

Wo „endet“ das Grundgesetz? Verfassungsgebung als grenzüberschreitender Prozess*

Prof. Dr. Martin Nettesheim**

I. Die Diskussion über das „Ende des Grundgesetzes“

Aus dem Kreis der Richter des Bundesverfassungsgerichts sind weitreichende Bemerkungen zu vernehmen. Der Prozess der europäischen Integration sei an einem Punkt angelangt, von dem aus es nicht mehr weit bis zu den „Grenzen des Grundgesetzes“ sei.¹ Im Zuge des Ausbaus der Integration von Maastricht über Amsterdam und Nizza bis Lissabon sei man – so muss man diese Äußerungen verstehen – an einem Punkt angekommen, an dem das Grundgesetz einen weiteren Ausbau nicht mehr „trage“. Die zeitliche Abfolge verschiedener Zeitungsinterviews dürfte kein Zufall sein. Die Ankündigung der Richter dürfte dem Zweck dienen, den künftigen Weg der Rechtsprechung zu skizzieren. Die Richter wirken so der Gefahr entgegen, dass der Fortführung der Integrationspolitik überraschend Grenzen gezogen werden. Gewiss ist bei der Einordnung und Bewertung derartiger Aussagen einzelner Richter Zurückhaltung geboten. Es ist nicht der Senat, der spricht, und es liegt noch keine konkrete Entscheidungssituation vor. Gleichwohl – man sollte diese Ankündigungen nicht einfach übergehen.²

Diese Interviews müssen vor dem Hintergrund des Stands europäischer Integration und im Kontext der „Eurorettungspolitik“ gelesen werden.³ Der Integrationsprozess hat im Zuge der Staatsschuldenkrise eine eigene und bis daher unbekannte Qualität erlangt. Die EU hat im Laufe der Jahrzehnte Wesenszüge gewonnen, die von vielen Beobachtern als para-staatlich ange-

* Zuerst erschienen in: *Der Staat* 51 (2012), S. 313.

** Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

1 Interviews *Peter Michael Huber*, Eine europäische Wirtschaftsregierung ist heikel, *SZ* vom 19. September 2011; *Andreas Voßkuhle*, Mehr Europa lässt das Grundgesetz kaum zu, *FAZ* vom 25. September 2011; ähnlich *Horst Dreier*, Ein neues Deutschland, *Die Zeit* vom 20. Oktober 2011. Auf die Bundesstaatswerdung abstellend: *Horst Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 95 f.

2 Zur allgemeinen Diskussion: *Dieter Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, *FS Badura*, 2004, S. 155; *Hasso Hofmann*, Vom Wesen der Verfassung, *JÖR* n. F. 51 (2003), S. 1.

3 *Christian Calliess/Frank Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *VVDStRL* 71 (2012), S. 113 und S. 183; *Martin Nettesheim*, Der Umbau der europäischen Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in: *Stefan Kadelbach* (Hrsg.), *Nach der Finanzkrise: Politische und rechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Ordnung*, 2012, S. 29; *Daniel Thym*, Euro-Rettungsschirm, *EuZW* 2011, S. 167; *Joachim Wieland*, Der Rettungsschirm für Irland, *NVwZ* 2011, S. 340; *Thomas Oppermann*, Euro-Stabilisierung durch EU-Notrecht, *FS Möschel*, 2011, S. 909.

sehen werden. Bislang hatten die Mitgliedstaaten die Entscheidung über die weitere Vertiefung der Integration – in der Richtung, aber auch in der Geschwindigkeit – nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch weiterhin in der Hand. Sie verantworteten die Entscheidung darüber, mit welcher Geschwindigkeit sie den Integrationsprozess vorantreiben wollten, und hatten eine Vetoposition inne. Integration war eine genuin politische Angelegenheit, in der lange Phasen der Stagnation mit Phasen des schnellen Fortschritts, grandiose Errungenschaften mit Fehlschlägen einhergingen.⁴ Die Konstruktionschwächen der Währungsunion änderten die Integrationslogik wesentlich. Die Spannungslage, in die die Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) hineingeraten ist, setzte und setzt die Mitgliedstaaten in einer Weise unter Zugzwang, wie dies noch nie in der Geschichte der Integration zu beobachten war. Es ist inzwischen deutlich geworden, dass sich die Staatsschuldenkrise nicht allein dadurch bewältigen lässt, dass die von einem Vertrauensverlust betroffenen Mitgliedstaaten über einen Austeritätskurs ihre Haushalte stabilisieren. Ohne eine nachhaltige Verbesserung der wirtschaftlichen Entwicklungsperspektive vieler der Peripheriestaaten wird kein Vertrauen in die Stabilität der Währungsunion entstehen; nur so lassen sich dauerhafte Leistungsbilanzungleichgewichte vermeiden. Ob dies rechtzeitig gelingen wird, erscheint mehr als unsicher. Insofern steht die EU vor einer Weichenstellung. Sie kann ein – mit schwerwiegenden Folgen verbundenes – Auseinanderbrechen der Währungsunion herbeiführen oder jedoch jedenfalls dulden. Sie kann aber auch darauf hinwirken, dass über die Einführung supranationaler wirtschaftspolitischer Aufsichts- und Steuerungsmaßnahmen, die Einführung eines (begrenzten) Haftungsverbands und durch Schaffung von Transfermechanismen eine Stabilisierung erfolgt. Ohne Zweifel wäre damit ein Verlust staatlicher Handlungsfreiheit verbunden. Es verwundert nicht, dass die Entwicklung von Richtern des BVerfG zum Anlass genommen wird, die grundsätzliche Frage nach den „Grenzen des Grundgesetzes“ zu stellen.⁵

Letztlich bleibt allerdings – auch in den Äußerungen der Richter des BVerfG – unklar, was mit den „Grenzen des Grundgesetzes“ gemeint ist. Auch der Blick in die Lissabon-Entscheidung führt nicht wirklich weiter. Das BVerfG spricht dort einerseits davon, dass der unter dem Grundgesetz konstituierten Staatsgewalt dabei Grenzen gezogen seien, den Staat „*freizugeben*“.⁶ Danach scheint das Gericht bestimmte Strukturwandel der *Staatlichkeit* vor Augen zu haben, wenn es von im Integrationsprozess zu errei-

4 Die Schwierigkeiten, Integrationsschritte zu prognostizieren oder zu erklären (zu denken ist etwa an die Theorie funktionaler Integration), belegen dies deutlich.

5 Zu Gefährdungen der Idee der Rechtsbindung: *Frank Schorkopf*, Gestaltung mit Recht, AÖR 136 (2011), S. 323.

6 BVerfGE 123, 267 (332): „Es ist allein die verfassunggebende Gewalt, die berechtigt ist, den durch das Grundgesetz verfassten Staat freizugeben, nicht aber die verfasste Gewalt.“

chenden Grenzen spricht. Wenige Sätze weiter ist dann allerdings davon die Rede, dass es nicht zu einer „stillschweigende(n) Ablösung des Grundgesetzes“ kommen dürfe.⁷ In dieser Formulierung scheint die Vorstellung angelegt zu sein, dass sich im Prozess der europäischen Integration Zustände einstellen könnten, in denen das Grundgesetz von seinem konstitutionellen Anker oder Bezugspunkt „abgelöst“ werden könnte, ohne dass dies unmittelbar erkennbar ist oder offen erfolgt. In einem dritten – und wiederum anderslautenden – Anlauf bezieht das Gericht die Grenzüberschreitung auf die vom Grundgesetz konstituierte „Verfassungsidentität“.⁸ Danach gilt: „Die verfassungsgebende Gewalt hat insofern den Vertretern und Organen des Volkes kein Mandat erteilt, über die Verfassungsidentität zu verfügen. [...] Darüber wacht das Bundesverfassungsgericht.“⁹ Die verschiedenen Maßstäbe haben unterschiedliche Bezugspunkte und sind damit nicht deckungsgleich. Geht es um den Staat – oder um das Grundgesetz und seine Identität? Oder geht es um die demokratische Selbstbestimmung? Das BVerfG gibt nicht zu erkennen, warum es mit verschiedenen Kriterien operiert; es ordnet diese auch nicht untereinander zu. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass man sich im Kreis der Richter in dieser Frage explizit nicht hat festlegen lassen wollen – um so Flexibilität in der Reaktion auf den Verlauf des Integrationsprozesses zu bewahren.

II. Theorie und Dogmatik – Beobachter- und Teilnehmerperspektive

Die Bedeutung des Satzes, dass das Grundgesetz an einem bestimmten Punkt „ende“, liegt – erkennbar auch nach der subjektiven Auffassung der

7 BVerfGE 123, 267 (332). Zur Entscheidung allgemein: *Matthias Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG, *Der Staat* 48 (2009), S. 497; *Christoph Ohler*, Herrschaft, Legitimation und Recht in der Europäischen Union – Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, *AöR* 135 (2010), S. 153; *Josef Isensee*, Integrationswille und Integrationsresistenz des Grundgesetzes, *ZRP* 2010, S. 33.

8 Kritisch *Carl O. Lenz*, Ausbrechender Rechtsakt, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 8. August 2009, S. 7: „Dass das Grundgesetz einmal gegen die Schaffung eines ‚vereinten Europa‘ ins Feld geführt werden könnte, hätten wohl die wenigsten seiner Schöpfer für möglich gehalten. Das Bundesverfassungsgericht hat es fertiggebracht.“; *Christoph Möllers*, An der Grenze, *FAZ* vom 20. Oktober 2011, S. 6: „... verfügt das Gericht nicht über die verfassungsgebende Gewalt. Es kann nicht die Ordnung beenden, durch die es selbst eingesetzt wurde.“; *Hans-Gert Pöttering*, Wie geht es weiter mit Europa?, *FAZ* vom 17. Februar 2012, S. 8.

9 BVerfGE 123, 267 (344). Zu den Wurzeln der Identitätskonzeption: *Peter Häberle*, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, *FS Hans Haug*, 1986, S. 81; *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *HStR I*, 1987, § 19 (in der dritten Aufl., 2004, § 21: „Die Identität der Verfassung“).

sich äußernden Richter – nicht in der Tabuisierung künftiger Entwicklungsoptionen. Es geht nicht darum, zukünftigen Integrationsschritten den Weg absolut zu versperren.¹⁰ Vielmehr sind die Aussagen dahingehend zu verstehen, dass es bei einer Grenzüberschreitung der Verfassungsneuschöpfung nach Art. 146 GG bedürfe. Auch wenn diese theoretisch durch einen Konvent erfolgen könnte, wird sie aus politischen Gründen beinahe zwingend auf eine *Volksabstimmung* hinauslaufen.¹¹ Es geht – in anderen Worten – zunächst und vor allem um eine Verschiebung der institutionellen Entscheidungszuständigkeit.¹² Nachdem sich das BVerfG jüngst vor allem darum bemüht, den Prozess der „Euro-Rettung“ zu (re-)parlamentarisieren,¹³ deutet es zugleich Grenzen des gesetzgeberischen bzw. parlamentarischen Befassungsrechts an. Aus der rechtswissenschaftlichen Beobachterperspektive geht es insofern um die Frage, wann in einem „Grenzüberschreitungszenario“ der funktionale Gewinn erschlossen werden sollte, der sich mit einer Volksabstimmung erzielen lässt. Auch wer aus der Teilnehmer- bzw. Binnenperspektive mit einer dogmatischen, auf Art. 146 GG gestützten Konstruktion arbeitet, sollte sich dieser funktionalen Frage stellen.

Man sollte sich nicht der Illusion hingeben, eine diesbezügliche Antwort dadurch zu finden, dass man den Versuch unternimmt, im Wege hermeneutischer Sinnsuche „in der Verfassung“ nach den „Grenzen“ des Grundgesetzes zu suchen. Das Grundgesetz scheint diese Frage ganz der Politik überlassen zu wollen: Es verweist in Art. 146 GG auf eine politische Ent-

10 Bislang gibt es noch keine Theorie föderaler Demokratie, die – auf die EU zugeschnitten – konkrete inhaltliche Aussagen über die Legitimationsstrukturen eines Europäischen Bundesstaates liefern könnte.

11 *Christian Pestalozza*, Jura 1994, 561 (566); *Karlheinz Merkel*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1996, S. 105 ff., 211 ff.; *Henning Moelle*, Der Verfassungsbeschluss nach Art. 146 Grundgesetz, 1996, S. 197 f.

12 Es verwundert nicht, dass sich im Kontext der „Euro-Rettungspolitik“ inzwischen Stimmen erheben, die sich dieser Gegebenheit aus strategischen Gründen bedienen: Man schätzt die Chancen, dass diese Politik in einer Volksabstimmung scheitert, höher ein, als dass man unter Gebrauch demokratischer Kontrollmittel den Gesetzgeber zu einer Umkehr zwingen könnte (hierzu *Martin Nettesheim*, Verfassungsrecht und Politik in der Staatsschuldenkrise, NJW 2012, S. 1409 [1412]).

13 Allgemein zum Kampf gegen die Entparlamentarisierung: *Matthias Herdegen/Martin Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdung der Verfassung?, VVDStRL 62 (2002), S. 7 und S. 37; *Thomas Puhl*, Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 48; *Veith Mehde*, Kooperatives Regierungshandeln – Verfassungsrechtslehre vor der Herausforderung konsensorientierter Politikmodelle, AöR 127 (2002), S. 655; *Hans-Jürgen Papier*, Steuerungs- und Reformfähigkeit des Staates, in: Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Thomas Puhl (Hrsg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, S. 103 (114 ff.); *Paul Kirchhof*, Entparlamentarisierung der Demokratie?, in: FS Kielmansegg, 2004, S. 359 (365 ff.); *ders.*, Die Zukunft der Demokratie im Verfassungsstaat, JZ 2004, S. 981 (984).

scheidung, die vom Volk (wann und wie auch immer) getroffen wird. Es sagt zu der Frage, ob und wann das BVerfG das Volk zur Entscheidung auffordern oder gar zwingen kann, nichts. Insofern schließt es auch nicht aus, dass vom BVerfG einer Entwicklung *in* der geltenden Ordnung Grenzen gezogen werden, deren Effekt mittelbar zur Freisetzung verfassungsgebender Politik führt. An welchem Punkt hierfür Anlass besteht, lässt sich nur unter Heranziehung von Argumenten beurteilen, die üblicherweise der „Verfassungs-“ oder „Staatstheorie“ zuordnet werden. Die Überlegungen, die hierzu jüngst angestellt worden sind, machen deutlich, dass es nicht *die* eine richtige Verfassungstheorie gibt, die aufgrund der Kohärenz, Abgeschlossenheit und Systematik ihrer Aussagen einem Dogmatiker die Basis für zwingende Schlussfolgerungen böte.¹⁴ Sie führen vielmehr vor Augen, wie vielfältig und reich das Argumentationsmaterial ist, das auf dieser Ebene (wenn man denn überhaupt zwischen Theorie und Dogmatik unterscheidbare Ebenen zu erkennen glaubt) verfügbar ist und für die dogmatische Entscheidung fruchtbar gemacht werden kann. Auch die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf der Annahme, dass es verfassungstheoretisch nicht *eine* Theorie des Verfassungsstaats gibt, der mit Eindeutigkeit entnommen werden könnte, wann die „verfassungsgebende Gewalt“ durch die „verfassten Gewalten“ usurpiert und so ein „Staatsstreich“ begangen wird.¹⁵ Diesbezügliche Antworten können nur aus dem rechtskulturellen und politischen Verständnis des Gemeinwesens heraus entwickelt werden.

III. Vor der Grenze: Die Vielfalt maßstäblicher Anknüpfungspunkte

Als maßstabsgebender Bezugspunkt, mit dem die hier untersuchte Grenzziehung abgesteckt werden kann, werden gegenwärtig vor allem die Staatsqualität (nachfolgend 1.), eine bestimmte Funktionalität der Verfassung (2.) und Kriterien des demokratisch-politischen Prozesses (3.) diskutiert.

14 Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010; *Matthias Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; *Martin Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988. Bemühungen um Schaffung einer „Verfassungstheorie“ müssen insofern mit der gleichen Distanz betrachtet werden, wie sie bei der Bewertung staatsrechtlicher Bemühungen schon längst bei vielen Beobachtern eingezogen ist.

15 Ein Verbot der Usurpation der verfassungsgebenden Gewalt durch die verfassten Gewalten lässt sich als Kampf gegen einen „Staatsstreich von oben“ deuten (*Peter M. Huber*, Maastricht – Ein Staatsstreich, 1993, S. 14).

1. Festschreibung der Staatlichkeit?

Im Zentrum der Diskussion über die „Grenzen des Grundgesetzes“ steht ohne Zweifel die *Staatsqualität* der Bundesrepublik Deutschland.¹⁶ Auch das BVerfG spricht davon, dass der Übergang in den *europäischen Bundesstaat* unter dem Grundgesetz nicht möglich sei. In der Sache wird damit die *souveräne Staatlichkeit* Deutschlands als unverrückbar und „unaufgebbar“ angesehen – ohne dass dies im Text des Grundgesetzes so festgelegt würde.¹⁷ Der scheinbar klare Maßstab zerrinnt bei näherem Hinsehen allerdings zwischen den Fingern. Begrifflich-kategorial knüpft die Vorstellung, die Bundesrepublik wandle sich vom souveränen Staat zum Glied eines europäischen Bundesstaats, an die überkommenen und eingespielten Kategorien der Staatslehre und des Staatsrechts an. Inhaltlich weist der Souveränitätsbegriff freilich – gerade im Übergangsstadium – nicht jene Bestimmtheit auf, die notwendig wäre, um aus ihm in einem Prozess des gleitenden Wandels bestimmte Schlussfolgerungen zu deduzieren. Gewiss: Würden der EU in einem Akt der „Verfassungsgebung“ zugleich die Kompetenz-Kompetenz, das Gewaltmonopol, die Fiskalgewalt, Polizei- und militärische Gewalt und andere Insignien der Staatlichkeit verliehen, so ließe die überkommene Kategorienbildung wenig Zweifel an der staatstheoretischen Folge. In der sich schrittweise wandelnden Gemengelage, die für den Integrationsprozess in der Föderation von EU und Mitgliedstaaten so kennzeichnend ist, ist die Orientierungsleistung des Begriffs aber gering.

Es kommt ein Weiteres hinzu: Es ist offenkundig, dass die Richter des BVerfG „Grenzen des Grundgesetzes“ bereits vor dem beschriebenen Übergang in die formale europäische Bundesstaatlichkeit erkennen wollen. Der Gewaltwandel, der sich im Zuge der Bewältigung der Euro-Krise in der Föderation von EU und Mitgliedstaaten abzeichnet, liegt weiterhin vor der Schwelle, die staatstheoretisch den Übergang in die Bundesstaatlichkeit („Souveränitätsübergang“) definiert. Natürlich ist es nicht ausgeschlossen, eine verfassungsrechtlich relevante Beeinträchtigung von Staatlichkeit schon zu einem Zeitpunkt anzunehmen, zu dem die kategoriale Qualität der Souveränität noch vorhanden ist. Entsprechende Forderungen werden inzwischen von Staatsrechtslehrern erhoben.¹⁸ In der Tat hat es das BVerfG (als maßstabssetzender *Teilnehmer* des verfassungsdogmatischen Diskurses) in der Hand, den Staatsbegriff des Art. 79 Abs. 3, Art. 20 Abs. 1 GG in dieser Weise zu definieren. Es müsste Festlegungen darüber treffen, welche

16 Hierzu etwa *Ewald Wiederin*, Die Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland, in: AöR 117 (1992), S. 410 (445 ff.); *Henning Moelle*, Der Verfassungsbeschluss nach Artikel 146 Grundgesetz, 1996, S. 231; *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2006, Art. 146 Rdnr. 16.

17 Offen noch BVerfGE 89, 155 (Maastricht).

18 *Wolfgang Kahl/Andreas Glaser*, Nicht ohne uns, FAZ vom 8. März 2012.

Funktionen und Kompetenzen es für so wesentlich erachtet, dass es sie der Verfügungsgewalt der unter dem Grundgesetz verfassten Gewalten vorenthalten will. Das BVerfG scheint – in einer denkwürdigen Verquickung von Verfassungs- und Staatskonzept – diesen Weg mit dem Konzept der „Verfassungsidentität“ gehen zu wollen.

Aus der *Beobachterperspektive* würde einem derartigen Vorgehen allerdings etwas überaus Arbiträres anhaften. „Staatlichkeit“ weist keinen Gehalt auf, dessen sich das Gericht umstandslos bedienen könnte.¹⁹ Es ist ein Begriff, der nicht nur die übliche, im Prozess der Verfassungskonkretisierung routinemäßig zu überwindende Offenheit und Unbestimmtheit aufweist. Wer ihn zur normativen Begründung heranziehen will, muss Vorfestlegungen von weitreichender Tragweite treffen. Das ist inzwischen Gemeingut. *Hasso Hofmann*²⁰ weist zu Recht darauf in: „Der Begriff des Staats hat seine systembildende Kraft weithin eingebüßt.“ Und *Oliver Lepsius*²¹ schließt seine Untersuchungen zum Staatsbegriff mit der resignierenden Feststellung: „In einem Konzert aus Recht, Geschichte, Gesellschaft, Politik und Ökonomie bleibt der Staat gegenständlich und methodisch diffus.“ Dahinter steht die Einsicht in die schillernde Ambivalenz des Sinnes eines Begriffs, mit dem ein inzwischen weitgespannter Kreis unterschiedlicher Formen politischer Herrschaft charakterisiert werden soll – und zwar, je nach Perspektive und Erkenntnisinteresse, unter Verwendung eher struktureller,²² institutionell-juridischer²³ oder funktionaler Begriffsintensionen (-merkmale).²⁴ Es handelt sich um einen einheitsstiftenden Begriff, mit dem ein in der Lebenswelt überaus vielschichtiges Phänomen umschlossen werden kann.²⁵ Derartige Begriffe eignen sich schlecht, um *Grenzziehungen* vor-

19 *Stefan Haack*, L'État – qu'est-ce que c'est? – Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht und ihre Methoden nach sechzig Jahren mit dem Grundgesetz, *Der Staat* 49 (2010), S. 107.

20 *Hasso Hofmann*, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung? *JZ* 1999, S. 1065.

21 *Oliver Lepsius*, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates? *EuGRZ* 2004, S. 372. Für ihn ist diese Beobachtung Anlass, die Entwicklung einer „Theorie der Herrschaftsformen“ zu fordern, die an die Stelle einer Staatstheorie treten soll. Skeptischer *Christoph Schönberger*, Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich, in: *Olivier Beaud/Erk Volkmar Heyen* (Hrsg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?* 1999, S. 113.

22 Die Jellineksche Drei-Elementen-Lehre (*Georg Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1914) kann ihre Funktion und ihre Leistungsfähigkeit in einer Welt horizontal nebeneinander liegender Staatsgebiete ausspielen. Im vertikalen Zusammenspiel von verschiedenen Ebenen hilft das Konzept nicht.

23 Staat als juristisch verselbständigte Herrschaftsorganisation.

24 *Christoph Möllers*, *Der vermisste Leviathan*, 2008, S. 31 ff.; *Udo di Fabio*, *Die Staatsrechtslehre und der Staat*, 2003; *Stefan Haack*, *Verlust der Staatlichkeit*, 2007.

25 *Georg Jellinek* erschließt sich diese Vielschichtigkeit immerhin partiell und dient deshalb bis heute mit seiner „Zwei-Seiten“-Lehre als Anknüpfungspunkt (*Georg Jellinek*, *Allgemeine*

zunehmen. Dem Gericht ist es unbenommen, in einer Argumentations-
schleife Aussagen darüber zu treffen, welche Bedeutung es dem Staatsbe-
griff zuschreiben will, und daraus dann verfassungspositive Schlussfolger-
ungen zu ziehen. Man sollte hiergegen nicht einwenden, dass sich das
Gericht so in einen Zirkel hineinbegeben würde – ein derartiges Vorgehen
ist nicht nur grundsätzlich unvermeidlich, sondern in einem Fall, in dem es
hinreichende Gründe für die Festlegung gibt (die argumentativen Schleifen
also hinreichend weit auseinandergezogen werden), auch statthaft. Bei
einem aufgeklärten Beobachter dürften sich eher inhaltliche Zweifel einstel-
len, ob und inwieweit in der konkreten Entscheidungssituation, in der sich
das Gericht befinden wird, hinreichende Gründe für seine Festlegung zu
finden sind. Ohne dogmatische Vor-Arbeit²⁶ wird derartigen Ad-hoc-Festle-
gungen etwas Willkürliches anhaften. Eine allgemeine Staatslehre mit nor-
mativem Anspruch existiert nicht mehr.²⁷

Derartige Gründe dürften noch am ehesten vorliegen, wenn und soweit
das Gericht mit dem Abwandern klassischer Staatsmerkmale konfrontiert
wäre (z. B. Übertragung des Gewaltmonopols auf die EU). Derartige Merk-
male ließen sich ohne Begründungsaufwand als notwendiger Sinn des
Staatsbegriffs bezeichnen; allerdings bedürfte es immerhin eines Wortes
der Begründung, warum die Übertragung der Währungshoheit (eines
unzweifelhaft wesentlichen Staatsmerkmals) für die Bedeutung des Staats-
begriffs *nicht* relevant gewesen ist.²⁸ Schwieriger wäre es allerdings schon,
in einer Situation zu entscheiden, in der Befugnisse und Zuständigkeiten
auf europäischer Ebene lediglich konkurrierend oder parallel geschaffen
werden (z. B. gleichzeitiges Besteuerungsrecht der EU und der Mitgliedstaa-
ten). In einem solchen Fall müsste das Gericht dartun, warum sein Staatsbe-
griff eine konkurrenzausschließende Zuordnung des Merkmals enthält – ein
schon erheblich größerer Aufwand, der etwa mit Blick auf die Besteuerungsgewalt
schwer zu leisten sein wird. Noch viel schwerer fällt es schließlich,
bei Verschiebungen außerhalb des Bezugsfelds klassischer Staatsmerkmale
darzulegen, warum an einem bestimmten Punkt der Verlust der Staatsquali-
tät eintritt. Das Gericht könnte sich etwa mit der Frage konfrontiert sehen,

Staatslehre, 3. Aufl. 1914; hierzu *Jens Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000).

26 Zu Möglichkeiten und Grenzen etwa *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2000; *ders.*, Artikel „Allgemeine Staatslehre“, in: Werner Heun u. a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 5. Aufl. 2006, Sp. 2318; *Christoph Gusy*, Brauchen wir eine juristische Staatslehre?, JÖR 55 n. F. (2007), S. 41.

27 Man bewegt sich zwischen beschreibender Beobachtung und Argumentation *im* positiven Recht: *Peter Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2. Aufl. 1996; *Gunnar Folke Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003. Aufruf zur Wiederbegründung etwa bei: *Andreas Voßkuhle*, Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter von Europäisierung und Internationalisierung, JuS 2004, S. 2.

28 Insofern bestünde methodisch die Notwendigkeit des „differentiating“.

ob eine Verstärkung der wirtschaftspolitischen Koordinierungsbefugnisse der EU – und der damit einhergehende Verlust politischer Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten – ab einem bestimmten Punkt deren Staatsqualität berühren könnte. Eine begründete Argumentation fällt hier deshalb so schwer, weil das bloße Argument, in einem bestimmten Feld sei eine hinreichende Handlungsfreiheit *wichtig*, diese noch nicht zum notwendigen Merkmal des Staatsbegriffs qualifiziert. Dies hat die umstandslose Übertragung der Währungshoheit²⁹ ebenso wie die Begründung weitreichender Eingriffsbefugnisse der EU auf vielfältigen Feldern gezeigt. Ebenso wenig reicht es aus, eine rein quantitative Betrachtung anzustellen. Zwar ist es richtig, dass auch der schrittweise Verlust von für sich jeweils marginalen Zuständigkeiten und Freiheiten letztlich zu einer „Entleerung“ führen kann (Salami-Argument). Es liefe allerdings auf nicht mehr als einen hilflosen „Irgendwo muss doch Schluss sein“-Ruf hinaus,³⁰ wenn sich das Gericht auf rein quantitative Betrachtungen beschränkte.³¹

Wer die etatistische Perspektive einnimmt und ein irgendwie definiertes *Wesen des Staats* für sakrosankt erklärt, muss ferner erklären, warum eine Nationalversammlung oder das Volk (durch Volksabstimmung) über diese Festsetzung hinweggehen können soll. Wer mit dem Wesen des Staats operiert und diesem eine besondere Dignität zuschreibt, wird diese nicht einfach deshalb verwerfen, weil ein Volk anders entscheidet. Etatistische und demokratische Argumente liegen auf unterschiedlicher Ebene und sind potentiell inkommensurabel. Konsequenter Etatismus wird sich dem demokratisch-populären Ansinnen nicht einfach öffnen, sondern sich ihm tendenziell entgegenstellen.³²

29 Vgl. hierzu schon *Hermann-Josef Blanke*, Der Unionsvertrag von Maastricht — Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat? DÖV 1993, S. 412.

30 Es kann dem Gericht schwerlich darum gehen, die verbleibende „Staatssubstanz“ vor übermäßigen Beeinträchtigungen zu schützen. Der Punkt, an dem man dieser Sorge hätte nachgehen können, ist längst überschritten. „Maastricht: Ein Staatsstreich?“ – so konnte man in der Tat Anfang der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts fragen (*Peter Michael Huber*, 1993). Heute ist dieser Punkt überschritten.

31 Zur Frage der Qualifikation eines Kompetenzbestands als „Souveränität“: *Ulrich Haltern*, Was bedeutet Souveränität? 2007.

32 Es sei am Rande darauf hingewiesen, dass die Versubjektivierung, die das Gericht seinen Überlegungen zum objektiven Verfassungsrecht über Art. 38 GG zuschreibt, kein zusätzliches Argumentationsmaterial erschließt (*Christoph Schönberger*, Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht, JZ 2010, S. 1160; anders *Dietrich Murswiek*, Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, JZ 2010, S. 702). Das Wahlrecht, das durch Zuständigkeitsverschiebungen zwischen dem deutschen Staat und der EU entwertet werden soll, enthält keine Kriterien dafür, wann eine Materie so wichtig ist, dass ihre Existenz und freie Verfügbarkeit auf staatlicher Ebene abgesichert werden muss. Das Wahlrecht besagt nichts über die „Substanzhaftigkeit“ einzelner politischer Materien. Es geht hier nur um die ins Subjektive gewendete staatsrechtliche Betrachtung.

Insofern kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die etatische Perspektive argumentative Ansatzpunkte erschließt, aber jedenfalls im Vorfeld formaler europäischer Staatsgründung keine im Ergebnis wirklich überzeugende Lösung bietet. Es ist ein Ansatz, dem angesichts des inzwischen erreichten Integrationsstands etwas Beliebiges anhaftet. Mit ihm kann das BVerfG ein Ergebnis – aber eben auch immer das jeweils andere Ergebnis – begründen. Gerade im Vergleich zu anderen argumentativen Ansätzen weist diese Konzeption Schwächen auf, die ihre Verwendung nicht nahelegen. Aus *rechtswissenschaftlicher* Sicht wäre es mehr als bedauerlich, wenn sich das BVerfG – um nur überhaupt irgendwo eine Grenze ziehen zu können – eines Ansatzes bediente, dem etwas Willkürliches anhaftete.

2. Verfassung und Verfassungsidentität

Der Wortlaut der Art. 23 GG und Art. 79 Abs. 3 GG³³ sieht ausdrücklich keine Grenzen der Vertiefung europäischer Integration vor. Das Grundgesetz stellt sich dem Ausbau der europäischen Integration insofern semantisch nicht entgegen. Gleichwohl scheint es nicht ausgeschlossen, den Versuch einer Grenzziehung unter Rückgriff auf teleologische, ideelle oder funktionale Argumente zu unternehmen. Das vom BVerfG eingeführte Konzept des „Identitätsschutzes“ bietet hierfür einen Aufhänger. Man erschließt sich diese Bedeutung allerdings nicht, wenn man dem Konzept der Verfassungsidentität eine *etatistische Bedeutung* des Inhalts zuschreibt, welche Aufgaben oder Funktionen der Staat zwingend haben bzw. wahrnehmen müsse; hier wäre es sinnvoller, von der „Staatsidentität“ zu sprechen. Im echten Sinne des Wortes lassen sich mit dem Begriff der Verfassungsidentität³⁴ Argumente erschließen, die ihre Grundlage im *Wesen*, in der *Idee* oder in der *Funktion* von Verfassung³⁵ haben.³⁶ Die Frage, welche Entwicklungen sich innerhalb der Verfassung abspielen können, ohne ihre Identität zu beeinträchtigen, und welche diese zerreißen würden, kann nicht von

33 Hierzu etwa *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2006, Art. 79 Abs. 3 Rdnr. 21; *Diana Zacharias*, Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: Markus Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57.

34 Identität ist keine Aussage über das Sein in der Welt, sondern ist ein zugleich distanzschaffender und einheitsschaffender Begriff. Identität wird durch das je andere konstituiert. Ihre Beschreibung erfolgt in der Zeit: Identität gewinnt Gehalt nicht durch die einmalige Zuschreibung, sondern durch den Prozess der Wiederholung von Eingrenzung und Ausgrenzung. In diesem Prozess gewinnt sie Gestalt. Aussagen über Identität sind insofern Sätze über die Wahrnehmung einer Sache aus der Perspektive des Beobachters.

35 *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; *Matthias Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; *Görg Haverkate*, Verfassungslehre, 1992; Manfred Friedrich (Hrsg.), Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie, 1978.

36 Der Rückgriff auf materielle, gar moralisch fixierte Maßstäbe ist demgegenüber kaum möglich.