



ALBERT-LUDWIGS-
UNIVERSITÄT FREIBURG

Institut für Öffentliches Recht

Volksabstimmung über den
Lissabonner Vertrag?

von

Oliver Sauer

Die gedruckte Fassung ist erschienen in:
Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.) 2008, S. 581-585
- mit freundlicher Genehmigung des Boorberg-Verlags -

© Oliver Sauer, 2009

Dieses Paper kann heruntergeladen werden unter
<http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers.php>

Papers und Preprints aus dem IÖR

März 2009

ABHANDLUNGEN

Volksabstimmung über den Lissabonner Vertrag?

Von Wiss. Angestellten Oliver Sauer, Freiburg*

Anders als z. B. im benachbarten Österreich war der Vertrag von Lissabon in Deutschland innenpolitisch kaum ein Thema. Dies mag auch daran liegen, dass sich die Frage nach einer Einbeziehung des Volkes in den Lissabon-Prozess nach verbreiteter Ansicht nach dem Grundgesetz ohnehin nicht stellte. Der überblicksartige Beitrag räumt mit diesem Missverständnis auf und weist den Weg zur verfassungsprozessualen Implementierung. Die Frage bleibt nach dem irischen Nein zu Lissabon von Bedeutung: Dass der Reformvertrag insgesamt politisch scheitert, ist nicht zu erwarten.

I. Einführung

An gewichtigen Stimmen in der Literatur, die schon für Maastricht und den dereinst geplanten Verfassungsvertrag grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet hatten, hat es in der Vergangenheit nicht gefehlt. Der „point of no return“ hin zu einem europäischen Bundesstaat sei überschritten¹, der Union komme eine „Kompetenz-Kompetenz in materieller Hinsicht“ zu². Die Frage der Grundgesetzkonformität der europäischen Integration stellt sich für den Lissabonner Reformvertrag ohne Abstriche erneut.

Diese Frage indes soll hier nicht behandelt werden³. Verwiesen sei insoweit nur auf die (zutreffende) Einschätzung des Auswärtigen Amtes, der Reformvertrag übernehme „die wesentlichen inhaltlichen Fortschritte des Verfassungsvertrages“⁴; die rechtlichen Schlüsse hieraus möge jeder selbst ziehen⁵. Behandelt werden soll vielmehr die Frage, was, fehlende Verfassungskonformität unterstellt, gilt und gelten soll. Der Ratifizierungsprozess zu Lissabon läuft. In der Mehrzahl der Mitgliedstaaten ist er bereits abgeschlossen, in Polen und Finnland steht er kurz davor, in Irland ist er per Referendum einstweilen⁶ gescheitert. In Deutschland hat der Reformvertrag am 24. 4. 2008 den Bundestag, am 23. 5. 2008

4 URL: <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Europa/LissabonVertrag/ReformvertragInhalt.html>; ebenso z. B. *Dutheil de la Rochère/Chaltiel*, RMCUE 2007, 617; *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, 473/474; wohlwollend *Rabe*, NJW 2007, 3153/3157; *König/Nguyen*, ZJS 2008, 140; auch *Mayer*, ZaöRV 67 (2007), 1141/1184; mit kritischem Unterton *Terhechte*, EuZW 2007, 521; *Jahn*, NJW 2008, 1788. – Einen qualitativen Sprung im Vergleich zu vorherigen Rechtszuständen bedeutet insbesondere die weitgehende Vergemeinschaftung der sog. dritten Säule der Unionspolitik, s. Art. 4 Abs. 2 j, Art. 67 ff. i. V. m. Art. 288 ff. AEUV i. d. F. des Vertrages von Lissabon (ABl. C 115 v. 9. 5. 2008, S. 47 ff.); kurzer Überblick über weitere neue Kompetenzfelder bei *Pernice*, EuZW 2008, 65. – Ausführliche Darstellung der Neuerungen nach Lissabon nunmehr bei *Terhechte*, EuR 2008, 143/147 ff.; umfassend *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, passim.

5 Vgl. auch *Weber*, EuZW 2008, 7/14: Der Reformvertrag führe unabhängig von der Titulatur zu „ebenso viel (oder wenig) ‚Verfassung‘ wie der ‚Verfassungsvertrag‘“. Zuspitzend *Moussis*, RMCUE 2008, 161: „une constitution sans en avoir le titre“; ähnlich *Hitzel-Cassagnes*, KJ 2008, 134/137: „semantische Verschiebung“; milde dagegen *Papastamkos/Schwab*, EuZW 2008, 161: der Reformvertrag enthalte „eine ganze Reihe von verfassungsähnlichen Erbschaften“. Bemerkenswerter Perspektivenwechsel jüngst bei *Hatje/Kindt*, NJW 2008, 1761/1768: „Europäische Verfassung lediglich ein rhetorisch überladener Vorläufer des Vertrags von Lissabon“; zutreffend dagegen *Oppermann*, DVBl. 2008, 473/476: „Es soll so viel wie möglich von der Substanz des Verfassungsvertrags (und damit indirekt vom Entwurf des Verfassungskonvents) gerettet werden, jedoch in einer so schwer erkennbaren Weise, dass Euroskeptikern kein Anlass zur nochmaligen Ablehnung einer ‚Verfassung‘ gegeben wird“.

6 Trotz der vorausgeschickten Beteuerung von Kommissionspräsident *Barroso*, für den Fall eines irischen Neins zu Lissabon gebe es „keinen Plan B“ (Reuters UK v. 29. 5. 2008, URL: <http://uk.reuters.com/article/reutersEdge/idUKORM93411720080529>), muss man wohl kein allzu großer Prophet sein, um zu sehen, dass es einen solchen geben wird: Wie schon beim im ersten Durchgang ebenfalls gescheiterten Vertragswerk von Nizza wird auch zum Vertrag von Lissabon in Irland ein zweites Referendum stattfinden (dies nicht ganz zu Unrecht bereits für „Plan D“ haltend und einen alternativen „Plan E“ offerierend *T. G. Ash*, Der Standard v. 21. 6. 2008, S. 39), spätestens zeitgleich mit der Europawahl 2009. Jedenfalls aber scheint es ausgeschlossen, dass Irland durch sein Nein den Reformprozess insgesamt torpedieren könnte.

* Der Autor ist Assistent am Institut für Öffentliches Recht der Universität Freiburg (Lehrstuhl Prof. Dr. *Dietrich Murswiek*).

1 Für den Vertrag von Maastricht *Murswiek*, Der Staat 32 (1993), 161/168 ff., 179 ff.

2 Vgl. für den Vertrag über eine Verfassung für Europa *Broß*, in: Festschrift für *Hablitzel*, 2005, S. 62: Es bedürfe schon „großer Anstrengungen“, um der Flexibilitätsklausel in Art. 17 Abs. 1 des Konventsentwurfs „keine Kompetenz-Kompetenz in materieller Hinsicht“ beizumessen. – Zu den Souveränitätsverlusten durch die und seit der Währungsunion knapp und eindrücklich jüngst *ders.*, JZ 2008, 227/231 f.

3 Eingehende Analyse jetzt bei *Murswiek*, Der Vertrag von Lissabon und das Grundgesetz, S. 26 ff. (abrufbar unter: <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/gutachten>).

den Bundesrat passiert. Überschreitet das Vertragsprogramm die Integrationsgrenzen nach dem Grundgesetz⁷, ist die Zustimmung verfassungswidrig und damit gegenstandslos⁸. Was kann, soll, muss für diesen Fall geschehen?

Von besonderem Interesse in diesem Zusammenhang ist die Frage nach Zulässigkeit (II.) und Gebotenheit (III.) einer Volksabstimmung. So zulässig und geboten, stellt sich die Anschlussfrage, wie und in welchem Verfahren sie realisiert werden könnte (IV.). Nach einem verfassungsprozessualen Exkurs mit praktischer Rückbindung (V.) beschließt ein auch rechtspolitisch motivierter Ausblick die verfassungsdogmatische Darstellung (VI.).

II. Zulässigkeit einer Volksabstimmung

1. Prinzipielle Unzulässigkeit von Volksabstimmungen?

Festzuhalten bleibt zunächst, dass – entgegen der unbegründeten Behauptung des damaligen Bundeskanzlers *Schröder*⁹ – das Grundgesetz kein ausdrückliches Verbot von Volksabstimmungen kennt¹⁰. Namentlich Art. 29 GG eröffnet bezüglich der Länderneugliederung die Möglichkeit von Volksbegehren, Volksbefragung und Volksentscheid. Überdies verweist Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ausdrücklich darauf, dass die Staatsgewalt vom Volke in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt wird.

Die zitierten Vorschriften haben zwar (auch) Volksabstimmungen im Blick¹¹. Plebiszitäre Elemente, insbesondere Volksgesetzgebung, sind über den Bereich der Art. 29, 118, 118 a GG hinaus jedoch im Grundgesetz derzeit verfahrensmäßig nicht vorgesehen¹² und daher nach nicht zweifelsfreier h. M.¹³ unzulässig¹⁴. Das Volk würde, folgte man dem nicht, insoweit allerdings ohnehin nur als *pouvoir constitué* tätig, als eine (gesetzgebende) Gewalt neben den übrigen im Grundgesetz verfassten, also innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes einschließlich Art. 79 Abs. 3 GG¹⁵. Jedenfalls aus diesem Grunde kann Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG im Ergebnis nicht weiterhelfen, Art. 29 GG hingegen schon mangels sachlicher Einschlägigkeit nicht.

2. Entscheidung des *pouvoir constituant* gemäß Art. 146 GG?

Grundsätzlich ist der *pouvoir constituant* mit der Verfassunggebung gebunden. Die Staatsgewalt wird von den *pouvoirs constitués* im Rahmen der Verfassung ausgeübt. Der *pouvoir constituant* ist durch die Verfassunggebung zwar nicht „verbraucht“. Er kann allerdings – im Grundsatz – die politische Bühne nicht mehr betreten, es sei denn im Wege der Revolution¹⁶. Nur im Grundsatz gilt dies deshalb, weil der Verfassungsgeber selbst sich bei der Verfassunggebung eine legale Aktionsmöglichkeit vorbehalten kann¹⁷.

Ein solches Einfallstor für den *pouvoir constituant* in die grundgesetzliche Ordnung¹⁸ könnte Art. 146 GG darstellen. Art. 146 GG n. F. legt fest, dass das Grundgesetz seine Gültigkeit an dem Tage verliert, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die vom deutschen Volk in freier Entscheidung beschlossen worden ist. Dem Wortlaut nach ermächtigt Art. 146 GG somit, von der „Freiheit“ der Entscheidung abgesehen¹⁹, zur voraussetzungslosen Verfassungsablösung. Die verfassungsgebende Entscheidung ist dabei nicht zwingend eine Volksabstimmung – in Betracht käme insbesondere auch eine verfassungsgebende Nationalversammlung –, kann aber eine solche sein²⁰.

Die Bedeutung des Art. 146 GG ist in der Lehre überaus umstritten. Vor der Neufassung im Zuge der Wiedervereinigung²¹ war vor allem strittig, ob die Wiedervereinigung Tatbestandsvoraussetzung für seine Anwendung war, ferner, ob Art. 146 GG a. F. neben Art. 23 Satz 2 GG a. F. zur Anwendung kommen sollte (sog. Draufsatteltheorie) oder die beiden Vorschriften nur alternativ angewendet werden konnten mit der Folge, dass mit einem Beitritt nach Art. 23 Satz 2 GG a. F. Art. 146 GG a. F. funktionslos würde²². Nach der Neufassung ist das Meinungsbild noch weit

bunter: Das Spektrum reicht von der an Art. 79 Abs. 3 GG gebundenen und auf ein auf Verfassungsebene ausgestaltetes Verfahren angewiesenen Möglichkeit zur Verfassungsrevision²³ bis zur rechtlich wie zeitlich unbeschränkten verfassungsunmittelbaren Möglichkeit der Verfassungsablösung mit einfacher Mehrheit²⁴, es sei denn, man versteht die Vorschrift von vornherein schon nur als entbehrlichen, weil deklaratorischen Hinweis auf die immer bestehende revolutionäre Handlungsoption des *pouvoir constituant*²⁵.

Die Auslegungsprobleme des Art. 146 GG²⁶ sind – mit *Lerche* – „letztlich die Früchte der Ursünde der Neufassung (...): die fast ungenießbare Verquickung der beiden strukturell unterschied-

- 7 Dazu am Fallbeispiel einer fiktiven „Europäischen Verfassung (EuVerf)“ ausführlich *Sauer*, NWVBl. 2008 [im Erscheinen]. – Rechtsvergleichender Blick jüngst bei *P. M. Huber*, in: IPE II, 2008, § 26 RdNrn. 83 ff. m. w. N.
- 8 Scheitert das innerstaatliche Zustimmungsverfahren, unterbleibt auch die nachfolgende völkerrechtliche Ratifikation, vgl. nur *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 10 RdNr. 17. – Zu prozesspraktischen Fragen ergänzend unten V.
- 9 Vgl. sueddeutsche.de v. 15. 7. 2004 (URL: <http://www.sueddeutsche.de/ausland/artikel/375/35340/>).
- 10 Vgl. dazu *Elicker*, ZRP 2004, 225 ff. mit Erwiderung von *Herbst*, ZRP 2005, 29 ff.; vertiefend *Herbst*, in: Kadelbach (Hrsg.), Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, S. 81 ff.
- 11 Für Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG z. B. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 9. Aufl. 2007, Art. 20 RdNr. 4.
- 12 Größere Diskussionen, solche einzuführen, zuletzt unter „Rot-Grün“ (s. BT-Drs. 14/8503); Vorschläge insoweit wieder von FDP, Bündnis 90/Die Grünen und der Linksfraktion (s. BT-Drs. 16/474, 16/680, 16/1411).
- 13 Vgl. z. B. *Volkmann*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2008, Art. 20 RdNr. 59; *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 20 RdNr. 32.
- 14 Abweichend *Stein*, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Stand: August 2002, Art. 20 Abs. 1-3 III RdNrn. 51 f.: Einführung direktdemokratischer Elemente auch durch den einfachen Gesetzgeber.
- 15 Zu der auf *Sieyès* zurückgehenden Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* (verfassungsgebende Gewalt) und *pouvoirs constitués* (verfasste Staatsgewalt) im Überblick *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 6 RdNrn. 1 ff.; *Murswiek*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: April 2008, Präambel RdNrn. 103 f.; zur historischen Prägung der Lehre durch *Sieyès* s. *Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, S. 26 ff.
- 16 S. statt aller *Murswiek*, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 17 ff.
- 17 Vgl. *Dreier*, in: ders., Grundgesetz, Bd. 3, 2000, Art. 146 RdNr. 23; auch *Murswiek* (Fußn. 16), S. 250 f.
- 18 Nach *Murswiek* (Fußn. 15), Präambel RdNrn. 132, 175 f. mit Fußn. 435; *dems.* (Fußn. 16), S. 149 f. ist Regelungsgegenstand des Art. 146 GG der „*pouvoir constituant constitué*“, also die oberste verfasste Gewalt nach dem Grundgesetz; kritisch *Dreier* (Fußn. 17), Art. 146 RdNr. 21.
- 19 Zutreffend *Lerche*, in: Festschrift für Redeker, 1993, S. 146.
- 20 H. M., vgl. *P. M. Huber*, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 146 RdNr. 2; *Murswiek* (Fußn. 16), S. 125, 130; *Dreier* (Fußn. 17), Art. 146 RdNr. 52; *Erichsen*, Jura 1992, 52/55. – A. A. *Wolf*, JZ 1993, 594/600: ausschließlich Volksabstimmung.
- 21 S. Art. 4 des Einigungsvertrages v. 31. 8. 1990 (BGBl. 1990 II S. 889).
- 22 Zusammenfassend zu den Streitpunkten *P. M. Huber* (Fußn. 20), Art. 146 RdNrn. 3 ff. m. w. N.
- 23 Mit dieser Tendenz *Würtenberger*, in: Stern (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. 1, 1991, S. 102, 104 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 9. Aufl. 2007, Art. 146 RdNrn. 2 ff.
- 24 So etwa *Dreier*, in: ders., Grundgesetz, Bd. 3, 2000, Art. 146 RdNrn. 33, 53; wohl auch *Broß* (Fußn. 2), S. 59.
- 25 In diese Richtung gehend z. B. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 6, Stand: Dezember 2007, Art. 146 RdNr. 9; scharf *Roellecke*, NJW 1991, 657/660: „Die heutige Fassung dient nur der Gesichtsmassage. Sie besagt etwas Triviales: Falls sich das deutsche Volk eine neue Verfassung gibt, tritt das Grundgesetz außer Kraft“. Jedenfalls für Art. 146 GG a. F. war eine solche Deutung unzutreffend: Art. 146 GG sollte die legale Brücke zur neuen Verfassungsordnung schlagen, mit der Folge, dass Bestrebungen, die auf eine freie Verfassungsentscheidung des deutschen Volkes zielten, nicht als Angriff auf die freiheitliche demokratische Grundordnung gewertet werden konnten, vgl. statt vieler *Dreier* (Fußn. 17), Art. 146 RdNrn. 23, 26, 55.
- 26 Gute Zusammenfassung der wesentlichen Streitfragen bei *Speckmaier*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Bd. 2, 2002, Art. 146 RdNrn. 18 ff. m. w. N.

lichen Schichten der Verfassungsgebung und Verfassungsänderung²⁷. Diese treffende Diagnose weist den Weg zur näheren Analyse²⁸:

Art. 146 GG a. F. war vom *Verfassungsgeber* vorgesehen, der damit den unbedingten Geltungsanspruch des Grundgesetzes bis zum Wegfall der besatzungsrechtlichen Souveränitätsbeschränkungen begrenzte. Im Zuge der Wiedervereinigung wurde Art. 146 GG, ohne dass von ihm Gebrauch gemacht worden wäre, vom *verfassungsändernden Gesetzgeber* abgeändert. Nun ist der Umstand, dass eine vom Verfassungsgeber geschaffene Vorschrift vom Gesetzgeber mit qualifizierten Mehrheiten abgeändert wird und werden kann, alles andere als ungewöhnlich und eine Änderung des Grundgesetzes auf diesem Wege grundsätzlich auch möglich, mit entsprechenden Zweidrittelmehrheiten in Bundestag und Bundesrat (Art. 79 Abs. 1, 2 GG. Die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG) die tragende Grundsätze der Verfassung von der Änderbarkeit durch den Gesetzgeber ausnimmt, nennt Art. 146 GG nicht. Positivistisch gesehen wäre demzufolge eine gesetzgeberische Änderung des Art. 146 GG bei verfassungsändernden Mehrheiten unproblematisch. Diese formale Betrachtungsweise wird der vom Grundgesetz anerkannten und vorgenommenen Scheidung von *pouvoir constituant* und *pouvoirs constitués* jedoch nicht gerecht. Schriebe die Neufassung Art. 146 GG a. F. voraussetzungslos fort²⁹, würde der verfassungsändernde Gesetzgeber als *pouvoir constitué* die Beschränkungen, die der *pouvoir constituant* in das Verfassungsgefüge eingebaut hatte, eigenmächtig übergehen und so seinen Aktionsradius verfassungswidrig erweitern: Der Geltungsanspruch der Verfassung würde gegen den Willen des Verfassungsgebers unter den Vorbehalt der anlassunabhängigen legalen Verfassungsneuschöpfung gestellt. Art. 146 GG in seiner jetzigen Form steht demnach nicht zur Verfügung.

Art. 146 GG in seiner ursprünglichen Form – konstruktiv: Art. 146 GG n. F. geltungserhaltend reduziert oder Art. 146 GG a. F. „ungeschrieben“, da er nicht geändert werden durfte³⁰ – steht ebenfalls nicht zu Gebote, und dies unabhängig von der Frage, ob er thematisch überhaupt mobilisiert werden könnte³¹. Zwar wurde Art. 146 GG a. F. weder durch einen formellen Akt der Verfassungsgebung (Referendum; Nationalversammlung) erfüllt, noch lässt sich die viel bemühte³² Figur des *plébiscite de tous les jours* anders als soziologisch-deskriptiv heranziehen. Die historische Situation, in der sich die Frage der Verfassungsneugebung nach Art. 146 GG a. F. stellte, ist freilich, mehr als anderthalb Jahrzehnte nach dem Zwei-plus-Vier-Vertrag³³, sicher vorbei. Das deutsche Volk als *pouvoir constituant constitué*³⁴ hat von der vorgesehenen Möglichkeit der Verfassungsgebung nicht Gebrauch gemacht. Das Grundgesetz ist damit die endgültige Verfassung der Bundesrepublik Deutschland. Und Art. 146 GG könnte heute demzufolge allenfalls noch zur plebiszitär gestützten Verfassungsrevision unter Beachtung des Art. 79 Abs. 3 GG genutzt werden, also „verfassungsintern“.

3. Verfahrensrechtliche Aktivierung der verfassungsgebenden Gewalt möglich?

a) Aktivierung für verfassungsändernden Gesetzgeber grundsätzlich „ultra vires“

In der Konsequenz dieser Überlegungen wäre der Übergang zu einem europäischen Bundesstaat³⁵ auf verfassungslegalem Wege auf Dauer unmöglich. Eine nachträgliche Öffnung der Verfassung würde den Kompetenzbereich des verfassungsändernden Gesetzgebers überschreiten. Dieser ist durch Art. 79 Abs. 3 GG gebunden und kann, ebenso wenig wie er Art. 79 Abs. 3 GG als solchen ändern kann³⁶, die Ewigkeitsgarantie gleichsam „über Bande“ ausspielen, indem er verfassungsändernd den *pouvoir constituant* herbeizitiert³⁷.

b) Auflösung der Verfassungsaporie

Denkbar wäre mithin nur die juristische Revolution, der Verfassungsumsturz. Dies muss zwar nicht unfriedlich abgehen, wie das Wendejahr 1989 beweist. Jedoch kann das Grundgesetz sich zu den Grundfragen der europäischen Einigung, insbesondere auch eingedenk des Europaziels der Präambel, nicht dergestalt aporetisch verhalten³⁸. Europäische Föderalisten sind Verfassungsfeinde³⁹, die man am besten vom Verfassungsschutz beobachten lässt und denen man notfalls über Art. 20 Abs. 4 GG den Garaus macht? Und dies, obwohl für die Pioniere der europäischen Einigung⁴⁰ und (wohl auch) die Väter und Mütter des Grundgesetzes⁴¹ ein europäischer Bundesstaat durchaus ein Ziel war, wenn auch ein fernes und ungewisses?

Dem kann im Ergebnis nicht so sein. Anders gewendet: Für diesen Sonderfall sind Friktionen mit einer ausgeklügelten Dogmatik der *pouvoirs*⁴² ausnahmsweise hinzunehmen. Als Auflösung der Verfassungsaporie muss eine verfahrensrechtliche Aktivierung des *pouvoir constituant* in Betracht kommen können, deren Hürden freilich, da *strikte* Ausnahme, sehr hoch angesetzt werden müssen. Zu verlangen sind hier (mindestens) verfassungsändernde Mehrheiten⁴³. Zulässig ist eine solche Öffnung überdies auch exklusiv zu Zwecken der europäischen Einigung, arg. Präambel.

4. Zwischenergebnis

Die grundgesetzliche Ordnung kann über Art. 79 Abs. 1, 2 GG folglich vom verfassungsändernden Gesetzgeber für den *pouvoir constituant* insoweit geöffnet werden, als es um Fragen der euro-

27 *Lerche* (Fußn. 19), S. 146.

28 Vgl. ausführlich *Murswiek* (Fußn. 15), Präambel RdNr. 159 ff. m. w. N., dem die hiesige Darstellung in den wesentlichen Linien folgt.

29 So z. B. *Dreier* (Fußn. 24), Art. 146 RdNr. 37, 39, 47 und passim mit beachtlichen Argumenten.

30 Methodisch vergleichbares Vorgehen in (völlig) anderem Kontext jüngst bei GAin *Kokott*, Schlussanträge verb. Rs. 387/02, 391/02, 403/02, Berlusconi u. a., Slg. 2005 I-3568 RdNr. 145 f.

31 Ablehnend für die europäische Einigung z. B. *von Campenhausen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 146 RdNr. 22 f.

32 Vgl. nur *Isensee*, in: HdbStR VII, 1992, § 166 RdNr. 36 ff. m. w. N.

33 Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland v. 12. 9. 1990 (BGBl. II S. 1317).

34 S. dazu schon bei Fußn. 18.

35 Kritisch zum Nutzen des Bundesstaatsbegriffs für die Bestimmung der Integrationsgrenzen nach Art. 79 Abs. 3 GG *Murswiek* (Fußn. 3), S. 39.

36 Ganz h. M., s. nur *Dreier*, in: ders., Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 79 III RdNr. 58. Anders (und nicht überzeugend) z. B. *Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 79 RdNr. 41.

37 A. A. *Murswiek* (Fußn. 15), Präambel RdNr. 175 ff.

38 A. A. *Haack*, Der Verlust der Staatlichkeit, 2007, S. 464 ff., 476 ff., der die Durchführung eines Verfassungsreferendums als „Gebot des politischen Stils“ sieht und die juristische Konsequenz des Bruches der bisherigen Verfassungsordnung nicht „kaschieren“ möchte. Das ist zwar in sich schlüssig argumentiert; eine rechtlich gangbare Lösung für die weitere Integration jedoch bleibt *Haack* schuldig.

39 Vgl. auch *Jarass* (Fußn. 23), Art. 23 RdNr. 29.

40 Z. B. *Coudenhove-Kalergi*, Die europäische Nation, 1953, S. 80 ff., 132 ff.; ausdrücklich *Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 252 mit Verweis auf *Churchill* und *Schuman*: „Politisch sind die Gemeinschaften zugleich Teil eines größeren Ganzen, Zwischenziel auf dem Wege zum Endziel. Dieses Endziel bleibt der europäische Bundesstaat“. Vgl. auch *Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 12 RdNr. 25; *Zuleeg*, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Stand: August 2002, Art. 23 RdNr. 3.

41 Vgl. insoweit etwa *Carlo Schmid*, in: Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949/Akten und Protokolle, Bd. 2: Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, 1981, S. 206 f. Fußn. 62: „einiges Europa“.

42 Schon im Grundsätzlichen weniger „schmittianisch“ z. B. *Lerche* (Fußn. 19), S. 138 ff.; auch *Würtenberger* (Fußn. 23), S. 98 f.

43 Im Ergebnis ebenso *Murswiek* (Fußn. 15), RdNr. 177, 179; auch *Bryde*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 79 RdNr. 3 a. E.

päischen Einigung geht, die den grundgesetzlich vorgegebenen Rahmen transzendieren.

III. Gebotenheit einer Volksabstimmung?

Fraglich ist, ob die (im beschriebenen Sinne) zulässige Volksabstimmung auch verfassungsgeboden ist. Offen bleiben kann dabei, ob der Zusammenschau der auf die europäische Integration abzielenden Vorschriften des Grundgesetzes eine unbedingte Pflicht zur Hinwirkung auf einen bundesstaatlichen oder bundesstaatsähnlichen Integrationszustand entnommen werden kann⁴⁴. Fällt nämlich die politische Präferenzentscheidung entsprechend aus, ist die verfassungsgebende Gewalt in jedem Fall auf den Plan gerufen. In Betracht käme neben einem Referendum auch eine verfassungsgebende Nationalversammlung⁴⁵.

IV. (Verfassungs-)Rechtliche Umsetzung einer verfassungsgebenden Entscheidung

Erster Verfahrensschritt muss, wie zu II. dargelegt, eine Verfassungsänderung sein, die das Grundgesetz für eine Entscheidung des pouvoir constituant öffnet⁴⁶.

Fraglich ist, ob es noch eines zweiten Schrittes bedarf, einer konkreten verfahrensrechtlichen Ausgestaltung. Verfassungspolitisch sinnvoll ist eine solche Ausgestaltung allemal. Als verfassungsrechtlich geboten jedoch wird man sie schwerlich ansehen können: Der pouvoir constituant wird sich auch ohne vorherige Fixierung des Verfahrens äußern (können), den in der wehrhaften Demokratie erforderlichen legalen „Steigbügel“ hat der verfassungsändernde Gesetzgeber ihm mit der Öffnung der Verfassung ja schon gereicht⁴⁷. Letzterem stünde es im Übrigen frei, bei dieser Öffnung zugleich auch ein Verfahren bereitzustellen, dessen der pouvoir constituant sich für den Fall des Übergangs zu einem europäischen Bundesstaat bedienen kann.

V. Kurzexkurs: Verfassungsprozessuale Fragen

Der Lissabonner Vertrag wurde zwischenzeitlich mit großen politischen Mehrheiten angenommen⁴⁸. Wie den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Durchsetzung verhelfen?

Denkbar wäre, mit einer einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 32 BVerfGG die Ausfertigung des Zustimmungsgesetzes zu stoppen, soweit nicht – wie beim Europäischen Verfassungsvertrag in praxi geschehen⁴⁹ – der Bundespräsident von sich aus die Ausfertigung bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache unterlässt⁵⁰. Fraglich ist, welches Hauptsacheverfahren angestrengt werden könnte⁵¹. In Betracht kommen erstens ein Organstreit gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG, zweitens eine Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 13 Nr. 8, §§ 90 ff. BVerfGG⁵² sowie drittens – knüpft man an die im Maastricht-Urteil⁵³ gewählte dogmatische Konstruktion an – eine abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, §§ 76 ff. BVerfGG mit dem Ziel, das zustimmende Gesetz zu kassieren (oder zu verhindern), welches den innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl bringt.

Die Zulässigkeit eines Antrags im Organstreitverfahren ist nicht zweifelsfrei, namentlich mit Blick auf die Antragsbefugnis. Der Antragsteller muss geltend machen, dass er oder das Organ, dem er angehört, in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist (§ 64 Abs. 1 BVerfGG). Der einzelne Abgeordnete kann jedenfalls die Verletzung oder Gefährdung jedes Rechts geltend machen, das mit seinem Status verfassungsrechtlich verbunden ist⁵⁴

(Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 GG, § 64 Abs. 1 BVerfGG). Für die Verletzung in solchen subjektiven (Status-)Rechten ist hier nichts ersichtlich⁵⁵. Die darüber hinausgehende Möglichkeit einer Prozessstandschaft für den Bundestag (vgl. § 63 Var. 5 i. V. m. § 64 Abs. 1 BVerfGG) ist für den einzelnen Abgeordneten umstritten. Das Bundesverfassungsgericht hat sie jüngst noch einmal ausdrücklich verneint⁵⁶. Für Fraktionen dagegen ist sie allgemein anerkannt⁵⁷. Rechtspraktisch auf der sicheren Seite wäre ein Abgeordneter also allenfalls dann, wenn er seine Fraktion für einen Organstreit mobilisieren könnte. Aber auch für diesen Fall bliebe das Problem, eine Verletzung *subjektiver* Rechtspositionen geltend zu machen, hier des Bundestages insgesamt⁵⁸.

- 44 Ein Teil der Literatur entnimmt der Präambel („gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“) gar eine *Sperre* gegen einen europäischen Bundesstaat, so z. B. *Hillgruber*, in: HdbStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 RdNr. 41; *Murswiek* (Fußn. 15) Präambel, RdNr. 243; dagegen *Pernice*, in: Schuppert/ders./Halter, Europawissenschaft, 2005, S. 748.
- 45 Diese (zumindest) zwei Äußerungsmöglichkeiten des pouvoir constituant sind unstrittig anerkannt, vgl. statt aller *Zippelius/Würtenberger* (Fußn. 15), § 6 RdNr. 3; *Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl. 2003, S. 125.
- 46 Der gescheiterte Gesetzentwurf der Linksfraktion (BT-Drs. 16/7375; BT-PIProt. 16/157, S. 16479 D) bleibt auf halber Strecke stehen, indem er das Zustimmungsgesetzgebungsverfahren *innerhalb* der grundgesetzlichen Ordnung plebiszitär erschweren will. Da für Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG praktisch kein Anwendungsbereich verbleibt (zum Streitstand *Sauer*, NWVBl. 2008 [im Erscheinen] m. w. N.), wäre damit auch praktisch jede Übertragung von Hoheitsrechten volksentscheidspflichtig. Und das Volk lediglich als pouvoir *constitué* adressierend, taugte Art. 23 Abs. 2 i. d. F. dieses Entwurfs für die Bewältigung der Grundfragen der europäischen Integration ohnehin nicht.
- 47 Exakter: Wird der verfassungsändernde Gesetzgeber ihm mit Öffnung der Verfassung schon gereicht haben.
- 48 515 Ja- und 58 Nein-Stimmen bei einer Stimmenthaltung im Bundestag (BT-PIProt. 16/157, S. 16483 A), Stimmenthaltung Berlins bei ansonsten einhelliger Zustimmung im Bundesrat (BR-PIProt. 844, S. 136 A/B).
- 49 Vgl. Pressemitteilung des Bundespräsidialamtes v. 16. 6. 2005.
- 50 Bezüglich des Vertrages von Lissabon hat sich Bundespräsident *Köhler* nunmehr dafür entschieden, die Ratifikationsurkunde nicht zu unterzeichnen, vgl. Pressemitteilung des Bundespräsidialamtes v. 30. 6. 2008. Entsprechend ist bereits Altbundespräsident *von Weizsäcker* beim Vertrag von Maastricht verfahren, s. BVerfGE 89, 155/164 f.
- 51 Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG kann in allen Verfahren ergehen, die in der Hauptsache zulässig sind bzw. wären, vgl. statt aller *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, RdNr. 462, 464.
- 52 Der CSU-Abgeordnete *Gauweiler* hatte gegen die Zustimmung zum Europäischen Verfassungsvertrag beide Verfahren angestrengt. Mit seinem Antrag auf einstweilige Anordnung war er erfolglos, s. BVerfGE 112, 363/364. Das Hauptsacheverfahren war noch anhängig, dürfte sich aber mit dem endgültigen Scheitern des Verfassungsvertrages mangels Rechtsschutzbedürfnisses erledigt haben; seit Oktober 2006 war es auf unbestimmte Zeit ausgesetzt, s. *Helriegel*, Tot oder lebendig? Zur aktuellen Debatte über den EU-Verfassungsvertrag, Europa-Thema Nr. 54/06 v. 24. 11. 2006, S. 1; kritisch zur Verfahrensaussetzung *Streinz/Herrmann*, EuZW 2007, 289.
- 53 Vgl. BVerfGE 89, 155/190 = BayVBl. 1994, 16 (amtliche Leitsätze) – Maastricht.
- 54 Vgl. nur BVerfGE 114, 121/146 = BayVBl. 2006, 75; 112, 363/365 m. w. N.
- 55 A. A. *Murswiek* (Fußn. 3), S. 122 ff.: „Recht des Abgeordneten auf Beteiligung an der demokratischen Legitimation gemäß Art. 38 GG“. Denkt man die (angreifbare) Maastricht-Rechtsprechung konsequent zu Ende, liegt dieser Gedanke durchaus nahe.
- 56 BVerfGE 117, 359/366 ff.; davor z. B. schon BVerfGE 90, 286/343 f. = BayVBl. 1994, 657 (amtliche Leitsätze). Kritik an dieser Rechtsprechung etwa bei *Schlaich/Korioth* (Fußn. 51), RdNr. 94; ausführlich *Murswiek*, Antragschrift v. 9. 3. 2007 im „Tornado-Verfahren“, S. 6 ff. (abrufbar unter: <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/gutachten>).
- 57 S. nur *Umbach*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, §§ 63, 64 RdNr. 68.
- 58 Rein materiellrechtlich betrachtet läge im Gefolge der Maastricht-Rechtsprechung die Betroffenheit des Bundestages *insgesamt* vielleicht näher als die des einzelnen Abgeordneten (dazu schon Fußn. 55). – Die mögliche Verletzung *fraktionseigener* Rechte betrifft den innerparlamentarischen Raum (vgl. *Umbach* [Fußn. 57], §§ 63, 64 RdNr. 73, 75) und spielt daher im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

Um eine Verfassungsbeschwerde zulässig erheben zu können, muss man geltend machen, in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG). In Betracht kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Verletzung in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG⁵⁹: Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gewähre dem einzelnen Bürger ein Recht auf echte demokratische Repräsentation durch den Bundestag⁶⁰. Art. 146 GG jedenfalls ist, soweit man der Argumentationslinie der Maastricht-Entscheidung nicht folgen möchte⁶¹, nicht verfassungsbeschwerdefähig (kein „Grundrecht auf Volksabstimmung“)⁶². Es bliebe der prozedurale(!) Weg über Art. 20 Abs. 4 GG⁶³.

Eine abstrakte Normenkontrolle ist ohne Weiteres möglich und wäre mit Blick auf den insoweit unbeschränkten Prüfungsumfang des Gerichts⁶⁴ womöglich von Vorteil⁶⁵. Allerdings sind antragsberechtigt nur die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Drittel⁶⁶ der Mitglieder des Bundestages (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG).

Die Verfahren sind bzw. wären in jedem Falle zulässig schon vor Ausfertigung und Verkündung des Zustimmungsgesetzes durch den Bundespräsidenten⁶⁷.

VI. Fazit und Ausblick

Sind die Integrationsgrenzen nach dem Grundgesetz überschritten, kann der Lissabonner Vertrag nur durch eine verfassunggebende Entscheidung des Volkes legitimiert werden. Dazu bedürfte es zunächst einer Verfassungsänderung, die wegen Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG keinesfalls stillschweigend angenommen werden kann. Die politische Klasse müsste demnach für eine solche Verfassungsänderung werben, diese herbeiführen und (erst) dann die Verabschiedung des Reformvertrags wieder auf die Agenda setzen. Dass eine Volksabstimmung oder überhaupt eine Beteiligung des Volkes am Integrationsprozess mit Blick auf das „schlechte Vorbild“ der Nachbarn Frankreich und Niederlande (und jetzt Irland) politisch unliebsam sein mag, ist verfassungsrechtlich ohne Belang. Der *pouvoir constituant* ist für diesen Fall zur Entscheidung berufen.

Kehren wir also zur Ausgangsfrage zurück: Volksabstimmung über den Lissabonner Vertrag? Verfassungsrechtlich zwingend geboten wäre eine Volksabstimmung nicht. Verfassungsrechtlich geboten wäre „lediglich“ eine verfassunggebende Entscheidung des

Volkes, das sich insoweit auch der Form der verfassunggebenden Nationalversammlung bedienen könnte. Verfassungspolitisches Gebot der Stunde freilich wäre nach meinem Dafürhalten eine Volksabstimmung, um die Fallstricke der Tagespolitik ebenso zu meiden wie nationale Eitelkeiten, vorzugsweise europaweit und synchron⁶⁸. Das Europa der 27 ist historisch ein großer Erfolg, auch in Zukunft ohne Alternative und muss im Sinne gesteigerter Funktionsfähigkeit auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt werden. Allerdings nicht über die Köpfe der dieses Europa tragenden Unionsbürger hinweg.

59 Vgl. BVerfGE 89, 155/171 ff. – Maastricht.

60 Näher dazu und zur Kritik *Sauer*, NWVBl. 2008 [im Erscheinen] m. w. N.

61 Ablehnend z. B. *Schwarze*, NJ 1994, 1 f.

62 BVerfGE 89, 155/180 – Maastricht; *BVerfG*, NVwZ-RR 2000, 474; *Broß* (Fußn. 2), S. 60. A. A. *Wolf*, JZ 1993, 594/600 f.

63 Hochinstruktiv und überzeugend dessen neuerliche Ausdeutung durch *Murswiek* (Fußn. 3), S. 5 ff., 26 f.

64 S. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG: „Vereinbarkeit von Bundesrecht (...) mit diesem Grundgesetz“ (Hervorhebung nur hier).

65 Nicht übersehen wird, dass die Rechtsprechung des BVerfG zum Organstreit insoweit nicht ganz konsistent ist (vgl. auch den unpräzise gefassten § 67 Satz 1 BVerfGG), zudem das Verfassungsbeschwerdeverfahren zuweilen als prozedurales Vehikel zur umfassenden Verfassungsmäßigkeitsprüfung benutzt wird, s. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 23. Aufl. 2007, RdNr. 1170/71.

66 Die Vertragsgesetzgebung (BT-Drs. 16/8300; 16/8917) begleitend ist – neben Änderungen an den Art. 23 und 45 GG – eine Absenkung dieses Quorums auf ein Viertel vorgesehen (vgl. BT-Drs. 16/8488, S. 3 ff.). Die Grundgesetzänderung tritt aber erst an dem Tag in Kraft, an dem der Vertrag von Lissabon nach dessen Art. 6 Abs. 2 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft tritt (Art. 2 des Änderungsgesetzes, BT-Drs. 16/8488, S. 3), also am 1. 1. 2009, sofern alle Ratifikationsurkunden hinterlegt worden sind, andernfalls am ersten Tag des auf die Hinterlegung der letzten Ratifikationsurkunde folgenden Monats.

67 Vgl. statt aller *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, RdNrn. 147, 508. Hintergrund dieser prozeduralen Ausnahme ist, dass so der Eintritt einer verfassungswidrigen völkerrechtlichen Bindung (vgl. Art. 27, 46 WVRK) sicher vermieden werden kann. Vorliegend tritt die Bindung erst ein mit Hinterlegung der Ratifikationsurkunde bei der Regierung der Italienischen Republik (Art. 357 Abs. 1 Satz 2 EUV n. F., Art. 14 Abs. 1 lit. a, 16 lit. b WVRK).

68 Instrukтив jüngst der Vorstoß von *J. Habermas*, Ach, Europa (Kleine politische Schriften XI), 2008, S. 125: „Die Vorlage gälte als angenommen, wenn sie die ‚doppelte Mehrheit‘ der Staaten und der Stimmen der Bürger auf sich vereinigt. Ein angenommenes Referendum dürfte jedoch nur die Mitgliedstaaten binden, in denen sich jeweils eine Mehrheit der Bürger für die Reform entscheidet“. Keinen gangbaren Weg sieht dagegen offenbar Kommissionsvizepräsident *Verheugen*, SZ v. 21. 6. 2008, S. 2 – *déformation professionnelle*?