZ 2011, 214 (215)). Dabei steht mit Art. 1 Abs. 2 GG auch für den Bereich der EMRK eine verfassungsunmittelbare Öffnungsmöglichkeit zur Verfügung.

¹⁸² Allgemein dazu H.-P. Ipsen Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 233 ff.; E. Grabitz Gemeinschaftsrecht (Fn. 92) passim; s. auch J.-V. Louis La Primauté, une valeur relative?, CDE 1995, 23; M. Zuleeg Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 153 (159 ff.). Zur Rezeptionsgeschichte in Deutschland B. Davies Resisting the European Court of Justice, 2012, 46 ff.

kann mit der Erklärung zum Vorrang, die dem Vertrag von Lissabon beigelegt ist, heute als kodifiziert gelten, und zwar ausweislich dieser Erklärung in der Auslegung des EuGH. So haben es die Mitgliedstaaten unterschrieben und ratifiziert.¹⁸⁵

Begründet wird der Vorrang des Unionsrechts letztlich mit dessen Eigenständigkeit, dem Erfordernis einheitlicher Rechtsgeltung in den verschiedenen Mitgliedstaaten und der Gleichheit der Rechtsunterworfenen.¹⁸⁶ Auch Solidarität spielt eine Rolle.¹⁸⁷ Im Kern geht es um einen Fairnessgedanken, der im Reziprozitätsvorbehalt der französischen Integrationsklausel am besten zum Ausdruck kommt: Frankreich stellt seine Mitwirkung an der europäischen Integration unter den Vorbehalt der Gegenseitigkeit.¹⁸⁸

Der unionale Anwendungsvorrang ist kein Geltungsvorrang.¹⁸⁹ Er impliziert nicht notwendig eine Hierarchie.¹⁹⁰ Vielmehr handelt es sich um eine

¹⁸³ Gegenüber Unionsrecht wird „jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar“, EuGH Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, Rn. 17/18; dazu auch EuGH IN.CO.GE'90, C-10/97 – 22/97, EU:C:1998:498. S. auch EuGH Factortame, C-213/89, EU:C:1990:257, Rn. 18.

¹⁸⁴ EuGH Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114; EuGH Kommission/Luxemburg, C-473/9, EU:C:1996:263. S. auch EuGH Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland, C-285/98, EU:C:2000:2, wo seitens des EuGH eine direkte Aussage über den Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber der deutschen Verfassung (Art. 12a GG) allerdings vermieden wird. Für die dem EuGH entgegengesetzte Position s. BVerwGE 103, 301 und BVerwG, DVBl. 1999, 1437 ff. S. dagegen BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149 – Identitätskontrolle, Rn. 38: „Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht gilt grundsätzlich auch mit Blick auf entgegenstehendes nationales Verfassungsrecht“.

¹⁸⁵ S. dazu das deutsche Zustimmungsgesetz, BT-Drs. 16/8300. Nach Art. 1 des Gesetzes erstreckt sich die Zustimmung auf die von der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten angenommenen Erklärungen, wie sie in der Schlussakte vom selben Tage aufgeführt sind. In den Erläuterungen heißt es: „Die der Schlussakte beigelegten, von der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten angenommenen Erklärungen entfalten rechtliche Wirkungen und stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag von Lissabon, sodass sie in das Zustimmungsverfahren einzubeziehen sind“, die Erklärung zum Vorrang findet sich auf S. 116.

¹⁸⁶ EuGH Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114, Rn. 3.

¹⁸⁷ EuGH Kommission / Französische Republik, 6 und 11/69, EU:C:1969:68, Rn. 14/17.

¹⁸⁸ Art. 88-1 der französischen Verfassung.

¹⁸⁹ S. zur Unterscheidung von Aufhebungs- und Sperrwirkung bereits E. Grabitz Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 114 ff.; H.-P. Ipsen Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 287 ff. Der EuGH hat in seiner IN.CO.GE-Entscheidung, EuGH IN.CO.GE'90, C-10/97 – 22/97, EU:C:1998:498, Rn. 21 ff., klargestellt, dass der Entscheidung Simmenthal (Fn. 183) nicht entnommen werden kann, „dass die Unvereinbarkeit einer später ergangenen Vorschrift des innerstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht dazu führt, dass diese Vorschrift inexistent ist. In dieser Situation ist das nationale Gericht vielmehr verpflichtet, diese Vorschrift unangewendet zu lassen (...)“.

¹⁹⁰ Anders ein Geltungsvorrang wie etwa in Art. 31 GG oder Art. 13 WRV. Wer die Unterscheidung von Anwendungs- gegenüber Geltungsvorrang zulässt, kann eigentlich

Art Vorfahrtsregel („Vorzugsregel“¹⁹¹). Dies wäre jedenfalls die Deutung aus Sicht eines kooperativen Verfassungspluralismus, mit der einerseits – für die nationale Rechtsordnung – schonendsten, andererseits – für das Unionsrecht – effektivsten Variante. In anderen Sprachen ist der Unterschied zwischen hierarchischer und nicht-hierarchischer Vorfahrtsregel terminologisch besser greifbar, wenn zwischen normenhierarchischer Vorherrschaft (*supremacy*) oder nicht hierarchischem Vorrang (*primacy*) unterschieden wird.¹⁹² Der spanische Verfassungsgerichtshof hat diese Unterscheidung von *primacia* (des Unionsrechts) und *supremacia* (der Verfassung in der spanischen Rechtsordnung) übernommen.¹⁹³ Sogar das polnische Verfassungsgericht deutet in seiner Verhältnisbeschreibung von polnischer und europäischer Rechtsebene eine pluralistische Anordnung an, derzufolge „autonome Rechtsordnungen nebeneinander gelten“.¹⁹⁴

Mit einer solchen konzeptionellen Trennung lässt sich der interne Vorrang der Verfassung im Sinne einer hierarchischen Vorherrschaft mit dem Vorranganspruch des Unionsrechts vereinbaren. Die pluralistische Sicht ist am besten geeignet, diese Unterscheidung auszuhalten und einen nicht-hierarchischen Vorrang zu akzeptieren. Fast alle anderen Ansätze müssen den Vorranganspruch des Unionsrechts in ein hierarchisches System einbauen und erzeugen damit mehr Problemfläche als eine schlichte – weil lediglich funktionssichernde – Vorfahrtsregel eigentlich veranlasst.

b) *Vorrang und Identität*

Die Standardantworten auf die Vorrangfrage bleiben in einem zentralen Punkt aus verfassungspluralistischer Sicht besonders unbefriedigend: in ihrer Rigidität. Soweit nationales Verfassungsrecht bedingungslos gegenüber dem Unionsrecht Vorrang beansprucht, bedroht dies die einheitliche

nicht in Abrede stellen, dass es Vorrang ohne Hierarchie geben kann. S. in diesem Kontext allgemein H. Sauer Vorrang ohne Hierarchie. Zur Bewältigung von Kollisionen zwischen Rechtsordnungen durch Rangordnungsnormen, Bindungsnormen, Derogationsnormen, Rechtstheorie 44 (2013), 502.

¹⁹¹ A. Peters Elemente (Fn. 76), 219.

¹⁹² Zur Übertragung der Unterscheidung von „primacy“ und „supremacy“ auf eine pluralistische Deutung des Verhältnisses der EU zum Völkerrecht D. Halberstam Plural constitutionalism (Fn. 94), 202; s. auch L. I. Gordillo Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law, 2012, 51 ff.

¹⁹³ Tribunal Constitucional, Urteil vom 13.12.2004, DTC 1/2004, deutsche Übersetzung EuR 2005, 343: „primacia“ bedeutet danach Anwendungspriorität im Kollisionsfall, „supremacia“ ist der Anspruch auf die höchste hierarchische Stellung, vgl. dazu A. Becker Vorrang versus Vorherrschaft, EuR 2005, 353.

¹⁹⁴ Poln. VerfGH 11.5.2005 – K 18/04 (Beitrittsvertrag), EuR 2006, 236 (238). Ähnlich bereits BVerfGE 22, 293 (296) – EWG-Verordnungen.

Anwendung des Unionsrechts und bricht ein vertraglich gegebenes Versprechen.¹⁹⁵ Wenn Unionsrecht bedingungslos Vorrang gegenüber dem nationalen Recht – auch Verfassungsrecht – beansprucht,¹⁹⁶ dann scheint es zumindest auf den ersten Blick so, als ob der besonderen demokratischen Wertigkeit der nationalen Verfassung nicht ausreichend Rechnung getragen wird.¹⁹⁷

Für die Identifizierung von allseits verträglichen Grenzen des Vorrangs kann ‚nationale Verfassungsidentität‘ eine Rolle spielen.¹⁹⁸ Das Identitätsthema hat Konjunktur.¹⁹⁹ Seit einiger Zeit lässt sich beobachten, wie der Demokratiediskurs in Sachen europäische Integration²⁰⁰ stagniert und immer mehr durch einen Identitätsdiskurs abgelöst zu werden scheint. Dabei erweisen sich gerade in jüngerer Zeit etliche Grundannahmen in der Demokratiedebatte als defizitär. Nur ein Beispiel: Dass es eine gemeinsame europäische Öffentlichkeit und einen europaweiten europäischen politischen Diskurs geben kann, lässt sich seit der Eurokrise und auch mit Blick auf die Flüchtlingskrise kaum mehr ernsthaft bestreiten.²⁰¹ Gleichwohl: Wo früher „mehr Demokratie“ in der europäischen Integration das Ziel war, über eine nationale und eine europäische Komponente, geht es heute immer mehr um den Schutz nationaler Identität.²⁰² Dies lässt sich als Modus-

¹⁹⁵ Vgl. dazu in allgemeinerem Zusammenhang mit Blick auf Bundesgesetze, die gegen völkervertragliche Verpflichtungen der Bundesrepublik verstoßen und damit das mit dem Vertragsschluss gegebene Wort brechen, *K. Vogel* Wortbruch (Fn. 72), 167: „Zum Wortbruch ist der Gesetzgeber nicht legitimiert.“ Und das BVerfG erst recht nicht, möchte man ergänzen.

¹⁹⁶ In den Worten von *Koen Lenaerts*: „There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community“, *K. Lenaerts* Constitutionalism (Fn. 118), 220.

¹⁹⁷ *A. J. Menéndez* From Constitutional Pluralism to a Pluralistic Constitution? Constitutional Synthesis as a McCormickian Constitutional Theory of European Integration, in: *ders./J. E. Fossum* (Hrsg.) (Fn. 98), 211 (222).

¹⁹⁸ Zum nachfolgenden *F. C. Mayer* Rashomon in Karlsruhe. A reflection on democracy and identity in the European Union: The German Constitutional Court's Lisbon decision and the changing landscape of European constitutionalism, *ICON* 9 (2011), 757.

¹⁹⁹ Überblick bei *E. Cloots* National Identity in EU Law, 2015. Dies gilt zuvörderst für das Konzept ‚nationale Identität‘, weniger für das Thema ‚europäische Identität‘, s. zu letztgenanntem *F. C. Mayer/J. Palmowski* European Identities and the EU – The Ties that Bind the Peoples of Europe“, *JCMS* 42 (2004), 573.

²⁰⁰ Dazu *G. Lübbe-Wolff* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), 246.

²⁰¹ S. zur Debatte etwa *D. Grimm* Braucht Europa eine Verfassung? (Fn. 73), 589: „Der europäischen Politikebene fehlt die Öffentlichkeitsentsprechung“, kritisch dazu bereits seinerzeit *J. Habermas* Remarks on Dieter Grimms ‚Does Europe Need a Constitution?‘, *ELJ* 1 (1995), 303; *P. Häberle* Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, 2000, 15 ff.

²⁰² Dazu *F. C. Mayer* L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, in: *L. Burgorgue-Larsen* (Hrsg.) L'identité constitutionnelle saisie par les juges en

wechsel deuten:²⁰³ Weg von einem proaktiven und konstruktiven Modus, bei dem etwas errichtet wird, zu einem defensiven Modus, bei dem es um Abwehr und Bestandssicherung geht, mit dem Risiko einer Musealisierung²⁰⁴ von Verfassungsbeständen.

Für die Neubestimmung des Vorrangprinzips kann die europäische Identitätsklausel gleichwohl nützlich sein. Nach Art. 4 Abs. 2 EUV achtet die Europäische Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, einschließlich der „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“. Dies ist ein Ansatzpunkt, um mit einem Verbundbegriff²⁰⁵ von der europäischen Ebene aus den Vorranganspruch gegenüber mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität zurückzunehmen.²⁰⁶ Als Ausnahme – die im Grundsatz einheitliche Anwendung des Europarechts darf nicht gefährdet werden. Deswegen ist in diesem Zusammenhang eine restriktive Auslegung geboten. Unter diesen engen Prämissen eines kooperativen Verfassungspluralismus ist auch die Grundrechtsfrage in einem pluralistischen Sinne zu beantworten; nationale Grundrechtsgehalte können gemeinsam mit dem EuGH

Europe, 2011, 63 ff.; *M. Walter* Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, *ZaöRV* 72 (2012), 177 ff.

²⁰³ Zu verfassungsrechtlicher Neuorientierung als Paradigmenwechsel s. *M. Walter* Verfassungsprozessuale Umbrüche – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur französischen Question prioritaire de constitutionnalité, 2015, 273 ff. Zu bedenken ist freilich der von *Gertrude Lübke-Wolff* bereits 2000 beobachtete Umstand, dass etliche Demokratieprobleme sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten betreffen, mithin nicht europaspezifisch sind, *G. Lübke-Wolff* Verfassungsrecht (Fn. 200), 265 ff.; s. in diesem Kontext auch *D. Runciman* The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present, 2013, 293 ff.

²⁰⁴ *C. Schönberger* Identitärä – Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, *JöR n.F.* 63 (2015), 41 (44).

²⁰⁵ Verbundbegriffe haben eine Verklammerungsfunktion und weisen die Eigentümlichkeit auf, dass sie nur im Zusammenspiel der Verfassungsebenen (dafür insbesondere Art. 267 AEUV) sinnvoll ausgefüllt werden können, sie wirken damit auf Kooperation und Diskurs hin.

²⁰⁶ Näher dazu *F. C. Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 17), 324 ff.; *ders.* Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich (Hrsg.) Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, 243 (262 ff.); *ders.* L'identité constitutionnelle (Fn. 202), 63 ff.; *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 572 ff.; *A. v. Bogdandy/S. Schill* Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag – Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, *ZaöRV* 70 (2010), 701 (727 f., 732 f.); *C. Franzius* in: *Frankfurter Kommentar zum EUV/AEUV*, iE, Art. 4 EUV Rn. 31, 42 ff. Wenn das unionsrechtliche Gebot der Achtung mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität normativ eine Rücknahme des Vorranganspruchs des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht bewirkt, dann lassen sich daraus als konkrete normative Wirkungen von Art. 4 Abs. 2 EUV Kompetenzausübungsschranken für die Unionsorgane und materielle Auslegungsdirektiven für Unionsrecht entwickeln.

in seltenen Ausnahmefällen als Teil der nationalen Verfassungsidentität identifiziert werden und dann vorrangfest sein. Auf eine rigide Trennung der Grundrechtssphären kann verzichtet werden.²⁰⁷

In Deutschland ist die Argumentationsfigur der „Verfassungsidentität“ noch aus der Weimarer Diskussion bekannt. Dort hatte die Ausflagung ewigkeitsfester Verfassungsbestände als Verfassungsidentität eine antiparlamentarische Tendenz.²⁰⁸ In Frankreich und Italien wird mit der Unverfügbarkeit der republikanischen Staatsform vor allem ein klarer Bruch mit der vorherigen Ordnung bezweckt. Ähnlich auch in Deutschland:²⁰⁹ Die Ewigkeitsklausel in Art. 79 Abs. 3 GG erklärt sich zuvörderst als Schutz vor der Diktatur – nicht vor der Europäischen Union.²¹⁰

²⁰⁷ Eine Trennung ist in Art. 23 GG auch gar nicht nahegelegt, soweit dort eine materielle Übereinstimmung – zumindest im Wesentlichen – angenommen wird. Im Verhältnis von deutschem Grundrechtsschutz durch das BVerfG zum europäischem Grundrechtsschutz durch den EuGH führt der Erste Senat des BVerfG in jüngerer Zeit aus Anlass der EuGH-Entscheidung Åkerberg Fransson (EuGH Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105) nachgerade eine Kampagne gegen den EuGH mit *obiter dicta* in Urteilen (BVerfGE 133, 277 (316) – Antiterrordatei) und in Pressemitteilungen (Pressemitteilung zu BVerfG Antiterrordatei, Pressemitteilung Nr. 31/2013 vom 24.4.2013, einer der seltenen Fälle, in dem die Pressemitteilung über den Urteiltext hinausgeht) sowie in Namensbeiträgen von Richtern im Fachschrifttum (*G. Britz* Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, 275 ff.) und in der allgemeinen Presse (*J. Masing* Ein Abschied von den Grundrechten, SZ vom 9.1.2012, 10). Die dabei verteidigte Trennungsthese überzeugt indessen nicht, weil sie sich nicht – auch nicht als regulative Idee – durchhalten lässt. Näher dazu *D. Thym* Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta, DÖV 2014, 941; *ders.* Vereinigt die Grundrechte!, JZ 2015, 53; *C. Franzius* Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa, EuGRZ 2015, 139; *ders.* Grundrechtsschutz in Europa, ZaöRV 75 (2015), 383. Dort (397 ff.) auch die zutreffende Einschätzung, dass kritischer als Åkerberg Fransson das Urteil in der Rs. Melloni zu sehen ist (EuGH, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107), das zu wenig Raum für nationale Grundrechtsspielräume lässt (entsprechend zurückhaltende Schlussentscheidung durch das spanische Verfassungsgericht, Tribunal Constitucional, STC 26/2014 13.2.2014, HRLJ 2014, 475 (englische Übersetzung), dazu *K. Herzmann* Das spanische Verfassungsgericht und der Fall Melloni, EuGRZ 2015, 445). Zur Positionierung des BVerfG s. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149 – Identitätskontrolle.

²⁰⁸ In der Weimarer Zeit richtete sich die Behauptung von angeblich der Verfassungsidentität zuzurechnenden Gehalten gegen das Parlament, dessen Verfügungsbefugnis über die Verfassung in den Verfahren zur Verfassungsänderung möglichst reduziert werden sollte. Für die ursprüngliche antiparlamentarische Zielrichtung des Konzeptes der Verfassungsidentität *C. Schmitt* Verfassungslehre, 1928, 23 ff., 103.

²⁰⁹ Die Parlamentsfeindlichkeit der Weimarer Zeit kann heute als überwunden gelten.

²¹⁰ Vgl. Sondervotum *G. Lübke-Wolff* im Urteil zum Europäischen Haftbefehl, BVerfGE 113, 273 (336). S. auch *dies.* Verfassungsrecht (Fn. 200), 260. S. für eine vergleichbare Diskussion in Tschechien *L. Vyhnánek* The Eternity Clause in the Czech Constitution, ICL Journal 9 (2015), 240.

Verfassungsidentität und Ewigkeitsklausel setzen den demokratisch legitimierten Verantwortungsträgern Gestaltungsgrenzen. Diese Grenzen bestimmen im Streitfall demokratisch äußerst mittelbar legitimierte Akteure;²¹¹ soweit vorhanden die Höchstgerichte der Mitgliedstaaten und der EuGH. Es geht also auch bei der Identität letzten Endes doch wieder um Demokratie, und auch unter diesem Aspekt ist die Verfassungsidentität kein unproblematisches Konzept.²¹²

Dass ein integrationsfester und vorrangfester nationaler Verfassungsbestand, die nationale Verfassungsidentität,²¹³ im Sinne eines kooperativen

²¹¹ S. in diesem Kontext *J. H. Ely Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980.

²¹² Dem entspricht die deutlich sichtbare Zurückhaltung, welche die meisten Verfassungsgerichte in der Europäischen Union gegenüber der judikativen Operationalisierung von Revisionsverboten an den Tag legen. Dazu in rechtsvergleichender Perspektive *M. Wendel* *Lisbon before the Courts*, EuConst 2011, 96 (123 ff.). Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 79 Abs. 3 GG stellt sich in diesem Kontext als deutscher Sonderweg dar.

²¹³ Mit Blick auf die Verfassungsanforderungen einer EU-Mitgliedschaft (Art. 49 und 2 EUV) scheint wenig Raum für nationale Verfassungsbesonderheiten. Nationale Verfassungsidentität bedeutet aber nicht zwingend Verfassungsbesonderheiten, auch wenn die Frage nach der nationalen Verfassungsidentität durchaus unterschiedliche Antworten ergibt. Für Deutschland wird auf die mit der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verwiesen (BVerfGE 123, 267 (343, 354) – Lissabon), die Menschenwürde, die republikanische Staatsform, die Bundestaatlichkeit, das Demokratie-, das Sozialstaats- sowie das Rechtsstaatsprinzip. Zu weitgehend für ein obiter dictum erscheint die Ausformulierung eines Katalogs wesentlicher Bereiche demokratischer Gestaltung wie Staatsbürgerschaft, ziviles und militärisches Gewaltmonopol, Aspekte der Strafrechtspflege, staatliche Finanzhoheit sowie die kulturelle und soziale Gestaltung von Lebensverhältnissen im Lissabon-Urteil des BVerfG (ebd. 357 f.); dazu in jüngerer Zeit etwa *M. Nettesheim* Wo „endet“ das Grundgesetz? – Verfassungsgebung als grenzüberschreitender Prozess, *Der Staat* 51 (2012), 313; *O. Lepsius* Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings, *JöR n.F.* 63 (2015), 63 (65). Für Frankreich werden u.a. diskutiert die Laizität, die Unteilbarkeit der Republik, das Demokratie- und Sozialstaatsprinzip, Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz, Gleichberechtigung der Geschlechter, der Respekt aller Glaubensrichtungen. Dabei wird zur Ausfüllung der französischen Verfassungsidentität im Ausgangspunkt teilweise auf den Begriff der „republikanischen Staatsform“ nach Art. 89 Abs. 5 der Verfassung abgestellt; im Sinne einer materiellen Schranke bereits *O. Beaud* *La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht*, RFDA 1993, 1045 (1061 f.); *ders.* *La puissance de l'Etat*, 1994, 481 f.; s. aber auch *V. Constantinesco* *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales – Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?*, FS Manin, 2010, 79 (85); vgl. auch *O. Jouanjan* Frankreich, IPE II (Fn. 49), § 2 Rn. 94: „Substanz“. Teilweise werden die genannten Bestandteile der Verfassungsidentität unmittelbar aus den in Art. 1 der Verfassung normierten Staatsstrukturprinzipien hergeleitet, *F. Chaltiel* *Droit constitutionnel et droit communautaire*, RFDC 2006, 837 (844), was möglicherweise dann zu weit führt, wenn auch Gehalte erfasst sein sollen, die durch Verfassungsänderung – und eben nicht durch den pouvoir constituant – erst in Art. 1 gelangt

Verfassungspluralismus stabilisierend und konfliktminimierend wirkt, setzt voraus, dass kein unilaterales Identitätspostulat besteht.²¹⁴ Die Achtung der nationalen Verfassungsidentität in Art. 4 Abs. 2 EUV muss als Verbundkonzept anerkannt sein.²¹⁵ Nationale und europäische Ebene müssen bei der Konkretisierung der nationalen Verfassungsidentität im konkreten Einzelfall kooperieren und wechselseitige Zurückhaltung üben (Responsivität).²¹⁶ Anders formuliert: Ein nationales Höchstgericht darf sich gegenüber dem Unionsrecht nur dann auf den Schutz der nationalen Verfassungsidentität berufen, wenn der EuGH im Wege des Vorlageverfahrens befasst wird.²¹⁷

sind, wie etwa die dezentralisierte Staatsform. Weitere diskutierte Identitätselemente sind Parlamentarismus, Beteiligung an der europäischen Integration (*F. Chaltiel* ebd.), zusätzlich die Gehalte von Art. 2 wie etwa Sprache und Staatssymbole (*F.-X. Millet* *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, 2013, 107) und Art. 3 der Verfassung sowie Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 (vgl. *J.-H. Reestman* *The Franco-German Constitutional Divide – Reflections on National and Constitutional Identity*, *EuConst* 5 (2009), 374 (388) mwN). S. hierzu bereits *M. Walter* Integrationsgrenze Verfassungsidentität (Fn. 202), 188 f. Für Irland und Polen sind Katholizismus und entsprechende Familienkonzepte zu nennen (dazu *F.-X. Millet* (s.o.), 110 f., 113 f., 132 f., 141 ff.), an das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs nach 40.3.3 der irischen Verfassung und das diesen Artikel gerade noch unangetastet lassende EuGH-Urteil in der Rs. SPUC/Grogan (EuGH SPUC/Grogan, C-159/90, EU:C:1991:378) ist hier zu erinnern. Mit dieser Frage und dem entsprechenden Protokoll für Irland beginnt in gewissem Sinne die rechtliche Identitätsdiskussion, s. dazu *D. R. Phelan* *The Right to Life of the Unborn v. the Promotion of Trade in Services*, *Modern Law Review* 55 (1992), 670; *ders.* *Revolt or Revolution*, 1997, insbesondere 416 ff.; Kritik bei *M. P. Maduro* *The Heteronyms of European Law*, *ELJ* 5 (1999), 160 und *N. MacCormick* *Constitutional Collision* (Fn. 115), 517. Für Österreich lassen sich nennen die republikanische Staatsform, einschließlich der Aufhebung von Adelstiteln, dazu EuGH Sayn-Wittgenstein, C-208/09, EU:C:2010:806, Rn. 74, 92). S. auch *E. Cloots* *National Identity* (Fn. 199), 193 ff.

²¹⁴ S. in diesem Kontext *F. C. Mayer* *Rebels without a cause* (Fn. 88), 496 (498).

²¹⁵ S. dazu *M. Wendel* *Permeabilität* (Fn. 32), 575 ff., der von einer autonomen Begriffsbestimmung der nationalen Verfassungsidentität durch die Mitgliedstaaten (und insoweit von einem tatbestandlichen Rückverweis des Unionsrechts auf das nationale Verfassungsrecht) ausgeht, zugleich aber die Reichweite der in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV aufgestellten Achtungsverpflichtung – verstanden als Mechanismus vielfaltswahrender unionsrechtlicher Permeabilität – dem Unionsrecht und damit dem EuGH unterstellt.

²¹⁶ S. in diesem Kontext die Schlussanträge des GA *Maduro* *Michaniki* AE, C-213/07, EU:C:2008:544, Rn. 31 f. Für *Miguel Póiares Maduro*, Professor am Europäischen Hochschulinstitut Florenz und einer der Vertreter des *constitutional pluralism*, bestand während dessen Amtszeit als portugiesischer Generalanwalt (2003–2009) die seltene Gelegenheit, unmittelbar die praktische Umsetzung einer Theorie zu unternehmen, s. etwa die Schlussanträge des GA *Maduro* in der Rechtssache *Kadi*, C-402/05 P, EU:C:2008:11, dazu die Deutung bei *D. Halberstam* *Plural constitutionalism* (Fn. 94), 190 ff.

²¹⁷ Es geht also jedenfalls um eine Prozeduralisierung. Die Vorlage nach Art. 267 AEUV darf sich dabei aber nicht als mehr oder weniger lästige Pflichtaufgabe darstellen, es geht doch auch um ein in Duktus, Sprache und Haltung zum Ausdruck gebrachtes wechselseiti-

In diesem kooperativen verfassungspluralistischen Sinne hat beispielsweise der ÖVfGH mit seiner Vorlage in der Rs. Sayn-Wittgenstein agiert.²¹⁸

3. *Legitimationsfragen – Bürgerschaft und Kollektiv*

Auch wenn schon von Post-Demokratie die Rede ist,²¹⁹ so wird die Legitimationsfrage noch immer gestellt. Zu Recht. Eindeutige und unstrittige Antworten gibt es indessen noch immer nicht. Die Probleme beginnen bereits mit dem Ausgangspunkt. Stellt man auf den Einzelnen ab oder auf ein Kollektiv? Welches Kollektiv – Demos, Volk, Nation? Der nationalstaatszentrierte Verfassungsmonist kann mit diesen Kategorien auch weiterhin besonders einfach operieren, vermag die europäische Hoheitsgewalt dann jedoch nicht angemessen zu erfassen, weil ein europäisches Volk oder eine europäische Nation zwar genauso sozial konstruiert („imaginiert“²²⁰) werden könnte wie eine deutsche Nation, dies aber eben bisher nicht der Fall ist.

ges Bemühen um eine allseits verträgliche Problemlösung. Gegen eine Vorlagepflicht bei der Identitätskontrolle *K. Kaiser/I. Schübel-Pfister* Der ungeschriebene Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit: Trick or Treat?, in: S. Emmenegger/A. Wiedmann (Hrsg.) Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern, Bd. 2, 2011, 545 (562 f.). S. für eine andere Perspektive *M. Claes* Negotiating Constitutional Identity, in: *dies.* u.a. (Hrsg.) Constitutional conversations in Europe. Actors, topics and procedures, 2012, 205 (232). Letztlich liegt die Schwierigkeit darin, dass die nationale Verfassungsidentität als Verbundkonzept weder von der nationalen noch von der europäischen Ebene völlig autonom für einen konkreten Fall bestimmt werden kann. Um dem EuGH eine Rücksprache mit der nationalen Ebene zu ermöglichen, könnte eine Lösung entsprechend dem US-amerikanischen Modell des Certification-Verfahrens hilfreich sein, näher dazu *R. A. Cochran* Federal Court Certification of Questions of State Law to State Courts: A Theoretical and Empirical Study, *Journal of Legislation* 29 (2003), 157; *J. R. Nash* Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law, *Cornell L. Rev.* 88 (2003), 1672; *J. S. Kaye/K. J. Weissman* Interactive Judicial Federalism: Certified Questions in New York, *Fordham L. Rev.* 69 (2000), 373. Dabei legen Bundesgerichte bis hin zum US-Supreme Court einzelstaatlichen Gerichten Fragen nach der Auslegung des Einzelstaatenrechts vor. Die Entsprechung wäre die Vorlage des EuGH an ein nationales Verfassungs- oder Obergericht oder eine andere zuständige nationale Einrichtung zur Ermittlung der Reichweite der Verfassungsidentität in einem Mitgliedstaat.

²¹⁸ S. dazu EuGH Sayn-Wittgenstein, C-208/09, EU:C:2010:806, Rn. 83 ff. Vgl. auch EuGH Runevč-Vardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, Rn. 86 ff. (ein Fall aus Litauen, hier ging es um die Landessprache). Mit Ultra vires-Kontrollansprüchen verbanden sich die entsprechenden Vorlagen nicht.

²¹⁹ *C. Crouch* Post-Democracy, 2004, deutsche Fassung: Postdemokratie, 2008.

²²⁰ Vgl. *B. Anderson* Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, 1983 (deutsche Fassung: Die Erfindung der Nation: zur Karriere eines folgenreichen Konzepts, 2. Aufl. 2005); der Sache nach aber auch in diese Richtung bereits

Eine Klarstellung: Weitgehend unbestritten dürfte mittlerweile sein, dass die europäische Integration den Nationalstaat voraussetzt²²¹ und auf ihm aufbaut.²²² Versinnbildlicht wird dies im Konzept der Unionsbürgerschaft, die die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit voraussetzt und an sie anknüpft.

Andere Ansätze konzentrieren sich daher nicht zufällig auf den Unionsbürger. *Jürgen Habermas* hat kürzlich eine entsprechende Rekonstruktion unternommen und demonstriert, wie über den Einzelnen eine Legitimation hergeleitet werden kann.²²³ Er konzeptualisiert dabei die Bürger Europas

E. Renan Qu'est-ce qu'une nation?, Conférence faite en Sorbonne le 11 mars 1882, 1882. *Ernest Renan* stellt in derselben Vorlesung übrigens auch Überlegungen zur europäischen Einigung an: „Les nations ne sont pas quelque chose d'éternel. Elles ont commencé, elles finiront. La confédération européenne, probablement, les remplacera. Mais telle n'est pas la loi du siècle où nous vivons.“, ebd., 28. Renan muss vor dem Hintergrund der deutschen Annexion Elsass-Lothringens gelesen werden, näher dazu *R. Brubaker* In the Name of the Nation. Reflections on Nationalism and Patriotism, *Citizenship Studies* 8 (2004), 115; *P. Weil* Qu'est-ce qu'un français?, 2002, 199 f.

²²¹ Um die Abschaffung des Nationalstaats geht es also nicht. Natürlich steht die europäische Integration in einem Spannungsverhältnis zum Konzept des Nationalstaats. Sie ist in gewissem Sinne die Antwort auf das Versagen des Nationalstaats in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts: Dieser hat in Europa gerade nicht individuelle Freiheit, Sicherheit und Wohlstand zu sichern vermocht, vielmehr sind die übersteigerten Nationalismen jedenfalls in Deutschland mitursächlich für die Weltkriege gewesen. Die europäische Integration ist im Kern der Versuch, übersteigerte Nationalismen einzudämmen, am besten verkörpert im zentralen Grundbaustein des Europarechts: dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Von der post-nationalen Konstellation ist seit geraumer Zeit die Rede; *J. Habermas* Die postnationale Konstellation, 1998, 91 ff.; *M. Zürn* The State in the Post-National Constellation, 1999, 35 ARENA Working Paper; *D. Curtin* Postnational Democracy, 1997, 5 (48 ff. und 51 ff.); *J. Shaw* Postnational Constitutionalism in the European Union, *Journal of European Public Policy* 18 (1999), 579 (586 ff.). Dies ist indessen weniger Programm als Beschreibung. Nachrufe auf den Staat sind dabei wiederkehrendes Motiv der deutschen Staatsrechtslehre seit den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts, s. dazu *F. Günther* Denken vom Staat her (Fn. 84), 322 ff.

²²² Es entbehrt dabei nicht einer gewissen Ironie, wenn ausgerechnet die Europäische Union, die die Antwort auf die Fehlleistungen des Nationalstaats ist, selbst an etlichen Stellen dessen Gewänder umlegt und mit einer Hymne, einer Flagge, zuletzt sogar mit einem Verfassungsetikett (dem „Vertrag über eine Verfassung“ von 2004) die Ausstattung des Nationalstaats simuliert. Welcher König in diesen neuen, alten Kleidern auf europäischer Ebene stecken soll (vgl. *J.H.H. Weiler* Constitution (Fn. 26): „Do the New Clothes Have an Emperor?“) ist letztlich das zentrale Thema des Europäischen Verfassungsrechts über das letzte Vierteljahrhundert gewesen.

²²³ *J. Habermas* Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen, *Der Staat* 54 (2015), 167; *ders.* Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible, *ELJ* 21 (2015), 546; *ders.* Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist, *Leviathan* 2014, 524.

als „doppelten Souverän“, nämlich sowohl als Träger einer nationalstaatlichen Verfassung, aus denen sich die jeweilige Nation zusammensetzt, wie als europäische Bürger. Mit dieser „an der Wurzel geteilten konstituierenden Gewalt“²²⁴ gelingt *Habermas* sogar eine Rechtfertigung für die Überföderalisierung der Union in der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments.²²⁵ Die Berührungspunkte zu den Verfassungsppluralisten²²⁶ bestehen darin, dass *Habermas* auch ohne Hierarchisierung auskommen will und mehrere Hoheitsgewalten nebeneinander anordnet, eine konsequent liberal-demokratische Perspektive unter den Bedingungen kooperativ pluralisierter Hoheitsgewalt.

4. Souveränität oder Autonomie?

Die Souveränität der Mitgliedstaaten ist ein wiederkehrendes Thema des europäischen Verfassungsrechts,²²⁷ selbst in Verfassungsordnungen, in

²²⁴ *J. Habermas* Zur Verfassung Europas, 2011, 62; *ders.* Prinzipienkonkurrenz (Fn. 223), 190.

²²⁵ S. zur Überföderalisierung im Kontext der Wahlen zum Europäischen Parlament wegen seiner fehlenden Eigenschaft als „durch gleiche Wahl aller Unionsbürger zustande gekommen[es] politische[s] Entscheidungsorgan mit der Fähigkeit zur einheitlichen Repräsentation des Volkswillens“ aufgrund der Unterrepräsentation insbesondere Deutschlands BVerfGE 123, 267 (372) – Lissabon. *Jürgen Habermas* sieht einen Zusammenhang zur Ablehnung von Sperrklauseln durch das BVerfG bei der EP-Wahl, *J. Habermas* Prinzipienkonkurrenz (Fn. 223), 167, hier wie da werde dem Europäischen Parlament ein Anspruch auf die Rolle einer ausreichend legitimierten Volksvertretung abgesprochen. S. BVerfGE 129, 300 – 5%-Sperrklausel (dagegen Sondervotum der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff*, BVerfGE 129, 300) und BVerfGE 135, 259 – 3%-Sperrklausel; kritisch *B. Grzeszick* Weil nicht sein kann, was nicht sein darf: Aufhebung der 3%-Sperrklausel im Europawahlrecht durch das BVerfG und dessen Sicht auf das Europäische Parlament, NVwZ 2014, 537, mwN. Aufschlussreich dazu das Urteil des Tschechischen Verfassungsgerichts Pl. ÚS 14/14 v. 19.5.2015 zur Bestätigung einer 5%-Sperrklausel bei EP-Wahlen in Tschechien, unter klarer Abgrenzung vom deutschen BVerfG: „the European Parliament deserves to be designated a true ‘parliament’“, ebd., Rn. 74 f. S. dazu auch die Entschließung des EP zu der Reform des Wahlrechts der Europäischen Union, EP-Dok. P8_TA(2015)0395 v. 11.11.2015 mit der verpflichtenden Einführung einer Sperrklausel von 3 bis 5%. Allgemein zur gewachsenen und veränderten Statur des EP *M. Kohler* European Governance and the European Parliament: From Talking Shop to Legislative Powerhouse, JCMS 52 (2014), 600.

²²⁶ *Jürgen Habermas* argumentiert ausdrücklich nicht von einem rechtsppluralistischen Standpunkt aus, *J. Habermas* Prinzipienkonkurrenz (Fn. 223), 179 Fn. 28.

²²⁷ Zur „Erosion“ des Souveränitätsprinzips im Hinblick auf seine Leistungsfähigkeit, die Grundstruktur öffentlicher Gewalt zu erschließen *A. v. Bogdandy* Prinzipien (Fn. 9), Rn. 8 ff., 12, mwN zur Debatte um das Souveränitätsprinzip. Ähnlicher Befund bei *A. Haquet* Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, 2004, 295 f. („Désormais, les souverainetés sont interdépendantes, ou elles ne sont pas.“). S. auch die Beiträge in *N. Walker* (Hrsg.) Sovereignty in Transition (Fn. 115).

denen das Wort überhaupt nicht in der Verfassung vorkommt.²²⁸ Das Beispiel Griechenlands in der Eurokrise zeigt, wie die Wirklichkeit nahezu alle Theoriegebäude zur Souveränität plant. Vorliegend können die vielschichtigen Problemdimensionen des Souveränitätsthemas²²⁹ nicht ansatzweise adressiert werden.²³⁰ Eine Problemdimension wird in der Sentenz

²²⁸ In Deutschland konnte das Konzept 1949 mangels Souveränität wegen des Besatzungsregimes keinen Eingang in das Grundgesetz finden. Nach Wiedererlangung der Souveränität mit der Wiedervereinigung und dem Zwei-plus-Vier-Vertrag (Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.9.1990, BGBl. II 1317) und der in zeitlicher Nähe dazu durchgeführten Verfassungsreform (s. dazu den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 5.11.1993, BT-Drs. 12/6000) wurde auf eine entsprechende Nachbesserung des Grundgesetzes verzichtet. Das BVerfG hat dann in seiner Rechtsprechung im Verlaufe der 90er Jahre bis zum Lissabon-Urteil 2009 immer stärker auf Souveränität Bezug genommen und dabei richterrechtlich das Konzept der „souveränen Staatlichkeit“ als Grenze der europäischen Integration entwickelt (BVerfGE 123, 267 (347 f.) – Lissabon). Im Wortlaut des Grundgesetzes findet dies nach wie vor keine Stütze. Kritisch dazu *D. Thym* Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit – Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 48 (2009), 559; *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 90 f. Es besteht zur Abstandnahme vom Souveränitätskonzept in Deutschland eine Traditionslinie seit *Hugo Preuss* 1889 die Entfernung des Begriffs aus der Staatsrechtsdogmatik als Voraussetzung für einen Fortschritt der modernen Staatstheorie gefordert hat, *H. Preuss* Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889, 92, 135. S. aber auch für Frankreich *M. Chemillier-Gendreau* Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir?, *RDP* 2014, 1283.

²²⁹ Souveränität ist dabei nicht gleichzusetzen mit Kompetenz-Kompetenz – wenn man Souveränität als Ausdruck der Unabgeleitetheit von Herrschaftsmacht versteht und wenn Kompetenz-Kompetenz eine Rechtsgrundlage voraussetzt, von der aus Kompetenz-Kompetenz gleichsam zugeteilt wird, *P. Lerche* „Kompetenz-Kompetenz“ und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Ipsen u.a. (Hrsg.) *FS Heymanns Verlag*, 1995, 409 (420). *M. Usteri* Theorie des Bundesstaats, 1954, 104 ff., lehnt die Identität von Souveränität und Kompetenz-Kompetenz ebenfalls ab, bejaht aber einen inneren Zusammenhang zwischen den beiden Konzepten. Bei *M. Usteri* 96 ff. auch der Hinweis auf die begriffsprägende Monographie von *H. H. A. Böhlau* Kompetenz-Kompetenz? Erörterungen zu Artikel 78 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, 1869.

²³⁰ Um die sinnvolle Konzeptualisierung von Souveränität in Mehrebenensystemen öffentlicher Gewalt und die Frage nach der Teilbarkeit von Souveränität wird im bundesstaatlichen Kontext eigentlich schon immer gerungen. Siehe dazu nur aus der US-amerikanischen Debatte die berühmte Aussage des Südstaatentheoretikers *John Calhoun*, dass die Souveränität eine Einheit sei; sie zu teilen hieße, sie zu vernichten, *J. C. Calhoun* A Disquisition on Government and a Discourse on the Constitution and Government of the United States, 1851, 146: „There is no difficulty in understanding how powers, appertaining to sovereignty, may be divided; and the exercise of one portion delegated to one set of agents, and another portion to another: or how sovereignty may be vested in one man, or in a few, or in many. But how sovereignty itself – the supreme power – can be divided, how the people of the several States can be partly sovereign, and partly not sovereign, partly supreme and partly not supreme, it is impossible to conceive. Sovereignty is an entire thing; – to

von den „Herren der Verträge“²³¹ deutlich: Es geht auch um Dispositionsansprüche. Wie immer man das theoretisch im Einzelnen auflösen mag: Wer Herren sagt impliziert Beherrschte. Eine Herrenperspektive ist der denkbar ungünstigste Ausgangspunkt für ein konstruktives Miteinander. Sie stimmt im Übrigen nicht: Weder die nationale noch die unionale Ordnung haben umfassende bzw. konkurrenzlose normative Autorität in ihrem jeweiligen Bereich. In diesem Sinne geht es um eine post-souveräne Konstellation.²³² Hilfreicher ist vor diesem Hintergrund das Konzept der Autonomie.²³³ Es bringt einen wichtigen Teilaspekt der herkömmlichen Souveränitätsvorstellungen zum Ausdruck, nämlich dass man in einem bestimmten Umfang Dinge selber entscheiden möchte – niemand soll sich diese Entscheidungsbefugnis einfach aneignen.²³⁴ Verfassungspluralisten kommen ohne die „Zuordnung absoluter, unitarischer und womöglich transzendentaler Macht“ aus,²³⁵ die sonst das Souveränitätsthema bestimmt, selbst im bundesstaatlichen Kontext²³⁶. Deswegen ist der Blick frei für die Frage der Autonomie im Sinne einer Selbstbestimmung²³⁷ und für Mechanismen und Prinzipien, die diese Autonomie schützen,²³⁸ aber auch dafür, dass über die Europäische Union und vor allem in der Europäischen Union selbstbe-

divide, is, – to destroy it.“ Zu der Begrenztheit dieses Ansatzes bereits *L. Le Fur* *État fédéral et confédération d'États*, 1896, 543 ff.

²³¹ BVerfGE 89, 155 (190, 199) – Maastricht.

²³² *N. Walker* *Cosmopolitan Local* (Fn. 142), 8.

²³³ Zu unterschiedlichen Bedeutungsgehalten rechtlicher Autonomie im Kontext der EU *A. Peters* *Elemente* (Fn. 76), 243 ff. (Abgrenzung vom Völkerrecht, Trennung vom Mitgliedstaatenrecht, Ursprünglichkeit, Freiheit von Eingriffen von außen). S. zur Autonomie (statt Souveränität) im föderalen Kontext *C. F. Friedrich* *New Tendencies in Federal Theory and Practice*, JöR n.F. 14 (1965), 1 (3 f.).

²³⁴ *Florence Chaltiel* hat demonstriert, wie man der Souveränität die souveräne Entscheidung zur Beschränkung der eigenen Souveränität entnehmen kann, *F. Chaltiel* *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, 2000, 393 ff.

²³⁵ So eine Beschreibung des Ansatzes von *Neil MacCormick* durch *M. Hahn-Lorber* „Recht als institutionelle normative Ordnung“ – Fragen und Überlegungen zur Rechts-theorie *Neil MacCormicks*, *Rechtstheorie* 2010, 251 (256).

²³⁶ S. dazu etwa *C. Schmitt* *Verfassungslehre* (Fn. 208), 371 ff. mit Hinweisen auf *John Calhoun* (oben Fn. 230) und den diesen rezipierenden *Max von Seydel*.

²³⁷ Das BVerfG lässt im Lissabon-Urteil ein zu enges Verständnis von Autonomie als abgeleitete Rechtsmacht erkennen, kann damit nicht an die Diskussion außerhalb Deutschlands anschließen, BVerfGE 123, 267 (382, vgl. auch ebd. 349) – Lissabon. S. zu Verfassung als Prozess organisierter Selbstbestimmung *I. Pernice* *Europäisches Verfassungsrecht* (Fn. 4), 160 ff., mwN, u.a. mit Bezug auf die berühmte Vorlesung von *Ernest Renan* und das „plébiscite de tous les jours“, dort freilich auf die Nation bezogen, *E. Renan* (Fn. 220), 27.

²³⁸ Kernanliegen des Öffentlichen Rechts, *A. v. Bogdandy* *Prinzipien* (Fn. 9), Rn. 16 („Ordnung zum Schutz persönlicher Freiheit und zur Ermöglichung kollektiver Selbstbestimmung“).

stimmungsrelevante Handlungsspielräume gesichert, wiedergewonnen oder sogar völlig neu erschlossen werden können.²³⁹

5. Zwischenergebnis

Sicherlich lassen sich Integrationsklauseln, Vorrang- und Identitätsfragen, Legitimationskonzepte und das Autonomiethema ganz anders interpretieren.²⁴⁰ Einiges spricht jedoch dafür, dass die Perspektive eines kooperativen Verfassungspluralismus die Konzentration auf Konfliktminimierung, Interessenausgleich und damit Stabilität²⁴¹ des Europäischen Verfassungsverbundes am besten ermöglicht.²⁴² Diese Einsicht findet sich bereits unter den nationalen Höchstgerichten.²⁴³ Das BVerfG weist im Lissabon-Urteil im Kontext der Wahrung der nationalen Verfassungsidentität die „Idee von nicht strikt hierarchisch gegliederten politischen Ordnungszusammenhängen“ als „konstruktiv“ aus.²⁴⁴

²³⁹ S. in diesem Kontext die Überlegungen zur „Übersummativität“ im Begleitaufsatz von J. A. Kämmerer *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, NVwZ 2015, 1321 (1322).

²⁴⁰ Vgl. dazu die Überlegungen bei U. Volkmann *Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, Der Staat 54 (2015), 35; s. auch S. Oeter *Integration und Subsidiarität* (Fn. 108), 573 f. zur rationalen Kontrolle von Vorverständnissen.

²⁴¹ In diesem Sinne plädiert A. v. Bogdandy *Prinzipien* (Fn. 9), Rn. 55 für einen „dialogischen Pluralismus“, gegen einen radikaleren Ansatz. Wörtlich: „Der dialogische Ansatz beruht hingegen auf der Beobachtung, dass die diversen Rechtsregime und Institutionen bei prinzipieller Wahrung ihrer normativen Unabhängigkeit in aller Regel stabile rechtliche Beziehungen aufbauen. Grundlegende Konflikte sind die große Ausnahme, die intensive und zumeist fruchtbare Zusammenarbeit hingegen der Regelfall. Wer nicht mit Carl Schmitt den Ausnahme- sondern mit Hegel den Normalfall als Ausgangspunkt wissenschaftlichen Denkens wählt, wird für einen dialogischen Pluralismus optieren“.

²⁴² Mit resignierendem Unterton D. Grimm *Verfassungsbilanz*, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.) (Fn. 4), 379 (390): „Rechtspluralismus ist das Schicksal der Zukunft.“, dann aber zu skeptisch mit dem Befund einer „vom Rechtspluralismus ausgehenden Gefahr für die Einheit der Verfassung“.

²⁴³ In den Worten eines Commissaire du gouvernement beim französischen Conseil d’Etat, *Mattias Guyomar*: „La pyramide kelsenienne ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques: les droits nationaux, le droit communautaire et celui de la convention européenne. Le pluralisme juridique est une richesse à la condition d’être ordonné“, mit Hinweis auf M. Delmas-Marty *Le pluralisme ordonné* (Fn. 97), 951, *Conclusions du commissaire du gouvernement Guyomar*, Conseil d’Etat, Section du contentieux, 10.4.2008, Nr. 296845, 296907, Conseil national des barreaux et autres, RFDA 2008, 575. Dazu näher P. Brunet *L’articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné*, in: J. Auby (Hrsg.) *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, 2010, 195 (197 ff.).

²⁴⁴ BVerfGE 123, 267 (340) – Lissabon.

Ist dann die nationale Verfassung nur noch Teilordnung? Es kommt natürlich auf den Begriff von Teil- oder Gesamtordnung an.²⁴⁵ Und vielleicht geht es ja eher um Prozess.²⁴⁶ Vieles spricht dafür, dass für die meisten Verfassungsordnungen in den Mitgliedstaaten Komplementarität²⁴⁷ und eben kooperativer Verfassungsppluralismus die besseren Konzepte sind. In diesem Miteinander sind die oben genannten Verfassungsfunktionen zu erfüllen. Für das europafreundliche²⁴⁸ Grundgesetz mit seinem Staatsziel vereintes Europa lässt sich ohnehin festhalten, dass die Öffnung der Verfassung für die europäische Integration die Verfassung nicht verkürzt oder amputiert, sondern sie erst vervollständigt. Deutschland als „Glieder in einem vereinten Europa“ zu verorten, ist auch Aufgabe und Funktion der Verfassung.

VI. Ausblick – Die Verfassung im 21. Jahrhundert und die europäische Integration am Scheideweg

„The first thing we do, let’s kill all the lawyers“, heißt es in Shakespeares Heinrich dem VI.²⁴⁹ Erst kürzlich in Zentralbankkreisen im Kontext der Eurokrise geäußert,²⁵⁰ wird hier eine Distanz zur Rolle des Euro-

²⁴⁵ S. oben Fn. 4.

²⁴⁶ P. Häberle Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3. Aufl. 1998, 121 ff.; zur Unterscheidung von Verfassung als Ordnung und Verfassung als Prozess U. Volkmann Aufstieg (Fn. 33), 37 f., mit Hinweis u.a. auf Häberle.

²⁴⁷ S. dazu I. Pernice in: H. Dreier (Hrsg.) (Fn. 171), Art. 23 Rn. 20.

²⁴⁸ Zur Europarechtsfreundlichkeit als ungeschriebenes Verfassungsprinzip, das über ein Kooperationsverhältnis hinausgeht und aus dem sich konkrete Rechtsfolgen ableiten lassen K. Kaiser/I. Schübel-Pfister Europarechtsfreundlichkeit (Fn. 217), 571. Zur Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes als Verfassungsgrundsatz BVerfGE 123, 267 (354) – Lisabon; BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell.

²⁴⁹ W. Shakespeare König Heinrich VI., 2. Teil, 4. Akt, 2. Szene, ich danke W. Mayer für weiterführende Hinweise aus Anglistenperspektive. S. auch J.-L. Picard in: D.C. Fontana/G. Roddenberry Encounter at Farpoint (Star Trek TNG Pilot Episode), 1987, Szene 55 [2364/42353.7].

²⁵⁰ EZB-Präsident Mario Draghi in einem Vortrag, M. Draghi Keynote speech: European integration: more than an opportunity, a necessity, ECB Legal Conference „From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union: New Opportunities for European Integration“, 2. September 2015, Frankfurt/Main, abgedruckt in ders. Afterword: European integration: More than an opportunity, a necessity, in: European Central Bank (Hrsg.) ECB Legal Conference 2015. From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New opportunities for European integration, 2015, 389. Freilich betonte Draghi sogleich, dass bei Shakespeare ein krimineller Tunichtgut diese Aussage macht und relativierte damit den Satz umgehend. Gleichwohl wird hier erkennbar, dass in der Euro-Krise zwischen Juristen und Ökonomen zumindest ein gewis-

parechts wie des Verfassungsrechts deutlich, die gerade dem deutschen Rechts- und Verfassungsdenken in jüngerer Zeit entgegenschlägt. Umso mehr sollte es uns in der deutschsprachigen Verfassungsrechtswissenschaft ein Anliegen sein, sprachlich wie konzeptionell international anschlussfähig zu sein,²⁵¹ im Sinne einer „propensity to self-subversion“ (Neigung zur Selbstinfragestellung, *Albert Hirschman*).²⁵²

Die Herausforderungen werden nicht abnehmen;²⁵³ Die Eurokrise hat zu einer neuen Dynamik und Selbstvergewisserung geführt, in der eine Vertiefung der Integration mindestens so wahrscheinlich ist wie das Gegenteil.²⁵⁴

Eine Euro-Union²⁵⁵ oder eine anders umschriebene vertiefte politische Integration würde wohl auch das nationale Verfassungsrecht, namentlich in Deutschland, vor neue Herausforderungen stellen.²⁵⁶ Letzteres gilt auch für die Flüchtlingskrise. Mögliche künftige verfassungsrechtliche Fragen

ses Lagerdenken entstanden ist, nicht selten geprägt von wechselseitigem Unverständnis über die Methoden und Aussagen des jeweils anderen Lagers.

²⁵¹ S. dazu *C. Schönberger* Aufstieg (Fn. 13), 19: „Die Introvertiertheit der allein auf das nationale Verfassungsrecht bezogenen dogmatischen Einheitsbildung, die den Aufstieg der Verfassung nach 1949 begünstigt hatte, wird in der Gegenwart zum Problem. Aus dieser bundesrepublikanischen Tradition heraus kann die wachsende Bedeutung von Europa- und Völkerrecht häufig nur als Erschütterung und Gefährdung des einheitsbildenden Verfassungsrechts erlebt werden“.

²⁵² *A. O. Hirschman* A Propensity to Self-Subversion, 1995, 85 ff. In Anlehnung an *Albert Camus* 'Sisyphos, den man sich als einen glücklichen Menschen vorstellen muss (*A. Camus* Le mythe de Sisyphe. Essai sur l'absurde, 1942, 168), schließt *Hirschman* mit dem Bild eines Sisyphos, den man sich als denjenigen vorstellen muss, der selbst den Stein zum Hinabrollen bringt.

²⁵³ Dies gilt für die EU, aber auch darüber hinaus. Abgesehen von der EU haben sich neuartige Hoheitsgewalten jenseits des Staates herausgebildet, die vom Verfassungsrecht verarbeitet werden müssen. Selbst wer in Anbetracht der Euro-Krise, der Flüchtlings-Krise und der Austrittsdiskussion in Großbritannien von einem Rückbau der EU ausgeht, wird auf diese Herausforderungen antworten müssen.

²⁵⁴ Die Sachzwänge lassen möglicherweise nur den Ausweg in Richtung mehr Europa in einer vertieften Integration. In welche Gestalt dieses – ich zitiere wieder das Grundgesetz – „vereinte Europa“ gelangt, ist dabei vielleicht offener denn je. S. in diesem Kontext die Beiträge in *S. Kadelbach* (Hrsg.) Die Europäische Union am Scheideweg: Mehr oder weniger Europa?, 2015.

²⁵⁵ *Glienicker Gruppe* Aufbruch in die Euro-Union, ZRP 2013, 248 (250); s. für eine französische Erwiderung *Groupe Eiffel-Europe* [*S. Goulard u.a.*] Pour une Communauté politique de l'Euro, 2014.

²⁵⁶ Der Bericht der fünf Präsidenten zur Vertiefung der WWU, der im Juni 2015 vorgelegt wurde (*J.-C. Juncker/D. Tusk/J. Dijsselbloem/M. Draghi/M. Schulz* Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden, abrufbar unter http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_de.pdf) enthält für die Zeitspanne der nächsten zehn Jahre entsprechende Elemente, ebd., 5. S. auch *M. Rodi* Machtverschiebungen in der Europäischen Union im Rahmen der Finanzkrise und Fragen der demokratischen Legitimation, JZ 2015, 737.

könnten die Änderung der Verträge mit Mehrheit und den Durchgriff in die nationale Haushaltsautonomie betreffen.²⁵⁷ Dabei wird jetzt schon überlegt, ob die europäische Integration Grenzen des Grundgesetzes, die Ewigkeitsklausel, berührt.²⁵⁸ Wie soll das weitergehen?²⁵⁹

In Österreich besteht die Möglichkeit, bei einer Gesamtänderung der Verfassung die Verfassungsgrundlage neu zu bestätigen.²⁶⁰ Vielleicht sollte eine solche Möglichkeit auch für das Grundgesetz eingerichtet werden. Überhaupt lässt sich in Europafragen einiges von Österreich lernen.²⁶¹

²⁵⁷ Gegen ein Mehrheitsprinzip bei der Vertragsänderung würde in Deutschland wohl mit der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik argumentiert. Dem Durchgriff in nationale Haushalte würde der Kern des nationalen Demokratieprinzips nach Art. 79 Abs. 3 GG entgegengehalten. Wenn einerseits zwingender politisch-ökonomischer Handlungsdruck und politische Mehrheiten die genannten Weiterentwicklungen auf europäischer Ebene unabdingbar machen und es andererseits keinen Mehrheitskonsens über die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Grundgesetz gibt, dann bleibt in Deutschland nur der Ausweg über eine neue Verfassung. Zur Änderung der Verträge ohne Vetomacht bereits *H. Bribosia u.a. Réviser les traités européens: Plaidoyer en faveur de la suppression du veto*, Notre Europe Policy Paper 37, 2009.

²⁵⁸ Vgl. die Äußerungen der Verfassungsrichter *P. M. Huber* „Eine europäische Wirtschaftsregierung ist heikel“, SZ v. 19.11.2011, 6; *A. Voßkuhle* in einem in EuZW 2011, 814, abgedruckten Interview. In den 1980er Jahren wurde die Frage der grundgesetzlichen Grenze der Mitwirkung an der europäischen Integration weniger als Problem gesehen; wenn überhaupt ein Hindernis bestand, dann nach damaliger Sicht nur ein politisches, kein rechtliches. Auch die Souveränitätsfrage wird in dieser Zeit nicht sonderlich vertieft: „Die übertragenen Agenden können aus allen oder einer der drei staatlichen Funktionen stammen. Art. 24 Abs. 1 GG weist insoweit keine Beschränkung auf. Art. 24 Abs. 1 GG lässt in Verbindung mit der Präambel („gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“) daher rechtlich zwar nicht die Mitwirkung an der Gründung eines Einheitsstaates zu, öffnet aber wohl den Weg zu einem europäischen Bundesstaat, wenngleich politisch die Sterne nicht danach stehen. Dadurch würde nicht nur ein neues völkerrechtliches Rechtssubjekt, wie es bisher schon die Europäischen Gemeinschaften sind, entstehen, sondern eine neue europäische Souveränität geschaffen, die sich über die der Mitgliedstaaten wölbt. Dies liegt freilich in weiter Zukunft. Die Gegenwart könnte eher zu Skepsis und Resignation Anlass geben.“, *K. Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, § 15 II 2, 521 mwN. S. auch zur „legitimen Verfassungsgebung“ *B.-O. Bryde* Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 1993, 14 ff.

²⁵⁹ Eine Perspektive wäre, das Grundgesetz 70 Jahre nach seiner Verkündung (und 30 Jahre nach der Wiedervereinigung) mit der Zielmarke 2019 auf seine Tauglichkeit für das 21. Jahrhundert zu überprüfen, etwa in einer parlamentarischen Enquêtekommission oder gar nach österreichischem Vorbild in einem Konvent (s. dazu den Bericht des Österreich-Konvents v. 31.1.2005, <http://www.konvent.gv.at>).

²⁶⁰ Art. 44 Abs. 3 B-VG, Volksabstimmung bei einer wesentlichen Änderung der Grundlagen des Staatswesens, näher dazu *E. Wiederin* Österreich, IPE I (Fn. 49), § 7 Rn. 35 ff. Der Beitritt Österreichs zur EU wurde als Gesamtänderung eingeordnet und erforderte demnach eine Volksabstimmung, ausführlich dazu *C. Grabenwarter* Österreich IPE II (Fn. 5), § 20 Rn. 14 ff.

²⁶¹ S. in diesem Kontext allgemein zum Verhältnis österreichisches Verfassungsdenken – deutsches Verfassungsdenken *K. Lachmayer* Eine Sprache, zwei Rechtskulturen: deutsches

VII. Schlussbetrachtung

Wie auch immer man den theoretischen Ausgangspunkt formuliert und die Eingangsfrage beantwortet: am Ende bleibt als Befund die Wandlung²⁶² der nationalen Verfassung durch ihre „überstaatliche Bedingtheit“²⁶³. Diesen Befund zu leugnen führt ebenso wenig weiter wie die Beschränkung auf binäre Gegenüberstellungen wie Gesamtordnung-Teilordnung, Staat-Nichtstaat, souverän-nicht souverän. Zugleich ist die Bedingtheit wechselseitig, weswegen man um die nationale Verfassung keine Sorge haben muss – aus Sicht des Verfassungspluralismus.²⁶⁴ Es geht darum, für diese Wandlung in der internationalen Diskussion anschlussfähige Konzepte und skalierende Begriffe zu finden, die der veränderten Realität und der prozesshaften Entwicklung Rechnung tragen.²⁶⁵ Dies wird im Verlaufe des 21. Jahrhunderts, auch für die nächsten 75 Tagungen, Daueraufgabe für diese Vereinigung bleiben.

und österreichisches Verfassungsrechtsdenken, in: U. Kischel (Hrsg.) *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven*, 2014, 65. Als Beispiele, aus denen sich von Österreich lernen lässt, sind neben der Möglichkeit einer Gesamtänderung (s.o.) zu nennen die Erfassung der Europafunktion der Exekutive in Art. 9 Abs. 2 B-VG (Fn. 42), die detaillierte Einbindung des Parlaments in die europäischen Angelegenheiten schon in der Verfassung (Art. 23c ff. B-VG), insbesondere auch bei der Benennung von österreichischem Personal für europäische Organe, das Rederecht der österreichischen EP-Abgeordneten im Plenum des Nationalrats (Fn. 41), die kooperative Vorlagepraxis des ÖVfGH in einem verfassungspluralistischen Sinne insbesondere in Sachen Verfassungsidentität (Beispiel Rs. Sayn-Wittgenstein, Fn. 213) und auch die Rspr. des ÖVfGH zum Verfassungsrang der EU-Grundrechte-Charta (Fn. 51), auch wenn es dabei in Teilen um die Positionierung gegenüber der Fachgerichtsbarkeit gegangen sein mag. Insgesamt spiegelt sich in den genannten Verfassungsbeispielen eine entspannte, pragmatische Sicht auf Grundfragen des Europäischen Verfassungsrechts.

²⁶² U. Volkmann *Verfassungslehre* (Fn. 146), 73 f. diskutiert in diesem Kontext den Begriff der Relativierung und gelangt zu einer Relativierung der Relativierung („Keine Verfallsgeschichte“), vor allem die Rolle der Verfassung als Grundlage politischer Gemeinschaftsbildung sei bisher von der Europäisierung nahezu unberührt geblieben (ebd., 75).

²⁶³ Vgl. P. Häberle/J. Schwarze/W. Graf Vitzthum *Die überstaatliche Bedingtheit des Staates: zu Grundpositionen Werner von Simons* auf den Gebieten der Staats- und Verfassungslehre des Völker- und des Europarechts, 1993.

²⁶⁴ Es sind die Traditionalisten, die dadurch, dass sie die Europäische Union in Staatswerdungsprozesse treiben, letztlich auf eine Überwindung der nationalen Verfassungsstrukturen durch analoge Unionsstrukturen hinwirken.

²⁶⁵ Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht ist hier angesprochen, aber auch die Anpassung der akademischen Lehre des Verfassungsrechts an diese Entwicklungen ist dabei ein Thema.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?

I. Einleitung

(1) Mit Blick auf das Staatsziel Vereintes Europa im Grundgesetz ist die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft dazu aufgerufen, sich zu diesem Verfassungsauftrag in den gegenwärtigen schwierigen Zeiten konstruktiv zu positionieren.

II. Ursachen

(2) Hoheitsgewalt geht heute nicht mehr nur vom Staat aus. Von einer besonderen Verfassungserheblichkeit der europäischen Integration (Verfassungsdimension) ist auszugehen.

III. Wirkungen

1. Textbefund: Der nationale Verfassungstext als „Hypertext“

(3) Das Grundgesetz ist heute in den europabezogenen Verfassungsbestimmungen nicht mehr aus sich selbst heraus verständlich und insoweit keine umfassende Gesamtordnung mehr.

2. Verfassungsfunktionen

(4) Verfassungsorgane: Die Europafunktion von nationalen Verfassungsorganen wird von den nationalen Verfassungen nur in Teilen erklärt. Insoweit sind nationale Verfassungen als Teilordnungen zu verstehen.

(5) Freiheitssicherung: Der europäische Grundrechtsschutz bewirkt, dass der Verfassungsstatus des Einzelnen sich nicht mehr ausschließlich und abschließend aus der nationalen Verfassung heraus darstellen lässt.

(6) *Andere Verfassungsfunktionen:* Bei den meisten Verfassungsfunktionen, die diskutiert werden, bereitet das Unionsrecht dem nationalen Verfassungsrecht zumindest eine Art Verfassungskonkurrenz.

IV. Deutungen

1. Verfassungsmonismus

(7) *Nationaler Verfassungsmonismus:* Der nationale Verfassungsmonismus vermag die Gründe für die Relativierung der nationalen Verfassung nicht angemessen in Verfassungskategorien zu diskutieren und überlässt das Feld anderen Disziplinen.

Europäischer Verfassungsmonismus: Im wissenschaftlichen Bereich wird die Grundannahme eines bereits bestehenden Europäischen Bundesstaates derzeit von niemandem mehr ernsthaft vertreten. Ausgerechnet für die Verfassungstraditionalisten ist indessen der Europäische Bundesstaat als Fernziel die einzig kohärente Perspektive.

2. Verfassungpluralismus

(8) Der Verfassungpluralismus (constitutional pluralism) bietet einen dritten Weg zwischen nationalem und europäischem Verfassungsmonismus. Gegenseitige Autonomie ohne Hierarchie, stattdessen Heterarchie, Interaktion und wechselseitige Offenheit sind Kennzeichen des Verfassungpluralismus im Mehrebenensystem. Zu den Grundsätzen, die diese Interaktion ermöglichen, verbessern und anleiten, zählen wechselseitige Responsivität und Loyalität sowie Vertrauen.

(9) In der deutschen Diskussion ist das Konzept des Verfassungsverbundes die verfassungpluralistisch zu verstehende Erwiderung auf den Staatenverbund. Der Verbundbegriff erlaubt eine Außen-Innen-Unterscheidung, mit der sich die Union mit ihren verfassungsrechtlichen Besonderheiten, nicht zuletzt ihren Autonomieansprüchen (Kadi-Urteil, EMRK-Gutachten, künftig vielleicht CETA, TTIP und ISDS), ins Verhältnis zu überunionalen, weltweiten Entwicklungen setzen lässt. Verbund steht auch für materielle Übereinstimmung im Sinne eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts.

(10) Verfassungpluralismus ist nicht nur Deskription, sondern lässt sich als kooperativer Verfassungpluralismus auch normativ wenden. Dann ist die Leitfrage, wie das Nebeneinander von nationaler Verfassungsordnung und europäischer Ordnung optimiert werden kann.

V. Kooperativer Verfassungsppluralismus – Folgerungen

1. Verhältnisbestimmung: Permeabilität

(11) Art. 23 GG lässt sich als genuine Öffnungsklausel interpretieren, mit der die mitgliedstaatliche Rechts- und Verfassungsordnung bereits auf Verfassungsebene für das europäische Recht geöffnet wird. Sie macht die Verfassung permeabel. Offene Verfassung – statt offene Staatlichkeit – bedeutet für Deutschland auch eine Entlastung des Zustimmungsgesetzes.

2. Vorrang, Vorherrschaft und nationale Verfassungsidentität: Responsivität

(12) Der unionale Anwendungsvorrang impliziert nicht notwendig eine Hierarchie. Vielmehr handelt es sich um eine Vorfahrts- oder Vorrangsregel. In anderen Sprachen wird deutlicher zwischen hierarchischer Vorherrschaft (supremacy) und nicht hierarchischem Vorrang (primacy) unterschieden.

(13) Für eine Neubestimmung des Vorrangprinzips kann die europäische Identitätsklausel nützlich sein, um von der europäischen Ebene aus den Vorranganspruch gegenüber mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität zurückzunehmen.

(14) Dass ein integrations- und vorrangfester nationaler Verfassungsbestand, die nationale Verfassungsidentität, im Sinne eines kooperativen Verfassungsppluralismus stabilisierend und konfliktminimierend wirkt, setzt allerdings voraus, dass kein unilaterales Identitätspostulat besteht (Verbundkonzept). Die Berufung auf den Schutz der nationalen Verfassungsidentität erfordert das materielle Zusammenwirken mit dem EuGH im Wege des Vorlageverfahrens.

3. Legitimationsfragen – Bürgerschaft und Kollektiv

(15) Verfassungsmonisten können mit Kollektivkategorien wie Volk oder Nation auch weiterhin besonders einfach operieren, vermögen die europäische Hoheitsgewalt dann jedoch nicht mehr angemessen zu erfassen.

(16) Es ist gezeigt worden, wie über den Einzelnen eine Legitimation hergeleitet werden kann, indem die Bürger Europas als „doppelter Souverän“ verstanden werden. Berührungspunkte zu den Verfassungsppluralisten bestehen darin, dass ohne Hierarchisierung mehrere Hoheitsgewalten nebeneinander angeordnet werden, was eine konsequent liberal-demokratische Perspektive unter den Bedingungen kooperativ pluralisierter Hoheitsgewalt darstellt.

4. Souveränität oder Autonomie?

(17) Das Beispiel Griechenlands in der Euro-Krise zeigt, wie die Wirklichkeit nahezu alle Theoriegebäude zur Souveränität plant.

(18) Verfassungsppluralisten kommen ohne die Zuordnung absoluter, unitarischer und womöglich transzendentaler Macht aus, die sonst das Souveränitätsthema bestimmt. Deswegen ist der Blick frei für die Frage der Autonomie im Sinne einer Selbstbestimmung und für Mechanismen und Prinzipien, die diese Autonomie schützen, aber auch dafür, dass über die Europäischen Union und in der Europäischen Union selbstbestimmungsrelevante Handlungsspielräume gesichert, wiedergewonnen oder sogar völlig neu erschlossen werden können.

5. Zwischenergebnis

(19) Die Perspektive eines kooperativen Verfassungsppluralismus ermöglicht die Konzentration auf Konfliktminimierung, Interessenausgleich und damit Stabilität des Europäischen Verfassungsverbundes am besten.

(20) Für das europafreundliche Grundgesetz mit seinem Staatsziel Vereinigtes Europa gilt, dass die Öffnung der Verfassung für die europäische Integration die Verfassung nicht verkürzt oder amputiert, sondern sie erst vervollständigt. Deutschland als „Glieder in einem vereinigten Europa“ zu verorten, ist auch eine der Aufgaben und Funktionen der Verfassung.

VI. Ausblick – Die Verfassung im 21. Jahrhundert und die europäische Integration am Scheideweg

(21) Im Kontext der Euro-Krise wird eine Distanz zur Rolle des Europarechts wie des Verfassungsrechts deutlich, die gerade dem deutschen Rechts- und Verfassungsdenken in jüngerer Zeit entgegenschlägt. Umso mehr sollte es der deutschsprachigen Verfassungsrechtswissenschaft ein Anliegen sein, sprachlich wie konzeptionell international anschlussfähig zu sein, eben nicht nur im Sinne einer an Grenzen stoßenden Selbstbehauptung, sondern auch im Sinne einer Neigung zur Selbstinfragestellung („propensity to self-subversion“, Albert Hirschman).

(22) Die Euro-Krise hat zu einer neuen Dynamik und Selbstvergewisserung geführt, in der eine Vertiefung der Integration mindestens so wahrscheinlich ist wie das Gegenteil.

(23) Überlegungen zu einer Euro-Union bzw. zu einer vertieften politischen Integration würden in Teilen auch das nationale Verfassungsrecht, namentlich in Deutschland, vor neue Herausforderungen stellen.

(24) Bedenkenswert erscheint die Möglichkeit, bei einer Gesamtänderung die Verfassungsgrundlage neu zu bestätigen, wie dies in Österreich mit Art. 44 Abs. 3 B-VG vorgesehen ist.

VII. Schlussbetrachtung

(25) Es bleibt der Befund einer Wandlung der nationalen Verfassung durch ihre „überstaatliche Bedingtheit“. Diesen Befund zu leugnen führt ebenso wenig weiter wie binäre Gegenüberstellungen. Zugleich ist die Bedingtheit wechselseitig, weswegen man um die nationale Verfassung keine Sorge haben muss – aus Sicht des Verfassungspluralismus.

(26) Für diese Wandlung gilt es, in der internationalen Diskussion anschlussfähige Konzepte und skalierende Begriffe zu finden, die der veränderten Realität und der prozesshaften Entwicklung Rechnung tragen. Dies wird im Verlaufe des 21. Jahrhunderts Daueraufgabe für die Vereinigung bleiben.