



**Walter Hallstein-Institut**  
für Europäisches Verfassungsrecht

**Humboldt-Universität zu Berlin**

WHI - Paper 04/09

**Bericht über die mündliche Verhandlung des  
Bundesverfassungsgerichts zur Vereinbarkeit des Vertrags  
von Lissabon mit dem Grundgesetz am 11. und 12.  
Februar 2009\***

Dr. ULRICH KARPENSTEIN, Dr. STEPHAN NEIDHARDT, Maître en droit [Paris I], LL.M. [Köln]

\*HINWEIS: Der Text steht in keinem Zusammenhang mit der Tätigkeit von Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice als Prozessbevollmächtigter des Bundestages und wird mit freundlicher Genehmigung des Autors in die WHI-Paper-Serie aufgenommen.

**Bericht über die mündliche Verhandlung des Bundesverfassungsgerichts  
zur Vereinbarkeit des Vertrags von Lissabon mit dem Grundgesetz am 11.  
und 12. Februar 2009\***

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer auf zwei Tage angesetzten mündlichen Verhandlung am 11. und 12.2.2009 über das verfassungsrechtliche Schicksal des Vertrags von Lissabon beraten. Dieser Bericht gibt keinen chronologischen Abriss der Verhandlung, sondern stellt auf Grundlage der einführenden Stellungnahmen [unter I.] die wesentlichen Streitfragen aus Sicht des zweiten Senats dar [unter II.] und wagt eine – naturgemäß subjektive – Einschätzung des Prozessgeschehens [unter III.].

\* Dr. ULRICH KARPENSTEIN, BERLIN/BRÜSSEL

Dr. STEPHAN NEIDHARDT, Maître en droit [Paris I], LL.M. [Köln], BERLIN 2

## I. Einführende Stellungnahmen:

Vizepräsident VOBKUHLE machte gleich zu Beginn die historische Bedeutung der mündlichen Verhandlung zum Vertrag von Lissabon deutlich, indem er auf den diesjährigen 60. Geburtstag des Grundgesetzes hinwies, das sich „von Anfang an durch eine visionäre Offenheit für Europa“ auszeichnet habe. Kernfrage der Verhandlung sei allerdings nicht die politische Einordnung der Dynamik des Gemeinschaftsrechts, sondern deren rechtliche Bewertung anhand der Vorgaben des Grundgesetzes. Das „komplexe und nicht gerade bürgerfreundliche Vertragswerk“ sei mit Blick auf Demokratie, Gewaltenteilung und souveräne Staatlichkeit einzuschätzen, nicht aber stehe „die europäische Idee als solche“ zur Verhandlung. Schließlich wies er daraufhin, dass der Senat sich dazu entschlossen habe, vor der Erörterung von Zulässigkeit und Begründetheit der einzelnen Anträge und Beschwerden eine vorgezogene Erörterung des Vertragsinhalts durchzuführen, um angesichts gegenläufiger Stellungnahmen im Schrifttum sicherzustellen, dass „über denselben Vertrag“ gesprochen werde.

Berichtersteller DI FABIO bekräftigte angesichts des „nicht einfachen Verfahrensgegenstandes“ den Wunsch des Senats, wesentliche Grundlagen des Vertrags vorzuziehen. Er konkretisierte den Streitgegenstand auf die „Frage nach der Demokratie in Deutschland und Europa“, mithin darauf, in welchem Umfang und in welcher Weise „demokratische Organe in Deutschland“ die „Verantwortung für eine supranationale Ordnung“ übernehmen könnten.

Für den Antragsteller und Beschwerdeführer GAUWEILER sprach dessen Prozessbevollmächtigter MURSWIEK. Ihm zufolge erhält die EU mit dem Vertrag von Lissabon trotz sorgsamer Vermeidung „staatsanaloger Begriffe“ eine Verfassung; sie wandle sich „von einem wirtschaftspolitisch ausgerichteten Verbund zu einem staatsanalogen Konstrukt.“ Der Vertrag sei nicht nur ein „unlesbares Monstrum“ [Zitat OPPERMANN], sondern auch „auf Intransparenz geradezu angelegt“, zudem eine „Camouflage“ des gescheiterten Verfassungsvertrags. Der Vertrag bekenne sich zwar zur Demokratie; aber über das Demokratieverständnis der Regierungen sage „der Vertragstext mehr als Worte“. Er verbessere die demokratische Legitimation der EU nicht, sondern verschlechtere sie, auch sei das Vertragswerk im Bundestag im „Eilverfahren durchgezogen worden“, so dass eine substantielle Debatte, wie sie das BVerfG im Maastricht-Urteil gefordert habe, nicht möglich gewesen sei. Das Konzept der demokratischen Legitimität, wie es im Maastricht-Urteil entwickelt worden sei, trage nicht mehr, die „Legitimationsketten“ seien „gerissen“. Insbesondere das Europäische Parlament sei „weit von einer demokratischen Legitimität entfernt“, da es nicht in einem demokratischen Verfahren gewählt werde. Jedenfalls mit dem Vertrag von Lissabon sei die Grenze der nach dem Grundgesetz zulässigen Hoheitsrechtsübertragungen überschritten, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sei nur

noch als „Bekenntnis auf dem Papier erhalten“. Durch die „expansive Rechtsprechung des EuGH“ werde es weiter ausgehöhlt. Schließlich relativiere die Grundrechte-Charta die Menschenwürde und mache diese auch dort abwägbar, wo den Mitgliedsstaaten Gestaltungsspielräume eingeräumt seien.

Für die Antragsteller und Beschwerdeführer der Fraktion „Die Linke“ im deutschen Bundestag sprach zunächst nicht deren Prozessbevollmächtigter FISAHN, sondern der Fraktionsvorsitzende LAFONTAINE. Er führte aus, seine Fraktion wolle zwar die europäische Integration, werfe aber die Frage auf, ob eine „lebendige Demokratie“ in den Mitgliedstaaten erhalten bleibe. Je mehr Kompetenzen übertragen würden, desto mehr sei die demokratische Legitimation der EU in Gefahr; das Europäische Parlament könne diese nicht herstellen, da es kein Initiativrecht habe. Noch wichtiger sei aber, dass das Vertragswerk eine „bestimmte Wirtschaftsordnung“ festschreibe, „die gerade grandios gescheitert“ sei. Die EU sei „marktradikal verfasst“ und schreibe den „Abbau der sozialstaatlichen Verfassungen der einzelnen Mitgliedstaaten“ fest. Bezüglich eines Einsatzes deutscher Streitkräfte im Ausland verlieh LAFONTAINE seiner Überzeugung Ausdruck, die diesbezügliche Rechtsprechung des BVerfG zum Parlamentsvorbehalt sei „konstitutiv für unsere Verfassungsordnung“.

Für den Beschwerdeführer BUCHNER sprach dessen Prozessbevollmächtigter LANGGARTNER. Er hob ausdrücklich hervor, dass der Beschwerdeführer kein Gegner, sondern ein Befürworter der europäischen Integration sei, dies jedoch in den Grenzen des Grundgesetzes. Bedauerlicherweise sei es nicht gelungen, dem „Staatenbund EU ein demokratisches Korsett zu verleihen“, es fehle ein „Zwei-Kammern-System, das die Mitgliedstaaten“ hinreichend einbringe. Mit dem Vertrag von Lissabon werde ein „neuer Staatenbund gegründet, bzw. vorbereitet“, der Vertrag sei auch „nahezu unlesbar“, weil nur unter Rückgriff auf frühere Verträge zu verstehen. Schon weil auf der Grundlage dieses unlesbaren Vertrages im Bundestag debattiert worden sei, sei das Zustimmungsgesetz mangels substantieller Debatte im Sinne der Maastricht-Entscheidung nicht verfassungsgemäß.

Für die Beschwerdeführer im Verfahren 2 BvR 182/09 sprach der Beschwerdeführer und Prozessbevollmächtigte KERBER. Sein Hauptangriffspunkt war die zunehmende – insbesondere wirtschaftspolitische – Machtfülle der Kommission: Diese sei seit Maastricht zur „Hydra“ geworden, die „Minimalia der Gewaltenteilung“ seien in Brüssel „systemischer Gewaltenvermischung“ zum Opfer gefallen; in deutlich wirtschaftswissenschaftlich geprägter Diktion machte KERBER darin die Wandlung eines „ehemaligen Agenten“ zum „autokratischen Prinzipal“ aus. Festzumachen sei dies etwa an der „Erfindung des more economic approach“ im

Rahmen des europäischen Kartellrechts oder am Freiraum, den die Kommission „souverainistischen Staaten“ wie Frankreich etwa bei der Fusion Suez-GDF eingeräumt habe.

Auf Seiten der durch die Professoren TOMUSCHAT, PERNICE und MAYER vertretenen Antragsgegner sprach zunächst der Abgeordnete KRICHBAUM (CDU) für den Deutschen Bundestag. Nach seinem Dafürhalten ist der Vertrag von Lissabon unabdingbar für die Fortführung der europäischen Integration; „wer Nein zu Lissabon“ sage, sage „Ja zum Vertrag von Nizza.“ Die etwa 90 % Zustimmung für den Vertrag von Lissabon seien „ohne Mentalreservation“ zustande gekommen, insbesondere hätten sich die Bundestagsabgeordneten entgegen den Vorwürfen der Antragsteller „sehr wohl Gedanken gemacht.“ In der Tat bleibe die „lyrische Strahlkraft“ des Vertrags begrenzt, aber es gehe „nicht um Prosa, sondern um Politik.“ [VOß-KUHLE veranlasste dies zu der Bemerkung, „lyrischer hätte er nicht sein müssen“, „gute Belletristik“ hätte dem Senat gereicht.] Die EU werde demokratischer und transparenter; für diese „Parlamentarisierung der EU“ habe vor allem der Konvent mit seiner Mehrheit der (nationalen) Abgeordneten gesorgt. Dies zeige sich für die nationalen Parlamente bei der neuen Subsidiaritätskontrolle und weiteren neuen Mitwirkungs- und Gestaltungsrechten; bezüglich des Europäischen Parlaments sei nach dem Vertrag in nahezu allen Bereichen das Mitentscheidungsverfahren anzuwenden, zudem wähle das Parlament nunmehr den Präsidenten der Kommission. Die Mitgliedstaaten blieben auch weiterhin Herren der Verträge, allerdings ermögliche der Vertrag von Lissabon ein „gebündeltes, komprimiertes Auftreten von EU und Mitgliedstaaten.“ KRICHBAUM schloss mit der Einschätzung, Demokratie bedürfe der „Teilhabe, aber auch der Teilnahme“.

Für die Bundesregierung sprachen zum Abschluss der einführenden Stellungnahmen Außenminister STEINMEIER sowie Innenminister SCHÄUBLE. STEINMEIER legte den Akzent zunächst darauf, dass sich die „Zukunftsfähigkeit einer vergrößerten Union“ mit den institutionellen Grundlagen des Vertrags von Nizza „nicht sicherstellen ließ und lässt“. Ihm zufolge behebt der Vertrag von Lissabon nicht nur dieses Defizit, sondern leistet zugleich auch „handfeste Schritte zu mehr Transparenz und Kohärenz“. So werde das Europäische Parlament zum „vollwertigen Gesetzgeber“, dieses wähle auch den Kommissions-Präsidenten, schließlich gehe mit dem Vertrag von Lissabon eine deutliche Stärkung der nationalen Parlamente aufgrund der Einführung einer Subsidiaritätsrüge und -klage einher. SCHÄUBLE verlieh seiner Überzeugung Ausdruck, dass es auf die „zentrale Frage“, wie im „europäischen Mehrebenen-System der Wählerwille wirksam werden“ könne, keine einfache Antwort gebe. Erforderlich seien hinreichende „checks and balances“ und hierfür habe der Vertrag von Lissabon „mehr getan, als jeder Vertrag zuvor“. So liege insbesondere die Kontrolle über weitere Kompetenzübertragungen mit der neuen Subsidiaritätsklage „bei demjenigen Organ, dessen Kompetenzen betroffen“ sind. Das von den

Antragstellern vertretene Konzept von Souveränität, wonach „alles außer der unmittelbaren Wahrnehmung von Aufgaben“ einen Verlust darstelle, sei mit Blick auf den früheren Art. 24 GG und den jetzigen Art. 23 GG nicht das des Grundgesetzes. Schon die „Väter und Mütter des Grundgesetzes“ hätten in Herrenchiemsee „eine arbeitsteilige Ausübung der Souveränität vor Augen“ gehabt; dementsprechend sei eine Beteiligung Deutschlands an der europäischen Integration „Ausübung und gerade nicht Aufgabe der Souveränität“. SCHÄUBLE schloss, indem er das berühmte Diktum BÖCKENFÖRDES zur Demokratie variierte, und betonte, auch die demokratische Legitimation in der EU lebe „zum Teil von Voraussetzungen, die sie nicht selbst schaffen kann“. Umso wichtiger sei es, die mit dem Vertrag von Lissabon einhergehende „Parlamentarisierung des europäischen Integrationsprozesses“ zu ermöglichen.

## II. Kernpunkte der mündlichen Verhandlung

Besonderes Augenmerk fand in der Folge naturgemäß die Frage nach dem Ausmaß der mit dem Vertrag von Lissabon verbundenen Kompetenzübertragungen, dort insbesondere die Frage einer Übertragung von Strafgewalt auf die EU sowie diejenige nach der künftigen Verteilung der Mitwirkungsrechte in der WTO zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten [unter 2.]. Hiermit verbunden kristallisierte sich das durch den Vertrag von Lissabon eingeführte vereinfachte Änderungsverfahren des Art. 48 Abs. 7 EUV n. F. am zweiten Verhandlungstag als wesentliches Bedenken des Senats heraus [3.]. Zentrales Motiv der Verhandlung war allerdings ein spürbares Unbehagen der Richter in Bezug auf die Sicherung demokratischer Grundwerte des Grundgesetzes in einem „staatsanalogen Konstrukt“ [DI FABIO], das einerseits mit den Denkkategorien der überkommenen „Staatslehre des 19. Jahrhunderts“ [TOMUSCHAT, PERNICE] nicht sachgerecht erfasst würde, andererseits aber erhebliche Defizite bei der Entwicklung und Vertiefung eines eigenständigen „modernen Demokratieverständnisses“ [VOBKUHLE] aufweist [unter 1.].

### 1. Schritthaltende Demokratisierung der EU

Bereits gegen Ende des ersten Verhandlungstags trat offen zutage, dass dem Senat, insbesondere den Richtern VOBKUHLE und DI FABIO, die von den Prozessbeteiligten angebotenen Argumentationslinien zur Kernfrage einer „schritt haltenden Demokratisierung“ der EU im Sinne der Maastricht-Entscheidung als unzureichend erschienen: Während MURSWIEK für die Antragsteller zunächst mehrfach ausführte, die „Legitimationsketten“ zum „demokratischen Subjekt“, dem deutschen Staatsvolk, seien seit der Maastricht-Entscheidung „gerissen“, hielten die Antragsgegner dem entgegen, es sei den „Besonderheiten einer supranationalen Union Rechnung zu tragen“ [PERNICE], weshalb der „Baukasten der Staatslehre des 19. Jahrhunderts“ hier nicht passe [TOMUSCHAT]. Es wurde allerdings bald deutlich, dass der Senat sich weder die Position

der Antragsteller, noch die der Antragsgegner ohne weiteres zu eigen machen würde, die beide zunächst vorrangig (nur) um Widerlegung der Gegenposition bemüht schienen.

Aus den mehrfachen – und zunehmend drängenderen – Nachfragen der Richter ergab sich vielmehr der Eindruck, dass der Senat ein deutlich weitergehendes Erkenntnisinteresse verfolgte, das auf eine konstruktive Einbindung des von den Antragsgegnern postulierten „modernen Demokratieverständnisses“ in den von den Antragstellern hochgehaltenen demokratietheoretischen Rahmen des Grundgesetzes abzielte: So fasste der Berichterstatter DI FABIO die Schwierigkeiten des Senats in ein Bild, wonach die EU „hart am Bundesstaat segelt, ihn aber nicht erreichen will“. Diese Annäherung an einen Grenzbereich werfe doch die Frage auf, ob man nicht „näher an die staatliche Demokratie segeln müsste“. Am zweiten Verhandlungstag stellte DI FABIO andererseits klar, über den Topos der „gebrochenen Ketten“ brauche man nicht zu diskutieren, „das würde uns nur aufhalten“; die Vorstellung dass der „Starke am mächtigsten allein“ sei, stelle eine „typisch deutsche Fehlvorstellung“ dar. Zu fragen sei vielmehr, auf der Grundlage welchen Demokratiemodells das in der Gemeinschaft stattfindende „Pooling von Hoheitsrechten“ sich in der Organstruktur der EU wiederfinde, ob man vielleicht sogar ein neues, „wirklich gleichheitsgerecht gewähltes Organ“ als Ausgleich zum „dominierenden Grundsatz der Staatengleichheit“ benötige, oder ob ein solches in die „Organisationsfalle“ führe. Der Vorsitzende VOBKUHLE sekundierte mit der zunächst an PERNICE, später auch an MURSWIEK gerichteten Frage, ob Art. 23 GG mit der Inbezugnahme des Art. 79 Abs. 3 GG „nicht an den – sicher nicht extensiv zu verstehenden – Kern des Grundgesetzes erinnern“ solle und welche Beziehung zwischen diesem Kern und dem „modernen Demokratieverständnis“ der Antragsgegner bestünde, wie man also die „beiden Maßstäbe zusammenbringen“ könne. Später fügte er unter Verweis auf das Diktum KONRAD HESSES, Demokratie sei, „wenn die Minderheit zur Mehrheit werden“ könne, die weitere Frage hinzu, „wo denn die Opposition in diesem demokratischen Netzwerk“ sei.

MURSWIEK wiederholte daraufhin, er sehe „keine anderen Maßstäbe“, er sei bereit, sich „über jede in sich konsistente Alternative“ zu unterhalten, eine solche sei jedoch nicht ersichtlich. Seiner Meinung nach wäre zur Legitimation der fortschreitenden Integration ein „echtes Zwei-Kammer-System“ erforderlich, in dem das in freier und gleicher Wahl gewählte Europäische Parlament ein Initiativrecht haben müsste, während der Rat „vergleichbar dem Bundesrat“ die Interessen der einzelnen Mitgliedstaaten verträte. Dass diese Betrachtungsweise jedenfalls Teilen des Senats als zu rigoros erschien, wurde aus der direkten Nachfrage der Richterin OSTERLOH unmittelbar deutlich. Diese fragte sich mit Blick auf die von MURSWIEK neben der gleichen Wahl zum Parlament in Bezug auf die Kompetenzproblematik ebenfalls geforderte stärkere Beibehaltung der

Einstimmigkeit im Rat, „ob denn das Grundgesetz verfassungsrechtlich wirklich die Verwirklichung etwas politisch Unmöglichen“ fordere. Die Einstimmigkeit im Rat bedeute letztlich Handlungsunfähigkeit, eine gleiche Wahl zum Parlament sei ohne die – angesichts ihrer daraus folgenden Bedeutungslosigkeit nicht zu erzielende – Zustimmung der kleinen Staaten nicht denkbar.

Auf die Entgegnung MURSWIEKS, er glaube nicht, dass das Grundgesetz „unerfüllbare Forderungen“ aufstelle, dieses bilde allerdings „Kriterien“, an denen die Gemeinschaft sich ausrichten müsse, folgte eine pointierte Nachfrage der Richterin LÜBBE-WOLFF. Diese warf die Frage auf, ob der Konzeption MURSWIEKS nicht die „Idee eines demokratischen Willens“ zugrunde liege, „der auf bloße Verhinderung gerichtet“ sei und ob für einen „demokratischen Gestaltungswillen“ nicht die Mehrheitsentscheidung im Rat der „demokratischere Modus“ sei, damit nicht jeder Mitgliedstaat jede Initiative verhindern könne. In eine ähnliche Richtung zielte eine spätere Wortmeldung MELLINGHOFFS, ob die erweiterte „Einbeziehung der nationalen Parlamente nicht einen ganz bedeutenden Fortschritt im Rahmen der „föderalen Demokratie“ mit sich bringe. DI FABIO stellte demgegenüber die Frage, ob denn der Mehrheitsentscheid überhaupt zum „staatsanalogen Integrationsverbund“ passe, ob ein ggf. neuzuschaffendes Repräsentationsorgan denn überhaupt zur demokratischen Legitimation ausreichen würde, oder ob nicht eine „erhebliche Anpassung der Organstrukturen erforderlich“ sei, um die Möglichkeit einer „politischen Mehrheitsbildung“ zu schaffen. Während MURSWIEK auf der Basis seines ohnehin weitgehenden „Anforderungskatalogs“ letzteres verneinte und sich angesichts des „zweiten Legitimationsstrangs über den Rat“ mit einer gleichen Wahl zum Parlament begnügen wollte, waren die Antragsgegner aufgerufen, sich inhaltlich näher mit den Bedenken des Senats auseinander zusetzen.

Für diese wies zunächst PERNICE darauf hin, dass ein kontinuierlicher Ausbau des europäischen Legitimationsstrangs insbesondere über die Unionsbürgerschaft und die mit dem Vertrag von Lissabon eingeführte Möglichkeit einer europäischen Bürgerinitiative erfolge. Erstere sei zeitgleich mit Art. 23 n. F. des Grundgesetzes geschaffen worden; der Verfassungsgeber habe hier und mit der Einführung des Kommunalwahlrechts für EU-Ausländer in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 diese Demokratisierungstendenz anerkannt und begleiten wollen. Zur Frage DI FABIOS nach der Notwendigkeit der Schaffung eines neuen „gleichheitsgerechten“ Organs äußerte PERNICE sich ablehnend, „solange an die Staaten angeknüpft“ werde; eine wirklich gleichheitsgerechte Wahl zu einem solchen Organ sei zwangsläufig nachteilig für die kleinen Mitgliedstaaten, da etwa Malta dann nur eine „Nullrepräsentanz“ erhalte, das Europäische Parlament in seiner jetzigen Form sei demgegenüber „Ausdruck einer Konkordanzdemokratie“. Das Mitglied des Europäischen

Parlaments BROK (CDU) wie auch der Prozessbevollmächtigte MAYER wiesen auf weitere Elemente einer Stärkung der Demokratie in Europa hin. Hierzu zählten die Erlangung der vollen Haushaltskontrolle und die Wahl des Kommissionspräsidenten durch das Parlament, ferner die Stärkung der nationalen Parlamente und die Einführung der „doppelten Mehrheit“ als Korrektiv im Rat zur Verhinderung einer „Majorisierung einer Mehrheit der Bürger“ durch eine im Parlament stärker repräsentierte Minderheit. TOMUSCHAT wies auf die frühe Rechtsprechung des StIGH hin, nach der gerade die „Unterwerfung unter völkerrechtliche Bindungen Inhalt der Souveränität“ sei.

Zur Frage VOBKUHLES nach dem Vorhandensein einer Opposition im System der EU räumte der EP-Abgeordnete BROK ein, diese gebe es im klassischen nationalstaatlichen Sinne mangels Regierung naturgemäß nicht. Hierdurch werde aber zugleich ermöglicht, dass kein parteipolitischer Fraktionszwang auf den einzelnen Abgeordneten herrsche, dieser vielmehr eine größere Handlungsfreiheit besitze. Dies führe zu einer – wünschenswerten – „Auseinandersetzung nicht zwischen Fraktionen, sondern zwischen inhaltlichen Positionen“. PERNICE bezeichnete dieses Phänomen als „wechselnde interne Kontrollkoalitionen“, die nicht „parteipolitisch ausgerichtet“ seien und sich jeweils im Moment der Entscheidungsfindung als „Opposition artikulieren“ könnten. Als Beispiel führte er die konzeptionelle Neuausrichtung der umstrittenen Dienstleistungs-Richtlinie unter maßgeblicher Einflussnahme des Europäischen Parlaments an. In diesem System sei „das Muster etwas anders gestrickt“, aber es bestünden auch hier „checks and balances innerhalb und zwischen den Organen“. Auf die kritische Nachfrage DI FABIOS, es sei für eine „politische Union doch misslich“, dass das politische Element weitgehend fehle, wie man dieses „denn politisieren“ könne, um eine „Zurechnung auf Parteien“ zu ermöglichen, merkte BROK an, es sei absehbar, dass die politischen Richtungen in Europa demnächst mit ihren Kandidaten für die Kommissionspräsidentschaft in den Wahlkampf zögen. PERNICE stellte darüber hinaus Überlegungen an, ob sich vielleicht in Zukunft angesichts der steigenden Bedeutung des Europäischen Parlaments grenzüberschreitende Parteien herausbilden könnten.

## 2. Erhalt substantieller Entscheidungsbefugnisse

In der Diskussion der Kompetenz-Übertragungen wurden zunächst die bekannten Schätzungen und Statistiken ausgetauscht: Während MURSWIEK seitens der Antragsteller auf das Diktum HERZOGS verwies, 80 % der deutschen Gesetze seien gemeinschaftsrechtlich beeinflusst, hielt PERNICE dem entgegen, der „Mythos von den 80 %“ sei falsch; Studien aus anderen Mitgliedstaaten hätten Größenordnungen zwischen 6 und 14 % ergeben. MURSWIEK führte weiter aus, dass angesichts der Vergemeinschaftung der 3. Säule und der Überführung einer Vielzahl von

Materien in den Mehrheitsentscheid die Gemeinschaft mittlerweile „mehr oder weniger für alles Kompetenzen“ habe, auch wenn diese nicht ganz flächendeckend seien. Im Zusammenspiel mit der „extensiven Rechtsprechung des EuGH“, die ein „integrationistisches Modell“ vertrete und der Flexibilitätsklausel des Art. 48 Abs. 6 und 7 des AEUV bleibe für den Bundestag damit „nichts übrig als untergeordneter Vollzug“. DI FABIO fragte daraufhin kritisch zurück, ob das von MURSWIEK heraufbeschworene Bild nicht vielleicht eine „Überzeichnung“ darstelle, ob es denn wirklich so sei, dass „das ganze System“ angesichts der „Intervention aus dem Bereich der Grundfreiheiten und des Binnenmarkts“ nicht mehr sinnvoll funktionieren könne. Er stellte die Frage in den Raum, ob die Mitgliedstaaten „denn wirklich die gesamte Gestaltungsfreiheit“ verlören, oder ob man mit „derartigen Querschnittseingriffen“ nicht leben müsse. MURSWIEK räumte ein, dass diese Eingriffe „teilweise nur punktuell“ seien, es gehe nichts desto trotz um eine „Frage des Gleichheitssatzes für den nationalen Bürger“, wenn derartige „Einengungen des finanziellen Spielraums“ seitens der Gemeinschaft vorgegeben werden könnten.

Demgegenüber wies MAYER daraufhin, dass der Vertrag von Lissabon vor allem Bestehendes neu gefasst habe und auf Drängen der neuen Mitgliedstaaten aus dem Osten zur „Autonomie- und Souveränitätsschonung“ nicht nur die neue Vertragsabrundungskompetenz des Art. 352 AEUV einem Vetorecht der nationalen Parlamente unterstellt habe, sondern auch die Möglichkeiten eines Übergangs zur Mehrheitsentscheidung durch die „Notbremse“ des neuen Art. 4 Abs. 2 EUV und ihren Vorbehalt der nationalen Verfassungsgrundsätze begrenzt habe. Auch sei das Bild von der Übertragung von Kompetenzen als System „kommunizierender Röhren“ falsch, da manche Aufgaben der Staaten heute nur noch auf Ebene der EU erfüllt werden könnten. PERNICE schloss sich dem an und führte aus, der Bundestag verstehe dies „eher als Schaffung von neuen Möglichkeiten zur wirksamen und demokratisch kontrollierten Wahrnehmung zukunftswirksamer Aufgaben“. Der Bundestagsabgeordnete SILBERHORN (CSU) warnte nachdrücklich davor, nur auf die abstrakte Frage nach den Kompetenzverlagerungen zu blicken. Ihm als Abgeordnetem sei „nicht geholfen, wenn wir feststellen, wie all-gemein die Kompetenzen übertragen sind“, das Problem liege aus der Perspektive der Parlamentarier vielmehr in der „praktischen Wahrnehmung dieser Kompetenzen“, mithin in den Sanktionsmechanismen. Diesbezüglich bringe der Vertrag von Lissabon mit der Subsidiaritätsklage der nationalen Parlamente und dem zu deren Wahrnehmung geschlossenen Vertrag zwischen Bundesregierung und Bundestag einen erheblichen Fortschritt. Zwischenzeitlich hatte sich das von MURSWIEK geprägte Bild einer Kompetenz-„Salami“, von der mindestens die Hälfte in der Hand der deutschen Gesetzgebung bleiben müsse, zum „running gag“ der Verhandlung entwickelt, nachdem LANDAU mit Blick auf die Übertragung von Strafgewalt fragte, ob es nicht entscheidend auf die „Konsistenz der Wurst“

ankomme. SILBERHORN entgegnete darauf mit der schönen Formulierung, ausschlaggebend seien nicht „Inhalt, Konsistenz oder was übrig bleibt“, sondern vielmehr „wer das Messer führt“.

Kritische Fragen des Senats richteten sich in diesem Zusammenhang auf einzelne Kompetenzübertragungen im Lissabon-Vertrag, insbesondere die Annexkompetenz zur Festlegung von Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen in harmonisierten Rechtsgebieten aus Art. 83 Abs. 2 des AEUV sowie die Erweiterung der Vertragsabschlusskompetenzen im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik durch Art. 207 des AEUV. Zur Übertragung der Kompetenz für die Schaffung von Mindestvorschriften für das allgemeine Strafrecht verlieh insbesondere LANDAU seiner kritischen Haltung durch mehrfache Nachfragen an SCHÄUBLE, MAY-ER und den Bundestagsabgeordneten MONTAG (Grüne) deutlichen Ausdruck. LANDAU stellte in den Raum, ob nicht für Gegenstände der strafrechtlichen „ultima ratio“ – wie etwa die umstrittene Thematik der Sterbehilfe – ein „Meinungsbildungsprozess“ in der mitgliedstaatlichen Öffentlichkeit und den nationalen Parlamenten erforderlich sei. MAYER entgegnete dem, dass Art. 83 Abs. 2 AEUV nur eingreife, wenn eine Hauptkompetenz der Gemeinschaft bestehe, dass naturgemäß „der Griff zum Strafrecht die ultima ratio“ bleiben müsse und die getroffene Regelung sowohl einen politischen Prozess in den Mitgliedstaaten erforderlich mache, als auch die „Notbremse“ des Art. 83 Abs. 3 AEUV für grundlegende Werte der jeweiligen Strafrechtsordnungen vorsehe. Der Abgeordnete MONTAG ergänzte, er nehme den in Art. 83 Abs. 3 AEUV enthaltenen Vorbehalt zugunsten „grundlegender Aspekte“ der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen „ernst“. Er sei auch gewillt, ggf. von seinem Recht auf Selbstbefassung im Bundestag Gebrauch zu machen, um ein Veto der Bundesregierung im Rat zu erzwingen; dieses „Selbstbewusstsein und Verantwortungsbewusstsein“ könne man den Abgeordneten zutrauen.

Neben Art. 83 Abs. 2 AEUV wurde auch die Überführung der gemeinsamen Handelspolitik in eine ausschließliche Kompetenz der EU durch Art. 207 des AEUV von einigen Senatsmitgliedern ausgesprochen kritisch beleuchtet. So fand LÜBBE-WOLFF in scharfem Kontrast zu PERNICE es „nicht gemütlich“, dass die Mitgliedstaaten in den WTO-Runden künftig zwar mit 27 Stimmen, aber nur einem Verhandlungsmandat säßen, während DI FABIO die Frage aufwarf, ob Deutschland „im Prozess der Globalisierung nicht ein Instrument aus der Hand“ gäbe, das von großer Bedeutung für die Sicherung von Standort und Arbeitsplätzen sei. PERNICE entgegnete dem, dass die Wahrnehmung deutscher Interessen „auf der globalen Bühne über die EU vielmals wirkungsvoller“ sei, zudem sei den nationalen Interessen bei der Abstimmung auf EU-Ebene Rechnung getragen. Schließlich stehe der auf WTO-Ebene verhandelnde EU-Kommissar unter „ständiger Kontrolle der Vertreter“ der Mitgliedstaaten. MAYER verwies ergänzend auf die

Sicherungsklauseln des Art. 207 Abs. 4, die in für die Mitgliedstaaten besonders sensiblen Bereichen einen einstimmigen Beschluss über das Verhandlungsmandat vorschreiben.

### 3. Erlangung einer Kompetenz-Kompetenz über das vereinfachte Änderungsverfahren des Art. 48 Abs. 7 des EUV n. F.

Besonders kontrovers wurde gegen Ende der Verhandlung schließlich auch das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren in Art. 48 Abs. 7 des EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon diskutiert, nach dem ein Übergang von der Einstimmigkeit zur Mehrheitsentscheidung durch einstimmigen Beschluss im Rat zulässig sein soll, wenn innerhalb von sechs Monaten kein nationales Parlament diesen Beschluss ablehnt. Während PERNICE für den Bundestag ausführte, in dieser Regelung liege letztlich ein schon jetzt vom Bundestag abgesegneter „vorweggenommener Übergang zur qualifizierten Mehrheit unter einer aufschiebenden bzw. auflösenden Bedingung“, fragte LÜBBE-WOLFF die Antragsgegner nachdrücklich, ob in diesen Fällen nicht eine gesetzgeberische Umsetzung erfolgen müsse, die aus mehr bestünde, als dem „bloßen Liegenlassen“. TOMUSCHAT entgegnete darauf, bei Art. 48 Abs. 7 EUV handele es sich in der Sache nicht wirklich um eine Vertragsänderung, sondern eher um eine „Verfahrensmodalität“. Er zog insoweit eine Parallele zu Exekutivabkommen wie auch zu Art. 80 GG, nach dem es ausreiche, wenn eine Delegation hinsichtlich ihres Sachbereichs hinreichend bestimmt sei. Bezüglich des Abstimmungsverfahrens im Rat gehe es letztlich um ein „Haus-gut der Exekutive“, über das ohne parlamentarische Entscheidung entschieden werden könne. MURSWIEK hielt dieser Auffassung entgegen, der Übergang von der Einstimmigkeit zur Mehrheitsentscheidung sei mitnichten eine „kleinere verfahrensrechtliche Variante“, ein bloßes Vetorecht des Parlaments sei hier unzureichend, die mit einer solchen Entscheidung verbundene „Verfassungsänderung durch Bundesgesetz“ sei „ein Ding der Unmöglichkeit“.

### III. Einschätzung und Versuch einer Prognose

Politische Kommentatoren waren sich darin einig, dass das Bundesverfassungsgericht Lissabon-Vertrag und/oder Begleitgesetz kaum unbeanstandet lassen werde. Nach den Eindrücken der mündlichen Verhandlung käme es in der Tat nicht ganz überraschend, wenn der Senat jedenfalls das Begleitgesetz zum Vertrag von Lissabon insoweit für verfassungswidrig erklärte, als dieses z.B. eine „Vertragsänderung“ nach Art. 48 Abs. 7 des AEUV ohne ausdrückliche Zustimmung des Bundestages ermöglicht. Eine derartige Entscheidung stünde zwar in gewissem Widerspruch zu dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht die gegen den Amsterdam-Vertrag gerichteten Verfassungsbeschwerden, trotz vergleichbarer Vorschriften, nicht zur Entscheidung angenommen hat. Sie läge jedoch auf der zum Europäischen Haftbefehl eingeschlagenen Linie

eines Zugriffs auf „ausgreifende“ gemeinschaftsrechtliche Regelungen über den Hebel der deutschen Umsetzungsvorschriften.

Darüber hinaus deutet eine Nachfrage LÜBBE-WOLFFS gegenüber MURSWIEK, ob denn die von ihm beanstandeten Kompetenzübertragungen eo ipso verfassungswidrig sein müssten, oder ob nicht eine „ultra vires“-Kontrolle über die Solange-Rechtsprechung ausreichen könne, die gegen Ende der Verhandlung von DI FABIO noch einmal aufgegriffen wurde, möglicherweise an, dass der Senat eben diese Rechtsprechungslinie reaktivieren und mit konkreten Vorgaben füllen könnte. Für mögliche Vorüberlegungen des Senats in diese Richtung spricht auch eine weitere Nachfrage des Richters GERHARDT, der zur Debatte stellte, wie man den mit einer solchen Reaktivierung freigesetzten „Spaltpilz“ eigentlich „wieder einfangen“ könne. MAYER schlug diesbezüglich in Anlehnung an die Maastricht-Entscheidung des dänischen Verfassungsgerichtshofs den Weg über eine verfahrensmäßige Absicherung durch vorangehende Vorlage zum EuGH vor, die allerdings mit der bisherigen Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts nur schwer vereinbar wäre. Es erscheint in diesem Zusammenhang einer möglichen „Wiederbelebung“ der Solange-Kriterien auch durchaus denkbar, dass diese um einen dritten, spezifisch demokratiebezogenen Vorbehalt ergänzt würden.

Alles in allem erscheint eine Verfassungswidrigkeitserklärung des gesamten Lissabon-Zustimmungsgesetzes zwar nicht ausgeschlossen, wohl aber unwahrscheinlich. Ebenso unwahrscheinlich erscheint es indes, dass der Senat die angegriffenen innerstaatlichen Rechtsgrundlagen unbeeinträchtigt passieren lässt. Es war deutlich spürbar, dass zwar die Mehrheit der Richter das demokratie- und markttheoretische Vorverständnis der Beschwerdeführer nicht teilt, jedoch um Antworten auf die Frage ringt, wie die fortschreitende Integration auf demokratischere Grundlagen gestellt werden kann, ohne dabei die konstruktive deutsche Beteiligung insgesamt in Frage zu stellen.

Dr. ULRICH KARPENSTEIN

Dr. STEPHAN NEIDHARDT