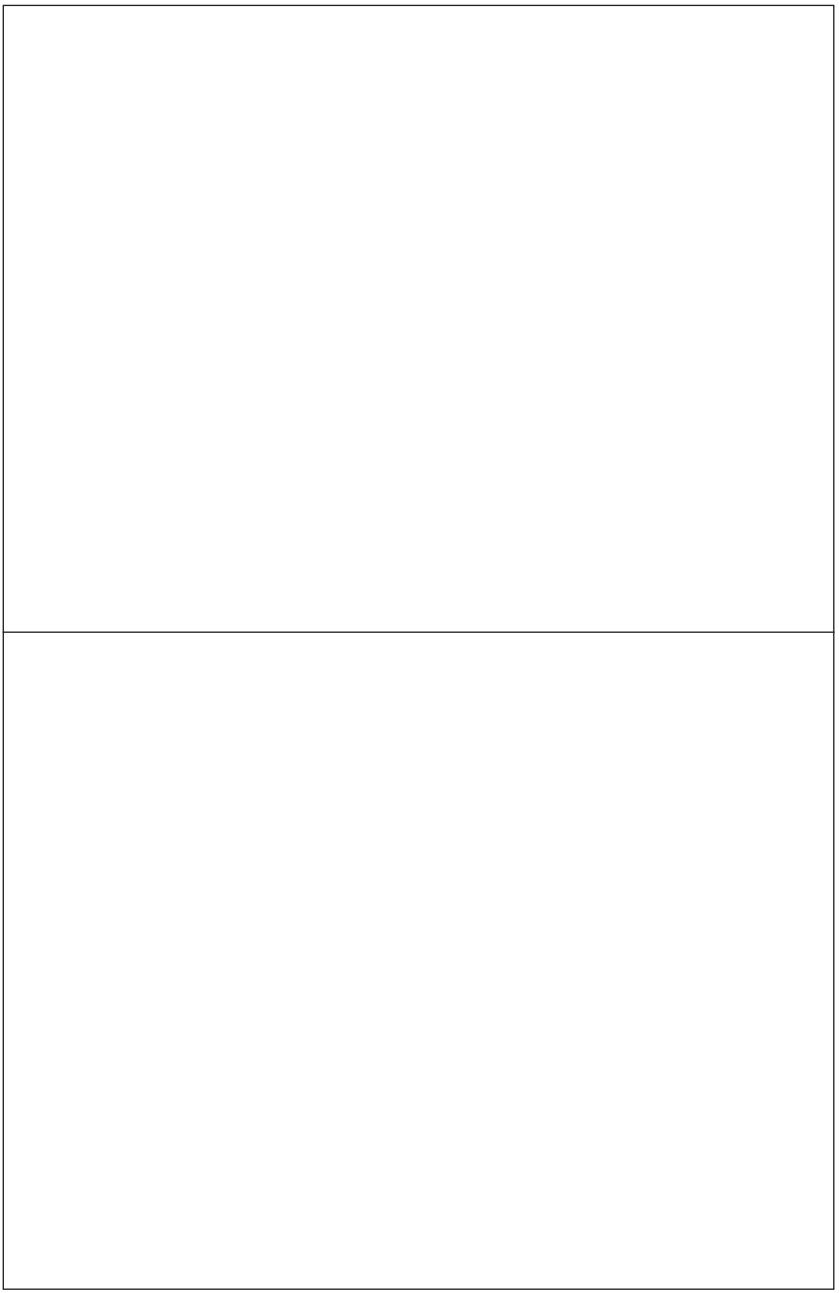
Robert Chr. van Ooyen

Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa

Von Solange über Maastricht und Lissabon zu Euro-Rettung, Europawahl und EU-Haftbefehl II

7. Auflage

Nomos



Robert Chr. van Ooyen

Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa

Von Solange über Maastricht und Lissabon zu Euro-Rettung, Europawahl und EU-Haftbefehl II

7. Auflage

Nomos

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

ISBN 978-3-8487-5058-0 (Print)
ISBN 978-3-8452-9230-4 (ePDF)

7. Auflage 2018
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 9

Vorwort zur 7. Auflage und Einführung: Die Trinitätslehre von Staat – Souveränität – Demokratie des BVerfG 11

1. Keine Aufgabe der Souveränität: die Solange-Entscheidungen 19
   a) Solange I (1974) 19
   b) Früh erreichte Modernität: die abweichende Meinung 22
   c) Solange II (1986) 24

2. Exkurs 1: Staatsvolk statt Bürger: die Ausländerwahlrecht-Entscheidungen 26
   a) Volk bleibt deutsches Volk (1990) 26
   b) Der StGH Bremen und die Alternative eines Sondervotums (2014) 30

3. Herr des Vertrags: die Maastricht-Entscheidung (1993) 34
   a) Souveräner Staat aus eigenem Recht 35
   b) Staatsvolk als homogene politische Einheit 39
   c) Das Heller-Zitat 43
      aa) Heller-Rezeption in der Staatsrechtslehre 43
      bb) Ambivalenzen im Demokratieverständnis von Heller 45

4. Das Staats- und Europaverständnis ausgewählter Verfassungsrichter der Maastricht-Entscheidung des Zweiten Senats 50
   a) Böckenfördes staatliche Volksdemokratie und das Europa ohne Volk 52
   b) Kirchhofs Staatenverbund und das Verbot der Entstaatlichung 60

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) 65

6. Die Görgülü-Entscheidung zu Urteilen des EGMR (2004) 74
   a) Völkerrecht und Landesrecht 74
   b) Die Entscheidung des BVerfG 75

c) Völkerrechtlicher Paradigmenwechsel im Bereich des EGMR 77
d) Etatistischer Souveränitätsvorbehalt des BVerfG 79

7. Die Entscheidung EU-Haftbefehl I (2005) 82
a) Hintergrund und Position des Beschwerdeführers 82
b) Europafreundliche Position der Bundesregierung 84
c) Souveräner Nationalstaat und europäischer Staatenbund 87
aa) Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip, da keine Entstaatlichung 87
bb) Rahmenbeschlüsse der EU – bloß Völkerrecht 91
d) Doppelmoral? Die Kritik an der parlamentarischen Behandlung des EU-Haftbefehls 93

Zusammenfassung: Staats- und Volkswillenspositivismus – die Rechtsprechung bis Lissabon 97

Nachtrag 1: Das verfassungsgerichtliche Demokratietheorie-Defizit 104

8. Hüter von Staat und Volk – in Karlsruhe nichts Neues: die Lissabon-Entscheidung (2009) 107
a) Die Fehlwahrnehmung der Entscheidung 107
b) Die alt-neue Trinitätslehre: Staat – Souveränität – Demokratie 108
c) Hüter des Volkes – bis zur Revolution 113
d) Nachtwächterstaat und Rechtsbruchklausel 115
e) Das Letztentscheidungsrecht des Zweiten Senats 118

9. Exkurs 3: Die Flüchtlingskrise als Souveränitätsproblem: Di Fabios Bundestreue und ewige Kernstaatlichkeit 121

10. Von Solange zu Lissabon – und zurück 130
a) Zwei Senate in meiner Brust? Rückgriff des Ersten Senats auf Solange II: die Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung (2010) 130
b) Wird alles gut? Rückkehr des Zweiten Senats zu Solange II: die Entscheidung Mangold/Honeywell (2010) 135

11. Mehr (deutsche) Demokratie durch weniger europäischen Parlamentarismus: die Entscheidungen zur 5%- und 3%-Sperrklausel (2011/14) 142

12. Die Entdeckung der parlamentarischen Kontrolle der Außenpolitik bei der Euro-Rettung (2011/12) 145
a) Auswärtige Gewalt als Regierungsdomäne 145
b) Rückblick: ausdrückliche Ablehnung des Prüfungsmaßstabs Demokratieprinzip bei völkerrechtlichen Sekundärakten der EU 147
c) Nationale Demokratie in den Entscheidungen zur Euro-Rettung 149

Nachtrag 2: Das Defizit in der Vergleichenden Regierungslehre 155

13. Exkurs 4: Luxemburger Verfassungscoup – die Grundrechtscharta-Entscheidung des EuGH und ihre Karlsruher Kritik im Spiegel richterlicher Selbstermächtigungen (2013) 160

14. Europäischer Staaten- *und* Verfassungsverbund? (2015) 167
a) Das Maastrichter Entstaatlichungsverbot bei EU-Haftbefehl I 168
b) Etatistischer Theorie-Überschuss bei EU-Haftbefehl II 170
c) Eine pragmatische Voßkuhle-Linie im Zweiten Senat? 172
d) Die verfassungspolitische Deutungsmacht der Berichterstatter/innen 174
e) Staaten- *und* Verfassungsverbund als Kompromiss 175

Ausblick: Die politische(n) Theorie(n) des Gerichts 177
a) Keine Staatstheorie des BVerfG? Eine Erwiderung auf Andreas Voßkuhle 177
b) Die Theoriedefizite des BVerfG im Spiegel aktueller Literatur 181

Literatur 185

Ausgewählte Europa-Entscheidungen des BVerfG (Auszüge) 207

1. BVerfGE 22, 293 – EWG-Verordnungen 207
2 a. BVerfGE 37, 271 – Solange I 209
2 b. Abweichende Meinung der Richter Dr. Rupp, Hirsch und Wand 213
3. BVerfGE 52, 187 – ‚Vielleicht'-Beschluss 218
4. BVerfGE 58, 1 – Eurocontrol: Leitsätze 219
5. BVerfGE 73, 339 – Solange II 220
6. BVerfGE 89, 155 – Maastricht 226

7. BVerfGE 97, 350 – Euro: Leitsatz 237
8. BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung: Leitsätze 238
9. BVerfGE 111, 307 – EGMR-Entscheidungen/Görgülü: Leitsätze 239
10 a. BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl I 240
10 b. Abweichende Meinung der Richterin Lübbe-Wolff 254
11. BVerfGE 118, 79 – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen: Leitsätze 259
12. BVerfGE 123, 267– Lissabon 260
13. BVerfGE 121, 1 – Vorratsdatenspeicherung, einstweilige Anordnung 317
14. BVerfGE 125, 260 – Vorratsdatenspeicherung 318
15 a. BVerfGE 126, 286 – Ultra-vires-Kontrolle Mangold/Honeywell 320
15 b. Abweichende Meinung des Richters Landau 327
16. BVerfGE 129, 124 – EFS Griechenlandhilfe/Euro-Rettungsschirm 333
17 a. BVerfGE 129, 300 – Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWahlG 345
17 b. Abweichende Meinung der Richter Di Fabio und Mellinghoff 359
18. BVerfGE 130, 318 – ESM/Haushaltsausschuss Bundestag: Leitsätze 362
19. BVerfGE 131,152 – ESM/Euro-Plus-Paket/Unterrichtungspflicht 363
20. BVerfGE 132, 195 – ESM/Fiskalpakt 380
21. BVerfGE 133, 277 – Antiterror-Datei 405
22 a. BVerfGE 134, 366 – OMT, Vorlagebeschluss 407
22 b. Abweichende Meinung der Richterin Lübbe-Wolff 409
22 c. Abweichende Meinung des Richters Gerhardt 414
23 a. BVerfGE 135, 259 – Drei-Prozent-Sperrklausel EuWahlG 418
23 b. Abweichende Meinung des Richters Müller 419
24. BVerfGE 135, 259 – ESM, Hauptsache: Leitsätze 424
25. BVerfGE 140, 317 – Europäischer Haftbefehl II 425
26. BVerfGE 142, 123 – OMT, Hauptsache: Leitsätze 451

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
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuP	Europaparlament
EuR	Europarecht / 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
RW	Rechtswissenschaft
StV	Strafverteidiger
SuS	Staatswissenschaft und Staatspraxis
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
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

Vorwort zur 7. Auflage und Einführung: Die 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 beziehen: „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 prompt einstieg – und das es seitdem als Kontrollhebel gegenüber der europä-

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.

ischen 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 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 Dreiheit 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 möchte[3]. Sie wurde durch die Richter Ernst-Wolfgang Böckenförde und Paul Kirchhof formuliert, die (nicht nur) die Europarechtsprechung des Zweiten Senats staatstheoretisch maßgeblich beeinflusst haben und die sich schon zuvor in der Entscheidung „Ausländerwahlrecht" niedergeschlagen hatte (Kap. 2). Diese „Trinitätslehre" beruft sich in der Maastricht-Entscheidung nur scheinbar und zur Tarnung ihrer Bezüge zu Carl Schmitt auf den sozialdemokratischen Staatsrechtler Hermann Heller (Kap. 3) und kontrastiert mit der anderen grundlegenden Demokratietheorie des BVerfG, die der Erste Senat in seiner Brokdorf-Entscheidung schon 1985

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.

als Alternative bereit gestellt hatte (Kap. 5). An dieser Stelle erfolgt nun ein ergänzender Zugang der Analyse der Europa-Entscheidungen, indem anhand der Staats- und Demokratieverständnisse der beiden früheren Verfassungsrichter der Einfluss staatstheoretischer (besser: politischer) Vorverständnisse von Richterpersönlichkeiten exemplarisch deutlich gemacht wird – und zwar über „Maastricht" hinaus bis in die Lissabon-Entscheidung hinein (Kap. 4).

Inzwischen hat sich nicht nur personell ein Generationswechsel vollzogen: einflussreiche Richterpersönlichkeiten wie Böckenförde und Kirchhof, die einem strikten nationalliberal-konservativen Etatismus verpflichtet sind, sind längst ausgeschieden. Nach zwei „kleineren" Urteilen mit Europabezug (Kap. 6 und 7)[4] liegt mit „Lissabon" die neue, große Europa-Entscheidung vor – Anlass genug, das staats- und demokratietheoretische Verständnis des machtvollen Gerichts erneut aus Sicht der Verfassungspolitologie einer liberalen Demokratie[5] zu prüfen. Die Entscheidung ist in der Öffentlichkeit zunächst positiv, ja fast euphorisch

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

5 Vgl. allgemein, z.T. aber mit anderer Zielrichtung als dem hier entwickelten Forschungsansatz: *Kelsen,* Wer soll der Hüter der Verfassung sein; Neuausgabe 2008; *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*, „Demoikratie"?; 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 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 vermisste Leviathan; 2008; *van Ooyen*, Amerikanische Literatur zum Supreme Court; in: ZPol, 4/2008, S. 515 ff.; *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 Mehr-

„europafreundlich“ aufgenommen worden, zumal „Lissabon“ nun nicht am BVerfG scheitern würde. Aber auch – beser: gerade – die Lissabon-Entscheidung beweist, dass an der in den Vorauflagen formulierten These der „Europafeindlichkeit“ nichts zu revidieren ist. Sie bleibt in der Spur von „Maastricht“, ist stellenweise sogar eine erhebliche Verschärfung oder wie Peter Häberle es formuliert: eine „versteinernde Maastricht II-Entscheidung“[6] (Kap. 8). Der Streit zwischen dem „integrationsfreundlichen“ und „integrationsskeptischen“ Lager[7] ist unter dem seinerzeitigen Berichterstatter Udo Di Fabio damit in eine neue Runde gegangen. Neu eingefügt ist an dieser Stelle 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 aktuellen 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 „europafreundlichsten“ Linie von „Solange II“ zu erfolgen, die faktisch schon einmal mit der „Bananenmarktordnung“ (2000) wieder erreicht worden war. Doch obwohl diese im Ergebnis an „Solange II“ anknüpften, haben beide Senate den Kurs ihrer Europarechtsprechung dann wieder verschärft: Der Erste Senat hat in der Anti-Terrordatei-Entscheidung sofort und scharf drohend seinen „Ultra-vires-Zeigefinger“ erhoben, nachdem der EuGH beim Geltungsbereich der EU-Grundrechtscharta seine umfassende Zuständigkeit als europäischer Verfassungsgerichtshof in Sachen Grundrechte reklamierte. Auch der EuGH selbst scheint den für Verfassungsgerichte typischen Weg der „Selbstermächtigung“ nach seinen berühmten Entscheidungen der frühen Jahre zu Geltung und Vorrang des Europarechts erneut zu beschreiten (Kap. 13). So viel Selbstermächtigung will man Luxemburg in Karlsruhe aber nicht durchgehen lassen; zu lange sind wohl 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

ebenensystem; in: RW, 2/2013, S. 166 ff.; *Heinig/Terhechte*, Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013; *Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2014; *Wöhst*, 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; m.w.N. vgl. *van Ooyen/Möllers*, HB BVerfG, 2. Aufl., 2015.

6 *Häberle*, Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinernde Maastricht II-Entscheidung; in: JöR, 2010, S. 317.

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

primär zuständige Zweite Senat betont in den Entscheidungen zur „Euro-Rettung“ 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 wird. 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 interessieren. So bleibt das Europaparlament wegen des fehlenden nationalstaatlichen „Demos“ weiterhin ein bloßes „Hilfsparlament“ der nationalen „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), die in der juristischen Staatslehre wirkmächtig tradiert werden. Auch wenn das BVerfG sich mit dem OMT-Beschluss erstmals nun auf die von den Kritikern immer wieder geforderte Vorlage beim EuGH endlich eingelassen hat: Ob ausgerechnet dieser ein Richtungsschwenk hin zur tatsächlichen „Europafreundlichkeit“ des Zweiten Senats ist, scheint fraglich, zumal die Art der Vorlage auch als Zumutung seitens des EuGH empfunden werden konnte. Allein die Ausdehnung der schon immer strittigen Zulässigkeit der (faktischen Popular-)Klagen[8] über Art. 38 GG nun auch auf die „Ultra vires-Kontrolle“ von EU-Institutionen scheint den europapolitischen Entscheidungsspielraum des Bundestags weiter einengen zu wollen[9]. 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 „Judizialisierung“ weiteren Vorschub leistet[10]. Nachdem der EuGH entschieden hatte, wurde gemutmaßt, dass der

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

9 Vgl. BVerfGE 134, 366, Sondervotum von Richterin Lübbe-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.

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

Zweite Senat nach seinem Zurückrudern bei „Mangold/Honeywell“ in Sachen „Ultra-vires-Kontrolle“ tatsächlich einmal Ernst machen könnte[11] – aber auch, dass der Streit um die bisher bloß angekündigte und damit hypothetische „OMT-Aktion“ dem Gericht hierfür gar nicht wichtig genug erscheinen könnte[12]. Doch das BVerfG entschied vom Ergebnis betrachtet insofern wie gewohnt: harte, große Worte mit weichem, „versönhliche(n) Ende“ [13]. So blieb auch bei der anderen, aktuell wichtigen Entscheidung „Haftbefehl II“ des Zweiten Senats (neu eingefügt: Kap. 14) der Konflikt trotz erneuter verschärfter Androhung einer 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 selbst sowie einzelne Sondervoten. Schließlich hat es auch Richter/innen gegeben, die wie etwa Brun-Otto Bryde oder Gertrude Lübbe-Wolff in wissenschaftlichen Veröffentlichungen ausdrücklich und scharf hiergegen Position bezogen haben[14]. Aktuell scheint es mit dem Präsidenten Andreas Voßkuhle einen Repräsentanten einer eher pragmatischen Richtung zu geben, die das Paradigma des „souveränen Staats“ zwar nicht vollständig hinter sich lassen aber trotzdem zugleich sich dem Demokratiebegriff pluralismustheoretisch nähern will (Kap. Ausblick). Die in der Theorie widersprüchliche Kompromissformel des „Staaten- *und* Verfassungsverbunds“ bei der neuen „EU-Haftbefehl II“ lässt sich so interpretieren. Gleichwohl scheint auch er 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 zuständiger Richter im Zweiten Senat tätig, der sich ausdrücklich auf die „Anti-Maastricht-Linie“ und deren Konzept einer souveränen „Volksdemokratie“ beruft.

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 Mongraphie zu problematischen Kontinuitätslinien im Politikverständnis des BVerfG[15] speziell anlässlich der Entscheidung zum EU-Haftbefehl (2005) verfasst und bei der von mir

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

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

13 *Schiffbauer*, Europas Werk und Karlsruhes Beitrag; in: JuWiss; www.juwiss.de/49-2016/#more-14155.

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

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

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 sogar (wieder) ein kleiner Boom zum Thema „Politik und Verfassung" einschließlich BVerfG beobachtet werden, genauso wie umgekehrt eine Reihe von Staatsrechtlern sich (neuerlich) für die Sozialwissenschaften öffnet[16]. 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 wurde. Schließlich machte das Buch sogar beim EGMR in Teilen der Richterschaft die Runde, wie mir der damalige Präsident Luzius Wildhaber erzählte. Und die kritische Auseinandersetzung seitens Andreas Voßkuhle (vgl. Ausblick) zeigt, dass es beim BVerfG selbst Interesse geweckt hat – was natürlich besonders freut. Vor allem aber nutze ich es seit Jahren als eine der Grundlagen für politikwissenschaftliche Seminare am OSI der FU Berlin bzw. im Masterstudiengang „Politik und Verfassung" an der TU Dresden, um Studierenden meinen Ansatz der „Verfassungspolitologie" am Beispiel des BVerfG näher zu bringen[17].

Robert van Ooyen Berlin, im Winter 2017/18

16 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.; vgl. auch die im Schlusskapitel besprochene aktuelle Literatur.

17 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“[18] von 1974 prüfte das Verfassungsgericht grundlegend das Problem des so genannten „Vorrangs“. Wenngleich die unmittelbare Geltung und der Vorrang des EG-Rechts vor einfachem Gesetzesrecht schon zu dieser Zeit längst anerkannt waren[19], 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 sind[20] – 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 sind[21]. 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 EuGH[22] 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 handelt[23], 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) ge-

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

19 *Beutler*/*Bieber*/*Pikorn*/*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.

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

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

22 Seinerzeit nach Art. 177 EWG-Vertrag.

23 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.

folgt[24] war[25]. – 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"[26].

Nach Meinung des Gerichts existieren also Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht als zwei grundsätzlich verschiedene Rechtskreise „nebeneinander", sodass gemäß dieser, im übrigen wohl vom preußisch-konservativen Etatisten Heinrich Triepel[27] übernommenen, dualistischen Theorie im Regelfall gar keine Normenkollisionen entstehen[28]. 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 gar kein Staat sei. Gegen den ausdrücklichen (!) Wortlaut von Art. 24 GG, nach

24 Diese, bisher vertrenene 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.

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

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

27 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.

28 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.

dem sich bis zur Einfügung 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 konstitutierenden 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“[29].

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 – ermöglicht[30]. 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 verbürgt[31]. 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-Entscheidung“ dann offen ausgesprochen wird (s. Kap. 3). Denn nach dieser In-

29 BVerfGE 37, 271, Rdnr. 43.

30 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.

31 Vgl. BVerfGE 37, 271 – Solange I.

terpretation 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 einvernehmlich[32], sondern wohl Kraft eigener „Machtvollkommenheit“ des „souveränen“ Nationalstaats.

b) Früh erreichte Modernität: die abweichende Meinung

Demgegenüber betont zwar auch die abweichende Meinung[33], 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 gegeben[34]. 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-

32 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.

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

34 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 verfügt“[35].

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“[36].

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 gefährden[37]. 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“[38].

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,

35 BVerfGE 37, 271, Rdnr. 69 f.
36 Ebd., Rdnr. 80.
37 Ebd., Rdnr. 84.
38 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 bemerken[39] kann[40]. 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 Grundrechtsschutzes[41]. Denn jetzt, zwölf Jahre später und nach einer zwischenzeitlich schon erfolgten Relativierung von „Solange I“ im „’Vielleicht’-Beschluss“[42], 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“[43].

39 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.

40 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.

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

42 Vgl. BVerfGE 52, 187.

43 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, sodass 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“ benutzt[44], 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)...“[45].

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.

44 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.

45 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 Ausländerwahlrecht-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 Urteilen[46] zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines kommunalen Ausländerwahlrechts in Schleswig-Holstein und Hamburg gestand es dem Bürgerbegriff der „normativen Staatstheorie“[47] zwar demokratietheoretische Plausibilität zu. Denn implizit auf die Staats- und Demokratietheorie von Hans Kelsen rekurrierend heißt es in der Entscheidung[48]:

> „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“[49].

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

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

47 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.

48 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.

49 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“[50].

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 l 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 wollen[51]. Denn, so das Gericht, „Wahlen, bei denen auch Ausländer wahlberechtigt sind, können demokratische Legitimation nicht vermitteln“[52].

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 Verfassung[53] hiervon demokratischer Reflex. Oder in der moderneren Variante der Massendemokratie: der Normunterworfenheit entspricht im demokratischen Sinne das Wahlrecht. Muss man infolge – 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.

50 Ebd.
51 Vgl. *Menzel*, BVerfGE 83, 37/60 – Ausländerwahlrecht; in: Menzel/Müller-Terpitz, 2. Aufl., 2011, S. 459 f.
52 BVerfGE 83, 60 – Ausländerwahlrecht II (Hamburg), Rdnr. 59 (Internetfassung).
53 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 Rede[54]; 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 Verfassungsge-

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

richt jedoch nur kurz auf[55]. 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 kann[56]. So argumentiert auch der sich explizit immer wieder auf Carl Schmitt beziehende, seinerzeitige Richter Ernst-Wolfgang Böckenförde[57], der maßgeblich die demokratietheoretischen Grundlinien der Entscheidung prägte[58], 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...“[59].

55 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/bv 097350.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.

56 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.

57 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.

58 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 Verfassungprinzip formuliert hatte. Vieles entsprach also meiner wissenschaftlich geäußerten Auffassung“; Biographisches Interview; in: Böckenförde, 2011, S. 456 f.

59 *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“[60].

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 jüngsten Entscheidung zur Einführung des Ausländerwahlrechts[61]. Im Rahmen des in Bremen möglichen Vorabentscheidungsverfahrens präventiver Normenkontrolle[62] 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 Drittstatten berechtigt; vergleichbare Regelungen eines solch kommunalen

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 genügte.

60 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 ansonn? Die Integration der jüdischen Bürger wurde damit nicht gefördert; vielmehr erschwert und eher paralysiert“; *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“.

61 Vgl. schon die Leitsätze BremStGHE vom 31.01.2014 – Ausweitung des Wahlrechts; http://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/media.php/13/Urteil_St%201-13_Internet.46888.pdf.; gute Besprechung bei *Eickenjäger/Franco*, Ausweitung des Wahlrechts für Migranten?; in: ZAR, 2/2015, S. 52 ff.

62 Vgl. Art. 140 I VerfBrem i.V.m. § 10 II BremStGHG.

Ausländerwahlrechts finden sich inzwischen in einer ganzen Reihe von EU-Staaten, z.T. differenziert nach aktivem und passivem Wahlrecht[63] sowie nach Dauer des Aufenthalts[64]. 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“[65] – und zwar mit ausdrücklichem Bezug auf die seinerzeit kurz später erfolgte Verfassungsänderung des Art. 28 I 3 GG (Einfügung des kommunalen EU-Bürger-Wahlrechts infolge von „Maastricht“) sowie auf die intensivierte 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, sodass sie „auf den ersten Blick einem weiter gefassten Volksbegriff zuzuneigen (scheint)“[66]. 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.[67] 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 ausübten[68]. 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“: Das Grundgesetz las-

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

64 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.

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

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

67 Ebd., S. 11 f.

68 Ebd., S. 17 f.

se dann doch durchgängig erkennen, „dass die Zugehörigkeit zum Staatsvolk an die Staatsangehörigkeit geknüpft ist“ und daran „hat sich... auch nichts geändert“[69].

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 kann[70]. 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“[71].

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-Vertrags[72]. 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“[73].

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:

69 Ebd., S. 13.
70 Dies wird immerhin vom StGH als strittig offen gelassen; vgl. ebd., S. 17.
71 *Preuß*, Rechtsgutachten, 2012, S. 3 f.
72 BremStGHE vom 31.01.2014 – Ausweitung des Wahlrechts, Abw. Meinung Richterin Sacksofsky, S. 21 bzw. S. 23.
73 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“.[74]

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 demokratietheoretisch 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“ aus[75]. 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 verfassungskonform[76].

74 BVerfGE 123, 267 – Lissabon, Rdnr. 211 (Internetfassung).
75 BremStGHE vom 31.01.2014 – Ausweitung des Wahlrechts, Abw. Meinung Richterin Sacksofsky, S. 24.
76 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 Integrationsschritt. 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 lassen[77], wurde mit „Maastricht" auch der Aspekt eines „Europa der Bürger" durch die Einführung einer „Unionsbürgerschaft" gestärkt[78].

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 einfügten[79]. 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 unmittelbar[80] –, 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 war[81]. Zumindest hätte das BVerfG sie auch einfach ablehnen können, sodass 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-

77 Hierzu immer noch lesenwert: *Schwarz*, Europa föderieren – aber wie?; in: Lehmbruch/von Beyme/Fetscher, 1971, S. 377 ff.

78 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.

79 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.

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

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

alrecht auf Staatlichkeit“[82] bzw. einen direkten „Individualanspruch auf Einhaltung demokratischer Legitimationserfordernisse“[83]:

> „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“[84].

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“[85].

82 *Nettesheim*, Ein Idividualrecht 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.

83 *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.

84 BVerfGE 89, 155 (171) – Maastricht.

85 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 verbleiben[86]“.

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, verletzt“[87].

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 bleibt“[88].

Bei seiner Zurückweisung des „Legitimationsdefizits“ bzw. der Gefahr einer unumkehrbaren Kompetenzausweitung 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 beziehen[89] – 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.

86 BVerfGE 89, 155, 4. Leitsatz.

87 BVerfGE 89, 155, 181.

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

89 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 würden[90]. 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...“[91].

Damit ist die Katze wahrlich aus dem Sack, die schon im „Kloppenburg-Beschluss“ von 1987 angedeutet worden war[92]: 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 Staats-

90 „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.

91 Ebd., 190.

92 „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.

recht“ begriffen wird[93]. Mit Blick auf das im Urteil neu kreierte sog. „Kooperationsverhältnis“[94] 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“ [95].

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“[96], 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…“[97].

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, wur-

93 Bleibt zu erwähnen, dass das Urteil maßgeblich von den beiden Richtern Böckenförde und Kirchhof (vgl. auch *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration; in: Isensee/Kirchhof, HBStRBRD, 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).

94 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.

95 *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.

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

97 BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt, Leitsätze.

de jetzt „nur noch berichtend erwähnt“, nicht aber „mehr zu einem Pfeiler der Argumentation (ge)macht“[98].

Das war dann schon fast wieder der alte Stand der „Solange II-Entscheidung“ mit ihrem nur noch theoretischen Prüfungsvorbehalt[99]. Optimistisch wurde daher angenommen, dass „der Vorrang des Unionsrechts... für die vorausehbaren praktischen Bedürfnisse gesichert sein (dürfte)“[100]. 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 hatte[101]. 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“ prüft[102]. 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“[103].

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 rechtli-

98 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 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 übten“; *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.

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

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

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

102 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.

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

ches 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...“[104].

Und:

„Durch den Unionsvertrag wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt, die aus der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates abgleitet 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“[105].

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-Bürger[106] 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 wird[107]. Kündigt sich hier im Begriff der „existentiellen Gemeinsamkeit“ sogar die existenzialisch aufgeladene Verfassungslehre von Schmitt schon „verräterisch“ an[108], 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 de-

104 Ebd., 182.
105 Ebd., 159 f.
106 Hierfür wurde das Grundgesetz durch Einfügung von Art. 28 I Satz 3 geändert.
107 Richtig daher *Häberle*: „Schon der deutsche Begriff ‚Staatsangehörigkeit‘ ist eine Provokation: Suggeriert 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 Volkszugehöriger?; 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.
108 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.

nen 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, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, 2. Band, 1971, S. 421 [427 ff.]), rechtlichen Ausdruck zu geben“[109].

Unnötig zu sagen, dass dies im Original echter Carl Schmitt ist[110], denn der Sozialdemokrat Hermann Heller hat bei aller Kontroverse und Differenz zumindest die theoretische Annahme von politischer Einheit und Souveränität mit ihm[111] gemeinsam[112]. So lesen wir bei Schmitt in eindeutig antipluralistischer Diktion zu den Begriffen „Staat“ „Volk“ und „Demokratie“:

„Staat ist ein bestimmter Status eines Volkes, und zwar der Status politischer Einheit“[113].

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“[114].

109 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).

110 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.

111 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.

112 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.

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

114 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“[115].

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 Hegel[116] (und Hobbes) und in seinem Verständnis von Demokratie auf die Rezeption von Rousseau[117]. 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 abzusprechen sprechen ist: Das Gericht gelangt hier mit einer „europafeindlichen“ Argumentation, die die EU fast auf eine klassische internationale Organisation zurückstuft (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 Festhal-

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

116 Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts.

117 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.

ten 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 erfassen[118].

c) Das Heller-Zitat

aa) Heller-Rezeption in der Staatsrechtslehre

Bei der Rezeption Hermann Hellers in der Staatsrechtslehre fällt rasch eine Eigentümlichkeit auf[119]. 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 hat[120], gegen die sich der binnenjuristische Diskurs „reiner Rechtswissenschaft“ sperrt. Denn umgekehrt „glänzt“ gerade auch der Wiener „Rechtspositivist“ und Sozialdemokrat Hans Kelsen hier durch Abwesenheit[121], während wiederum die politischen Verfassungslehren der konservativen Republikgegner Carl Schmitt und Rudolf Smend über Schulenbildungen[122] lange Zeit dominant geblieben sind und sich bis in die aktuelle Rechtsprechung des BVerfG hinein in wenn auch „verdünnter“ und liberal eingehegter Form nachweisen lassen[123]. „Früh verstorbener Emigrant und bekennender Sozialdemokrat“ – „zwei Eigenschaften zu viel, um in der Staatsrechtslehrergemeinschaft fortzuwirken, in der es, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, weder Remigranten noch Sozialdemokraten gab“[124]. So taucht Heller zwar regelmäßig im Rahmen seiner Patenschaft des Begriffs des „sozialen Rechtsstaats“ des Art. 28 GG auf[125]. Gleichwohl, den „weiter gehenden, sozialistischen Vorstellungen Hellers über die Aus-

118 Vgl. dagegen *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl., 2011.
119 Vgl. *van Ooyen*: Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft; in: Llanque, 2009, S. 261 ff.
120 Vgl. z. B. *Heller*, Staatslehre, 6. Aufl., 1983, S. 12 ff.
121 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.
122 Vgl. *Günther*, Denken vom Staat her, 2004.
123 Vgl. *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, 2005; *van Ooyen,* „Volksdemokratie“ und Präsidialisierung; in: Voigt, 2007, S. 37 ff.
124 *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre; in: Gusy, 2003, S. 366 f.
125 Vgl. *Niclauß*, Der Weg zum Grundgesetz, 1998, S. 30.

gestaltung des Sozialstaats ist das Grundgesetz nicht gefolgt“[126]. Auch die Zahl umfangreicher Monografien ist im Unterschied zu Kelsen und Schmitt[127] relativ überschaubar geblieben[128].

Auf der anderen Seite stößt man dann doch über den früheren Heller-Assistenten und Verfassungsrichter Martin Drath hinaus[129] auf einzelne explizite Rezeptionslinien[130] und „subkutane“ Adaptionen seitens der „Smend-Schule“. Unter den zeitgenössischen Staatslehrern ist vor allem Peter Häberle zu nennen[131], der in seiner an der Pluralismustheorie orientierten „Verfassungslehre als Kulturwissenschaft“ nach wie vor auf den kulturalistischen Ansatz von Heller rekurriert[132] und in dessen Lehre ein Korrektiv zu den „Übertreibungen der Integrationslehre von R. Smend“ sieht[133]. 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 Etatisten Heller geschuldet. Ein inzwischen entpolitisierter Heller wird zum ideologisch unverdächtigen Staatstheoretiker“[134].

So gewinnt man den Eindruck, dass der soziale Demokrat Heller gerade in der Rechtsprechung des BVerfG dann herhalten muss, wenn der Machtanspruch des Gerichts etwa gegenüber dem Parlament im politischen Systems camoufliert[135] werden soll – und/oder wenn Positionen der deutschen Staats- und Verfassungs-

126 *Unruh*, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz, 2004, S. 182.
127 Vgl. m.w.N.: *Brunkhorst/Voigt*, Rechts-Staat, 2007; *Voigt*, Der Staat des Dezisionismus, 2007.
128 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.
129 Vgl. m.w.N. *Baldus*, Wer war und wofür steht Martin Draht; in: RuP, 2007, S. 86 ff.
130 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.
131 Aber auch *Dehnhardt*, Dimensionen staatlichen Handelns, 1996.
132 Vgl. *Waschkuhn/Thumfart*, „Vielheit bewirkt“ und „einheitlich wirkend“; in: Waschkuhn/Thumfart, 2002, S. 43 ff.
133 *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.
134 *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars; in: Gusy, 2003, S. 369.
135 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 war[136], 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, sodass 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"[137]. 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"[138] und Demokratietheorie ohne „Volk" vorzudringen, sodass 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 abstellte[139], vehement und polemisch als „ausgeblasene Eier reiner Rechtsformen" ab[140]. 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"[141]. Es wurde daher in theoretischer Hinsicht schon früh auf die Parallelen – aber

136 So auch *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars, in: Gusy, S. 368.
137 „Kommunitaristischer Etatismus", so *Kersting*, Politik und Recht, 2000, S. 422; zu den Souveränitätslehren ausführlich *Hebeisen*, Souveränität in Frage gestellt, 1995.
138 *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl., 1929, S. 208.
139 Vgl. *van Ooyen*, Der Staat der Moderne, 2003.
140 *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.
141 *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 hingewiesen[142].

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" setzten[143]. Insofern ließe sich dann hier auch Hellers Schrift „Sozialismus und Nation"[144] 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"[145], 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* Sozialismus[146]. Insgesamt zielte daher die Liberalismuskritik der „Jungen Rechten" auf „die Restauration antiaufklärerischer Ideen von Gemeinschaft und Autorität", sodass sie der „Konservativen Revolution näher (stand) als der offiziellen Staatstheorie der sozialdemokratischen Partei"[147]. 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"[148].

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 demokra-

142 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.

143 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.

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

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

146 Ebd.

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

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