

Robert Chr. van Ooyen

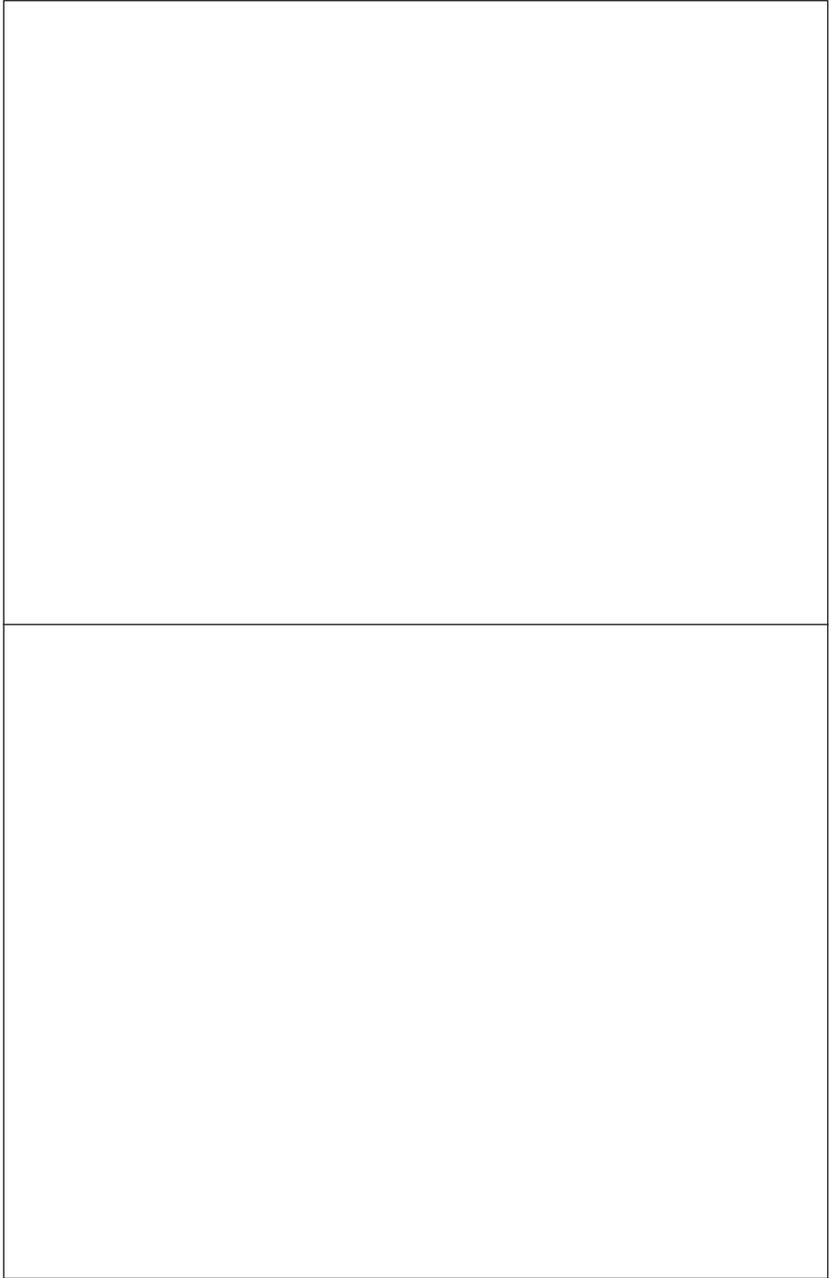
Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa

Von Solange über Maastricht und Lissabon
zur EU-Grundrechtecharta und EZB

9. Auflage



Nomos



Robert Chr. van Ooyen

Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa

Von Solange über Maastricht und Lissabon
zur EU-Grundrechtecharta und EZB

9., aktualisierte und erweiterte Auflage



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7336-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-1340-5 (ePDF)

9., aktualisierte und erweiterte Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
Einführung zur 9. Auflage	
Nationaler Etatismus: Die „europafeindliche“ Trinitätslehre von Staat – Souveränität – Demokratie des BVerfG	13
1. Keine Aufgabe der Souveränität: die Solange-Entscheidungen	23
a) Solange I (1974)	23
b) Früh erreichte Modernität: die abweichende Meinung	26
c) Solange II (1986)	28
2. Exkurs 1: Staatsvolk statt Bürger: die Ausländerwahlrecht-Entscheidungen	30
a) Volk bleibt deutsches Volk (1990)	30
b) Der StGH Bremen und die Alternative eines Sondervotums (2014)	34
3. Herr des Vertrags: die Maastricht-Entscheidung (1993)	38
a) Souveräner Staat aus eigenem Recht	39
b) Staatsvolk als homogene politische Einheit	43
c) Das Heller-Zitat	47
aa) Heller-Rezeption in der Staatsrechtslehre	47
bb) Ambivalenzen im Demokratieverständnis von Heller	49
4. Das Staats- und Europaverständnis ausgewählter Verfassungsrichter der Maastricht-Entscheidung des Zweiten Senats	54
a) Böckenfördes staatliche Volksdemokratie und das Europa ohne Volk	56
b) Kirchhofs Staatenverbund und das Verbot der Entstaatlichung	64
5. Exkurs 2: Der Brokdorf-Beschluss (1985) und das Pluralismuskonzept des Ersten Senats (Kelsen und Popper / Hesse und Häberle) als Alternative zum Legitimationskettenmodell (Schmitt und Böckenförde)	69
6. Die Görgülü-Entscheidung zu Urteilen des EGMR (2004)	78
a) Völkerrecht und Landesrecht	78

b) Die Entscheidung des BVerfG	79
c) Völkerrechtlicher Paradigmenwechsel im Bereich des EGMR	81
d) Etablierter Souveränitätsvorbehalt des BVerfG	83
7. Die Entscheidung EU-Haftbefehl I (2005)	86
a) Hintergrund und Position des Beschwerdeführers	86
b) Europafreundliche Position der Bundesregierung	88
c) Souveräner Nationalstaat und europäischer Staatenbund	91
aa) Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip, da keine Entstaatlichung	91
bb) Rahmenbeschlüsse der EU – bloß Völkerrecht	95
d) Doppelmoral? Die Kritik an der parlamentarischen Behandlung des EU-Haftbefehls	97
Zusammenfassung: Staats- und Volkswillenspositivismus – die Rechtsprechung bis Lissabon	101
Nachtrag 1: Das verfassungsgerichtliche Demokratietheorie-Defizit	108
8. Hüter von Staat und Volk – in Karlsruhe nichts Neues: die Lissabon- Entscheidung (2009)	111
a) Die Fehlwahrnehmung der Entscheidung	111
b) Die alt-neue Trinitätslehre: Staat – Souveränität – Demokratie	112
c) Hüter des Volkes – bis zur Revolution	117
d) Nachtwächterstaat und Rechtsbruchklausel	119
e) Das Letztentscheidungsrecht des Zweiten Senats	122
9. Exkurs 3: Die Flüchtlingskrise als Souveränitätsproblem: Di Fabios Bundestreue und ewige Kernstaatlichkeit	125
10. Von Solange zu Lissabon – und zurück	134
a) Zwei Senate in meiner Brust? Rückgriff des Ersten Senats auf Solange II: die Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung (2010)	134
b) Wird alles gut? Rückkehr des Zweiten Senats zu Solange II: die Entscheidung Mangold/Honeywell (2010)	139
11. Mehr (deutsche) Demokratie durch weniger europäischen Parlamentarismus: die Entscheidungen zur 5%- und 3%-Sperrklausel (2011/14)	146

12. Die Entdeckung der parlamentarischen Kontrolle der Außenpolitik bei der Euro-Rettung (2011/12)	149
a) Auswärtige Gewalt als Regierungsdomäne	149
b) Rückblick: ausdrückliche Ablehnung des Prüfungsmaßstabs Demokratieprinzip bei völkerrechtlichen Sekundärakten der EU	151
c) Nationale Demokratie in den Entscheidungen zur Euro-Rettung	153
Nachtrag 2: Das Defizit in der Vergleichenden Regierungslehre	159
13. Exkurs 4: Luxemburger Verfassungscoup – die Grundrechtscharta-Entscheidung des EuGH und ihre Karlsruher Kritik im Spiegel richterlicher Selbstermächtigungen (2013)	164
14. Europäischer Staaten- und Verfassungsverbund? (2015)	171
a) Das Maastrichter Entstaatlichungsverbot bei EU-Haftbefehl I	172
b) Etatistischer Theorie-Überschuss bei EU-Haftbefehl II	174
c) Eine pragmatische Voßkuhle-Linie im Zweiten Senat?	176
d) Die verfassungspolitische Deutungsmacht der Berichterstatter/innen	178
e) Staaten- und Verfassungsverbund als Kompromiss	179
15. Die EU – (k)ein System kollektiver Sicherheit? Die Entscheidung zum Anti-IS-Einsatz in Syrien/Irak (2019)	181
a) Kontinuitäten in der Rechtsprechung zur Außen-, Sicherheits- und Europapolitik	181
b) Die Problematik des Anti-IS-Einsatzes	183
c) Die Entscheidung zur unilateralen Rettungsoperation Pegasus	184
d) Argumente der Fraktion Die Linke	186
e) Lissabon-Entscheidung: die EU – kein System kollektiver Sicherheit	187
f) Die EU – doch ein System kollektiver Sicherheit: eine „europafreundliche“ Wende zu „regierungsfreundlichen“ Zwecken	189
16. „Europafeindlicher“ Rückfall des Ersten Senats: die Entscheidungen zur EU-Grundrechtecharta (2019)	191
a) Primäre Geltung deutscher Grundrechte: die Entscheidung Recht auf Vergessen I	193
b) Nationaler „Hüter“ europäischer Grundrechte: die Entscheidung Recht auf Vergessen II	196

17. „Verfassungsbeton“ und EZB-Entscheidung (2020): Karlsruhe positioniert immer wieder die „Ewigkeitsklausel“ gegen Europa	200
18. Exkurs 5: Die politische(n) Theorie(n) des Gerichts	206
a) Keine Staatstheorie des BVerfG? Eine Erwiderung auf Andreas Voßkuhle	206
b) Die Theoriedefizite des BVerfG im Spiegel neuerer Literatur	210
c) Nachtrag	214
aa) Das „Deutsche“ in der deutschen Staats(rechts)lehre	214
bb) „Parlamentsfreundlicher Hüter“? Das veraltete Parlamentarismusverständnis des BVerfG	219
cc) Etatistische Schieflagen und Rollbacks eines konservativen Gerichts	223
Literatur	231
Ausgewählte Europa-Entscheidungen des BVerfG (Auszüge)	255
1. BVerfGE 22, 293 – EWG-Verordnungen	255
2 a. BVerfGE 37, 271 – Solange I	257
2 b. Abweichende Meinung der Richter Dr. Rupp, Hirsch und Wand	260
3. BVerfGE 52, 187 – ‚Vielleicht‘-Beschluss	265
4. BVerfGE 58, 1 – Eurocontrol: Leitsätze	266
5. BVerfGE 73, 339 – Solange II	267
6. BVerfGE 89, 155 – Maastricht	273
7. BVerfGE 97, 350 – Euro: Leitsatz	284
8. BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung: Leitsätze	285
9. BVerfGE 111, 307 – EGMR-Entscheidungen/Görgülü: Leitsätze	286
10 a. BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl I	287
10 b. Abweichende Meinung der Richterin Lübke-Wolff	301
11. BVerfGE 118, 79 – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen: Leitsätze	306
12. BVerfGE 123, 267– Lissabon	307
13. BVerfGE 121, 1 – Vorratsdatenspeicherung, einstweilige Anordnung	364
14. BVerfGE 125, 260 – Vorratsdatenspeicherung	365
15 a. BVerfGE 126, 286 – Ultra-vires-Kontrolle Mangold/Honeywell	367
15 b. Abweichende Meinung des Richters Landau	374
16. BVerfGE 129, 124 – EFS Griechenlandhilfe/Euro-Rettungsschirm	380
17 a. BVerfGE 129, 300 – Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWahlG	392
17 b. Abweichende Meinung der Richter Di Fabio und Mellinghoff	406

18.	BVerfGE 130, 318 – ESM/Haushaltsausschuss Bundestag: Leitsätze	409
19.	BVerfGE 131, 152 – ESM/Euro-Plus-Paket/Unterrichtungspflicht	410
20.	BVerfGE 132, 195 – ESM/Fiskalpakt	426
21.	BVerfGE 133, 277 – Antiterror-Datei	451
22 a.	BVerfGE 134, 366 – OMT, Vorlagebeschluss	453
22 b.	Abweichende Meinung der Richterin Lübke-Wolff	455
22 c.	Abweichende Meinung des Richters Gerhardt	460
23 a.	BVerfGE 135, 259 – Drei-Prozent-Sperrklausel EuWahlG	464
23 b.	Abweichende Meinung des Richters Müller	465
24.	BVerfGE 135, 317 – ESM, Hauptsache: Leitsätze	470
25.	BVerfGE 140, 317 – Europäischer Haftbefehl II	471
26.	BVerfGE 142, 123 – OMT, Hauptsache: Leitsätze	497
27.	BVerfGE 151, 202 – Bankenunion/unabhängige EU-Agenturen	498
28.	BVerfGE 152, 8 – Anti-IS-Einsatz Syrien/Irak	515
29.	BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I	525
30.	BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II	536
31.	BVerfGE 154, 17 – EZB-Staatsanleihenkaufprogramm	551

Abkürzungsverzeichnis

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ASSP	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
AVöR	Archiv des Völkerrechts
Blätter	Blätter für deutsche und internationale Politik
BpB	Bundeszentrale für politische Bildung
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht(Entscheidung)
CPS	Comparative Political Studies
DLF	Deutschlandfunk
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DuR	Demokratie und Recht
DVPW	Deutsche Vereinigung für Politische Wissenschaft
E & D	Backes/Gallus/Jesse (Hg.), Jahrbuch Extremismus & Demokratie
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGrCh	Charta der Grundrechte der EU
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuP	Europaparlament
EuR	Europarecht (Zeitschrift) / Europarat
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EUV	EU-Vertrag
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FS	Festschrift
GG/K	Grundgesetz/Kommentar
GLJ	German Law Journal
GS	Gesammelte Schriften
GWP	Gesellschaft – Wirtschaft – Politik
HB BVerfG	Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System
HBStRBRD	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
IGH	Internationaler Gerichtshof
IPG	Internationale Politik und Gesellschaft
JB	Jahrbuch
JBEI	Jahrbuch der Europäischen Integration
JBMR	Jahrbuch Menschenrechte
JBÖS	Jahrbuch Öffentliche Sicherheit
JJZG	Jahrbuch Juristische Zeitgeschichte

JuWiss	Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JoJZG	Journal Juristische Zeitgeschichte
JRP	Jahresschrift für Rechtspolitologie
JZ	JuristenZeitung
KJ	Kritische Justiz
JRP	Journal für Rechtspolitik
JuS	Juristische Schulung
MRM	Menschenrechtsmagazin
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OSI	Otto Suhr-Institut für Politikwissenschaft
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Rdnr	Randnummer
RuP	Recht und Politik (Zeitschrift)
RW	Rechtswissenschaft
StV	Strafverteidiger
SuS	Staatswissenschaft und Staatspraxis
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechts- lehrer
W&F	Wissenschaft und Frieden
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfR	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZPTh	Zeitschrift für Politische Theorie
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften

Einführung zur 9. Auflage

Nationaler Etatismus: Die „europafeindliche“ Trinitätslehre von Staat – Souveränität – Demokratie des BVerfG

In den knapp zwanzig Jahren von 1974-1993 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) drei Entscheidungen gefällt, die in jeder Dekade grundsätzlich zum Prozess der europäischen Integration vor dem Hintergrund des jeweils erreichten Stands „staatstheoretisch“ Position bezogen: „Solange I“ (1974), „Solange II“ (1986)¹ und „Maastricht“ (1993)². Während den beiden ersten Entscheidungen noch ein scheinbar recht banaler, ökonomischer Sachverhalt zugrunde lag, der wie üblich schon durch (verwaltungs)gerichtliche Instanzen gegangen war, wurden mit den Verfassungsbeschwerden im Rahmen der Maastricht-Entscheidung die einschlägigen gesetzlichen Beschlüsse des Parlaments sogar direkt angegriffen (Zustimmungsgesetz und Einfügung des neuen „Europa-Artikels“ 23 GG durch Verfassungsänderung). Über die in den „Solange-Beschlüssen“ gemachten rechtlichen Ausführungen zur Frage des Vorrangs des europäischen Rechts insbesondere im Hinblick auf die im Grundgesetz garantierten Grundrechtsstandards hinaus musste – aber vor allem: wollte – das Verfassungsgericht hier ausführlich zu den „politischen“ Fragen „Volkssouveränität“ und „Demokratie“ im europäischen Integrationsprozess Stellung nehmen. Denn die Beschwerdeführer stützten sich auf das sog. „Demokratiedefizit“ und hatten in ihrer Argumentationskette schließlich einen Verstoß gegen das in Art. 38 GG verfassungsrechtlich verankerte Wahlrecht geltend gemacht – und dabei ein umstrittenes „demokratisches Grundrecht auf (National-)Staatlichkeit“ postuliert, auf das das BVerfG

- 1 Zu den Entscheidungen vor „Solange I“, die den Vorrang des sekundären Gemeinschaftsrechts vor dem einfachgesetzlichen nationalen Recht bestätigten, vgl. *Büdenbender*, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht, 2005, S. 50 ff.; *Frowein*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht; in: Starck, Bd. 2, 1976, S. 187 ff.; zur Auffassung des BVerfG nach „Solange I“ vgl. den zwischen den beiden „Solange-Entscheidungen“ liegenden „Vielleicht-Beschluss“ von 1979 (BVerfGE 52, 187).
- 2 BVerfGE 37, 271; E 73, 339 und E 89, 155. Nach der kurze Zeit später erfolgten Fernsehrichtlinie-Entscheidung von 1995 (BVerfGE 92, 203) erging im Jahr 2000 die Entscheidung zur Bananenmarktordnung (vgl. BVerfGE 102, 147), die sich u.a auf das seit der Maastricht-Entscheidung für Irritationen sorgende sog. „Kooperationsverhältnis“ von EuGH und BVerfG bezog (auch zum ebenfalls 2000 ergangenen Kammer-Beschluss „Alcan“ vgl. Kap. 3 a). Die Entscheidung zum Vollzug der Währungsunion von 1998 (vgl. BVerfGE 97, 350 – Euro) brachte bzgl. der hier interessierenden Sicht nichts prinzipiell Neues. Dies gilt auch für „Warnhinweise für Tabakerzeugnisse“ von 1997 (BVerfGE 95, 173); hierzu und zu den weiteren Beschlüssen nach „Maastricht“ vgl. insgesamt: *Büdenbender*, ebd., S. 80 ff.; *Schwarze*, Das „Kooperationsverhältnis“ des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof; in: Badura/Dreier, Bd. 1, 2001, S. 223 ff.; *Folz*, Demokratie und Integration, 1998; auch *Lhotta/Ketelhut*, Bundesverfassungsgericht und Europäische Integration; in: van Ooyen/Möllers, HB BVerfG, 2. Aufl., 2015, S. 845 ff.

prompt einstieg – und das es seitdem als Kontrollhebel gegenüber der europäischen Integration weiter ausgebaut hat. Gleichwohl, „hochpolitisch“ waren auch schon die „Solange-Entscheidungen“, obwohl es bloß um die Klage eines deutschen Import- und Exportunternehmens um Aufhebung eines Bescheids der Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel ging bzw. und bei „Solange II“ um die Einfuhr von Champignonkonserven aus Taiwan, für die eine Genehmigung durch das zuständige Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft aufgrund einer EWG-Verordnung nicht erteilt worden war. Hier tauchte die grundlegende Frage nach der Qualität des Integrationsprozesses auf, die das Gericht mit den traditionellen Begrifflichkeiten der deutschen Staatslehre bis heute zu beantworten sucht – nämlich mit dem maßgeblichen Begriff der „Souveränität“ des Staates. In der Kampfabstimmung zu „Solange I“ aber wurde mit der unterlegenen Abweichenden Meinung demgegenüber früh eine Sicht des Integrationsprozesses entwickelt, die in ihrer Modernität seitens des BVerfG bis heute kaum wieder erreicht worden ist (Kap. 1).

In seiner Maastricht-Entscheidung hatte der Zweite Senat dann den verfassungsrechtlichen Rahmen der europäischen Integration einschließlich zukünftiger Perspektiven abgesteckt. Obwohl man damals zu dem Ergebnis kam, den Maastricht-Vertrag (noch) für verfassungskonform zu erklären, galt die Entscheidung – auch vor dem Hintergrund von „Solange II“ – Teilen der Literatur als „europafeindlich“. Denn hierin fand sich eine regelrecht antipluralistische Staatstheorie mit „Entstaatlichungsverbot“ und „Kein-Demos-These“, in der eine unauflösliche Dreieitigkeit von „Staat“ – „Souveränität“ – „Demokratie“ als (homogene) deutsche Nationalstaatlichkeit festgeschrieben schien. Ich nenne sie die „Trinitätslehre“, schon weil der Begriff der Souveränität theologischen Ursprungs ist und es sich daher bei dieser Übertragung religiöser Beschreibungen von „Gott“ auf den „Staat“ um eine Form von „Staatstheologie“ (Hans Kelsen), „politischer Theologie“ (Carl Schmitt) bzw. „politischer Religion“ (Eric Voegelin) handelt – je nachdem, welcher Begrifflichkeit man hier denn folgen möchte³. Sie wurde durch die Richter Ernst-Wolfgang Böckenförde und Paul Kirchhof formuliert, die (nicht nur) die Europa-Rechtsprechung des Zweiten Senats staatsrechtlich maßgeblich beeinflusst haben und die sich schon zuvor in der Entscheidung „Ausländerwahlrecht“ niedergeschlagen hatte (Kap. 2). Diese „Trinitätslehre“ beruhte sich in der Maastricht-Entscheidung nur scheinbar und zur Tarnung ihrer Bezüge zu Carl Schmitt auf den sozialdemokratischen Staatsrechtler Hermann Heller (Kap. 3) und kontrastierte mit der anderen grundlegenden Demokratie-

3 Vgl. *Kelsen*, Gott und Staat; in: *Kelsen*, 2. Aufl., 1989, S. 29 ff.; *Schmitt*, Politische Theologie, 7. Aufl., 1996; *Voegelin*, Die politischen Religionen, 2. Aufl., 1996. Der Streit um die genaue Begrifflichkeit ist an dieser Stelle nebensächlich, vgl. hierzu m.w.N. *van Ooyen*, Totalitarismustheorie gegen Kelsen und Schmitt; in: *ZfP*, 1/2002, S. 56 ff.

theorie des BVerfG, die der Erste Senat in seiner Brokdorf-Entscheidung schon 1985 als Alternative bereit gestellt hatte (Kap. 5). An dieser Stelle erfolgt daher ein ergänzender Zugang der Analyse der Europa-Entscheidungen, indem anhand der Staats- und Demokratieverständnisse der beiden früheren Verfassungsrichter der Einfluss staatsrechtlicher (besser: politischer) Vorverständnisse von Richterpersönlichkeiten exemplarisch deutlich gemacht wird – und zwar über „Maastricht“ hinaus bis in die Lissabon-Entscheidung hinein (Kap. 4). Zeitgeschichtlich betrachtet fällt der Erfolg des „schmittianisch“, an der politischen Einheit „Volk“, ausgerichteten „Legitimationskettenmodells“ zusammen mit der Deutschen Einheit. Böckenördes kollektivistische Demokratietheorie kam sozusagen zur „rechten“ Zeit, um dem grundrechtlich-pluralistischen Konzept von „Brokdorf“ des Ersten Senats den Rang abzulaufen zu können. Zuvor hätte ein „verfassungsgerichtlicher Bezug auf das deutsche Volk in der Luft gehangen“, denn es „umfasste als Rechtsbegriff auch die Deutschen in der DDR, die als Legitimationssubjekt des Art. 20 Abs. 2 kaum in Frage gekommen wären“⁴. Von nun an aber ließ sich das „Volk“ über Art. 79 III GG sogar mit einer „anti-europäische(n) Stoßrichtung“ aufladen⁵.

Bald vollzog sich ein Generationswechsel: Einflussreiche Richterpersönlichkeiten wie Böckenförde und Kirchhof, die einem strikten „national-liberalen Etatismus“ verpflichtet waren, schieden aus. Nach zwei kleineren Urteilen mit Europabezug (Kap. 6 und 7)⁶ folgte mit „Lissabon“ die neue, große Europa-Entscheidung – Anlass genug, das staats- und demokratietheoretische Verständnis des machtvollen Gerichts erneut aus Sicht der Verfassungspolitologie einer liberalen Demokratie⁷ zu prüfen. Die Entscheidung wurde in der Öffentlichkeit zunächst

4 *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre; in: *Der Staat*, 2/2019, S. 226.

5 *Dreier*, Art. 20; in: *Ders.*, GGK, Bd. 2, 3. Aufl., 2015, Rdnr. 54.

6 Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR/Görgülü (2004) und zur Verfassungswidrigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes (2005).

7 Vgl. allgemein, z.T. aber mit anderer Zielrichtung als dem hier entwickelten Forschungsansatz: *Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein, 2. Aufl., 2019; *Kaupen/Rasehorn*, *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, 1971; *Wassermann*, Der politische Richter, 1972; *Bärsch*, Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen, 1974; *Vorländer*, Verfassungsbegriff und Demokratie in Deutschland; in: *Liberal*, 3/1982, S. 164 ff.; *Görlitz/Voigt*, Rechtspolitologische Forschungskonzepte, 1988; *Lietzmann*, Das Bundesverfassungsgericht, 1988; *Weiler*, Der Staat „über alles“; in: *JöR*, 1996, S. 91 ff.; *Lhotta*, Der Staat als Wille und Vorstellung; in: *Der Staat*, 1997, S. 189 ff.; *Müller*, Wer ist das Volk?, 1997; *Bull*, Hierarchie als Verfassungsgebot? in: *Greven/Münkler*, 1998, S. 242 ff.; *Alshut*, Der Staat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1999; *Rinken*, Demokratie und Hierarchie; in: *KJ* (Hg.), 2000, S. 125 ff.; *von Beyme*, Das Bundesverfassungsgericht aus Sicht der Politik- und Gesellschaftswissenschaften; in: *Badura/Dreier*, Bd. 1, 2001, S. 493 ff.; *van Ooyen*, Der Staat der Moderne, 2003; *Graser*, „Demokratie“?; in: *Leviathan*, 3/2003, S. 345 ff.; Günther, Denken vom Staat her, 2004; *Lepsius*, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?; in: *EuGRZ*, 2004, S. 370 ff.; *Grigoleit*, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, 2004; *Henne/Riedlinger*, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005; *Schmidt*, Sichtbares Recht und

positiv, ja fast euphorisch „europafreundlich“ aufgenommen, zumal „Lissabon“ nun nicht am BVerfG scheitern würde. Aber auch – beser: gerade – die Lissabon-Entscheidung bewies, dass an der in den Voraufgaben formulierten These der „Europafeindlichkeit“ nichts zu revidieren war. Sie blieb in der Spur von „Maastricht“, beinhaltete stellenweise sogar eine erhebliche Verschärfung oder wie Peter Häberle es formuliert: eine „versteinerte Maastricht II-Entscheidung“⁸ (Kap. 8). Der Streit zwischen dem „integrationsfreundlichen“ und „integrations-skeptischen“ Lager⁹ ging unter dem seinerzeitigen Berichterstatter Udo Di Fabio damit in eine neue Runde. Eingefügt wird an dieser Stelle daher ein Exkurs zu dessen souveränitätsfixierter Theorie der „Kernstaatlichkeit“. Mit ihr lässt sich schon von der ersten Entscheidung zum EU-Haftbefehl über Lissabon bis zu seinem jüngsten Gutachten in der „Flüchtlingskrise“ via Art. 79 III GG alles als vermeintlich „ewige“ Kernaufgabe des Staates unter einen integrationsfesten nationalen Vorbehalt stellen, was einem aktuell und auch zukünftig rechtspolitisch einfach nicht als europäische Aufgabe passt (Kap. 9).

Durch „Vorratsdatenspeicherung“ und „Mangold/Honeywell“ (Kap. 10) schien dagegen eine neuerliche Rückkehr des Verfassungsgerichts zur relativ „europafreundlichsten“ Linie von „Solange II“ zu erfolgen, die faktisch schon einmal mit der „Bananenmarktordnung“ (2000) wieder erreicht worden war.

unsichtbare Politik; in: Brodocz u.a., 2005, S. 213 ff.; *Vorländer*, Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, 2006; *van Ooyen*, Politik und Verfassung, 2006; *Lembcke*, Hüter der Verfassung, 2007; *Gusy*, Brauchen wir eine juristische Staatslehre?; in: JöR, 2007, S. 41 ff.; *Möllers*, Der vermiste Leviathan; 2008; *Petersen*, Demokratie und Grundgesetz; in: JöR, 2010, S. 137 ff.; *Höreth*, Die Selbstautorisierung des Agenten, 2008; *Requate*, Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz, 2008; *Fiedler*, Bundesverfassungsgericht und Völkerrecht, 2010; *Brodocz*, Die Macht der Judikative, 2009; *Neidhardt*, Das Bundesverfassungsgericht und sein Einfluss auf die föderalen Finanzbeziehungen, 2009; *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010; *von der Ohe*, Das Gesellschaftsbild des Bundesgerichtshofs, 2010; *Schlögel*, Das Bundesverfassungsgericht im Politikfeld Innere Sicherheit, 2010; *van Ooyen/Schale*, Kritische Verfassungspolitologie, 2011; *Ehs*, Verfassungspolitologie?; in: JRP, 14/2011, S. 3 ff.; *Vorländer*, Regiert Karlsruhe mit?; in: APuZ, 35-36/2011, S. 15 ff.; *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011; *Schmidt*, Verfassungskultur und Verfassungssoziologie, 2012; *Rath*, Der Schiedsrichterstaat, 2013; *Lhotta/Ketelhut/Schöne*, Das Lissabon-Urteil, 2013; *Hwang*, Demokratie im Mehrebenensystem; in: RW, 2/2013, S. 166 ff.; *Heinig/Terhechte*, Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013; *Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2014; *Wöhist*, Vom KPD-Verbotsurteil bis nach Lissabon; in: Brodocz u.a., 2014, S. 257 ff.; *Lehnert*, Konstitutionalismus in Europa, 2014; *van Ooyen*, Berliner Schriften zur Verfassungspolitologie, 2014 ff.; *Lepsius/Doering-Manteuffel*, Die Richterpersönlichkeiten und ihre protestantische Sozialisation; in: *Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius*, 2015, S. 167 ff.; *van Ooyen/Möllers*, Verfassungs-Kultur, 2016; *Gawron*, Bundesverfassungsgericht und Religionsgemeinschaften, 2017; m.w.N. *van Ooyen/Möllers*, HB BVerfG, 2. Aufl., 2015; vgl. zudem die im Kap. 18 besprochene, neuere Literatur.

8 Häberle, Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinerte Maastricht II-Entscheidung; in: JöR, 2010, S. 317.

9 Zu Di Fabio als einer der Hauptrepräsentanten des „europaskeptischen“ Ansatzes vgl. *Hwang*, Der deutsche Verfassungsstaat im Mehrebenensystem; in: EuR, 6/2015, S. 703 ff.

Doch obwohl diese im Ergebnis an „Solange II“ anknüpften, verschärfen beide Senate danach den Kurs ihrer Europa-Rechtsprechung: Der Erste Senat erhob in der Anti-Terrordatei-Entscheidung sofort und scharf drohend seinen „Ultra-vires-Zeigefinger“, nachdem der EuGH beim Geltungsbereich der EU-Grundrechtecharta seine umfassende Zuständigkeit als europäischer Verfassungsgerichtshof reklamiert hatte. Nach seinen berühmten Entscheidungen der frühen Jahre zu Geltung und Vorrang des Europarechts scheint der EuGH damit den für Verfassungsgerichte typischen Weg der „Selbstermächtigung“ weiter zu beschreiben (Kap. 13). So viel Selbstermächtigung will man Luxemburg in Karlsruhe aber künftig nicht durchgehen lassen; zu lange sind die eigenen richterlichen Ermächtigungen im „Status-Streit“ und durch „Lüth“ schon her, dass man sich ihrer noch erinnern mag. Vor allem der für das Europarecht primär zuständige Zweite Senat betonte in den Entscheidungen zur „Euro-Rettung“ daher wieder seine „Trinitätslehre“ und das schon seit „Maastricht“ typische Verständnis der staatlich-souverän-national verfassten Demokratie (Kap. 12). Dies, indem – entgegen der bisherigen Rechtsprechung zur auswärtigen Gewalt – jetzt auch der völkerrechtliche Bereich der EU einer parlamentarischen Kontrolle durch den Bundestag unterzogen werden soll. Das steht nur auf den ersten Blick für „mehr Demokratie“, da die Kompetenzen des Europaparlaments in Sachen „Euro-Rettung“ den Senat auch nicht einmal im Ansatz interessierten. So bleibt das Europaparlament wegen des fehlenden nationalstaatlichen „Demos“ weiterhin ein bloßes „Hilfsparlament“ der „Völker“ – nichts also, was man in Sachen „Volkssouveränität“ wirklich ernst zu nehmen hätte; und zwar mit Blick auf die Entscheidungen zu den Sperrklauseln bei Europawahlen auch nicht in der Frage seiner Funktionsfähigkeit (Kap. 11).

In der Post-Lissabon-Rechtsprechung zeigt sich daher nach wie vor die „Europafeindlichkeit“ der Staatstheorie des BVerfG, die selbst – so eine These zur Erklärung – auch Ausdruck eines verfassungsgerichtlichen „Demokratietheorie-Defizits“ ist (Nachtrag 1), gekoppelt mit Fehl- bzw. antiquierten Verständnissen in der Vergleichenden Regierungslehre und über die Funktionsweise des parlamentarischen Systems (Nachtrag 2) sowie einem „Etatismus“ in der Spur Hegels. Sie werden in der juristischen Staatslehre wirkmächtig tradiert und finden sich auch in anderen Feldern der Rechtsprechung des BVerfG (neu: Literatur-Nachtrag zu Kap. 18)¹⁰. Auch wenn das BVerfG sich mit dem OMT-Beschluss erstmals nun auf die von den Kritikern immer wieder geforderte Vorlage beim EuGH endlich einließ: Ein Richtungsschwenk des Zweiten Senats hin zur tatsächlichen „Europafreundlichkeit“ ergab sich nicht; schon die Art der Vorlage konnte als Zumutung seitens des EuGH empfunden werden. Allein die Ausdehnung der schon

¹⁰ Vgl. auch mwN: *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, 2005; *van Ooyen/Möllers*, „Der Staat ist von Verfassungen wegen nicht gehindert...“, 2021.

immer strittigen Zulässigkeit der (faktischen Popular-)Klagen¹¹ über Art. 38 GG nun auch auf die „Ultra vires-Kontrolle“ von EU-Institutionen scheint den europapolitischen Entscheidungsspielraum des Bundestags weiter einengen zu wollen¹². Damit hat das BVerfG der nationalen Demokratie, die es zu schützen glaubt, vielleicht erneut einen Bärendienst erwiesen, indem es selbst der Entpolitisierung des Bundestags in Sachen Europa und damit der vom Senat gerügten „Entleerung“ parlamentarischer Kompetenzen und Verantwortlichkeiten durch „Judicialisierung“ weiteren Vorschub leistet¹³. Spätestens seitdem der EuGH zur Grundrechtecharta entschieden hatte, wurde gemutmaßt, dass der Zweite Senat nach seinem Zurückrudern bei „Mangold/Honeywell“ mit der „Ultra-vires-Kontrolle“ tatsächlich einmal Ernst machen könnte¹⁴ – aber auch, dass der Streit um die bisher bloß angekündigte und damit hypothetische „OMT-Aktion“ dem Gericht hierfür gar nicht wichtig genug erscheinen könnte¹⁵. Doch das BVerfG entschied vom Ergebnis her betrachtet insofern wie gewohnt: harte, große Worte mit weichem, „versöhnlichem Ende“¹⁶. So blieb auch bei der Entscheidung „Haftbefehl II“ des Zweiten Senats (Kap. 14) der Konflikt trotz verschärfter Prüfung von Grundrechtsstandards über die „Identitätskontrolle“ ausdrücklich aus.

Die problematische Staats- und Demokratietheorie der „Trinitätslehre“ ist auch im Gericht selbst nicht unumstritten geblieben. Davon zeugen die alternative Demokratietheorie des Brokdorf-Beschlusses des Ersten Senats, das „Pendeln“ im Verlauf der Europarechtsprechung des Zweiten Senats sowie einzelne Sondervoten. Schließlich hat es auch Richter/innen gegeben, die wie etwa Bruno Otto Bryde oder Gertrude Lübke-Wolff in wissenschaftlichen Veröffentlichungen ausdrücklich und scharf hiergegen Position bezogen haben¹⁷. Mit dem Präsidenten Andreas Voßkuhle schien es im Zweiten Senat einen Repräsentanten einer eher pragmatischen Richtung zu geben, die das Paradigma des „souveränen Staats“ zwar nicht hinter sich lassen, aber trotzdem zugleich sich dem Demokratiebegriff pluralismustheoretisch nähern wollte (Kap. 18). Die in der Theorie wi-

11 Vgl. *Schumann*, Die Aufwertung der Verfassungsbeschwerde im Elfes-Urteil und im Lisbon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts; in: Dalibor u.a., 2011, S. 78.

12 Vgl. BVerfGE 134, 366, Sondervotum von Richterin Lübke-Wolff bzw. Richter Gerhardt; auch *Zivier*, Die OMT-Beschlüsse, der Europäische Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht; in: RuP, 4/2015, S. 233 ff.; *Mayer*, Rebels without a cause?; in: EuR, 5/2014, S. 473 ff. Zur „rechtspositivistisch-zurückhaltenden“ Sicht des EuGH vgl. *Classen*, Funktionsadäquate checks and balances statt richterliche Vollkontrolle unter demokratischem Vorwand; in: EuR, 4/2015, S. 477 ff.

13 Vgl. *Lehner*, Die Integrationsverfassungsbeschwerde nach Art. 38 Abs. 1 GG; in: Der Staat, 4/2013, S. 562.

14 So Berichterstatter *Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, S. 70.

15 So wohl Präsident Voßkuhle; vgl. *Bubrowski*, Rückpass nach Karlsruhe; auch *Jahn*, Kraftlose Probe; beide in: FAZ vom 17.02.2016.

16 *Schiffbauer*, Europas Werk und Karlsruhes Beitrag; in: JuWiss, 2016.

17 Vgl. *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie; in: SuS, 1994, S. 305 ff.; *Lübke-Wolff*, Homogenes Volk; in: ZAR, 4/2007, S. 121 ff.

dersprüchliche Kompromissformel des „Staaten- und Verfassungsverbunds“ bei „EU-Haftbefehl II“ lässt sich so interpretieren. Gleichwohl blieb auch Andreas Voßkuhle grundsätzlich dem „Lager“ zugehörig, die Art. 79 III GG gegen eine weitere Integration positionieren. Vor allem aber ist mit Peter M. Huber wiederum ein für das Europarecht als Berichterstatter zuständiger Richter im Zweiten Senat tätig, der sich ausdrücklich auf die „Maastricht-Linie“ und deren Konzept einer souveränen „Volksdemokratie“ beruft.

Die Entscheidung „Bankenunion“ bestätigte im Wesentlichen die Grundanschauungen des Zweiten Senats zur Auslegung des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips. Dabei formulierte er seine „üblichen“ Bedenken, jetzt über die sog. „Einflussknicke“ demokratischer Legitimation im Bereich der unabhängigen EU-Agenturen, die aus Sicht des Gerichts „prekär“ bleiben¹⁸, winkte aber vom Ergebnis her betrachtet die Sache durch¹⁹. In der Entscheidung zum Anti-IS-Einsatz der Bundeswehr macht der Zweite Senat allerdings eine – kleine – gegen das Lissabon-Urteil gerichtete, „europafreundliche“ Wende, aber nur, um die Kontinuität seiner „regierungsfreundlichen“ Rechtsprechung in der Außen- und Sicherheitspolitik aufrecht erhalten zu können (Kap. 15). Der vom BVerfG geforderte, weite nationale außenpolitische Handlungsspielraum wird auf einmal mit einer Neubewertung der EU als System kollektiver Sicherheit gestützt. Die Entscheidung verhält sich in gewisser Weise „spiegelverkehrt“ zur „Euro-Rettung“, in der der Zweite Senat eine „parlamentsfreundliche“ Argumentation nutzte, um seine „europafeindliche“ Linie einer nationalen Kontrolle der EU weiter fortzuführen.

Es ist jedoch auch der Erste Senat wieder von Interesse, weil er jetzt einen grundlegenden „europafeindlichen“ Spurwechsel vorgenommen hat. Mit „Recht auf Vergessen I und II“ holt er zu dem „Gegencoup“ aus, der nach dem Åkerberg Fransson-Urteil des EuGH zum Geltungsbereich der EU-Grundrechtecharta von ihm in der Entscheidung „Anti-Terrordatei“ angekündigt worden ist. Er erklärt das BVerfG in Sachen Europarecht überhaupt für zuständig und setzt sich selbst als „Hüter“ der europäischen Grundrechte ein. Damit droht der Erste Senat hinter die „europafreundliche“ (und in dieser Hinsicht immer noch maßgebliche) Solange II-Entscheidung des Zweiten Senats zurückzufallen – und zwar ausdrücklich ohne sich auf eine Plenarentscheidung des BVerfG einzulassen (Kap. 16).

Aktuell ist das EZB-(Anleihenankauf-)Urteil des Zweiten Senats erfolgt. Mit diesem Paukenschlag hat das BVerfG den Konflikt mit dem EuGH um den Vorrang des Gemeinschaftsrechts neuerlich verschärft. Und der bisher in der Euro-

18 Vgl. BVerfGE 151, 202, Leitsätze 1 und 3.

19 Dabei schließt es sich der „Meroni-Doktrin“ des EuGH an, die Parallelen zur „Wesentlichkeitstheorie“ des BVerfG hat; vgl. *Gentsch/Brade*, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht; in: EuR, 6/2019, S. 633.

pa-Rechtsprechung sprichwörtlich geltende Satz: „Hunde, die in der Staatstheorie laut europfeindlich bellen, beißen nicht“, schien widerlegt. Inzwischen aber ist die Eskalation des Streits vorerst beigelegt und die Bundesregierung hat sozusagen die Bürgschaft für das BVerfG übernehmen müssen, sodass das von der EU-Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingestellt worden ist²⁰. Das BVerfG ist eben keine „Gegenregierung“, machtpolitisch verfügt es bloß über eine weiche „Deutungsmacht“²¹. Trotzdem bleibt ein großes Unbehagen: Die Entscheidung irritiert, weil die Bestreitung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zur Steilvorlage für die Regierungen in Polen und Ungarn (aber auch Rumänien) wird. Sie irritiert, weil die gerügte europäische Kompetenzüberschreitung mit einer Kompetenzüberschreitung des BVerfG selbst einhergeht²². Sie irritiert schließlich, weil das BVerfG erneut schweren „Verfassungsbeton“ angerührt hat: Wie bei fast allen Europa-Entscheidungen seit „Maastricht“ spielt Art. 79 Abs. 3 GG eine tragende Rolle. Dieser aber wurde vom Parlamentarischen Rat als verfassungsrechtlicher Schutzmechanismus gegen die Beseitigung der liberalen Demokratie durch eine „legale Machtergreifung“, d. h. als „Anti-Diktatur-Klausel“ konzipiert. Die EZB-Entscheidung hat viele vielleicht gerade hinsichtlich der Schärfe ihrer Diktion gegenüber dem EuGH überrascht – war doch sogar von der „Willkür“ des EuGH die Rede²³. Inhaltlich aber bleibt der Zweite Senat seinem langjährigen „europafeindlichen“ Kurs treu, bei dem er kontinuierlich die „Ewigkeitsklausel“ über das Demokratieprinzip gegen die Integration positioniert und damit das Grundgesetz auf den Kopf gestellt hat (neu eingefügt: Kap. 17).

In der Europa-Rechtsprechung schlägt letztlich die vom BVerfG vertretene Demokratietheorie und sein Etatismus der national-staatlichen „Volksdemokratie“ mit ihrem statischen „Legitimationstheorem“ einer monistisch gedachten, substanzialisierten Staats- und Volks-Souveränität, nach der in Europa laufend „Demokratiedefizite“ auszumachen sind, mit aller Wucht auf das Gericht selbst zurück. Wenn es sich seine Legitimationsbasis nur einmal genauso konsequent vor Augen führen wollte, wie es das bei den direkt gewählten Parlamenten tut: dann blickte das BVerfG gemessen an der von ihm selbst vertretenen Staatstheorie bloß in sein eigenes „Demokratiedefizit“.

20 Vgl. *Wimmel*, Handlungspflichten von Bundesregierung und Bundestag nach dem EZB-Urteil; in: RuP, 3/2020, S. 367 ff.; EU-Kommission stellt Verfahren gegen Deutschland ein, Legal Tribune Online vom 02.12.2021, www.lto.de

21 So schon *Wever*, Das Bundesverfassungsgericht – eine Gegenregierung?; in: Blanke/Wollmann, 1991, S. 310 ff ff.

22 Vgl. *Ipsen*, Das Bundesverfassungsgericht ultra vires; in: RuP, 3/2020, S. 344 ff.

23 Vgl. BVerfGE 154, 17 – EZB-Staatsanleihenkauf (PSP) vom 05.05.2020, www.bundesverfassungsgericht.de, 2. Leitsatz sowie Rdnr. 118.

Last but not least eine Bemerkung zu Entstehung und Rezeption des Buchs: Die erste Auflage erschien 2006, noch vor der Lissabon-Entscheidung. Sie war so, nämlich als Buch, überhaupt nicht geplant. Ursprünglich handelte es sich um einen längeren Aufsatz, den ich im Anschluss an eine Monographie zu problematischen Kontinuitätslinien im Politikverständnis des BVerfG²⁴ speziell anlässlich der Entscheidung zum EU-Haftbefehl (2005) verfasst und bei der von mir geschätzten ZPol eingereicht hatte. Er wurde vom Board abgelehnt – zum Glück, denn es ist daraus mein auflagenstärkstes Buch geworden. In der mir mitgeteilten Kurzbegründung hieß es damals, der Gegenstand sei dann doch „zu juristisch“ und für eine politikwissenschaftliche Zeitschrift nicht so von Interesse. Inzwischen kann im Fach aber (wieder) ein kleiner Boom zum Thema „Politik und Verfassung“ einschließlich BVerfG beobachtet werden²⁵, genauso wie umgekehrt eine Reihe von Staatsrechtlern/innen sich (neuerlich) für die Sozialwissenschaften öffnet²⁶. Es erfolgten rasch ein unveränderter Nachdruck und als Folge der erhöhten „Schlagzahl“ in der Europa-Rechtsprechung regelmäßig erweiterte Neuauflagen, die bald auch in politikwissenschaftlichen Zeitschriften freundlich rezensiert wurden. Schließlich machte das Buch beim EGMR in Teilen der Richterschaft die Runde, wie mir der damalige Präsident Luzius Wildhaber erzählte. Und die kritische Auseinandersetzung seitens Andreas Voßkuhle (vgl. Kap. 18) zeigt, dass es beim BVerfG inzwischen selbst Interesse geweckt hat. Vor allem aber nutze ich es seit Jahren als eine der Grundlagen für politikwissenschaftliche Seminare am OSI der FU Berlin und im Masterstudiengang „Politik und Verfassung“ an der TU Dresden, um Studierenden meinen Ansatz der „Verfassungspolitologie“ am Beispiel des BVerfG näher zu bringen²⁷.

RvO

Berlin, im Januar 2022

24 Vgl. *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, 2005.

25 Viel selbstverständlicher dagegen in den USA; vgl. *van Ooyen*, Amerikanische Literatur zum Supreme Court – Lücken bei der Forschung zum Bundesverfassungsgericht; in: ZPol, 4/2008, S. 515 ff.; *Grimm* kritisiert zu Recht, dass die politikwissenschaftliche Forschung dabei einseitig auf die „realistische“ Analyse und kaum auf die Urteilsbegründungen ziele: Was ist an der Verfassungsgerichtsbarkeit politisch?; in: ZfP, 1/2109, S. 86 ff.; vgl. aber neben meinen Arbeiten seit 2005 aktuell z.B. *Dregger*, Die Verfassungsinterpretation am US-Supreme Court, 2019, *Kuhn*, Bundesverfassungsgericht und Parlamentarismus, 2021.

26 Diese zusammenzuführen, war einer der Gründe für das seit 2005 parallel laufende Projekt eines Handbuchs zum BVerfG im politischen System; Vgl. *van Ooyen/Möllers*, Recht gegen Politik – politik- und rechtswissenschaftliche Versäumnisse bei der Erforschung des Bundesverfassungsgerichts (2006); jetzt in: Dies., HB BVerfG, 2. Aufl., 2015, S. 3 ff.

27 Vgl. auch *van Ooyen*, Bundesverfassungsgericht und politische Theorie, 2015.

1. Keine Aufgabe der Souveränität: die Solange-Entscheidungen

a) Solange I (1974)

Im „Solange I-Beschluss“²⁸ von 1974 prüfte das Verfassungsgericht grundlegend das Problem des sogenannten „Vorrangs“. Wenngleich die unmittelbare Geltung und der Vorrang des EG-Rechts vor einfachem Gesetzesrecht schon zu dieser Zeit längst anerkannt waren²⁹, hatte das Gericht ausgehend von einer Grundrechtsproblematik jedoch nun prinzipielle Feststellungen zu treffen, ob das aus den Verträgen abgeleitete sekundäre Gemeinschaftsrecht – also das europäische Recht, das die Gemeinschaftsorgane nach den Verträgen zu erlassen befugt sind³⁰ – sich auch über verfassungsrechtliche Bestimmungen hinwegsetzen kann. Oder, etwas genauer formuliert, ob Vorlagen an das BVerfG im Rahmen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG hier überhaupt noch zulässig sind³¹. Denn ein deutsches Exportunternehmen hatte gegen den Bescheid einer deutschen Behörde vor dem Verwaltungsgericht geklagt, die ihren Bescheid nach Maßgabe einer EWG-Verordnung zu treffen hatte. Das Verwaltungsgericht hielt eine von ihm eingeholte Vorabentscheidung des EuGH³² für mit dem Grundgesetz unvereinbar und legte daher diese Frage dem BVerfG unter Aussetzung des Verfahrens nach Art. 100 GG zur Entscheidung vor.

Das Verfassungsgericht erkennt in seiner Entscheidung (noch) an, dass es sich beim Prozess der europäischen „supranationalen“ Integration um eine neue Qualität der Zusammenarbeit von Staaten handelt³³, die sich in die bisherige Systematik begrifflich kaum einordnen lässt. – Noch deshalb, weil die Europa-Rechtsprechung des Gerichts vor „Solange I“ weitestgehend der integrationsfreundlichen Rechtsprechung des EuGH (insb.: van Gend & Loos; Costa/ENEL)

28 Vgl. einführend *Cornils*, BVerfGE 37, 271 – Solange I; in: Menzel, 2000, S. 234 ff.

29 *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union, 5. Aufl., 2001, weisen zu Recht darauf hin, „... dass das Bundesverfassungsgericht der Rezeption der neuen rechtlichen Ordnung grundsätzlich und ausdrücklich den verfassungsrechtlichen Boden bis zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien und der Qualifizierung des EuGH als gesetzlichem Richter im Rahmen der nationalen Rechtsordnung geebnet hat“; S. 132.

30 Hier insb. die EG-Verordnungen, die im Gegensatz zu den Richtlinien ohne weiteren innerstaatlichen Rechtssetzungsakt in den Mitgliedstaaten unmittelbar gelten (sog. „Durchgriff“).

31 Bzw. auch Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 I 4 a GG.

32 Seinerzeit nach Art. 177 EWG-Vertrag.

33 Schon die Europäische Donaukommission von 1856 kann jedoch als Organisation mit „supranationalem“ Charakter begriffen werden, da auch sie die Kompetenz innehatte, Rechtsakte mit Durchgriff zu erlassen – und zwar bis zur Geldstrafe gegen Individuen; vgl. *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Das Recht der Internationalen Organisationen, 6. Aufl., 1996, S. 18; *Fischer/Köck/Marboe*, Allgemeines Völkerrecht, 5. Aufl., 2000, S. 183.

gefolgt³⁴ war³⁵. – Weder Staatsrecht noch Völkerrecht erweist sich daher das Gemeinschaftsrecht als eine Rechtsordnung von besonderer und eigenständiger Art:

„Der Senat hält – insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – an seiner Rechtsprechung fest, daß das Gemeinschaftsrecht weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, sondern eine eigenständige Rechtsordnung bildet, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt...; denn die Gemeinschaft ist kein Staat, insbesondere kein Bundesstaat, sondern ‚eine im Prozeß fortschreitender Integration stehende Gemeinschaft eigener Art‘, eine ‚zwischenstaatliche Einrichtung‘ im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG. Daraus folgt, daß grundsätzlich die beiden Rechtskreise unabhängig voneinander und nebeneinander in Geltung stehen und daß insbesondere die zuständigen Gemeinschaftsorgane einschließlich des Europäischen Gerichtshofs über die Verbindlichkeit, Auslegung und Beachtung des Gemeinschaftsrechts und die zuständigen nationalen Organe über die Verbindlichkeit, Auslegung und Beachtung des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland zu befinden haben“³⁶.

Nach Meinung des Gerichts existieren also Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht als zwei grundsätzlich verschiedene Rechtskreise „nebeneinander“, so dass gemäß dieser, im übrigen wohl vom preußisch-konservativen Etatisten Heinrich Triepel³⁷ übernommenen, dualistischen Theorie im Regelfall gar keine Normenkollisionen entstehen³⁸. Die zitierte Aussage, dass die jeweils zuständigen Instanzen über die Einhaltung der jeweiligen Rechtsordnung selber achten, erweist sich aber nur als bedingt „europafreundlich“. Das Verfassungsgericht spricht zwar von einer „Rechtsordnung eigener Art“, ja sogar von einer „autonomen Rechtsquelle“. Doch es ist hiermit keinesfalls staatliche Autonomie gemeint. Dies nicht nur, weil schon an dieser Stelle betont wird, dass die Gemeinschaft

34 Diese, bisher vertretene Linie des BVerfG wird deutlich in der Minderheitsmeinung der Richter Rupp, Hirsch und Wand (s.u.); vgl. *Nicolaysen*, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts; in: Hatje/Terhechte, 2010, S. 13 f.

35 Vgl. BVerfGE 22, 293 – EWG-Verordnungen (1967).

36 BVerfGE 37, 271 – Solange I, Rdnr. 40 (Internetfassung).

37 Zu Triepel vgl. insgesamt *Gassner*, Heinrich Triepel, 1999; kurz auch *van Ooyen*, Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht; in: HB BVerfG, 2. Aufl., 2015, S. 169 ff.

38 Vgl. schon *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899. Die dualistische Theorie geht dabei von zwei unabhängigen, getrennten Rechtsordnungen aus. Da Völkerrecht und Landesrecht unterschiedliche Normerzeugungen, Normadressaten und Regelungsbereiche haben, muss Völkerrecht in Landesrecht „transformiert“ werden. Die dualistische Theorie macht die Geltung des Völkerrechts zwar nicht – wie beim radikalen Monismus Hegels – als bloß „äußeres Staatsrecht“ allein von der staatlichen Souveränität abhängig; sie geht aber insoweit von der „Souveränität“ des Staates aus, dass dieser selbst bestimmt, inwieweit und auf welcher Ebene in der innerstaatlichen Normenhierarchie das Völkerrecht rangiert (aus deutscher Sicht ist das Verhältnis der Völkerrechtsquellen zum nationalen Recht geregelt in Art. 25 und 59 II GG); vgl. hierzu schon *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl., 1928; auch *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., 1984, S. 15 ff. und 53 ff.

gar kein Staat sei. Gegen den ausdrücklichen (!) Wortlaut von Art. 24 GG, nach dem sich bis zur Einführung des neuen Europaartikels 23 GG mit dem Maastricht-Vertrag die Integration vollzog, behauptete das Gericht nämlich in viel radikalerer Weise, dass im Rahmen europäischer Integration überhaupt gar keine Hoheitsrechte abgegeben worden seien:

„Art. 24 GG spricht von der Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen. Das kann nicht wörtlich genommen werden... Das heißt, er eröffnet nicht den Weg, die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht... zu ändern. Gewiß können die zuständigen Gemeinschaftsorgane Recht setzen, das die deutschen zuständigen Verfassungsorgane nach dem Recht des Grundgesetzes nicht setzen könnten und das gleichwohl unmittelbar in der Bundesrepublik Deutschland gilt und anzuwenden ist. Aber Art. 24 GG begrenzt diese Möglichkeit, indem an ihm eine Änderung des Vertrags scheitert, die die Identität der geltenden Verfassung der Bundesrepublik durch Einbruch in die sie konstituierenden Strukturen aufheben würde... Art. 24 GG ermächtigt nicht eigentlich zur Übertragung von Hoheitsrechten, sondern öffnet die nationale Rechtsordnung... derart, daß der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik im Geltungsbereich des Grundgesetzes zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb des staatlichen Herrschaftsbereichs Raum gelassen wird... Ein unaufgebbares, zur Verfassungsstruktur des Grundgesetzes gehörendes Essentiale ist der Grundrechtsteil des Grundgesetzes“³⁹.

Zu Recht weist das Gericht an dieser Stelle zwar auf die Schranken des Art. 24 GG hin, der tatsächlich keine Aufgabe des Verfassungskerns – hier des Grundrechtsschutzes – ermöglicht⁴⁰. In dieser Hinsicht stimmte dem auch die abweichende Meinung sogar ausdrücklich zu (s. u. Kap. b). Und hieraus folgte dann der zentrale Leitsatz der Entscheidung, der die Zulässigkeit der Prüfung von Europarecht am Verfassungsrecht durch das BVerfG weiterhin bejaht, „solange“ eben kein – überdies demokratisch beschlossener – europäischer Grundrechtskatalog vorliegt, der einen vergleichbaren Grundrechtsschutz verbürgt⁴¹. Hinsichtlich der hier interessierenden Fragestellung nach dem Begriff des Politischen sind aber gar nicht so sehr diese Ergebnisse, sondern vielmehr die Ausführungen des Gerichts bemerkenswert, wonach eine Übertragung von Hoheitsrechten „nicht eigentlich“ stattgefunden habe. Lediglich eine „Öffnung“ der deutschen Rechtsordnung, eine bloße Zurücknahme des „ausschließlichen Herrschaftsanspruchs“ sei demnach erfolgt. Das Gericht formuliert damit schon hier, in der „Solange I-Entscheidung“, genau die etatistische Sicht, die in der „Maastricht-

39 BVerfGE 37, 271, Rdnr. 43.

40 Das folgt ja aus der „Ewigkeitsklausel“ Art. 79 III GG: über Art. 24 GG können keine Hoheitsrechte an die Gemeinschaft abgegeben werden, die noch nicht einmal der verfassungsändernden Gewalt zur Disposition stehen. Denn keiner kann ein Recht übertragen, das er selbst nicht hat; vgl. hierzu die auf Art. 79 III GG Bezug nehmenden Schranken des später dann eingefügten neuen Europa-Art. 23 GG.

41 Vgl. BVerfGE 37, 271 – Solange I.

Entscheidung“ dann offen ausgesprochen wird (s. Kap. 3). Denn nach dieser Interpretation sind keine „Souveränitätssplitter“ unwiderruflich nach „Brüssel“ abgetreten worden; es bleibt der souveräne Herrschaftsanspruch des deutschen Staates weiterhin bestehen, der zugunsten einer – selbst gewollten – „Öffnung“ für das Gemeinschaftsrecht nur vorübergehend zurücktritt. Damit wäre der Prozess europäischer Integration also sogar bis hin zur völligen „Schließung“ umkehrbar. D. h., ein Austritt bleibt nach dieser Lesart jederzeit möglich – und zwar nicht bloß einvernehmlich⁴², sondern wohl Kraft eigener „Machtvollkommenheit“ des „souveränen“ Nationalstaats.

b) Früh erreichte Modernität: die abweichende Meinung

Demgegenüber betont zwar auch die abweichende Meinung⁴³, dass der Kern der Verfassung, insbesondere der hierzu zählende Grundrechtsschutz über Art. 24 GG nicht aufgegeben werden kann. Obwohl ein formaler Grundrechtskatalog fehlt, hält man jedoch einen ausreichenden, weil dem deutschen vergleichbaren, europäischen Grundrechtsschutz schon für gegeben⁴⁴. Da insoweit das europäische Recht nicht aus den unübertragbaren „Souveränitätsschranken“ des Art. 24 GG ausbreche, also sich im Rahmen der verfassungsrechtlich zulässigen Übertragung von Hoheitsrechten bewege, ist nach der Minderheitsmeinung des Gerichts die Vorlage im Rahmen der konkreten Normenkontrolle unzulässig. Denn, dass mit Art. 24 GG „Hoheitsrechte“ übertragen worden seien, die sich daher einer Überprüfung durch staatliche Kontrollinstanzen wie das BVerfG entzögen, daran lässt die abweichende Meinung keinen Zweifel aufkommen:

„Rechtsvorschriften, die von den Organen der Europäischen Gemeinschaften aufgrund der ihnen übertragenen Kompetenzen erlassen worden sind (sekundäres Gemeinschaftsrecht), können nicht auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechtsnormen des Grundgesetzes geprüft werden... Die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland sieht in Art. 24 Abs. 1 GG vor, daß der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen kann... Damit ist auf einem begrenzten Sek-

42 Nach der europarechtlichen Standardliteratur galt dies als der einzige legale Weg: „Ein einseitiger Austritt aus der Union ist nicht vorgesehen und deshalb vertragssystematisch auch nicht möglich, wohl aber ein einvernehmliches Ausscheiden durch Änderungsvertrag gemäß Art. 48 EUV, wie es beim Ausscheiden Grönlands bereits praktiziert wurde“; *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union, 5. Aufl., 2001, S. 71. Der EUV sieht nunmehr mit Art. 50 ein solches Austrittsrecht explizit vor.

43 Vgl. BVerfGE 37, 271, abw. Meinung der Richter Rupp, Hirsch und Wand, Rdnr. 68 ff.

44 Und zwar durch die von allen Mitgliedstaaten ratifizierte EMRK, die den Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundrechtsstandards (also analog zu der in Art. 38 IGH-Statut verankerten völkerrechtlichen Rechtsquelle der sog. Allgemeinen Rechtsgrundsätze, die in der Praxis hilft, Lücken zu schließen), vor allem aber wegen des effektiven Grundrechtsschutzes, den der EuGH hieran orientiert in seiner Rechtsprechung fallweise schon längst entwickelt hätte.

tor... eine eigenständige Rechtsordnung entstanden, die über eigene Organe, einen eigenen Normenbestand und ein eigenes Rechtsschutzsystem verfügt⁴⁵.

Und:

„Art. 24 Abs. 1 GG besagt bei sachgerechter Auslegung nicht nur, daß die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen überhaupt zulässig ist, sondern auch, daß die Hoheitsakte der zwischenstaatlichen Einrichtungen von der Bundesrepublik Deutschland anzuerkennen sind... Das schließt es von vornherein aus, sie nationaler Kontrolle zu unterwerfen. Denn darauf hat die Bundesrepublik Deutschland durch den Beitritt zur EWG, ihre Zustimmung zur Errichtung von Gemeinschaftsorganen und ihre Mitwirkung an der Begründung autonomer Hoheitsgewalt gerade verzichtet“⁴⁶.

Die Minderheitsmeinung folgt daher enger dem Wortlaut – und ohne Zweifel auch dem Zweck – des Art. 24 GG, der eben zur Übertragung „wirklicher“ Hoheitsrechte ermächtigt. Denn zu Recht hebt sie auch vor, dass die nunmehr von der Gemeinschaft ausgeübten Kompetenzen sich ja nicht zufällig ergeben hätten oder gar von dieser einfach usurpiert worden wären; sie sind vielmehr durch die parlamentarische Billigung in Form des Zustimmungsgesetzes und unter aktiver Beteiligung Deutschlands am Integrationsprozess zustande gekommen. Insofern – *pacta sunt servanda* – kann bei diesem Stand der Integration dann auch nichts mehr „zurückgenommen“ werden, indem ein „Souveränitätsvorbehalt“ des Staats geltend gemacht wird. Ein solcher in der Form eines verfassungsgerichtlichen Prüfungsvorbehalts würde zudem die Einheitlichkeit der europäischen Rechtsordnung und damit den Bestand und Zweck der europäischen Integration überhaupt gefährden⁴⁷. Folglich muss der Vorrang ohne irgendwelche Einschränkungen gelten:

„Gemeinschaftsrecht geht inhaltlich abweichenden Bestimmungen des nationalen Rechts vor. Das gilt nicht nur im Verhältnis zu innerstaatlichen Normen des einfachen Rechts, sondern auch gegenüber Grundrechtsnormen der nationalen Verfassung“⁴⁸.

Damit gelang der Minderheitsmeinung der Durchbruch zu einem modernen, pluralistischen und „profanen“ Verständnis des europäischen Integrationsprozesses jenseits überkommener Souveränitätskonzepte. Aus dieser Sicht blieb in den meisten Bereichen der Bundesbürger/innen zwar der bisherigen staatlichen, bundesdeutschen Hoheitsgewalt unterworfen, in einigen wenigen dagegen nunmehr einer neuen, europäischen Hoheitsgewalt. Bildhaft gesprochen stellte man also einfach die „Pluralität von Souveränitäten“ fest – was nichts anderes bedeutete,

45 BVerfGE 37, 271, Rdnr. 69 f.

46 Ebd., Rdnr. 80.

47 Ebd., Rdnr. 84.

48 Ebd., Rdnr. 80.

als dass man sich vom tradierten Begriffsverständnis der „Souveränität“ im Sinne einer einheitlich verstandenen Staatsallmacht löste.

Demgegenüber suchte die in der Entscheidung sich niederschlagende Mehrheitsmeinung des Gerichts den europäischen Integrationsprozess mit dem tradierten Verständniskontext der deutschen Staatslehre zu begreifen – ein dogmatisch offensichtlich wenig überzeugender Versuch, wie man an der recht hilflosen und im Übrigen juristisch wenig professionellen Argumentation der „*nicht eigentlichen*“ Übertragung von Hoheitsrechten schon bemerken⁴⁹ kann⁵⁰. Wenngleich das Gericht sich später in manchem Punkt der Minderheitsmeinung anzunähern schien – in der theoretisch-begrifflichen entscheidenden Frage der „Souveränität“ des Staates ist die Klarheit und „Europafreundlichkeit“ der abweichenden Meinung von „Solange I“ – bis heute – jedoch nicht wieder erreicht worden.

c) Solange II (1986)

Auf den ersten Blick gewinnt man den Eindruck, die abweichende Meinung von „Solange I“ hätte sich tatsächlich einige Jahre später mit „Solange II“ schließlich dann doch noch durchgesetzt. Aber dies gilt allenfalls im Hinblick auf die nunmehr gewandelte Beurteilung des in Europa erreichten Grundrechtsschutzes⁵¹. Denn jetzt, zwölf Jahre später und nach einer zwischenzeitlich schon erfolgten Relativierung von „Solange I“ im „’Vielleicht’-Beschluss“⁵², hielt das Gericht einen solchen für mittlerweile gegeben und schloss sich insofern der seinerzeitigen Minderheitsmeinung an:

„Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist,... wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht... nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen“⁵³.

49 Solche unsauberen Formulierungen tauchen in den Entscheidungen des BVerfG immer dann auf, wenn das zu subsumierende Phänomen den Rahmen des tradierten Staatsbegriffs sprengt; im Bereich z.B. des Asylrechts ist es die Formulierung „quasi-staatlich“; vgl. hierzu: *van Ooyen*, Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?; in: ARSP, 2003, S. 387 ff.

50 Die Entscheidung erging mit 5:3 Richterstimmen relativ knapp und hatte wohl – wie man einigen „spitzen“ Formulierungen entnehmen kann – im Senat zu heftigen Kontroversen geführt.

51 In dieser Hinsicht richtige Bewertung bei *Cornils*, BVerfGE 37, 271 – Solange I, in: Menzel, 2000, S. 239.

52 Vgl. BVerfGE 52, 187.

53 BVerfGE 73, 339 – Solange II, 2. Leitsatz.

Wer den Leitsatz und die zugehörige Begründung von „Solange I“ noch einmal genau prüft, stellt jedoch fest, dass gerade diese Formulierung in der Spur der seinerzeitigen Mehrheitsmeinung bleibt. Diese hatte ja die Prüfungszuständigkeit des BVerfG aufrechterhalten – und einen uneingeschränkten Vorrang des EG-Rechts daher verneint – solange eben kein solcher europäischer Grundrechtsschutz vorlag. Und der hier zitierte Leitsatz von „Solange II“ schließt im übrigen gar nicht aus, bei Unterschreiten des Grundrechtsstandards den Prüfungsvorbehalt wieder aufleben zu lassen – eine Konsequenz, die das Verfassungsgericht dann noch deutlicher anhand des sog. „Kooperationsverhältnisses“ in der „Maastricht-Entscheidung“ formulieren wird. Die Auffassung, dass das Verfassungsgericht mit „Solange II“ also insofern kontinuierlich an die Mehrheitsmeinung von „Solange I“ angeknüpft hat, folgt nicht nur daraus, dass umgekehrt bei der abweichenden Meinung ein Wiederaufleben der Prüfungskompetenz infolge der Übertragung „echter“ Hoheitsrechte gar nicht möglich ist und sich auf das Problem einer unzulässigen Kompetenzübertragung nach Art. 24 GG im Zeitpunkt der Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes zu beschränken hätte. Sie wird auch bestätigt, wenn man außerdem die Stellen im Urteil untersucht, die sich wiederum mit der entscheidenden Frage auseinandersetzen, ob nun Hoheitsrechte „wirklich“ übertragen werden oder ob es sich nur um eine Zurücknahme des (ausschließlichen!) Herrschaftsanspruchs, also um eine bloße „Öffnung“ handelt, so dass sich die so quasi nur vorübergehend „suspendierte Souveränität“ einseitig und jederzeit wieder aktualisieren ließe. Zwar wird an manchen Stellen der Entscheidung die Formulierung einer „Übertragung von Hoheitsrechten“ benutzt⁵⁴, doch dass es sich dabei nach wie vor wohl um eine „nicht eigentliche“ Übertragung handelt, hebt das Gericht gerade unter Verwendung der einschlägigen Formulierung von „Solange I“ auch jetzt ausdrücklich erneut hervor:

„Art. 24 Abs. 1 GG ermöglicht es, die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland derart zu öffnen, daß der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland für ihren Hoheitsbereich zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb dieses Hoheitsbereichs Raum gelassen wird (vgl. BVerfGE 37, 271 (280); 58, 1 (28))...“⁵⁵.

Insofern „oszilliert“ die Entscheidung zwischen den beiden „Lagern“ von „Solange I“, wohl auch, um den zweiten großen Europa-Beschluss des Gerichts nicht in einer erneuten Kampfabstimmung treffen zu müssen, sondern ihn nach außen sogar mit Einstimmigkeit vertreten zu können.

54 vgl. BVerfGE 73, 339, 2. Leitsatz sowie die Rdnr. 375 und 376; vielleicht als Zugeständnis, um diesmal eine einstimmige Entscheidung zu erreichen. Die Richter waren inzwischen ganz andere, nämlich: Zeidler, Niebler, Steinberger, Träger, Mahrenholz, Böckenförde, Klein und Graßhof.

55 Ebd., Rdnr. 374; im Folgenden wird das Gemeinschaftsrecht dann auch hinsichtlich der Geltung eher nach völkerrechtlichen Kriterien beurteilt.

2. Exkurs 1: Staatsvolk statt Bürger: die Ausländerwahlrechts-Entscheidungen

a) Volk bleibt deutsches Volk (1990)

1990, vor der Einführung des kommunalen Wahlrechts für EU-Bürger durch Verfassungsänderung, bewegte sich das BVerfG in derselben Spur. In seinen Urteilen⁵⁶ zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines kommunalen Ausländerwahlrechts in Schleswig-Holstein und Hamburg gestand es dem Bürgerbegriff der „normativen Staatstheorie“⁵⁷ zwar demokratietheoretische Plausibilität zu. Denn implizit auf die Staats- und Demokratietheorie von Hans Kelsen rekurrierend heißt es in der Entscheidung⁵⁸:

„Es trifft nicht zu, daß wegen der erheblichen Zunahme des Anteils der Ausländer an der Gesamtbevölkerung des Bundesgebietes der verfassungsrechtliche Begriff des Volkes einen Bedeutungswandel erfahren habe. Hinter dieser Auffassung steht ersichtlich die Vorstellung, es entspreche der demokratischen Idee, insbesondere dem in ihr enthaltenen Freiheitsgedanken, eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen. Das ist im Ausgangspunkt zutreffend, kann jedoch nicht zu einer Auflösung des Junktims zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt führen. Ein solcher Weg ist durch das Grundgesetz versperrt“⁵⁹.

Mit Bezug auf Art. 20 II Satz 1 GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“) und Art. 116 GG („Deutscher im Sinne des Grundgesetzes“) betrachtete das Gericht die Einführung eines kommunalen Ausländerwahlrechts durch bloßes Landesgesetz dann aber doch als verfassungswidrig. Es zeigte immerhin den Weg auf, wie der (einfache) Bundesgesetzgeber durch die „Hintertür“ den tradierten

56 Vgl. m.w.N.: *Menzel*, BVerfGE 83, 37/60 – Ausländerwahlrecht; in: *Menzel*, 2000, S. 443; *Isensee/Schmidt-Jortzig*, Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht, 1993.

57 Vgl. *van Ooyen*, Demokratische Partizipation statt „Integration“; in: ZPol, 2003, S. 601 ff.; *ders.*, Das Ausländerwahlrecht als Menschenrecht einer liberalen Theorie des Staatsvolks; in: IPG, 1/2011, S. 134 ff.

58 Dabei erkennt das Gericht durchaus, dass diese Demokratietheorie über den Begriff der Freiheit und nicht – wie bei Carl Schmitt – über den der substanziellen Gleichheit argumentiert. Zu der hierbei zugrunde liegenden demokratischen Staats- und Verfassungstheorie vgl. *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929; *ders.*, Allgemeine Staatslehre (1925), 2. Neudruck, Wien 1993; ausführlich m.w.N. *van Ooyen*, Der Staat der Moderne, 2003, S. 89 ff.; *Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., 1990.

59 BVerfGE 83, 37 (52) – Ausländerwahlrecht I (Schleswig-Holstein); vgl. mit a.A. auch *Grawert*, Deutsche und Ausländer; in: *Badura/Dreier*, Bd. 2, 2001, S. 327.

Begriff des „deutschen Volkes“ auch ohne Änderung der Verfassung transzendieren könnte:

„Es bleibt unter diesen Umständen nach geltendem Verfassungsrecht nur die Möglichkeit, auf eine derartige Lage mit entsprechenden staatsangehörigkeitsrechtlichen Regelungen zu reagieren, etwa dadurch, daß denjenigen Ausländern, die sich auf Dauer in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen haben, sich hier rechtens aufhalten und deutscher Staatsgewalt mithin in einer dem Deutschen vergleichbaren Weise unterworfen sind, der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit erleichtert wird“⁶⁰.

Damit hält die geltende Verfassungsordnung zwar auch nach Meinung des Gerichts genügend Spielraum für eine „moderne“ Auffassung vom Bürger bereit. Gleichwohl: Anstatt bei der Auslegung Art. 20 II Satz 1 und Art. 38 I GG aber den „direkten Weg“ zu gehen, folgt man doch lieber der tradierten Sicht des „Staatsbürgerbegriffs“. Damit scheint es implizit diese Verbindung von „deutsch“, „Volk“ und „Demokratieprinzip“ (mit Ausnahme des kommunalen EU-Wahlrechts) sogar noch unter den verfassungsänderungsfesten Kern der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 III GG stellen zu wollen⁶¹. Denn, so das Gericht, „Wahlen, bei denen auch Ausländer wahlberechtigt sind, können demokratische Legitimation nicht vermitteln“⁶².

Dabei ist aus verfassungstheoretischer Sicht dieser Rückgriff völlig überflüssig und wenig überzeugend: Denn wird wie in der Tradition der „normativen Staatstheorie“ von Cicero über Kant bis Kelsen der politische Status des Bürgers durch die Rechtsgemeinschaft begründet, dann ist im Falle demokratischer und nicht autokratischer Ordnung – in einer alten Diktion – die gemeinsame Teilhabe an der Verfassung⁶³ hiervon demokratischer Reflex. Oder in der moderneren Variante der Massendemokratie: der Normunterworfenheit entspricht im demokratischen Sinne das Wahlrecht. Muss man in Folge – nicht bloß vorübergehenden – Aufenthalts die Gesetze eines Landes befolgen, dann ist man also Bürger/Bürgerin des Landes. Und soll dieses Land demokratisch verfasst sein, muss ein jeder, der der Herrschaft unterworfen ist, auf die Gestaltung der Herrschaft, d. h. der Gesetze, durch Wahl des Parlaments Einfluss haben. Dies gilt insbesondere, wenn man wie in der repräsentativen Demokratie der Bundesrepublik den Bundestag (bzw. auf Landesebene die Landtage) – und im Übrigen nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichts – als den zentralen Ort des politischen Entscheidungsprozesses begreift.

60 Ebd.

61 Vgl. Menzel, BVerfGE 83, 37/60 – Ausländerwahlrecht; in: Menzel/Müller-Terpitz, 2. Aufl., 2011, S. 459 f.

62 BVerfGE 83, 60 – Ausländerwahlrecht II (Hamburg), Rdnr. 59 (Internetfassung).

63 Vgl. Aristoteles, Politik, Drittes Buch, S. 154 ff. (1274b-1276 b).

Auch „rein“ verfassungsrechtlich wäre es damals ohne Weiteres möglich gewesen, das Wahlrecht als Jedermann-Recht zu begreifen und damit von der Staatsbürgerschaft abzulösen, zumindest für diejenigen, die ein längerfristiges Aufenthaltsrecht besitzen. Denn in Art. 20 GG ist ja nur von „Volk“, vom „*deutschen Volk*“ aber – und schon gar im Sinne der Staatsangehörigen – überhaupt nicht die Rede⁶⁴; und in den Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 38 (bzw. Art. 28 I GG) bloß von „allgemein“, „frei“ bzw. „gleich“; auch die Wahlberechtigung sieht lediglich eine Altersschranke vor. Dagegen steht selbst nicht die systematische Auslegung i.V.m. der Präambel und den Art. 56, 64 sowie 146 GG, auch wenn sie alle die Formulierung „deutsches Volk“ – eben nicht aber auch eine Definition des Begriffs – enthalten. Zum „deutschen Volk“ könnten bei Bedarf ohne Weiteres daher auch „Marsmenschen“ gezählt werden, weil alle Artikel nichts darüber aussagen, *wer* zum „deutschen Volk“ gehört. Nicht einmal der dann gerne herangezogene Art. 116 GG ist in diesem Kontext zwingend, weil dieser zwar den Begriff des „Deutschen“ bestimmt, aber auch hier keine Definition des „Volks“ im Sinne des Demokratieprinzips beabsichtigt, sondern einfach ein rechtlicher Staatsbürgerschaftsstatus mit Blick auf die besondere Lage der Flüchtlinge und Vertriebenen infolge der Kriegsereignisse konzipiert worden ist – und genau deshalb steht er systematisch ja „irgendwo“ in den „Übergangs- und Schlussbestimmungen“ des Grundgesetzes. Auch als bloße „Mindest“- oder „Untergrenze“ verstanden schließt er wie auch die anderen Artikel nicht aus, dass „Volk“ i.S. von Art. 20 GG weiter, nämlich unter Einbezug der „Ausländer“ verstanden werden kann. Sonst hätte der Verfassungsgeber in Art. 20, 28 bzw. 38 GG, mindestens bei der Regelung zur Wahlberechtigung in 38 II GG diesen Bezug selbst einmal herstellen müssen. Anderes ergibt sich eben nur, wenn man der traditionellen Auslegung folgt, die „Volk“ mit „nativen Deutschen“ bzw. „Staatsangehörigen“ schon identisch (und damit wie bei Carl Schmitt als vorgegebene politische Einheit voraus-)setzt. Das mag allenfalls historisch eine Berechtigung gehabt haben (bzw. erst gar nicht als Problem erkannt worden sein), solange in der Bevölkerung beide Gruppen auch tatsächlich so gut wie deckungsgleich waren. All das spricht eher für eine Offenheit der Formulierungen des Grundgesetzes: offen daher im Bereich der Auslegung für zeitgemäße Demokratietheorie(n) bzw. im Bereich der einfachen Gesetzgebung für gestalterische Freiheit hinsichtlich des Kreises der Wahlberechtigten.

Der Gedanke, dass Bürger/in eines „Staats“, mithin zum „Staatsvolk“ zugehörig ist, wer dauerhaft einer Herrschaft unterworfen ist, blitzt beim Verfassungs-

64 Vgl. auch mit pluralismustheoretischer Akzentuierung *Morlok*, Demokratie und Wahlen; in: Badura/Dreier, Bd. 2, 2001, S. 577 f.; *van Ooyen*, Ausländerwahlrecht, 2. Aufl., 2018.

gericht jedoch nur kurz auf⁶⁵. Demgegenüber akzentuiert man das bekannte Auslegungsmuster von „Integration“ und „politischer Einheit“, wonach ein nicht auflösbarer Zusammenhang „zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt“ bestehe. D. h.: Erst muss der „Ausländer“ also zum „Deutschen“ gemacht, in die politische Einheit des „deutsches Staatsvolks“ „integriert“ werden, bevor ihm über diesen Umweg das Wahlrecht zufallen kann⁶⁶. So argumentiert auch der sich explizit immer wieder auf Carl Schmitt beziehende, seinerzeitige Richter Ernst-Wolfgang Böckenförde⁶⁷, der maßgeblich die demokratietheoretischen Grundlinien der Entscheidung prägte⁶⁸, in seinen Schriften unter Bemühung des problematischen, weil ethnisch aufgeladenen Begriffs der „existentiellen Schicksalsgemeinschaft“ der Deutschen im Sinne einer homogenen politischen Einheit:

„Das Problem muß jedoch durch eine entsprechende Aufnahme- und Einbürgerungspolitik, nicht durch Ausdehnung des Wahlrechts gelöst werden. Ist der Ausländer nicht durch Einbürgerung (und seine Einbürgerungsbereitschaft) Mitglied des Staatsverbandes geworden, fehlt ihm die Zugehörigkeit und Bindung an das Volk als politische Schicksalsgemeinschaft... er ist mit dem politischen Schicksal des Volkes, bei dem er lebt, nicht existentiell verbunden...“⁶⁹.

- 65 Im „Euro-Beschluss“ findet sich diese profane Sichtweise des Staates als Rechtsgemeinschaft wenigstens einmal, wenn auch nur beiläufig, thematisiert:
„Wird die Deutsche Mark durch eine andere Währung ersetzt, also der hoheitliche Garant des Einlösungsvertrauens ausgetauscht, so verändert dies den rechtlichen Rahmen, der den in Geld vergegenständlichen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich sichert. Das Einlösungsvertrauen stützt sich in Zukunft nicht mehr auf die staatlich verfaßte Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland, sondern wird von einer anderen Rechtsgemeinschaft und der sie stützenden Wirtschaftskraft getragen“; BVerfGE 97, 350 – Euro, Rnr. 88; www.oefre.nibe.ch/law/dfr/bv097350.html.
Das Gericht scheint hier die EU und die Bundesrepublik einfach als verschiedene Rechtsgemeinschaften zu begreifen, denen der Bürger „untergeordnet“ ist. Einführend zur Entscheidung vgl. *Cornils*, BVerfGE 97, 350 – Euro; in: Menzel, 2000, S. 637 ff.
- 66 In gewisser Weise fühlt man sich daran erinnert, dass man den Juden im 19. Jahrh. den Konfessionswechsel als Voraussetzung für die volle bürgerliche Gleichberechtigung vorschrieb; vgl. *van Ooyen*, Demokratische Partizipation statt „Integration“; in: ZPol, 2003, S. 601 ff.
- 67 Zu den problematischen Implikationen der Demokratietheorie von Böckenförde vgl. Kap. 4 a) sowie: *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, 2005, S. 106 ff.; *KJ* (Hg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000; *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft; in: *KJ*, 1997, S. 45 ff.; *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie; in: *SuS*, 1994, S. 305 ff.; zu neueren GG-Kommentierungen vgl. z.B. *Dreier*, Art. 20; in: *Dreier*, GGK, 2. Aufl., 2006, Rdnr. 69 ff.
- 68 Rückblickend *Böckenförde*: „Ich war nicht Berichterstatter, aber es war natürlich in der Entscheidung erkennbar, daß darin Gedanken vorhanden waren, die ich im Handbuch des Staatsrechts über Demokratie als Verfassungsprinzip formuliert hatte. Vieles entsprach also meiner wissenschaftlich geäußerten Auffassung“; Biographisches Interview; in: *Böckenförde*, 2011, S. 456 f.
- 69 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip; in: *KJ* (Hg.), 2000, S. 19. Definiert man den Status des Bürgers als „Entscheidung“ – und zwar „existentiell“ zugunsten der „Schicksalsgemeinschaft“ „Volk“, so ist diese Argumentation schon deshalb nicht schlüs-

Und:

„Insbesondere das Problem der Ausländer der zweiten Generation, die in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik weitgehend integriert sind und hier ihren Lebensmittelpunkt haben, ist durch erleichterte Einbürgerungsmöglichkeit... zu lösen... Ist der Ausländer zur Einbürgerung und damit zur Entscheidung für die Zugehörigkeit zum Staatsvolk der Bundesrepublik nicht bereit, ist unter keinem Aspekt ein rechtlicher Grund ersichtlich, ihn an den politischen Mitwirkungsrechten teilhaben zu lassen“⁷⁰.

b) Der StGH Bremen und die Alternative eines Sondervotums (2014)

In der alten, vom Bundesverfassungsgericht zu Beginn der 90er Jahre vorgezeichneten Spur, bleibt nun auch ausdrücklich der Staatsgerichtshof in einer neueren Entscheidung zur Einführung des Ausländerwahlrechts⁷¹. Im Rahmen des in Bremen möglichen Vorabentscheidungsverfahrens präventiver Normenkontrolle⁷² kassierte das Gericht beide im Gesetzentwurf auf Initiative von SPD und Grünen (mit Unterstützung der Linken) vorgesehenen Neuerungen, obwohl diese im Vergleich zum Ausländerwahlrecht in Luxemburg längst nicht so avantgardistisch konzipiert waren. Denn für die Landtagswahl zur Bremischen Bürgerschaft sollte das Wahlrecht ohnehin „nur“ auf die Unionsbürger/innen, nicht aber generell auf „Ausländer“ ausgedehnt werden. Immerhin: eine vergleichbare Regelung gibt es in den EU-Staaten bisher nur bei den Wahlen zu den mit Legislativgewalt ausgestatteten Regionalparlamenten in Schottland, Wales und Nordirland. Und allein beim Wahlrecht zu den Beiräten der Stadt Bremen – hierbei handelt es sich um kommunale Stadtteilparlamente – wären jetzt auch Angehörige aus Drittstaaten berechtigt; vergleichbare Regelungen eines solch

sig, weil sie nicht beantwortet, wieso dies bei den „nativen Deutschen“ ohne weiteres, also qua Geburt einfach vorausgesetzt werden kann, nicht aber bei den hier geborenen Ausländern. Dies setzte allerdings voraus, hiervon unabhängig das genuin „Deutsche“ definieren zu können – und zwar auch noch in einer Weise, die juristischen Standards genüge.

70 Ebd., S. 19; ebenso in der zugehörigen Fn 35; und das, obwohl er sich zugleich des historischen Scheiterns solcher „Integrationskonzepte“ bewusst ist:

„Was war das für ein Staat, der die Juden als Bürger aufnahm, ihnen aber gleichwohl den Übertritt zum Christentum als Bedingung ihrer Befreiung von rechtlicher Diskriminierung ansah? Die Integration der jüdischen Bürger wurde damit nicht gefördert; vielmehr erschwert und eher paralyisiert“; *Böckenförde*, Die Verfolgung der deutschen Juden als Bürgerverrat; in: *Böckenförde*, 2. Aufl., 2000, S. 284 – dargestellt am Beispiel des Vaters von Karl Marx, der zum Christentum konvertierte, um sein Amt als Advokat beim Appellationsgericht in Trier zu behalten. Bleibt zu fragen, warum Böckenförde hier nicht selbst die Analogie zum „säkularisierten“ Integrationsakt zieht, nämlich zum Wechsel der „Staatsangehörigkeit“ als Voraussetzung des Wahlrechts für „Ausländer“.

71 Vgl. schon die Leitsätze BremStGH vom 31.01.2014 – Ausweitung des Wahlrechts; http://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/media.php/13/Urteil_St%201-13_Internet.4688.pdf; gute Besprechung bei *Eickenjäger/Franco*, Ausweitung des Wahlrechts für Migranten?; in: ZAR, 2/2015, S. 52 ff.

72 Vgl. Art. 140 I Verfbrem i.V.m. § 10 II BremStGHG.

kommunalen Ausländerwahlrechts finden sich inzwischen in einer ganzen Reihe von EU-Staaten, z.T. differenziert nach aktivem und passivem Wahlrecht⁷³ sowie nach Dauer des Aufenthalts⁷⁴. Im Land Bremen leben rund 10% und in der Stadt selbst um die 9% Ausländer.

Im Verfahren kommt der Staatsgerichtshof zwar zu der Einschätzung, dass der Landesgesetzgeber nicht gehindert gewesen sei, die Ausdehnung des Wahlrechts erneut zu regeln, obwohl schon 1991 Regelungen zum Ausländerwahlrecht von diesem gekippt worden waren; dies nicht nur mit der Begründung, dass es sich zumindest beim Landtags-Wahlrecht für EU-Bürger/innen um eine noch nicht geprüfte Regelung handle. Im Fall des zweiten Reformvorhabens zum kommunalen Ausländerwahlrecht verweist der StGH sogar darauf, dass sich „zwischenzeitlich die verfassungsrechtliche Rechtslage geändert haben könnte“⁷⁵ – und zwar mit ausdrücklichem Bezug auf die seinerzeit kurz später erfolgte Verfassungsänderung des Art. 28 I 3 GG (Einfügung des kommunalen EU-Bürgerwahlrechts infolge von „Maastricht“) sowie auf die intensiviertere Integration infolge des Lissabon-Vertrags. Auch enthalte, so das Gericht, die Verfassung Bremens in Art. 66 keine explizite Definition des „Volks“ (sic!) und – im Unterschied zu anderen Landesverfassungen – auch keine Verweise auf das „deutsche Volk“ oder die Staatsangehörigkeit, so dass sie „auf den ersten Blick einem weiter gefassten Volksbegriff zuzuneigen (scheint)“⁷⁶. Doch dann kommt im nächsten Schritt direkt die bekannte, vom BVerfG (und dann auch vom Staatsgerichtshof hierüber selbst) damals vertretene Auslegung, die via Homogenitätsprinzip diese auch für die Länder durchgreifen lasse. Denn wegen der „speziellen und strengeren Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG“ sei gerade hier kein „Regelungsspielraum“ zugunsten einer abweichenden Landesgesetzgebung gegeben.⁷⁷ Und das alles gelte ebenso für die kommunale Ebene der Beiräte, da auch diese – so auch schon früher das BVerfG – Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 II 1 GG ausübten⁷⁸. Ob „aus demokratietheoretischer Sicht alternative Modelle denkbar“ seien und zu erwägen sei, dass „die in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Menschenwürde dazu verpflichtet, eine Kongruenz zwischen dem Wahlvolk und den dauerhaft von Staatsgewalt Betroffenen herzustellen“ – oder ob „stärkere Öffnung der Bundesrepublik Deutschland zur europäischen Union“:

73 So z.B. in Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Großbritannien, Irland, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Schweden und Spanien.

74 Pionier war Schweden mit einem kommunalen und regionalen (Provinziallandtage) Ausländerwahlrecht (aktiv und passiv) seit 1975 bei dreijährigem Aufenthalt; vgl. *Bauer*, Das kommunale Ausländerwahlrecht im europäischen Vergleich, 2008 S. 4.

75 BremStGHE vom 31.01.2014 – Ausweitung des Wahlrechts, S. 10.

76 Ebd., S. 10; vgl. auch die Formulierung „Gesamtheit der stimmberechtigten Bewohner“ in Art. 66 bzw. „ganzen bremischen Bevölkerung“ in Art. 83 VerfBrem.

77 Ebd., S. 11 f.

78 Ebd., S. 17 f.

Das Grundgesetz lasse dann doch durchgängig erkennen, „dass die Zugehörigkeit zum Staatsvolk an die Staatsangehörigkeit geknüpft ist“ und daran „hat sich... auch nichts geändert“⁷⁹.

Fast ist man versucht noch hinzuzufügen: Basta. Und zwar bis in alle Ewigkeit, weil über das Demokratieprinzip des Art. 20 I und II schnell gleich noch die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 III GG als Käseglocke darübergestülpt werden kann⁸⁰. Ulrich K. Preuß, im Vorfeld mit einem Gutachten für die Bremische Bürgerschaft betraut, führte zu einer solchen richterlichen Selbstgewissheit schon zuvor treffend aus:

„Der Begriff der Demokratie gehört zu den ihrem Wesen nach umstrittenen Begriffen, über deren Inhalt und Bedeutung es in einer freien Gesellschaft niemals dauerhaft eine Übereinstimmung gibt. Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes ist daher auch keine rechtliche Regel im Sinne eines Maßstabes, unter den ein Sachverhalt subsumiert werden kann oder nicht („Alles-oder-Nichts“-Logik)... Daher sind seine Auslegung und praktische Ausgestaltung... Aufgabe des politischen Prozesses. Gerichtliche Subsumtionslogik verfehlt methodisch die Bedeutung des demokratischen Prinzips“⁸¹.

Doch es hat auch ein Sondervotum gegeben. Richterin Sacksofsky besteht darauf, dass die damals heftig umstrittene und inzwischen so rund ein Vierteljahrhundert alte Auffassung des BVerfG „überholt“ sei; und zwar dies schon seit 1992 allein durch die Erweiterung des Volksbegriffs infolge der Neufassung des Art. 28 I GG im Rahmen des Maastricht-Vertrags⁸². Daher, ganz im Sinne der oben dargelegten Argumentation normativer Staatstheorie, heißt es weiter:

„Ausgangspunkt des Demokratieprinzips ist der die demokratische Ordnung tragende Gedanke der Selbstbestimmung. Diejenigen, die der Staatsgewalt unterworfen sind, sollen als Gleiche und Freie mitbestimmen dürfen, wie diese Staatsgewalt ausgeübt wird. Es entspricht dem Ideal des Demokratieprinzips, möglichst alle, die von der Staatsgewalt betroffen sind, an der Konstituierung dieser Staatsgewalt zu beteiligen“⁸³.

Und zu Recht wird dann genau hier auf eine der bemerkenswertesten Stellen des Lissabon-Urteils hingewiesen, die zu dem ansonsten „nationalstaatlich“ und „souveränitätsfixierten“ Duktus der gesamten Begründung deutlich in Kontrast steht. Denn fast beiläufig stellt das BVerfG in einem Absatz überraschend ausgerechnet den Zusammenhang zwischen Wahlrecht und Menschenrechten her, den es in seiner Rechtsprechung zum Wahlrecht als reinem Staatsbürgerrecht so hartnäckig zurückweist:

79 Ebd., S. 13.

80 Dies wird immerhin vom StGH als strittig offen gelassen; vgl. ebd., S. 17.

81 Preuß, Rechtsgutachten, 2012, S. 3 f.

82 BremStGHE vom 31.01.2014 – Ausweitung des Wahlrechts, Abw. Meinung Richterin Sacksofsky, S. 21 bzw. S. 23.

83 Ebd., S. 23 f.

„Das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist der elementare Bestandteil des Demokratieprinzips. Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert“.⁸⁴

Damit, so bliebe zu ergänzen, wären dann die §§ 12 und 15 des Bundeswahlgesetzes, die das aktive und passive Wahlrecht auf Deutsche im Sinne von Art. 116 GG beschränken, schon einmal klar verfassungswidrig.

Aber selbst unabhängig davon, welcher Volksbegriff dem Grundgesetz demokratiethoretisch zugrunde liege bzw. gelegt würde: Das Homogenitätsprinzip, so Richterin Sacksofsky, biete selbst im Falle der Bestimmungen zu den Wahlen genug Gestaltungsfreiheit für die Länder – genau eine solche pluralistische Offenheit für verschiedene Lösungen mache schließlich überhaupt den „Sinn des föderalen Systems“ aus⁸⁵. Hieraus folge, dass der eigentliche Prüfungsmaßstab gar nicht die Bundes-, sondern die Landesverfassung sei, die ja ausdrücklich einen „offenen“ Begriff des Volkes (s.o.), ohne Wahlrechtsbeschränkung auf die Staatsbürger verankere. Und daher seien die Gesetzesvorhaben verfassungskonform⁸⁶.

84 BVerfGE 123, 267 – Lissabon, Rdnr. 211 (Internetfassung).

85 BremStGHE vom 31.01.2014 – Ausweitung des Wahlrechts, Abw. Meinung RichterIn Sacksofsky, S. 24.

86 Ebd., S. 25.

3. Herr des Vertrags: die Maastricht-Entscheidung (1993)

Mit dem Maastricht-Vertrag zur Gründung der Europäischen Union vollzog sich ein weiterer maßgeblicher Integrationschritt. Dabei wurde die Europäische Gemeinschaft nicht nur um die beiden Säulen einer zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in den Bereichen Außen- und Sicherheitspolitik bzw. Justiz und Inneres erweitert. Der Unionsvertrag sah eine ganze Reihe von Kompetenzübertragungen vor, von denen die inzwischen mit der Einführung des Euros umgesetzte Währungsunion zweifelsfrei die wichtigste gewesen ist. Um zugleich Tendenzen vorzubeugen, die den europäischen Prozess als „etatistisch“, sich „von oben“ vollziehend erscheinen lassen⁸⁷, wurde mit „Maastricht“ auch der Aspekt eines „Europa der Bürger“ durch die Einführung einer „Unionsbürgerschaft“ gestärkt⁸⁸.

Die gegen den Maastricht-Vertrag eingereichten Verfassungsbeschwerden richteten sich dabei sowohl gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag als auch gegen die parallel erfolgten Verfassungsänderungen, die insbesondere an die mit der Herstellung der deutschen Einheit freigewordene Stelle des Art. 23 nunmehr einen eigenen, recht ausführlichen Europa-Artikel und in Art. 28 I GG den Satz 3 einfügten⁸⁹. Allerdings ließ das Verfassungsgericht „bloß“ die Beschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zu; die schon für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I 4 a GG mögliche Verletzung eines Grundrechts – und zwar: selbst, gegenwärtig und unmittelbar⁹⁰ –, nämlich des Wahlrechts aus Art. 38 GG, konnte nach Meinung des Gerichts nur hier hinreichend begründet werden. Angesichts der Tatsache aber, dass Verfassungsbeschwerden nur ausnahmsweise direkt gegen Gesetze erhoben werden können, ließe sich darüber streiten, ob die Beschwerde nicht überhaupt unzulässig war⁹¹. Zumindest hätte das BVerfG sie auch einfach ablehnen können, so dass schon hieran deutlich wird, dass es dies als passende Gelegenheit nahm, um wieder einmal grundsätzlich zu Europa Position zu beziehen. Wie später dann auch bei „Lissabon“ konstruiert es weit über das Wahlrecht des Art. 38 GG hinausgreifend ein „Individu-

87 Hierzu immer noch lesenswert: *Schwarz*, Europa fördern – aber wie?; in: *Lehmann/von Beyme/Fetscher*, 1971, S. 377 ff.

88 Insb.: Freizügigkeit, aktives und passives Wahlrecht bei Kommunalwahlen nach dem Wohnortprinzip (vgl. hierzu die Änderung von Art. 28 I GG), Wahlrecht zum Europaparlament nach dem Wohnortprinzip und gemeinsames Diplomatisches Schutzrecht.

89 Zum Hintergrund vgl. *Müller-Terpitz*, BVerfGE 92, 203 – Fernsehrichtlinie; *Cornils*, BVerfGE 89, 155 – Maastricht; beide in: *Menzel*, 2000, S. 568 ff. bzw. S. 515 ff.

90 Vgl. hierzu *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., 2007.

91 „Extensive Auslegung des Zuständigkeitskatalogs“, so m.w.N. *Pfeiffer*, Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu Fragen der Außenpolitik, 2007, S. 92.

alrecht auf Staatlichkeit“⁹² bzw. einen direkten „Individualanspruch auf Einhaltung demokratischer Legitimationserfordernisse“⁹³:

„Art. 38 GG verbürgt nicht nur, daß dem Bürger das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag zusteht... Gibt der Deutsche Bundestag Aufgaben und Befugnisse auf, insbesondere zur Gesetzgebung und zur Wahl und Kontrolle anderer Träger von Staatsgewalt, so berührt das den Sachbereich, auf den der demokratische Gehalt des Art. 38 GG sich bezieht... Art. 38 GG schließt es im Anwendungsbereich des Art. 23 GG aus, die durch die Wahl bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und Einflußnahme auf deren Ausübung durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu entleeren, daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 für unantastbar erklärt, verletzt wird“⁹⁴.

a) Souveräner Staat aus eigenem Recht

Seitens des Beschwerdeführers wurde dabei nicht nur vorgebracht, dass schon vor dem Unionsvertrag fast 80 % aller Regelungen des Wirtschaftsrechts und 50 % überhaupt aller deutschen Gesetze durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt bzw. mitbestimmt würden. Hier befürchtete man vor allem einen dynamischen Automatismus des Integrationsprozesses, der durch die Übertragung auch der Kompetenz-Kompetenz auf die europäische Ebene in eine stetige Kompetenzausweitung der Gemeinschaft bis zum „souveränen“ europäischen Bundesstaat münden würde – und zwar unumkehrbar.

Das Verfassungsgericht hielt die zulässige Beschwerde jedoch für unbegründet, indem es zunächst einmal auf das Enumerationsprinzip verwies:

„Die Aufgaben der Europäischen Union und die zu ihrer Wahrnehmung eingeräumten Befugnisse werden dadurch in einer hinreichend voraussehbaren Weise normiert, daß das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eingehalten, keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union begründet und die Inanspruchnahme weiterer Aufgaben und Befugnisse... von Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen abhängig gemacht, mithin der zustimmenden Entscheidung der nationalen Parlamente vorbehalten wird“⁹⁵.

92 *Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit; in: NJW, 2009, S. 2867 ff.; selbst bei den Befürwortern: „Kunstgriff“, den es sich vom EuGH abgeguckt habe, so *Gärditz/Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen; in: JZ, 2009, S. 872.

93 *Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?; in: Der Staat, 2009, S. 503. In der Lissabon-Entscheidung wird dies um eine vollständige „euroskeptische(n) Umdeutung der sog. Ewigkeitsgarantie“ dann noch verschärft (S. 505). Das widerspricht nicht nur dem Geist der Präambel, sondern vor allem dem entstehungsgeschichtlichen Zweck von Art. 79 III GG: „mutet es befremdend an, dass die Europäische Integration mit den... Sicherungsmechanismen gegen totalitäre Regime konfrontiert wird“, S. 506.

94 BVerfGE 89, 155 (171) – Maastricht.

95 Ebd., 181; der Ansatzpunkt einer vermeintlichen „Kompetenz-Kompetenz“ der EU, auf den sich der Beschwerdeführer bezog, ist Art. 6 Abs. 4 EUV gewesen: „Die Union stattet sich mit den Mitteln aus, die zum Erreichen ihrer Ziele und zur Durchführung ihrer Politi-

In Bezug auf den EU-Vertrag und die Problematik demokratischer Legitimation / Kontrolle von politischer Macht („Staatsgewalt“) mahnte das BVerfG zwar an:

„Vermitteln – wie gegenwärtig – die Staatsvölker über die nationalen Parlamente demokratische Legitimation, sind der Ausdehnung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom demokratischen Prinzip her Grenzen gesetzt. Dem Deutschen Bundestag müssen Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben⁹⁶“.

Aber:

„Durch den Umfang der eingeräumten Aufgaben und Befugnisse und die im Vertrag geregelte Form der Willensbildung in der Europäischen Union und den Organen der Europäischen Gemeinschaften werden die Entscheidungs- und Kontrollzuständigkeiten des Deutschen Bundestages noch nicht in einer Weise entleert, die das Demokratieprinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärt, verletzt⁹⁷“.

Vorausgesetzt man lässt sich auf dieses nationalstaatlich fixierte Verständnis von Demokratie im Sinne eines Verbots der „Entleerung“ bzw. „Entstaatlichung“ überhaupt ein, so hätte vom Standpunkt des BVerfG aus betrachtet damit der Fall eigentlich erledigt sein müssen. Und allenfalls perspektivisch ließe sich angesichts des „Demokratiedefizits“ für die Zukunft in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des Gerichts zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zum „Parlamentsvorbehalt“ eine Stärkung des im Vergleich zum machtvollen Ministerrat immer noch zu schwachen, aber direkt gewählten Europaparlaments postulieren:

„Entscheidend ist somit sowohl aus vertraglicher wie aus verfassungsrechtlicher Sicht, daß die demokratischen Grundlagen der Union schritthaltend mit der Integration ausgebaut werden und auch im Fortgang der Integration in den Mitgliedstaaten eine lebendige Demokratie erhalten bleibt⁹⁸“.

Bei seiner Zurückweisung des „Legitimationsdefizits“ bzw. der Gefahr einer unumkehrbaren Kompetenzerweiterung begnügte sich das Gericht aber nicht mit dieser Argumentation. Es konnte es sich nicht verkneifen, darüber hinaus noch einmal grundsätzlich zur Qualität europäischer Integration „staatsphilosophisch“, d. h. aus Sicht der Theorie des souveränen Staates Position zu beziehen⁹⁹ – und dies obwohl schon der Umfang der an „Brüssel“ übertragenen Kompetenzen der supranationalen ersten Säule ja nach Meinung des Gerichts den Charakter einer bloßen Wirtschaftsgemeinschaft nach wie vor kaum überschreiten und beim

ken erforderlich sind“. Allerdings handelt es sich hierbei „nur“ um eine sog. Annexkompetenz.

96 BVerfGE 89, 155, 4. Leitsatz.

97 BVerfGE 89, 155, 181.

98 Ebd., 213; vgl. insgesamt auch die Leitsätze.

99 So dann auch bei „Lissabon“: staatsphilosophisches „klar Schiff machen“, „weit jenseits“ der eigentlich zu entscheidenden Rechtsfragen in „normferner Argumentationsweise“, so *Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?; in: *Der Staat*, 2009, S. 501 f.

Bundestag eben substantielle Aufgaben und Befugnisse verbleiben würden¹⁰⁰. Wie beim „Solange I-Beschluss“ (hier: Mehrheitsmeinung) wird vielmehr die Ausübung „echter“ Hoheitsgewalt durch die EU bestritten und die seinerzeit nur zwischen den Zeilen durchschimmernden Konsequenzen werden nun offen und in drastischen Worten formuliert:

„Die Bundesrepublik Deutschland ist somit auch nach dem Inkrafttreten des Unions-Vertrags Mitglied in einem Staatenverbund, dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann. Deutschland ist einer der ‚Herren der Verträge‘, die ihre Gebundenheit an den ‚auf unbegrenzte Zeit‘ geschlossenen Unions-Vertrag (Art. Q EUV) mit dem Willen zur langfristigen Mitgliedschaft begründet haben, diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben könnten. Geltung und Anwendung von Europarecht in Deutschland hängen von dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes ab. Deutschland wahrt damit die Qualität eines souveränen Staates aus eigenem Recht und den Status souveräner Gleichheit mit anderen Staaten i. S. des Art. 2 Nr. 1 der Satzung der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945...“¹⁰¹.

Damit ist die Katze wahrlich aus dem Sack, die schon im „Kloppenburg-Beschluss“ von 1987 angedeutet worden war¹⁰²: Hatte sogar die Solange I-Entscheidung diese Deutlichkeit noch vermieden und an Stelle der Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 GG von einer bloßen „Öffnung“ der nationalen Rechtsordnung für Europarecht gesprochen – die umgekehrte Möglichkeit, nämlich die einer „Schließung“, zwar nicht expressis verbis aber so zumindest angedeutet – so lässt sich der Allmachtsanspruch staatlicher Souveränität, die in der Denktradition Hegels alles mit einem souveränen Federstrich auch wieder beenden kann, kaum radikaler formulieren. Im „Staatenverbund“ des Maastricht-Beschlusses sinkt Europarecht auf die Stufe des Völkerrechts zurück, das in dieser Deutung des Verfassungsgerichts – wie bei Hegel – sozusagen als bloß „äußeres Staatsrecht“ begriffen wird¹⁰³. Mit Blick auf das im Urteil neu kreierte sog. „Ko-

100 „Die Kompetenzen und Befugnisse, die der Europäischen Union und den ihr zugehörigen Gemeinschaften eingeräumt sind, bleiben, soweit sie durch Wahrnehmung von Hoheitsrechten ausgeübt werden, im wesentlichen Tätigkeiten einer Wirtschaftsgemeinschaft“; BVerfGE 89, 155, 190.

101 Ebd., 190.

102 „Die Gemeinschaft ist kein souveräner Staat im Sinne des Völkerrechts..., dem eine Kompetenzkompetenz über innere Angelegenheiten zukäme. Auf sie ist weder die territoriale Souveränität noch die Gebiets- und Personalhoheit der Mitgliedstaaten übertragen worden; ihre auswärtigen Befugnisse betreffen begrenzte Bereiche, mögen sie im einzelnen hierbei auch nicht, wie im Bereich anderer Vertragsziele, durch den Grundsatz der Spezialermächtigung beschränkt sein. Nach wie vor sind derzeit die Mitgliedstaaten im Rahmen des allgemeinen Völkervertragsrechts die Herren der Gemeinschaftsverträge, wie nicht zuletzt die Einheitliche Europäische Akte vom 17. und 28. Februar 1986... belegt“; BVerfGE 75, 223, 242.

103 Bleibt zu erwähnen, dass das Urteil maßgeblich von den beiden Richtern Böckenförde und Kirchhof (vgl. auch *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Inte-

operationsverhältnis¹⁰⁴ von BVerfG und EuGH urteilt daher Peter Lerche, anspielend auf den Souveränitätsbegriff von Carl Schmitt, zu Recht:

„Das ist... nur Konsequenz eines als fortbestehend betrachteten deutschen Letztentscheidungsrechts in zentralen Bereichen – ‚Souveränität‘, wie sie im Ausnahmefall hervortritt“¹⁰⁵.

In vergleichender Perspektive – etwa zu Italien, Frankreich, aber auch Dänemark und Großbritannien – bleibt dabei noch zu ergänzen, dass „allein in der Rechtsprechung des BVerfG... eine offensive Konfrontationshaltung gegenüber dem EuGH zum Ausdruck kommt“¹⁰⁶, die sich gleichwohl in der Folgezeit wieder relativiert. Büdenbender weist darauf hin, dass diese sich spätestens mit der Entscheidung zum „Bananenmarkt“ dann abgeschwächt hat. Denn hier legte das BVerfG die Hürden für ein tatsächliches Einschreiten zur Prüfung von Gemeinschaftsrecht wieder relativ hoch:

„1. Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, sind von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II-Entscheidung... unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei.

2. Deshalb muss die Begründung der Vorlage oder einer Verfassungsbeschwerde im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist. Dies erfordert eine Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene...“¹⁰⁷.

Auch der „irreführende(n) Begriff eines ‚Kooperationsverhältnisses‘“ zwischen BVerfG und EuGH, der bloß als „Mittel zur Übermalung eines eher aggressiven Verständnisses der Rolle des BVerfG im Integrationsprozeß gedient“ hatte, wurde jetzt „nur noch berichtend erwähnt“, nicht aber „mehr zu einem Pfeiler der Argumentation (ge)macht“¹⁰⁸.

gration; in: Isensee/Kirchhof, HStVR, Bd. 7, 1992, S. 855 ff.) geprägt wurde, die sich beide ausdrücklich als „Etatisten“ begreifen und im Falle Böckenfördes auch als „Schmittianer“; vgl. *Oppermann*, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre; in: *Badura/Dreier*, Bd. 1, 2001, S. 447 ff. bzw. S. 454 ff.; kurz auch *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, Europäische Integration, 2004, S. 197 (hierzu Kap. 4).

104 Im Übrigen ein „Begriff... der weder im Text des Grundgesetzes noch in den europäischen Gemeinschaftsverträgen... ausdrücklich verwendet wird“; so *Schwarze*, Das „Kooperationsverhältnis“ des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof; in: *Badura/Dreier*, Bd. 1, 2001, S. 223.

105 *Lerche*, Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen, 2001, S. 23; zu *Schmitt* vgl. *Politische Theologie*, 7. Aufl., 1996; kritisch auch *Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts; in: *EuGRZ*, 1993, S. 489 ff.

106 *Büdenbender*, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht, 2005, S. 286.

107 BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt, Leitsätze.

108 Ebd., S. 89 f. Die moderatere Linie findet sich schon beim Kammer-Beschluss „Alcan“ (2000), in dem das BVerfG zwar „nach der ‚Maastricht‘-Formel“ verfährt und „seinen

Das war dann schon fast wieder der alte Stand der „Solange II-Entscheidung“ mit ihrem nur noch theoretischen Prüfungsvorbehalt¹⁰⁹. Optimistisch wurde daher angenommen, dass „der Vorrang des Unionsrechts... für die vorsehbaren praktischen Bedürfnisse gesichert sein (dürfte)“¹¹⁰. Bis zu dieser eher knappen Entscheidung dauerte es aber drei Jahre, weil man – wohl auf Zeit spielend – erst noch das Ausscheiden des Maastricht-Berichterstatters Paul Kirchhof im Jahr 1999 abgewartet hatte¹¹¹. Und der Richtungsschwenk blieb Episode, weil mit den Entscheidungen zur Bindungswirkung der EGMR-Urteile („Görgülü“) und zum EU-Haftbefehl dann wieder eine Orientierung an der alten „Maastricht-Linie“ erfolgte.

b) Staatsvolk als homogene politische Einheit

Dieser Deutungszusammenhang des hypostasierten Nationalstaats erhärtet und verschärft sich zusätzlich, wenn man die Ausführungen des Gerichts zum Begriff des „Staatsvolks“ prüft¹¹². Trotz der Durchgriffswirkung von Teilen des EG-Rechts hat es die Existenz eines europäischen „Staatsvolks“ verneint:

„Der Unionsvertrag begründet einen Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Völker Europas..., keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat“¹¹³.

Das Gericht erkennt daher zwar an, dass die „Unionsbürgerschaft“ zwischen den Bürgern/innen der EU ein gemeinsames, besonderes Band begründet:

„Mit der durch den Vertrag von Maastricht begründeten Unionsbürgerschaft wird zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band geknüpft, das zwar nicht eine der gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Staat vergleichbare Dichte besitzt, dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit jedoch einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht...“¹¹⁴.

Prüfungsvorbehalt, wenn auch in apodiktischer Kürze“ aufrechterhält, der „Sache nach... aber... eher ein Bekenntnis zu den Grundlagen und Notwendigkeiten der Europäischen Gemeinschaften, als daß sie hieran Kritik üben“; *Schwarze*, Das „Kooperationsverhältnis“ des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof; in: *Badura/Dreier*, Bd. 1, 2001, S. 234; vgl. *Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl., 2010, S. 229.

109 Vgl. *Schwarze*, ebd., S. 237 f.

110 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl., 2009, S. 205.

111 *Büdenbender*, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht, 2005, S. 86 f.

112 Vgl. *Weiler*, Der Staat „über alles“; in: *JöR*, 1996, S. 91 ff.; *Lhotta*, Der Staat als Wille und Vorstellung; in: *Der Staat*, 1997, S. 189 ff.; *Ehmke*, Das Bundesverfassungsgericht und Europa; in: *Integration*, 1998, S. 168 ff.

113 BVerfGE 89, 155 (Leitsatz Nr. 8).

114 Ebd., 182.

Und:

„Durch den Unionsvertrag wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt, die aus der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates abgeleitet ist..., das Recht der Freizügigkeit vermittelt,... das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen im Wohnsitzstaat begründet und auch das Wahlrecht zum Europäischen Parlament nach dem Wohnsitz zuordnet und insoweit von der Staatsangehörigkeit löst“¹¹⁵.

Aber offensichtlich reicht es nicht aus, um Bürger zu sein – und zwar nicht deshalb, weil mit dem „Maastricht-Vertrag“ nur das Wahlrecht zum Europaparlament und das kommunale Wahlrecht für EU-Bürger¹¹⁶ nicht aber das Wahlrecht zum jeweiligen Landes-/Bundesparlament nach dem Wohnortprinzip eingeführt worden ist. Denn das Gericht interpretiert hier die Unionsbürgerschaft als einen aus der Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten bloß *abgeleiteten* Status, auch wenn es selbst schon von der „Loslösung“ der Staatsangehörigkeit spricht. Nicht nur, dass die aus demokratischer Sicht provozierende Bedeutung des Worts „Staatsangehörigkeit“ erst gar nicht als problematisch erfasst wird¹¹⁷. Kündigt sich hier im Begriff der „existentiellen Gemeinsamkeit“ sogar die existenzialisch aufgeladene Verfassungslehre von Schmitt schon „verräterisch“ an¹¹⁸, so wird das BVerfG in seinem Urteil an anderer Stelle aber noch viel deutlicher. Es muss wohl an „Integration“ zu „wirklicher“ politischer Einheit mangeln, die das Gericht dann auch prompt ganz explizit im Rückgriff auf die Begrifflichkeit der „Homogenität des Volkes“ definieren lässt:

„Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (vgl. hierzu H. Heller, Po-

115 Ebd., 159 f.

116 Hierfür wurde das Grundgesetz durch Einfügung von Art. 28 I Satz 3 geändert.

117 Richtig daher *Häberle*: „Schon der deutsche Begriff ‚Staatsangehörigkeit‘ ist eine Provokation: Suggestiert er doch die Meinung, der Bürger ‚gehöre‘ dem Staat an oder er gehöre gar dem Staat...“ Sodann: „Im politischen Gemeinwesen gibt es nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert...; darum darf bei der Grundlagenfrage nach der Verbindung konkreter Bürger mit ihrer ‚Res publica‘ nicht primär vom ‚Staat‘ die Rede sein“; und: „Das seit F. von Martitz (1875) zur Begründung der ausschließlichen Staatsangehörigkeit gepflegte Argument: ‚Niemand kann zwei Herren dienen‘ ist fehl am Platze. In der Demokratie gibt es keine ‚Herren‘ über dem Bürger, alle ‚Staatsgewalt‘ wird von den Bürgern legitimiert“; „Staatsbürgerschaft“ als Thema einer europäischen Verfassungslehre; in: Kästner/Nörr/Schlaich, 1999, S. 725 bzw. S. 737. Vgl. auch *Wallrabenstein*, Untertan, Bürger oder Volkzugehöriger?; in: *Der Staat*, 1999, S. 260 ff.; *van Ooyen*, Zum neuen Staatsangehörigkeitsrecht; in: *RuP*, 2000, S. 125 ff.; *van Ooyen*, Demokratische Partizipation statt „Integration“; in: *ZPol*, 2003, S. 601 ff.

118 Nämlich die Verfassung als „Entscheidung“ der „politischen Einheit“ („Volk“) über die Form seiner besonderen „Existenz“; vgl. *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl., 1993, S. 21 i.V.m. S. 205.

litische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, 2. Band, 1971, S. 421 [427 ff.]), rechtlichen Ausdruck zu geben“¹¹⁹.

Unnötig zu sagen, dass dies im Original echter Carl Schmitt ist¹²⁰, denn der Sozialdemokrat Hermann Heller hat bei aller Kontroverse und Differenz zumindest die theoretische Annahme von politischer Einheit und Souveränität mit ihm¹²¹ gemeinsam¹²². So lesen wir bei Schmitt in eindeutiger antipluralistischer Diktion zu den Begriffen „Staat“, „Volk“ und „Demokratie“:

„Staat ist ein bestimmter Status eines Volkes, und zwar der Status politischer Einheit“¹²³.

Daher:

„Ist in der politischen Wirklichkeit die nationale Homogenität nicht vorhanden... so ergeben sich verschiedene Möglichkeiten. Zunächst der Versuch des friedlichen Ausgleichs, das bedeutet aber in Wahrheit entweder friedliche Auseinandersetzung und Trennung oder allmähliche, friedliche Assimilierung an die herrschende Nation... Die andere Methode ist schneller und gewaltsamer: Beseitigung des fremden Bestandteils durch Unterdrückung, Aussiedlung der heterogenen Bevölkerung und ähnliche radikale Mittel“¹²⁴.

119 BVerfGE 89, 155 (186).

Korioth verweist darauf, dass dies auch in verfassungsgeschichtlicher Perspektive mit Blick auf die Reichsgründung gar nicht haltbar ist: „Bei der Entstehung des Deutschen Reiches 1866/1871 ging die formale und rechtliche Einigung der umfassenden Bildung des Nationalbewusstseins voraus. Durchaus folgerichtig gab es anfangs keine Reichsstaatsangehörigkeit, sondern allein die Staatsangehörigkeit der Bundesstaaten...“; Europäische und nationale Identität; in: VVDStRL, 2003, S. 138 f. (Fn 78).

120 Vgl. auch *Pernice*, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration; in: AöR, 1995, S. 103 ff.; zuvor *Zuleeg*, Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; in: Betriebs-Berater, 1994, S. 581 ff.; zu den Schmittschen Argumentationsmustern des Urteils vgl. auch *Grawert*, Deutsche und Ausländer; in: Badura/Dreier, Bd. 2, 2001, S. 326.

121 Auch *Heller* lehnte daher insoweit die liberal-pluralistische, positivistische Staatstheorie Kelsens als „ausgeblasene Eier reiner Rechtsformen“ ab; vgl. Die Krisis der Staatslehre; in: ASSP, 1926, S. 289 ff.; *Heller*, Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., 1983; grundsätzlich zu *Heller* vgl. *Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 2. Aufl., 1983; speziell auch: *Pasquino*, Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus; in: Müller/Staff, 1985, S. 114 ff.

122 Allerdings mit dem wichtigen Unterschied, dass bei *Heller* Volk und Nation nicht als politische Einheiten einfach (natürlich) vorgegeben sind, sodass „das Bundesverfassungsgericht in seiner Maastricht-Entscheidung zu Unrecht (*Heller*, RvO) als Gewährsmann für die Notwendigkeit substanzieller Homogenität zur Bildung eines Staatsvolkes benannte...“; *Korioth*, Europäische und nationale Identität; in: VVDStRL, 2003, S. 139 (Fn 78); vgl. jetzt Kap. 3 c.

123 *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl., 1993, S. 205; auch S. 21: „... der Staat, d.h. die politische Einheit des Volkes...“.

124 Ebd., S. 231 f.

Denn:

„Jede wirkliche Demokratie beruht darauf, daß nicht nur Gleiches gleich, sondern, mit unvermeidlicher Konsequenz, das Nichtgleiche nicht gleich behandelt wird. Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“¹²⁵.

Dieses Schmittsche Verständnis von „Staat“ und „Volk“ ist – in einer liberal „eingehegten“ und damit nicht ganz so radikalen Weise – bis heute typisch für einen einflussreichen Teil der deutschen Staatslehre und verfassungsgerichtlichen Judikatur. Es geht in seinem Begriff der Souveränität des Staates zurück auf die Rezeption von Hegel¹²⁶ (und Hobbes) und in seinem Verständnis von Demokratie auf die Rezeption von Rousseau¹²⁷. Beide Rezeptionsstränge wurden dabei in einer „unheilvollen“, weil antipluralistischen Mischung kombiniert: Denn da, wo Rousseau emanzipatorisch ist – nämlich in seiner Entdeckung und Formulierung eines Gesellschaftsvertrags statt des Herrschaftsvertrags – überhöht man in der Tradition von Hegel und Hobbes den Staat in Form einer von den Bürgern losgelösten „souveränen“ politischen Einheit. Und dort, wo die „Staatsräsonisten“ Hegel und Hobbes immerhin den Blick auf die Gesellschaft als Vielheit eröffneten, hält man es dagegen lieber mit dem monistischen Demokratieverständnis der Rousseauschen Identität von Regierenden und Regierten („Volkswillen“), bei der die Vielheit der Interessen zur „Einheit“ verkleistert und die zugehörige „Volkssouveränität“ durch eine postulierte „Homogenität“ bisweilen ins „Völkische“ abzurutschen droht.

Wenngleich der „Maastricht-Entscheidung“ in der Begründung eine gewisse Eleganz nicht abzuspüren ist: Das Gericht gelangt hier mit einer „europafeindlichen“ Argumentation, die die EU fast auf eine klassische internationale Organisation zurückstufte (bloß „Staatenverbund“, kein europäisches „Volk“, nur „Wirtschaftsgemeinschaft“ und lediglich intergouvernementale Zusammenarbeit im „politischen“ Bereich, schließlich: Deutschland bleibt „souverän“), doch immerhin zu dem „europafreundlichen“ Ergebnis, dass der Vertrag verfassungskonform ist, weil gerade deshalb das „Demokratiedefizit“ nicht so gravierend und folglich (noch) hinnehmbar sei. – Freilich nur um den Preis, dass es dabei die Abgabe der Währungshoheit, im klassischen Verständnis immerhin Kernmerkmal staatlicher Souveränität, einfach nahezu unterschlägt. – Dieses

125 Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl., 1993, S. 13 f.

126 Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts.

127 Vgl. m.w.N. van Ooyen, Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?; in: ARSP, 2003, S. 387 ff.; van Ooyen, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, 2005; Alshut, Der Staat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1999; zu den 50er und 60er Jahren insb. Günther, Denken vom Staat her, 2004. Inwieweit Carl Schmitt dabei Rousseau verfälscht hat, braucht hier nicht geprüft zu werden; hierzu Thiele, Advokative Volkssouveränität, 2003.

Festhalten an der „Souveränität des Staates“ und dem „Volk“ als homogener politischer Einheit verhindert aber gleichwohl, den pluralistischen und polykratischen Prozess der europäischen Integration mit den Mitteln der Staats- und Verfassungslehre adäquat zu erfassen¹²⁸.

c) Das Heller-Zitat

aa) Heller-Rezeption in der Staatsrechtslehre

Bei der Rezeption Hermann Hellers in der Staatsrechtslehre fällt rasch eine Eigentümlichkeit auf¹²⁹. Obwohl er zu den „Großen Vier“ der Weimarer Zeit zählt, die mit ihren grundlegenden Staats- und Verfassungslehren sowie dem seinerzeitigen „Richtungsstreit“ bis heute die Eckpflöcke bestimmt haben, ist er in der deutschen juristischen Rezeption auf den ersten Blick relativ abwesend. Das liegt weniger daran, dass Heller seine Staatslehre vor allem als Politische Wissenschaft verstanden hat¹³⁰, gegen die sich der binnenjuristische Diskurs „reiner Rechtswissenschaft“ sperrt. Denn umgekehrt „glänzt“ gerade auch der Wiener „Rechtspositivist“ und Sozialdemokrat Hans Kelsen hier durch Abwesenheit¹³¹, während wiederum die politischen Verfassungslehren der konservativen Republikgegner Carl Schmitt und Rudolf Smend über Schulengebungen¹³² lange Zeit dominant geblieben sind und sich bis in die aktuelle Rechtsprechung des BVerfG hinein in wenn auch „verdünnter“ und liberal eingehogter Form nachweisen lassen¹³³. „Früh verstorbener Emigrant und bekennender Sozialdemokrat“ – „zwei Eigenschaften zu viel, um in der Staatsrechtslehrgemeinschaft fortzuwirken, in der es, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, weder Remigranten noch Sozialdemokraten gab“¹³⁴. So taucht Heller zwar regelmäßig im Rahmen seiner Patenschaft des Begriffs des „sozialen Rechtsstaats“ des Art. 28 GG auf¹³⁵. Gleichwohl, den „weiter gehenden, sozialistischen Vorstellungen Hellers über die Aus-

128 Vgl. dagegen *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl., 2011.

129 Vgl. *van Ooyen*: Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft; in: Llanque, 2009, S. 261 ff.

130 Vgl. z. B. *Heller*, Staatslehre, 6. Aufl., 1983, S. 12 ff.

131 Für Kelsen, der im Unterschied zu Heller wegen der Bedeutung seiner Reinen Rechtslehre immer auch stark international rezipiert worden ist, gilt das nicht in Bezug auf Österreich und für die „jüngere“ deutsche Staatsrechtslehre inzwischen auch nur noch mit Einschränkung.

132 Vgl. *Günther*, Denken vom Staat her, 2004.

133 Vgl. *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, 2005; *van Ooyen*, „Volksdemokratie“ und Präsidialisierung; in: Voigt, 2007, S. 37 ff.

134 *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre; in: Gusy, 2003, S. 366 f.

135 Vgl. *Niclauff*, Der Weg zum Grundgesetz, 1998, S. 30.

gestaltung des Sozialstaats ist das Grundgesetz nicht gefolgt¹³⁶. Auch die Zahl umfangreicher Monografien ist im Unterschied zu Kelsen und Schmitt¹³⁷ relativ überschaubar geblieben¹³⁸.

Auf der anderen Seite stößt man dann doch über den früheren Heller-Assistenten und Verfassungsrichter Martin Drath hinaus¹³⁹ auf einzelne explizite Rezeptionslinien¹⁴⁰ und „subkutane“ Adaptionen seitens der „Smend-Schule“. Unter den zeitgenössischen Staatslehrern ist vor allem Peter Häberle zu nennen¹⁴¹, der in seiner an der Pluralismustheorie orientierten „Verfassungslehre als Kulturwissenschaft“ nach wie vor auf den kulturalistischen Ansatz von Heller rekurriert¹⁴² und in dessen Lehre ein Korrektiv zu den „Übertreibungen der Integrationslehre von R. Smend“ sieht¹⁴³. Mit Oliver Lepsius lassen sich daher insgesamt drei Phasen der Heller-Rezeption unterscheiden:

„Für die erste Rezeptionswelle war Hellers Pluralismusverständnis verantwortlich. Weder Schmitt noch Smend lieferten hierzu Verwertbares. Die zweite Welle war politisch motiviert: Heller wurde zum Theorievater sozialdemokratischer Rechtspolitiker in Abgrenzung sowohl zur konservativen Mehrheit als auch zur marxistischen Minderheit. Der dritte Schritt, symbolisiert durch das Maastricht-Urteil, ist dem Etablierten Heller geschuldet. Ein inzwischen entpolitisiertes Heller wird zum ideologisch unverdächtigen Staatstheoretiker“¹⁴⁴.

So gewinnt man den Eindruck, dass der soziale Demokrat Heller gerade in der Rechtsprechung des BVerfG dann erhalten muss, wenn der Machtanspruch des Gerichts etwa gegenüber dem Parlament im politischen Systems camouffiert¹⁴⁵ werden soll – und/oder wenn Positionen der deutschen Staats- und Verfassungs-

136 *Unruh*, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz, 2004, S. 182.

137 Vgl. m.w.N.: *Brunkhorst/Voigt*, Rechts-Staat, 2007; *Voigt*, Der Staat des Dezisionismus, 2007.

138 Vgl. vor allem in den 80er Jahren: *Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1983; *Robbers*, Hermann Heller, 1983; *Albrecht*, Hermann Hellers Staats- und Demokratieauffassung, 1983; *Müller/Staff*, Staatslehre in der Weimarer Republik, 1985; seitdem: *Fiedler*, Wilfried, Das Bild Hermann Hellers in der deutschen Staatswissenschaft, 1994; *Dyzenhaus*, Legality and Legitimacy, 1997; *Goller*, Hermann Heller, 2002.

139 Vgl. m.w.N. *Baldus*, Wer war und wofür steht Martin Draht; in: RuP, 2007, S. 86 ff.

140 Vgl. schon *Abendroth*, Die Funktion des Politikwissenschaftlers und Staatsrechtlers Hermann Heller; *Maus*, Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik; beide in: *Müller/Staff*, 1985, S. 43 ff. bzw. S. 194 ff.

141 Aber auch *Dehnhardt*, Dimensionen staatlichen Handelns, 1996.

142 Vgl. *Waschkuhn/Thumfart*, „Vielheit bewirkt“ und „einheitlich wirkend“; in: *Waschkuhn/Thumfart*, 2002, S. 43 ff.

143 *Häberle*, Verfassungslehre, 6. Aufl., 2009, S. 8; zu den politischen Implikationen bei Smend vgl. *van Ooyen*, Demokratische Partizipation statt „Integration“; in: ZPol, 2003: S. 601 ff.; *Lhotta*, Die Integration des modernen Staates, 2005; zur Rezeption *van Ooyen*, Integration, 2014.

144 *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars; in: Gusy, 2003, S. 369.

145 Auf solche Aneignungsversuche gerade der konservativen Staatslehre – etwa im Rahmen der Konzeption der „Wertegemeinschaft“ – verweist schon *Maus*, Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik; in: *Müller/Staff*, 1985, S. 194 ff.

lehre vertreten werden, deren ideologische Nähe zu problematischen Lehren von Carl Schmitt zu groß ist. Die Maastricht-Entscheidung ist das wohl deutlichste und auch in der Bedeutung der Entscheidung gewichtigste Beispiel, bei dem explizit auf Heller zurückgegriffen wurde – Schmitt aber gemeint war¹⁴⁶, der als „persona non grata“ und schon gar nicht in Sachen „Staat/Demokratie“ offiziell zitierfähig ist. So erweist sich das der Maastricht-Entscheidung zugrunde liegende Politikverständnis in seiner Verbindung von „Staat“ – „Volk“ – „Demokratie“ als ein antipluralistisches Amalgam, das durch das Postulat der „Homogenität“ im Verständnis von Schmitt über einen bloßen, von „rechts“ wie bisweilen auch von „links“ gepflegten „Etatismus“ hinausreicht.

bb) Ambivalenzen im Demokratieverständnis von Heller

Bleibt zu fragen, welche Ambivalenzen die Lehre Hellers selbst enthält, so dass sie sich als Camouflage instrumentalisieren lässt:

Wie nahezu die gesamte Weimarer Staatstheorie steht auch die Hellers in der oben kurz angerissenen Tradition von „Souveränität“ des „Staates“ und/oder des „Volkes“¹⁴⁷. So ist es wohl zur dieser Zeit nur Hans Kelsen gelungen, mit dem problematischen Traditionsbestand radikal zu brechen und zu einer „postnationalen“ Verfassungstheorie der „Staatslehre ohne Staat“¹⁴⁸ und Demokratietheorie ohne „Volk“ vorzudringen, so dass dieser selbst in dem kleinen, demokratisch-republikanisch ausgerichteten Lager der deutschsprachigen Staatslehre ein Außenseiter blieb. Auch Heller lehnte daher – mit Carl Schmitt – im „Weimarer Richtungsstreit“ insoweit die liberal-pluralistische, positivistische Staatstheorie Kelsens, die ausschließlich auf einen Begriff demokratischer Legitimation durch Verfahren abstellte¹⁴⁹, vehement und polemisch als „ausgeblasene Eier reiner Rechtsformen“ ab¹⁵⁰. Hier gibt sich also nicht wie bei Kelsen eine sich selbst organisierende Gesellschaft eine Verfassung gleichsam als Satzung des bürgerlichen Vereins „Staat“, sondern in „Hellers Hegelianismus“ „etabliert sich eine etatistisch zugespitzte einheitsobsessive Ordnung durch Herrschaftshandeln“¹⁵¹. Es wurde daher in theoretischer Hinsicht schon früh auf die Parallelen – aber

146 So auch *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars, in: Gusy, S. 368.

147 „Kommunitaristischer Etatismus“, so *Kersting*, Politik und Recht, 2000, S. 422; zu den Souveränitätslehren ausführlich *Hebeisen*, Souveränität in Frage gestellt, 1995.

148 *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl., 1929, S. 208.

149 Vgl. *van Ooyen*, Der Staat der Moderne, 2003.

150 *Heller*, Die Krisis der Staatslehre; in: ASSP, 1926, S. 301; vgl. *Keita*, Bürger und Bourgeois in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik; in: Murswiek, 2000, S. 609 ff.

151 *Kersting*, Politik und Recht, 2000, S. 421 bzw. S. 426; vgl. *Schefold*, Gesellschaftliche und staatliche Demokratietheorie; in: Gusy, 2000, S. 256 ff.

auch Unterschiede (s.u.) – zwischen Heller und Schmitt im Verständnis der Homogenität des Volkes als politischer Einheit hingewiesen¹⁵².

In zeitgeschichtlicher Perspektive ist zu ergänzen, dass in der innerparteilichen Diskussion der SPD der „jung-rechte“ Flügel, dem neben Carl Mierendorff auch Paul Tillich und Hermann Heller angehörten, auf eine Bekämpfung der nationalistischen Rechten durch einen „national“ gewendeten „Sozialismus“ setzten¹⁵³. Insofern ließe sich dann hier auch Hellers Schrift „Sozialismus und Nation“¹⁵⁴ einordnen, die schon im Titel programmatisch auf Oswald Spenglers „Preußentum und Sozialismus“ zu reagieren schien. Während Spengler also von „rechts“ versuchte, den „deutschen Sozialismus von Marx zu befreien“¹⁵⁵, um die Arbeiterschaft für die „Rechte“ zu gewinnen, kam ihm bildhaft ausgedrückt Heller ein Stück von „links“ entgegen, um mit der Betonung des starken Nationalstaats im Sozialismus die Arbeiterschaft etatistisch zu „integrieren“ und zugleich die „Rechten“ durch Besetzung des Themas einzudämmen. So traf man sich – in der Diktion Spenglers – im *deutschen* Sozialismus¹⁵⁶. Insgesamt zielte daher die Liberalismuskritik der „Jungen Rechten“ auf „die Restauration antiaufklärerischer Ideen von Gemeinschaft und Autorität“, so dass sie der „Konservativen Revolution näher (stand) als der offiziellen Staatstheorie der sozialdemokratischen Partei“¹⁵⁷. Damit entpuppten sich, so die scharfe Kritik, die „Bemühungen der Jungen Rechten zur Verteidigung der Republik... als einer jener Versuche, sie in autoritärer Richtung zu überwinden“¹⁵⁸.

So gesehen, wenn man dieses Urteil in Bezug auf die Staatstheorie Hellers teilte, wäre er aber dann für das BVerfG genau in diesem Punkte schon ebenso wenig zitierfähig gewesen wie Carl Schmitt.

Nun schien das Gericht gerade diese, möglicherweise „dunklen“ Implikationen der Hellerschen Lehre gar nicht wahrzunehmen, lag doch die Intention des Heller-Belegs offensichtlich darin, eine mit der politischen Theorie von Carl Schmitt quasi reflexhaft assoziierte Aussage als „harmlos“, staats- und

152 Vgl. etwa *Pasquino*, Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus; in: Müller/Staff, 1985, S. 114 ff.; zum Einfluss des „Revolutionärs von rechts“ Hans Freyer und seiner „Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft“ vgl. *Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1983, S. 261 ff.

153 Sichwort: Hofgeismarer Kreis, der Verbindungen bis zum Nationalbolschewismus von Ernst Niekisch aufwies; vgl. mit Darstellung der Aktivitäten Hellers *Vogt*, Nationaler Sozialismus und Soziale Demokratie, 2006, S. 83 ff.; allgemein auch *Kroll*, „Volksgemeinschaft“; in: Gallus u.a., 2013, S. 99 ff.

154 Vgl. *Heller*, Sozialismus und Nation, 1925.

155 *Spengler*, Preußentum und Sozialismus, 1919, Einleitung.

156 Ebd.

157 *Vogt*, Nationaler Sozialismus und Soziale Demokratie, 2006, S. 193.

158 Ebd., S. 458; so schon 1928 der Vorwurf seines früheren Freundes Gustav Radbruch (aus den Kieler Zeiten des gemeinsamen Handelns während des „Kapp-Putsches“): „Philofaschist“; zitiert aus einem Brief Radbruchs nach *Robbers*, Hermann Heller, 1983, S. 36; vgl. auch *Schneider*, Positivismus, Nation und Souveränität, 1985, S. 186 ff.

demokratiethoretisch als richtig zu erweisen, indem man sie mit dem Zitat eines unzweifelhaften Demokraten und Verteidigers der Republik stützte. Dann aber hat das Gericht den Begriff der „Homogenität“ bei Heller mit dem von Schmitt gleichgesetzt und die – nicht erst seit den 90er Jahren diskutierten – Bedeutungsunterschiede einfach unterschlagen¹⁵⁹.

Zwar teilte Heller mit Schmitt theoretische Annahmen wie „politische Einheit“ und „Souveränität“, doch sind bei ihm Volk und Nation nicht als natürliche politische Einheiten vorgegeben, sondern als Prozess zu verstehen, etwa im Sinne eines modernen republikanischen Verständnisses der Bürgerteilhabe¹⁶⁰. Im Unterschied zu dem in der Maastricht-Entscheidung suggerierten Verständnis vom homogenen „Volk“ als einer gegebenen – im Sinne Schmitts *vorausgesetzten* – politischen Einheit von eigener Substanz, warnte Heller in seiner Staatslehre gerade vor solch einem romantisierenden Rousseauismus, der das „Volk“ ontologisierte:

„Die bedenklichste Verwirrung ist in die Staatslehre dadurch entstanden, dass seit Rousseau und der Romantik dem Volk als Nation eine Volkspersönlichkeit zugeschrieben und diese sowohl mit Gefühl und Bewusstsein wie auch mit politischem Willen und politischer Handlungsfähigkeit ausgestattet wurde. Das Volk wird damit zu einer apriorischen Willensgemeinschaft und vorgegebenen politischen Einheit metaphysiziert, die es nirgends war“¹⁶¹.

„Die Wirklichkeit von Volk und Nation zeigt aber in aller Regel keine Einheit, sondern Pluralismus von politischen Willenseinrichtungen... Namentlich kann in der ausgebildeten Klassengesellschaft von einer aktionsfähigen politischen Einhelligkeit des nationalen Willenszusammenhangs keine Rede sein. Sowohl durch den politischen Klassenzusammenhang wie auch innerhalb derselben Klasse, durch ökonomische und geistige, konfessionelle, dynastische und alle möglichen andern Gegensätze wird eine große Mannigfaltigkeit von politischen Gegnerschaften erzeugt“¹⁶².

Diese Aussage weist sogar starke Parallelen zu Kelsen auf, der in seiner Autobiografie 1947 rückblickend zum „Vielvölkerstaat“ Österreich als Realhintergrund seiner entontologisierten „Staatsleere“ ohne „Volk“ ausführte:

„Es mag sein, dass ich zu der Anschauung nicht zuletzt dadurch gekommen bin, dass der Staat, der mir am nächsten lag und den ich aus persönlicher Erfahrung am besten kannte, der österreichische Staat, offenbar nur eine Rechtseinheit war. Angesichts des österreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinem sozialpsychologischen oder

159 Vgl. schon *Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1983, S. 216 ff.

160 Zu dieser Deutung *Llanque*, Politik und republikanisches Denken; in: Lietzmann, 2001, S. 39 ff.; vgl. auch *Llanque*, Die Theorie politischer Einheitsbildung in Weimar und die Logik von Einheit und Vielheit; in: Göbel, 1995, S. 157 ff.

161 *Heller*, Staatslehre, 6. Aufl., 1983, S. 183.

162 Ebd., S. 185.

sozial-biologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehoerigen Menschen zu gruenden versuchten, ganz offenbar als Fiktionen“¹⁶³.

Insoweit also lag Heller gar nicht weit entfernt von Kelsens pluralistischem Verständnis von „Volk“¹⁶⁴, dessen Vielheit für diesen lediglich durch das auf der Basis der Verfassung in parlamentarischen Institutionen ausgehandelte gemeinsame Gesetz als „Einheit“ begriffen werden konnte. Und gerade deshalb betonte auch Heller – im Gegensatz zu der auf die acclamatio des „Volkes“ gegenüber dem „Führer“¹⁶⁵ hinauslaufenden demokratischen Homogenität bei Schmitt – die zentrale Bedeutung des Parlamentarismus (den Schmitt wiederum abfällig dem von ihm verachteten „Liberalismus“ zuordnete), damit die „fundamentalen sozialen und politischen Konflikte in dem rechtsförmigen Verfahren des demokratischen Rechtsstaats ausgetragen werden können“¹⁶⁶.

Möglicherweise ergibt sich an dieser Stelle aber dann doch noch ein Unterschied, der Heller von Kelsens Theorie des Staats als positiver Rechtsordnung trennen mag: Wengleich der „Klassengegensatz“ beim „liberalen Sozialisten“ Kelsen auch eine bedeutende Rolle spielte, so ergab sich für Heller vor genau diesem Hintergrund die Notwendigkeit einer politischen Einheitsstiftung über das bloße Recht hinaus. Diesen Prozess als Bedingung einer parlamentarischen, pluralistischen Demokratie beschrieb er dann mit dem missverständlichen Begriff der „sozialen Homogenität“:

„Soziale Homogenität ist immer ein sozial-psychologischer Zustand, in welchem die stets vorhandenen Gegensätzlichkeiten und Interessenkämpfe gebunden erscheinen, durch ein Wirbewußtsein und -gefühl, durch einen sich aktualisierenden Gemein-schaftswillen“.

Aber: „Soziale Homogenität kann niemals Aufhebung der notwendig antagonistischen Gesellschaftsstruktur bedeuten“.

Gleichwohl: „An sich muß der auf ökonomischer Grundlage erwachsende Klassenkampf noch keineswegs die Demokratie sprengen. Erst wenn das Proletariat zu dem Glauben gelangt, dass die demokratische Gleichberechtigung seines übermächtigen Gegners den Klassenkampf in demokratischen Formen zur Aussichtslosigkeit verdammt, erst in diesem Augenblick wird es zur Diktatur greifen“¹⁶⁷.

Denn in diesem Falle versagte die friedliche Lösung der Konflikte durch parlamentarische Verfahren, die für Heller letztendlich beruhten auf dem

163 *Hans Kelsen* in Selbstzeugnissen; in: Werke, Bd. 1, 2007, S. 59 f.

164 Vgl. *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929; ausführlich *van Ooyen*, Der Staat der Moderne, 2003.

165 *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl., 1993, S. 243.

166 *Müller*, Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen; in *Müller/Staff*, 1985, S. 151 f.; vgl. *Lenk*, Kelsen – Schmitt – Heller, 1996, S. 351; *Raulet*, Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft, 2003, S. 199 ff.; *Unruh*, Weimarer Staatslehre und Grundgesetz, 2004, S. 173 f.

167 *Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität; in: GS, 1971, S. 427 ff.

„... Glaube(n) an die Existenz einer gemeinsamen Diskussionsgrundlage und damit die Möglichkeit eines *fair play* für den innenpolitischen Gegner, mit dem man sich unter Ausschluß der nackten Gewalt einigen zu können meint“¹⁶⁸.

Nur: Dieser von Heller selbst als sozialpsychologisch bezeichnete Vorgang hat damit einen eher bloß „symbolischen“ Charakter“ und schon deshalb wenig mit der „Homogenität“ im substanziellen Sinne bei Carl Schmitt zu tun¹⁶⁹. Und: Er ließe sich sogar auch noch mit Kelsens Staats- und Demokratietheorie vereinbaren, da gar nichts anderes ausgesagt wird, als dass (wie in jedem Verein) eine gemeinsame Geschäftsgrundlage gegeben sein muss – oder mit Blick auf die seinerzeitigen Bedingungen der von Heller beschriebenen „Klassenspaltung“ klarer ausgedrückt, dass die Arbeiter nicht das Gefühl haben dürfen, von den Kapitalisten auf der Basis des parlamentarischen Regierungssystems bloß über den Tisch gezogen zu werden. Ansonsten enden mit dem Wegfall dieses gemeinsamen demokratischen Bewusstseins die Möglichkeiten friedlichen Konflikt- und Interessenausgleichs; es folgen Aufstand, Revolution und/oder Diktatur. So gesehen wäre ein solches Verständnis von „Homogenität“ bei Heller dann aber bloß eine¹⁷⁰ Banalität¹⁷¹.

Und genau das unterschlägt das Zitat des BVerfG, so dass es Heller schon deshalb „in seiner Maastricht-Entscheidung zu Unrecht als Gewährsmann für die Notwendigkeit substanzieller Homogenität zur Bildung eines Staatsvolkes benannte“¹⁷² – oder deutlicher und schärfer formuliert: es missbrauchte die Schriften Hellers¹⁷³.

168 Ebd., S. 427 (kursiv im Original). Hier sei nur darauf verwiesen, dass sich der Begriff des „fair play“ in einem ähnlichen Sinn dann in der Neo-Pluralismustheorie von *Fraenkel* wiederfindet, als Teil des Grundkonsenses, der die Voraussetzung für das Funktionieren einer pluralistischen Demokratie bildet (vgl. Deutschland und die westlichen Demokratien, 1990, S. 300); ausführlich *van Ooyen/Möllers*, (Doppel-)Staat und Gruppeninteressen, 2009.

169 Vgl. *Pasquino*, Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus; in: Müller/Staff, 1985, S. 122.

170 Vgl. *Lübbe-Wolff*, Homogenes Volk; in: ZAR, 4/2007, S. 122, mit der interessanten These, dass Heller den gemeinschaftsbezogenen Begriff wählte, um seine Staatstheorie an die in Deutschland vorherrschenden „ethno-nationalistischen Ideen“ seinerseits anschlussfähig zu halten (S. 123); in diesem Falle wäre Heller an den Möglichkeiten seiner Missdeutung nicht ganz unschuldig. Kritisch zum Homogenitätspostulat vgl. allgemein auch *Hanschmann*, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008; *Steinberg*, Die Repräsentation des Volkes, 2013.

171 Schon die Weimarer Nationalversammlung drang in der Verfassungstheorie nicht mehrheitlich zu einem pluralistischen Verständnis von Demokratie durch, sondern hielt überwiegend an der Vorstellung eines einheitlichen „Volkswillens“ fest; vgl. *Bollmeyer*, Das „Volk“ in den Verfassungsberatungen; in: Gallus, 2010, S. 57 ff.

172 *Korioth*, europäische und nationale Identität; in VVDStRL, 2003, S. 139; vgl. *Pasquino*, Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus, in: Müller/Staff, 1985, S. 121.

173 *Lübbe-Wolff* verweist zwar auch auf Böckenförde, hält diesen aber relativ für gemäßiger als den damaligen Berichterstatter Kirchhof, sodass sie die „Heller-Formel“ sogar als Kompromiss deutet (vgl. 2007, S. 122).

4. Das Staats- und Europaverständnis ausgewählter Verfassungsrichter der Maastricht-Entscheidung des Zweiten Senats

Die Macht des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zuletzt „Deutungsmacht“¹⁷⁴. Dann aber spielen die politischen Vorverständnisse der Richter/innen eine maßgebliche Rolle – vor allem, wenn es sich um Entscheidungen handelt, die Grundlagencharakter haben, deren Ergebnisse jenseits der täglichen Gerichtsroutine offen sind und die im weiteren Verlauf den Pfad der Rechtsprechung bis zur nächsten Grundlageneinscheidung bestimmen¹⁷⁵. Mit Blick auf die Europa-Rechtsprechung geht es im Folgenden daher nicht um rechtssoziologische¹⁷⁶ Zusammenhänge¹⁷⁷ oder konkrete machtpolitische Einflüsse des Faktors „Persönlichkeit“, die sich wohl auch nur bei vollständiger Akteneinsicht der Beratungssitzungen einigermaßen rekonstruieren ließen¹⁷⁸. Hier will das BVerfG im Übrigen sein Arkanum gar nicht preisgeben und mauert bei der vollständigen Aktenfreigabe selbst uralter Entscheidungen¹⁷⁹. Diese Form von „Herrschaftswissen“ ist nicht nur wenig demokratisch, sondern skandalös zu nennen, weil entgegen aller Gepflogenheiten des Aktenzugangs und sogar der eigenen Rechtsprechung. Es geht vielmehr um die Bedeutung der staatstheoretischen Vorverständnisse, die bestimmte verfassungsgerichtliche Entscheidungen dominieren bzw. repräsentieren¹⁸⁰. Die nachfolgend getroffene Auswahl der Richter Böckenförde und Kirchhof versteht sich exemplarisch, um diesen Einfluss herauszuarbeiten. Beide Richter sind auch als namhafte, in der Staatslehre einflussreiche Wissenschaft-

174 *Vorländer*, Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, 2006.

175 Jede Justiz ist politisch, ob man das nun zugibt oder nicht“; entscheidend ist daher „daß sich der Richter des politischen Charakters seiner Tätigkeit bewußt wird“; *Wasserman*, Der politische Richter, 1972, S. 17. Freilich setzte das bei den Richtern/innen einen Begriff des Politischen ebenso voraus wie eine einschlägige politikwissenschaftliche Forschung, die diesen erhellt; vgl. *van Ooyen*, Amerikanische Literatur zum Supreme Court; in: ZPol, 2008, S. 515 ff.

176 In diesem Kontext immer noch lesenswert: *Fraenkel*, Zur Soziologie der Klassenjustiz; in: GS, Bd. 1, 1999, S. 177 ff.; aktuell aus rechtssoziologischer Sicht z.B. *Gawron/Rogowski*, Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts, 2007.

177 So wäre eine Analyse der Rechtsprechung des BVerfG zum Berufsbeamtentum mit rechtssoziologischen Zugängen sicherlich aufschlussreich.

178 Etwa die Macht des „Dritten Senats“ (vgl. *Zuck*, Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts; in: *van Ooyen/Möllers*, 2006, S. 283 ff.) oder auch der jeweiligen Berichterstatter; zu den Interna vgl. jetzt *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010.

179 Vgl. *Henne*, Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim Bundesverfassungsgericht; in: *Henne/Riedlinger*, 2005, S. 19 ff.

180 In der rechtspolitologischen und zeitgeschichtlichen Forschung sind diese Arbeiten immer noch viel zu selten; vgl. aber z.B. mit Blick auf Leibholz: *Wiegandt*, Norm und Wirklichkeit, 1995; auch *Henne/Riedlinger*, ebd.

ler öffentlich hervorgetreten, so dass sich der Zusammenhang von staatstheoretischem Zugang und konkreter verfassungsgerichtlicher Entscheidung leichter nachweisen lässt¹⁸¹ – und zwar im Falle von „Maastricht“ bis in die Diktion der Entscheidungsbegründung hinein. Mit Blick auf die Entscheidungen zum Haftbefehl und zu Lissabon lässt sich dieser Zusammenhang inzwischen auch für den Berichterstatter Di Fabio nachweisen, etwa in Bezug auf die schon mit Maastricht problematisierte Gefahr der „Entstaatlichung“ souveräner Nationastaatlichkeit¹⁸². Denn auch für Di Fabio ist die „Nation als politische Gemeinschaft“¹⁸³ Dreh- und Angelpunkt seines Staatsverständnisses (vgl. Kap. 8 und 9). Das zeigt sich nicht nur in den Schriften, sondern wurde auch in der mündlichen Verhandlung zum EU-Haftbefehl mehr als deutlich¹⁸⁴ – genauso wie in seinem Minderheitsvotum zur „Kopftuch-Entscheidung“¹⁸⁵.

181 Vgl. ausführlich *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, 2005.

182 Die grundsätzliche Macht des Berichterstatters bleibt in der Forschung strittig, wenn gleich insb. Kirchhof und Böckenförde jeweils Urteile des BVerfG gerade wohl auch durch ihre Schriften geprägt haben. *Kranenpohl*, Herr des Verfahrens oder nur Einer unter Acht?; in: *ZfR*, 2009, S. 135 ff., hält sie eher für überschätzt; andererseits wird etwa mit Blick auf die Arbeitsweise des BGH festgestellt, dass nur der jeweilige Berichterstatter und der Vorsitzende überhaupt die Akten lesen würden und daher der Ausgang von Revisionsprozessen erheblich von der Person des Berichterstatters abhängen könne; vgl. die Kritik der BGH-Richter *Fischer/Eschelbach/Krehl*, Das Zehn-Augen-Prinzip; in: *StV*, 6/2013, S. 395 ff.

Aktuell plädiert auch *Böckenförde*: „Wäre es nicht sinnvoll, daß man z.B. weiß, wie in USA üblich, wer der Berichterstatter ist... und die anderen Richter treten dem bei oder dissentieren? Daß die Richter als Personen entscheiden, die ihr Profil haben... Das könnte dann auch das Verständnis und die Akzeptanz erhöhen. Das auch personale Element, das ja in der Tat wirksam ist, wird dadurch deutlich:... das ist nicht einfach bloße Anwendung des Gesetzes oder der Verfassung, sondern da sind bestimmte Personen mit einem bestimmten Profil, die mit Argumenten darlegen, wie sie die Verfassung sehen...“; Biographisches Interview; in: *Böckenförde*, 2011, S. 438 f.

Mit Blick auf die staatstheoretischen Grundlinien in der Rechtsprechung zu „Europa“ und „Demokratie“ ist dieser Zusammenhang aber insoweit nicht von zentraler Bedeutung, weil sich in diesen Urteilen und in den Schriften von Kirchhof/Böckenförde letztendlich nur exemplarisch das widerspiegelt, was allgemein für die klassische deutsche Staatslehre überhaupt charakteristisch (gewesen) ist und in großen Teilen über lange Jahre als problematischer Traditionsbestand dominierte – bei vielen, ideengeschichtlich nicht geschulten Staatsrechtlern z.T. sogar völlig unreflektiert.

183 *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 185.

184 Vgl. Wortlautprotokoll; in: *Schorkopf*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006, S. 284 ff.; S. 398.

185 Vgl. *van Ooyen*, Die „Kopftuch-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts; in: *JöR*, 2008, S. 125 ff.

a) Böckenfördes staatliche Volksdemokratie und das Europa ohne Volk

Eine theoretisch anspruchsvolle und im Bereich der Staatslehre und des BVerfG einflussreiche Konzeption hat Ernst-Wolfgang Böckenförde vorgelegt¹⁸⁶; sein Verdienst ist es, das Demokratieprinzip gegenüber dem in der Rechtsprechung des Gerichts dominierenden Topos des Rechtsstaats endlich überhaupt zur Geltung gebracht zu haben¹⁸⁷ – doch, da seine Demokratietheorie explizit im Rückgriff auf Carl Schmitt erfolgte, leider in einer „falschen“ Weise.

Denn dem Demokratieverständnis von Böckenförde¹⁸⁸, seiner „Volksdemokratie“¹⁸⁹ liegt wie bei Schmitt die antipluralistische Konzeption einer homogenen politischen Einheit „Volk“ zugrunde. Das Volk konstituiert sich hierbei nicht durch die bloß formal-rechtliche Gleichheit der Bürger in der Herrschaftsunterworfenheit und – als demokratischer Reflex hiervon – in der gemeinsamen Teilhabe an der Herrschaft¹⁹⁰. Böckenförde begreift „Volk“ vielmehr als „Gemeinschaft“, deren Homogenität aus der Annahme einer Staat und Recht vorgelagerten *substantziellen* Gleichheit resultiert:

„Die demokratische Gleichheit ist insofern eine spezifische Gleichheit, als sie zu ihrem Anknüpfungspunkt nicht die allgemeine Menschengleichheit hat, sondern die Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft des Volkes... Der spezifische Charakter der demokratischen Gleichheit... zielt – über die formelle rechtliche Zugehörigkeit, die die Staatsangehörigkeit vermittelt, hinausweisend – auf ein bestimmtes inhaltliches Substrat, die sogenannte substantzielle Gleichheit, auf der die Staatsangehörigkeit aufruht. Hier meint Gleichheit eine vorrechtliche Gleichartigkeit“¹⁹¹.

Diese Gleichheit ist es, die für Böckenförde das Politische und die Einheit konstituiert, zugleich auch das Heterogene als das „Fremde“ trennt – und zwar in einem existenziellen Sinne:

186 Vgl. *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, 2005, S. 106 ff.

187 Vgl. *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre; in: *Gusy*, 2003, S. 393.

188 *Böckenförde* hat seine Auffassung in einem ausführlichen Handbuch-Beitrag dargelegt; seine Demokratietheorie hat auch maßgeblich die Entscheidung zum Ausländerwahlrecht beeinflusst (vgl. hierzu den Exkurs in Kap. 2): Demokratie als Verfassungsprinzip; zuerst veröffentlicht in: *Isensee/Kirchhof*, HBStBRD, Bd. 1, 1987, S. 887 ff; aktualisiert unter gleichem Titel in: *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 289 ff. (folgend wird diese Ausgabe zugrunde gelegt).

189 Zur Kritik vgl. schon: *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie; in: *SuS*, 1994, S. 305 ff.; *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft; in: *KJ*, 1997, S. 45 ff., *KJ*, Demokratie und Grundgesetz, 2000; *Bull*, Hierarchie als Verfassungsgebot?; in: *Greven*, 1998, S. 241 ff.; *van Ooyen*, „Volksdemokratie“ und „Präsidialisierung“; in: *Voigt*, 2007, S. 39 ff.; aktuelle Kritik des Legitimationskettenmodells bei *Petersen*, Demokratie und Grundgesetz; in: *JöR*, 2010, S. 137 ff.

190 So etwa in der normativen Staatstheorie, ob bei Aristoteles, Cicero, Kant oder zuletzt, wenn auch positivistisch verkürzt, bei Kelsen.

191 *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, 1991, S. 332; vgl. auch S. 348 ff.

„Diese begründet die relative Homogenität, auf deren Grundlage allererst eine... demokratische Staatsorganisation möglich wird; Die Bürger wissen sich in den Grundfragen politischer Ordnung ‚gleich‘ und einig, erfahren und erleben Mitbürger nicht als existentiell anders oder fremd...“¹⁹².

Entscheidend ist dabei allein die Konstituierung der existenziellen politischen Einheit und als Konsequenz der Ausschluss des Anderen, d. h. die Beseitigung des Heterogenen innerhalb der politischen Einheit „Volksgemeinschaft“ („politische Gemeinschaft des Volkes“; s. o.). Dabei ist wiederum in Anlehnung an Schmitt auch für Böckenförde der Inhalt des Politischen völlig beliebig, im Zeitalter des Nationalstaats jedoch durch die nationale Homogenität definiert:

„Diese Gleichartigkeit kann durch gemeinsame Religion, gemeinsame Sprache und Kultur, gemeinsames politisches Bekenntnis gegeben sein. In der modernen Demokratie, wie sie sich mit und seit der Französischen Revolution entwickelt hat, beruht sie bislang vornehmlich auf nationaler Gleichartigkeit und setzt diese voraus“¹⁹³.

Das „Volk“ existiert bei Böckenförde wie bei Schmitt als eine dem Staat *vor-ausgesetzte* souveräne politische Einheit, es ist wie bei diesem das „formlos Formende“¹⁹⁴ und hat folglich als in der Geschichte handelndes Subjekt von eigener Substanz ontische Qualität. Der Nationalstaat zeigt sich insofern nur als die konkrete Organisationsform der politischen Einheit in einer bestimmten historischen Epoche – oder wie es Schmitt formuliert hat, als die konkrete Entscheidung des Volkes über die Form seiner politischen Existenz¹⁹⁵.

Schmitt hielt jedoch die Epoche der Staatlichkeit für im Niedergang begriffen. Ein Zurück in das Zeitalter der souveränen Staatlichkeit schien ihm angesichts moderner „Entzauberung“ des Staates als „Betrieb“ unmöglich und so setzte er zur Wiederherstellung des in der Moderne verlorenen Mythos auf die Volkssouveränität im Sinne identitärer Demokratie, auf den Weg des plebiszitär legitimierten „Volksführers“ und seine Legitimation ohne Zwischenschaltung staatlicher Organe durch „Identitätsprinzip“ und „acclamatio“¹⁹⁶. Genau deshalb schrieb Schmitt ja eine Verfassungslehre, nicht aber eine *Staatslehre*. Seine „politische Theorie“ ist ganz bewusst „politische Theologie“ und nicht wie noch bei

192 Ebd., S. 332 f.; vgl. hierzu: *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl., 1996, S. 13 f.; *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 6. Aufl., Berlin 1996, S. 27.

193 *Böckenförde*, ebd., S. 333; vgl. *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 38 f.

194 *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl., 1993, S. 81; vgl. auch den an die Schmittsche Verfassungslehre angelehnten Begriff der verfassungsgebenden Gewalt; sie ist bei Böckenförde die nicht zu „zählende“, politisch-theologisch überhöhte Gewalt des „souveränen Volkes“; *Böckenförde*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes; in: Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 90 ff.

195 Vgl. *Schmitt*, ebd., S. 75.

196 *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl., 1996, S. 22.

Hegel „Staatstheologie“ – oder, in den Worten Eric Voegelins formuliert: ein Fall von „politischer Religion“ mit dem „Volk“ als innerweltlichem Gottesersatz¹⁹⁷.

Hier liegt der entscheidende Unterschied zu Böckenförde, der insoweit viel „konservativer“, weniger „revolutionär“ als Schmitt ist. Denn Böckenförde emanzipiert sich nicht vom Staatsbegriff, sondern verharrt im Etatismus des 19. Jahrhunderts; er ist „Staatstheologe“ – weil der (christliche) Staat für ihn mit der politischen Theologie Hegels (und Hobbes‘) Garant der (Glaubens-)freiheit – und des Friedens – schlechthin, der Pluralismus aber „ohne objektive Orientierung“ ist¹⁹⁸. Der Staat ist daher für Böckenförde die „‘minimum condition‘ für Frieden und Sicherheit“¹⁹⁹. Er beklagt zwar einerseits den Verlust religiös gestifteter homogener Einheit infolge der Säkularisation. Die durch den (National)staat gegebene Einheit bleibt für ihn prekär, ein „Wagnis“²⁰⁰, da der „freiheitliche, säkularisierte Staat... von Voraussetzungen (lebt), die er selbst nicht garantieren kann“²⁰¹. Auf der anderen Seite führt für ihn aber „kein Weg über die Schwelle von 1789 zurück, ohne den Staat als Ordnung der Freiheit zu zerstören“²⁰². Staat, Frieden und Freiheit sind danach eine untrennbare „Symbiose“ eingegangen, da der Staat durch Beendigung des (religiösen) Bürgerkriegs mit der Herstellung von Frieden und (Religions)freiheit die vorstaatlichen Bedingungen insoweit geschaffen hat und garantiert, die ihm zugleich in seiner Labilität einer bloß säkularen politischen Einheit zugrunde liegen und stabilisieren. Deshalb kann Böckenförde mit Hegel den Prozess der Säkularisation „nicht als Negation, sondern als Verwirklichung der Offenbarung“ begreifen²⁰³.

Heruntergebrochen auf das Verhältnis von Staat und Demokratie folgt hieraus im Unterschied zu Schmitt: Obschon wie dieser vom Mythos der Volkssouveränität ausgehend, permanent den „Volkswillen“ und das Volk als „Einheit“²⁰⁴ gar als „Schicksalsgemeinschaft“ beschwörend²⁰⁵ ist Demokratie für ihn immer die durch die staatlichen Organe vermittelte Demokratie, d. h. Repräsentativ-

197 Vgl. *Voegelin*, Die politischen Religionen, 2. Aufl., 1996; *Voegelin*, Der Gottesmord, 1999.

198 *Böckenförde*, Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion bei Hegel; in: *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 142.

199 *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, ebd., S. 106.

200 Ebd., S. 112.

201 Ebd.

202 Ebd., S. 113.

203 Ebd., S. 110.

204 Vgl. z.B. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, 1991, S. 306 und S. 308: „Volkswillen“, S. 315: „Staatsvolk als Gesamtheit“, S. 324: „kollektiv-autonome Freiheit des Volkssouveräns“, S. 329: „politische(n) Gemeinschaft des Volkes“, S. 331: „Volk als Einheit“, S. 348: „Wir-Bewußtsein“ usw.

205 Ebd., S. 311 und 314: „politische Schicksalsgemeinschaft“, „Schicksal des Volkes“, „existentiell verbunden“.

demokratie²⁰⁶. Insoweit bemerkt Mehring richtig, Böckenförde „harmonisiert... Schmitts Nationalismus mit seinem Etatismus“²⁰⁷. In den vom „ganzen Volk“ legitimierten Staatsorganen kommt zwar auch für Böckenförde die *volonté général* des „ganzen Volkes“ zum Ausdruck:

„Das demokratische Prinzip, wie es Art. 20 Absatz 2 GG als nähere Ausgestaltung der Volkssouveränität formuliert, ist bezogen auf die Ausübung von Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Es verhält sich nicht zur Demokratie als Lebensform, auch nicht zur ‚Demokratisierung der Gesellschaft‘...“²⁰⁸.

„Positiv-konstruierend legt der Satz vom Volk als Träger und Inhaber der Staatsgewalt fest, dass Innehabung und Ausübung der Staatsgewalt sich konkret vom Volk herleiten muß... (sogenannte ununterbrochene demokratische Legitimationskette)... Und sie darf, einmal eingerichtet, nicht autonom werden, muß sich vielmehr stets in angebbarer Weise auf den Volkswillen zurückführen lassen und gegenüber dem Volk verantwortet werden. Erst unter dieser Voraussetzung kann staatliches Handeln durch vom Volk unterschiedene und organisatorisch getrennte Organe so angesehen werden, dass das Volk durch diese Organe die Staatsgewalt ausübt“²⁰⁹.

In extremo begreift diese Vorstellung den Staat als Automatenmodell²¹⁰ (bzw. juristisch formuliert als „Subsumtionsmaschine“), wo man vorne den allgemeinen Volkswillen hineinschüttet und hinten der bis auf den Einzelfall heruntergebrochene demokratische Beschluss herausrattert. Sie impliziert, da von einer unverfälschten Vermittlung des „Volkswillens“ durch den Staat ausgegangen wird, eine Identität von Volk, Staat und Individuum, d. h. letztlich auch hier eine Identität von Regierenden und Regierten. So ließe sich das Problem des Politischen als das Problem von Herrschaft von Menschen über Menschen einfach wegzaubern und mit ihm – insoweit typisch für alle Konzeptionen von „Volksdemokratie“ und „Staatstheologie“ – jede Form von Opposition, die von vornherein als illegitim zu gelten hätte. Doch soweit geht Böckenförde gerade nicht. Sein Begriff von Demokratie ist nicht nur liberal-rechtsstaatlich durch den Grundrechtsschutz flankiert, sondern als „Staatsdemokratie“ bleibt aufgrund der Repräsentation durch die Staatsorgane eine Differenz der „Herrschaft“ – als Staatsgewalt – erhalten:

„Die Errichtung der Demokratie als Staats- und Regierungsform, die das Grundgesetz vorschreibt, bedeutet nicht die Aufhebung und Überwindung staatlich organisierter politischer Herrschaft, sondern eine bestimmte Organisation dieser Herrschaft.

206 Vgl. auch Böckenförde, Demokratie und Repräsentation; in: Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 379 ff.

207 Mehring, Carl Schmitt und die Verfassungslehre unserer Tage; in: AöR, 1995, S. 197.

208 Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, 1991, S. 296.

209 Ebd., S. 299.

210 „Absolutistisches Maschinenmodell“, so Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip; in: KJ, Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 48; „Der Staat als Maschine“ als „Ideal des absolutistischen Fürstenstaates“; so schon Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 36.