

Der Vertrag von Lissabon und das Grundgesetz

Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und Begründetheit
verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelfe gegen das Zustimmungsgesetz zum
Vertrag von Lissabon und die deutsche Begleitgesetzgebung

Vorgelegt von

Professor Dr. Dietrich Murswiek

o. Professor für Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht
am Institut für Öffentliches Recht der Universität Freiburg

im Auftrag von

Dr. Peter Gauweiler MdB

Freiburg, im Mai 2008

2. Aufl. Dezember 2008

[In der 2. Auflage wurden lediglich Tippfehler und Fehler bei Querverweisen korrigiert und keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen.]

Gliederungsübersicht

A. Der Gutachtauftrag

B. Zulässigkeitsfragen und vorläufiger Rechtsschutz

I. Verfassungsbeschwerde

II. Organstreit

III. Antrag auf einstweilige Anordnung

C. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache

I. Verstoß gegen das Recht aus Art. 20 Abs. 4 GG auf Unterlassung von Handlungen, die eine Widerstandslage auslösen

1. Der Unterlassungsanspruch aus Art. 20 Abs. 4 GG

2. Verstoß gegen den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit

3. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch den Vertrag von Lissabon

4. Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip

5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die deutsche Begleitgesetzgebung

6. Ergebnis

II. Verstoß gegen das Grundrecht des Staatsbürgers aus Art. 38 GG

1. Der subjektive Anspruch auf demokratische Legitimation gemäß Art. 38 GG

2. Zuständigkeitsverluste und Legitimationsdefekte der deutschen Staatsgewalt

3. Mangelnde demokratische Legitimation der europäischen Hoheitsgewalt

4. Spezielle Verstöße gegen das Demokratieprinzip im Vertrag von Lissabon

5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die deutsche Begleitgesetzgebung

6. Ergebnis

D. Begründetheit der Organklage in der Hauptsache

1. Das Recht des Abgeordneten auf Beteiligung an der demokratischen Legitimation gemäß Art. 38 GG

2. Der Verlust substantieller Aufgaben und Befugnisse des Bundestages

3. Spezielle Verstöße gegen das Demokratieprinzip im Vertrag von Lissabon

4. Aushöhlung der Mitwirkungsrechte des Abgeordneten durch die deutsche Begleitgesetzgebung

5. Ergebnis

E. Gesamtergebnis

Abkürzungsverzeichnis

Zusammenfassung

Inhaltsverzeichnis

A. Der Gutachtenauftrag	1
B. Zulässigkeitsfragen und vorläufiger Rechtsschutz.....	2
I. Verfassungsbeschwerde	2
1. Beschwerdegegenstand	2
2. Beschwerdebefugnis	2
a) Art. 38 GG – Möglichkeit der Grundrechtsverletzung.....	3
aa) Der geltend gemachte Verstoß des Zustimmungsgesetzes gegen Art. 38 GG ..	3
bb) Der geltend gemachte Verstoß der Begleitgesetzgebung gegen Art. 38 GG ..	3
b) Art. 20 Abs. 4 GG – Möglichkeit der Grundrechtsverletzung	5
aa) Systematische Interpretation von Art. 20 Abs. 4 GG	5
(1) „Beseitigung“ der verfassungsmäßigen Ordnung?	6
(2) „Andere Abhilfe“ möglich?	10
(3) Art. 20 Abs. 4 i. V. m. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als Popularklagemöglichkeit zum Zwecke der Verteidigung des unantastbaren Verfassungskerns	12
bb) Recht auf „andere Abhilfe“ als außerordentlicher Rechtsbehelf?	15
cc) Subsidiärer Charakter des Grundrechts aus Art. 20 Abs. 4 GG?	16
dd) Zwischenergebnis	18
ee) Möglichkeit der Verletzung des Rechts aus Art. 20 Abs. 4 GG	18
c) Unmittelbarkeit und Gegenwärtigkeit der Grundrechtsverletzung.....	19
3. Ergebnis zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde.....	19
II. Organstreit.....	20
1. Beteiligungsfähigkeit.....	20
2. Antragsbefugnis	20
3. Gegenwärtigkeit der Beschwer und Frist.....	20
III. Antrag auf einstweilige Anordnung.....	21
1. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.....	21
2. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung	22
C. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache	26
I. Verstoß gegen das Recht aus Art. 20 Abs. 4 GG auf Unterlassung von Handlungen, die eine Widerstandslage auslösen	26
1. Der Unterlassungsanspruch aus Art. 20 Abs. 4 GG	26
2. Verstoß gegen den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit.....	27
a) Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliches Verfassungsprinzip	27
aa) Die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland als rechtliche Verfassungsvoraussetzung und als Grundentscheidung des Verfassungsgebers ..	28
bb) Das Grundgesetz als Verfassung eines souveränen Staates	32

b) Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit und die Grundsätze der offenen Staatlichkeit und Europafreundlichkeit des Grundgesetzes.....	34
c) Die inhaltliche Reichweite des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit	36
aa) Souveräne Staatlichkeit als Staatlichkeit im Sinne des Völkerrechts?	37
bb) Souveräne Staatlichkeit im Sinne des Staatsrechts oder der Allgemeinen Staatslehre?	38
cc) Qualitative und quantitative Ansätze zur Konkretisierung des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit	39
(1) Qualitative Ansätze	39
(1.1) Verfassunggebende Gewalt.....	39
(1.2) „Herrschaft über die Verträge“	41
(1.3) Kompetenz-Kompetenz.....	41
(1.4) Flächendeckende / partielle Kompetenzen.....	42
(1.5) Kernfunktionen der Staatlichkeit	42
(1.6) Austrittsrecht	43
(2) Quantitative Ansätze	44
(2.1) Quantität der Rechtsetzungskompetenzen	44
(2.2) Quantität von Elementen der Staatlichkeit.....	45
(3) Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Kriterium für den Ausschluß des Übergangs der Staatlichkeit an die Europäische Union?.....	45
d) Die europäische Staatswerdung als dynamischer Prozeß.....	47
e) Der Vertrag von Lissabon und der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit.....	49
aa) Rechtsetzungshoheit und Rechtsprechungshoheit	49
(1) Flächendeckende Kompetenzen.....	49
(1.1) Keine sektorale Beschränkung, sondern thematische Flächendeckung	49
(1.2) Keine wesentliche Kompetenzeinschränkung durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.....	52
(1.3) Sichert das Subsidiaritätsprinzip die mitgliedstaatliche Souveränität?	52
(1.3.1) Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsregel.....	52
(1.3.2) Das „Frühwarnsystem“ des Subsidiaritätsprotokolls	54
(1.3.3) Gerichtliche Subsidiaritätskontrolle.....	56
(1.3.4) Der Wegfall des Einstimmigkeitsprinzips im Rat als Wegfall des effektivsten Subsidiaritätssicherungsinstrumentes	58
(1.3.5) Zwischenergebnis.....	58
(2) Staatliche Kernkompetenzen.....	58
(3) Kompetenz-Kompetenz.....	60
(4) Vorrang des Unionsrechts	62
(5) Das letzte Wort des Gerichtshofs der Europäischen Union in Kompetenzfragen.....	65
bb) Staatlichkeitselemente außerhalb von Rechtsetzung und Rechtsprechung ...	66
(1) Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union	66
(2) Unionsangehörigkeit und Unionsvolk.....	66
(3) Übergang zu Mehrheitsentscheidungen als normalem Entscheidungsverfahren.....	68
(3.1) Mehrheitsentscheidungen als Regelfall nach dem Vertrag von Lissabon	68
(3.2) Ermächtigung zum Übergang zu Mehrheitsentscheidungen auf fast allen weiteren Gebieten	69
(4) Außenvertretungskompetenz und Außenpolitik	70

(4.1) Hoher Vertreter, Auswärtiger Dienst und Vertretungen bei Drittländern als quasistaatliche Organisationsstrukturen der Außenpolitik	70
(4.2) Umfassende Zuständigkeit für die Außenpolitik	71
(4.3) Ermächtigung zum Übergang zu Mehrheitsentscheidungen.....	71
(5) Sicherheits- und Verteidigungspolitik.....	72
(6) Innere Sicherheit, Polizei, Strafverfolgung	73
(7) Währungshoheit	73
(8) Abgabenhohheit	73
(9) Symbole.....	73
cc) Gesamtbetrachtung	74
 3. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch den Vertrag von Lissabon	76
a) Entleerung der demokratischen Legitimation durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf die Europäische Union	77
aa) Das Demokratieprinzip des Art. 20 GG als Grenze für die Übertragung von Hoheitsrechten	77
bb) Die Machtverschiebung zwischen Bundesregierung und Bundestag und die Delegitimierung der deutschen Rechtsetzung durch die rechtsetzende Tätigkeit der Bundesregierung	82
cc) Zwischenergebnis	83
b) Das strukturelle Demokratiedefizit der Europäischen Union.....	83
aa) Das institutionelle Demokratiedefizit	84
(1) Zur Stellung des Rates	85
(2) Zur Rolle des Europäischen Parlaments	87
(3) Die fehlende demokratische Gleichheit	88
bb) Undemokratische Entscheidungsstrukturen: Mehrheitsprinzip und Einstimmigkeitsprinzip als Demokratieprobleme	89
(1) Das Einstimmigkeitsprinzip im Rat als grundsätzliche Voraussetzung einer von den Völkern der Mitgliedstaaten ausgehenden Legitimation	89
(2) Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips im Rat als vom Grundgesetz vorausgesetzt?	91
(3) Das Einstimmigkeitsprinzip, die qualifizierte Mehrheit und die Regelung materieller politischer Ziele in der Verfassung als Demokratieprobleme	94
cc) Kein Ausweg? Die Europäische Union in der Klemme zweier unzureichender Legitimationsansätze	97
(1) Keine Lösung: pragmatisches Lavieren	98
(2) Bis hierher und nicht weiter	100
(3) Weiter auf einer neuen Basis.....	100
c) Alles schon längst dagewesen? Unangreifbarkeit des Demokratiedefizits, weil es schon vor dem Vertrag von Lissabon bestand?	101
d) Spezielle Demokratieverstöße des Vertrages von Lissabon.....	102
aa) Verfassungsänderung ohne parlamentarische Zustimmung	103
bb) Übergang zum Mehrheitsprinzip nach dem Passerelleverfahren („Brückenklausel“)	106
(1) Art. 48 Abs. 7 EUV	106
(2) Art. 31 Abs. 3 EUV	107
(3) Art. 333 AEUV	108
cc) Kompetenzerweiterung ohne Zustimmung der nationalen Parlamente nach der Flexibilitätsklausel.....	108
dd) Evolutivklausel für die Unionsbürgerschaft.....	109

ee) Übergang zur gemeinsamen Verteidigung ohne parlamentarische Zustimmung	110
ff) Beschlüsse über Eigenmittel der Union	110
gg) Konstituierung eines neuen Subjekts der demokratischen Legitimation ohne verfassunggebende Entscheidung	111
e) Ergebnis	113
4. Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip	113
5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die deutsche Begleitgesetzgebung .	114
a) Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die Begleitgesetzgebung zur Subsidiaritätsklage	114
b) Verstoß der Widerspruchsregelung zur Brückenklausel gegen das Demokratieprinzip	116
c) Übertragung von Entscheidungszuständigkeiten an den Europaausschuß	117
6. Ergebnis	118
II. Verstoß gegen das Grundrecht des Staatsbürgers aus Art. 38 GG	118
1. Der subjektive Anspruch auf demokratische Legitimation gemäß Art. 38 GG	118
2. Zuständigkeitsverluste und Legitimationsdefekte der deutschen Staatsgewalt	120
3. Mangelnde demokratische Legitimation der europäischen Hoheitsgewalt	120
4. Spezielle Verstöße gegen das Demokratieprinzip im Vertrag von Lissabon	121
5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die deutsche Begleitgesetzgebung .	121
6. Ergebnis	122
D. Begründetheit der Organklage in der Hauptsache	122
1. Das Recht des Abgeordneten auf Beteiligung an der demokratischen Legitimation gemäß Art. 38 GG	122
2. Der Verlust substantieller Aufgaben und Befugnisse des Bundestages	123
3. Spezielle Verstöße gegen das Demokratieprinzip im Vertrag von Lissabon	123
4. Aushöhlung der Mitwirkungsrechte des Abgeordneten durch die deutsche Begleitgesetzgebung	124
5. Ergebnis	125
E. Gesamtergebnis	125
Abkürzungsverzeichnis	126
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	127

A. Der Gutachtauftrag

Auftraggeber ist der Bundestagsabgeordnete Dr. Peter Gauweiler. Er bittet um Prüfung der Fragen, ob

1. das Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (Zustimmungsgesetz – BT-Drs. 16/8300) und
2. die dazu ergangenen deutschen Begleitgesetze, nämlich das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 16/8488) – im folgenden: GG-Änderungsgesetz – und das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BT-Drs. 16/8489) – im folgenden: Begleitgesetz –

mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Außerdem soll geprüft werden, welche Rechtsschutzmöglichkeiten dem Auftraggeber insoweit beim Bundesverfassungsgericht zur Verfügung stehen. Im folgenden werden daher Zulässigkeit und Begründetheit der in Betracht kommenden Rechtsbehelfe geprüft. Im Hinblick auf den knappen Zeitrahmen, der für die Ausarbeitung dieses Gutachtens zur Verfügung stand, können manche in diesem Zusammenhang relevanten Aspekte nicht oder nicht vertieft behandelt werden. Das Gutachten konzentriert sich im materiellen Teil auf die Fragen der Vereinbarkeit des Vertrages von Lissabon mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit und dem Demokratieprinzip.

Der Vertrag von Lissabon wird auch als „EU-Reformvertrag“ bezeichnet. Sofern im folgenden geprüft wird, ob der Vertrag von Lissabon (EU-Reformvertrag) mit dem Grundgesetz vereinbar ist, ist das eine abgekürzte Redeweise für die Frage, ob das deutsche Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

B. Zulässigkeitsfragen und vorläufiger Rechtsschutz

Dr. Gauweiler könnte seine Rechte als Staatsbürger im Verfassungsbeschwerdeverfahren, seine Rechte als Abgeordneter im Organstreit verteidigen. Im folgenden wird er als potentieller Beschwerdeführer eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens und als potentieller Antragsteller eines Organstreitverfahrens als „der Beschwerdeführer“ beziehungsweise „der Antragsteller“ bezeichnet.

I. Verfassungsbeschwerde

1. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstände sind

- a) das Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (Zustimmungsgesetz – BT-Drs. 16/8300),
- b) das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 16/8488) und
- c) das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BT-Drs. 16/8489).

2. Beschwerdebefugnis

Problematisch ist allein die Beschwerdebefugnis. Der Beschwerdeführer muß geltend machen, durch die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Gesetze in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Er kann hier geltend machen – wie unten unter C. dargelegt wird –, der EU-Reformvertrag verstoße gegen das Demokratieprinzip und gegen das Prinzip der souveränen Staatlichkeit, und die beiden Begleitgesetze seien mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.

Da es sich bei den Prinzipien, deren Verletzung geltend gemacht wird (Prinzip der souveränen Staatlichkeit und Demokratieprinzip) zunächst um objektive Verfassungsprinzipien handelt, fragt sich allerdings, ob eine **subjektive Beschwerde** des Beschwerdeführers gegeben ist. Denn der Beschwerdeführer muß geltend machen, selbst in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein. Und diese Grundrechtsverletzung darf **nicht von vornherein unmöglich** sein. In Betracht kommen hier Verstöße gegen die grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 38 GG und Art. 20 Abs. 4 GG.

a) Art. 38 GG – Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Maastricht-Urteil¹ entschieden hat, wird das Demokratieprinzip – soweit es um die demokratische Legitimation im Prozeß der europäischen Integration geht – durch Art. 38 GG subjektiviert: Jeder wahlberechtigte Staatsbürger hat nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts das Recht, durch Teilnahme an Bundestagswahlen an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluß zu nehmen. Werde durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen auf die europäische Ebene die durch die Wahl bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und Einflußnahme auf deren Ausübung so entleert, daß das demokratische Prinzip, sowie es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird, dann werde damit auch das Grundrecht aus Art. 38 GG verletzt.

aa) Der geltend gemachte Verstoß des Zustimmungsgesetzes gegen Art. 38 GG

Nachdem der Vertrag von Maastricht bereits die Europäische Währungsunion begründet und nahezu bis an die Grenze des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren Kompetenzen an die Europäische Gemeinschaft übertragen hatte, werden durch den Vertrag von Lissabon nun weitere Kompetenzen in erheblichem Umfang an die Europäische Union übertragen. Wie unten unter C. näher dargelegt wird, kann der Beschwerdeführer geltend machen, daß dies zu einer Aushöhlung des Demokratieprinzips führt, welche die Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG überschreitet. Somit erscheint es als möglich, daß der Beschwerdeführer durch den Vertrag von Lissabon in seinem Grundrecht aus Art. 38 GG verletzt ist.

bb) Der geltend gemachte Verstoß der Begleitgesetzgebung gegen Art. 38 GG

Fraglich ist, ob diese Argumentation auch auf die Begleitgesetze angewandt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die Reichweite des aus Art. 38 GG abgeleiteten subjektiven Rechts nur in bezug auf die Ausübung von Hoheitsgewalt durch supranationale Organisationen näher bestimmt. Dies schließt aber nicht aus, daß sich aus Art. 38 GG auch ein subjektives Recht auf Beachtung des Demokratieprinzips innerhalb der Bundesrepublik Deutschland ergibt – jedenfalls, soweit das durch Art. 38 GG garantierte Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt mittelbar betroffen ist. Wenn das Grundrecht, um das es geht, in Art. 38 GG verankert ist, gibt es keinen Grund, seine Wirkungen hinsichtlich des demokratischen Gehalts dieses Rechts auf die europäische Integration zu beschränken. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in den Obersätzen, aus denen es abgeleitet hat, es gebe ein individuelles Recht darauf, daß nicht Hoheitsrechte an die Europäische Union in einem Maße übertragen werden, das mit dem Demokratieprinzip unvereinbar ist, auch nicht getan. Die relevanten Obersätze lauten:

»Art. 38 GG verbürgt nicht nur, daß dem Bürger das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag zusteht und bei der Wahl die verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze ein-

¹ Ur. v. 12.10.1993, *BVerfGE* 89, 155 (171-173).

gehalten werden. Die Verbürgung erstreckt sich auch auf den grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts.«²

Art. 38 GG verbürgt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts also nicht nur, daß der einzelne das aktive und passive Wahlrecht zu Bundestagswahlen hat und daß bei diesen Wahlen die Wahlrechtsgrundsätze beachtet werden, sondern auch, daß die Ausübung der Staatsgewalt, die durch diese Wahlen legitimiert wird, nicht nur im Wahlakt „vom Volke ausgeht“, sondern auch im weiteren Verlauf – also in der Ausübung durch den unmittelbar gewählten Bundestag, aber auch durch die mittelbar legitimierte Bundesregierung – den Grundsätzen demokratischer Legitimation entspricht. Dies wäre beispielsweise nicht der Fall, wenn durch Änderung des Grundgesetzes festgelegt würde, daß zum Bundeskanzler nur ein Mann (oder: nur eine Frau, nur ein Sozialdemokrat, nur ein Katholik) gewählt werden kann. Eine solche Regelung wäre nicht nur objektiv verfassungswidrig, weil sie gegen Art. 79 Abs. 3 i.V.m. 20 I, II GG verstieße, sondern jeder wahlberechtigte Bürger wäre durch diese Regelung auch in seinem Grundrecht aus Art. 38 GG verletzt und könnte dies mit der Verfassungsbeschwerde rügen.

Das Bundesverfassungsgericht hat seinen Subjektivierungsansatz zu Art. 38 GG im Maastricht-Urteil freilich nicht ganz konsequent zu Ende geführt. Denn es hat die Verfassungsbeschwerde insoweit für unzulässig erklärt als sie geltend machte, das im Vertrag von Maastricht vorgesehene Kommunalwahlrecht für EU-Ausländer sei mit Art. 38 i.V.m. 20 I, II GG unvereinbar. Ohne weitere Begründung behauptete das Bundesverfassungsgericht, Art. 38 GG gewähre „jedenfalls für das Kommunalwahlrecht“ kein subjektives Recht, sich bei der Ausübung des aktiven oder passiven Wahlrechts durch eine wahlrechtliche „Konkurrentenklage“ gegen nichtdeutsche Wahlbewerber oder Wahlberechtigte wehren zu können³. Mit dieser Formulierung wird verkannt, daß es nicht einfach darum ging, unliebsame Konkurrenten von der Wahl abzuhalten und so den eigenen Einfluß auf das Wahlergebnis zu erhöhen, sondern es ging um das Problem, ob der Wahlakt als Legitimationsvorgang im ganzen demokratischen Grundsätzen entspricht. Und dies war im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kommunalwahlrecht für Ausländer in Schleswig-Holstein⁴ und zum Ausländerwahlrecht auf Bezirksebene in Hamburg⁵, in denen das Gericht die entsprechende Gesetzgebung für verfassungswidrig erklärt hatte, weil auch auf kommunaler Ebene die Staatsgewalt vom deutschen Volk ausgehen müsse, sehr zweifelhaft. Eine Verletzung von Art. 38 GG war hier also keineswegs von vornherein ausgeschlossen, so daß – gemessen an seinem eigenen Obersatz – das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde auch in diesem Punkte hätte konsequenterweise für zulässig erklären müssen⁶.

² BVerfGE 89, 155 (171).

³ BVerfGE 89, 155 (180).

⁴ BVerfGE 83, 37 ff.

⁵ BVerfGE 83, 60 ff.

⁶ Ob sie auch begründet gewesen wäre, oder ob sich aus Art. 23 I GG eine Rechtfertigung für diese Modifizierung des Demokratieprinzips hätte ableiten lassen, ist eine andere Frage.

Im Hinblick auf diese Inkonsequenz könnte es als fraglich erscheinen, ob das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde als zulässig ansehen wird, mit der gerügt wird, daß die Begleitgesetzgebung zum EU-Reformvertrag mit dem Demokratieprinzip und infolgedessen mit Art. 38 GG unvereinbar sei. Aber hier geht es eindeutig nicht um „Konkurrentenschutz“, sondern um die Frage, ob aus der Wahl im weiteren Verlauf der Legitimationskette demokratisch legitimierte Entscheidungen produziert werden. Dies aber ist nicht der Fall, wenn – wie hier geltend gemacht wird –

- das Mehrheitsprinzip verletzt wird, indem der Bundestag gezwungen wird, gegen den Willen der Mehrheit eine von einer Minderheit beantragte Entscheidung zu treffen (Art. 1 Nr. 1 GG-ÄndG = Art. 23 Abs. 1a GG n.F. und § 3 II BegleitG)
- das Entscheidungsrecht des Bundestages – und damit sein Recht, das Staatsvolk zu repräsentieren und die Staatsgewalt in seinem Namen auszuüben – bezüglich des Übergangs vom Einstimmigkeits- zum Mehrheitsprinzip und von besonderen zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren bei Anwendung der „Brückenklausel“ auf Fälle beschränkt wird, in denen die Initiative im Schwerpunkt die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes betrifft, während in allen übrigen Fällen entweder der Bundesrat allein zuständig ist oder sich gegen den Bundestag durchsetzen kann (Art. 1 Nr. 1 GG-ÄndG = Art. 23 Abs. 1a Satz 3 GG n.F. und § 4 Abs. 3 Nr. 2, 3 sowie Abs. 6 BegleitG)
- das Prinzip der demokratischen Repräsentation dadurch verletzt wird, daß weitreichende Entscheidungsbefugnisse auf einen Ausschuß übertragen werden (Art. 1 Nr. 2 GG-ÄndG = Art. 45 Satz 3 GG n.F. und § 5 BegleitG).

Die hier geltend gemachte Verletzung des Prinzips der repräsentativen Demokratie i.S. von Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG führt dazu, daß unter den geltend gemachten Aspekten die Staatsgewalt, die aus den nach Art. 38 GG durchgeführten Wahlen hervorgeht, nicht demokratisch legitimiert ist. Dadurch ist das Recht auf Teilhabe am demokratischen Willensbildungsprozeß des Staatsvolkes gem. Art. 38 GG betroffen. Somit ist auch im Hinblick auf die geltend gemachte Verfassungswidrigkeit der Begleitgesetzgebung die Beschwerdebefugnis gegeben.

b) Art. 20 Abs. 4 GG – Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

aa) Systematische Interpretation von Art. 20 Abs. 4 GG

Während unter Berufung auf Art. 38 GG nur Verstöße gegen das Demokratieprinzip gerügt werden können, die sich auf die in Art. 38 GG garantierte subjektive Rechtsposition auswirken, ergibt sich aus Art. 20 Abs. 4 GG ein Grundrecht, das dem Einzelnen ein subjektives Recht darauf zuspricht, daß alle Träger öffentlicher Gewalt alles unterlassen, was darauf abzielt, die nach Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlichen Verfassungsprinzipien ganz oder teilweise zu beseitigen. Die Existenz dieses Rechts ergibt sich freilich nicht aus dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 4 GG, der das dort garantierte Recht als „Recht zum Widerstand“

formuliert. Das hier behauptete Recht ist jedoch, wie im folgenden gezeigt wird, durch systematische Interpretation aus Art. 20 Abs. 4 GG abzuleiten⁷.

Zu den Rechten, die mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden können, gehört gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG auch das Widerstandsrecht. Art. 20 Abs. 4 GG gibt allen Deutschen – sofern andere Abhilfe nicht möglich ist – das Recht zum Widerstand gegen jeden, der es unternimmt, die verfassungsrechtlichen Fundamentalprinzipien zu beseitigen, die in Art. 20 Abs. 1-3 und in Art. 1 GG normiert und durch Art. 79 Abs. 3 GG jeder Verfassungsänderung entzogen sind⁸.

Die vom Beschwerdeführer gerügten Verfassungsverstöße betreffen unabänderliche Grundsätze gem. Art. 79 Abs. 3 GG: Das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) gehört zum unabänderlichen Verfassungskern. Dasselbe gilt, wie in der Untersuchung der Begründetheit im einzelnen dargelegt wird (C.I.2. a), für die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland⁹ und den Status des Grundgesetzes als Verfassung eines souveränen Staates. Der Beschwerdeführer rügt nicht Verletzungen einzelner konkreter Ausgestaltungen der genannten Prinzipien, die der Verfügung des verfassungsändernden Gesetzgebers unterliegen, sondern er macht ausschließlich geltend, daß der (verfassungsändernde) Gesetzgeber gegen diese fundamentalen Verfassungsprinzipien in einer mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht zu vereinbarenden Weise verstößt und damit die absoluten Grenzen der Verfassungsänderung überschreitet. Somit beziehen sich alle Rügen des Beschwerdeführers auf solche Verfassungsverstöße, die unter den näheren Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 4 GG das Widerstandsrecht auslösen.

(1) „Beseitigung“ der verfassungsmäßigen Ordnung?

Voraussetzung des Widerstandsrechts ist nach Art. 20 Abs. 4 GG, daß jemand es unternimmt, die fundamentalen Verfassungsprinzipien „zu beseitigen“. Einigkeit besteht darüber, daß das Widerstandsrecht nicht nur dann gegeben ist, wenn sich der Angriff gegen sämtliche Verfassungsfundamentalprinzipien richtet; es reicht aus, wenn eines der unabänderlichen Verfassungsprinzipien bedroht ist¹⁰. Aus der Formulierung „beseitigen“ hat Herzog aber geschlossen, daß ein Widerstandsrecht nur gegeben sei, wenn die Beseitigung eines der Fundamentalprinzipien im ganzen oder seine Verkehrung ins Gegenteil beabsichtigt sei. Dagegen könne das Widerstandsrecht „noch nicht bei einzelnen Rechtsverstößen, auch nicht bei einzelnen Verfassungsverstößen und mit Art. 79 Abs. 3 unvereinbaren Ver-

⁷ Die folgende Interpretation des Art. 20 Abs. 4 GG hatte ich bereits 1992 im Rahmen eines Gutachtens zur Vereinbarkeit des Vertrages von Maastricht mit dem Grundgesetz entwickelt. Dieser Teil des Gutachtens ist veröffentlicht in: Ingo Winkelmann (Hg.), Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993. Dokumentation des Verfahrens mit Einführung, 1994, S.80-87.

⁸ Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IX (Stand: 1980), Rn. 12, 17; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 758.

⁹ Dafür, daß der Bestand der Bundesrepublik Deutschland durch Art. 20 Abs. 4 GG geschützt wird, z.B. Herzog, in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IX Rdnr. 22.

¹⁰ Vgl. z.B. Josef Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S. 21; Herzog, in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IX Rn. 23.

fassungsänderungen“ mobilisiert werden, „solange noch die Chance besteht, daß sie durch das Bundesverfassungsgericht korrigiert und diese Korrekturen durch die zuständigen Staatsorgane akzeptiert werden“¹¹. Dazu paßt es, daß derselbe Autor davon ausgeht, daß das Widerstandsrecht immer nur in Situationen aktuell wird, in denen ein Bürgerkrieg entweder bereits ausgebrochen sei oder doch der Verfassungsbruch nur durch einen Bürgerkrieg oder durch bürgerkriegsähnliche Aktionen bekämpft werden könne, die die verfassungstreue Seite gerade unter Berufung auf Art. 20 Abs. 4 GG in die Wege leite¹².

Diese Dramatik, die auch der unbefangene Betrachter mit dem Begriff des „Widerstandes“ assoziiert, die Dramatik der Gewaltanwendung, der gewaltsamen Verteidigung der Verfassung, die anders nicht mehr zu retten ist, paßt nun ganz und gar nicht auf die hier zu beurteilende Situation, die mit der Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon und seiner parlamentarischen Billigung geschaffen wurde. Man griffe jedoch zu kurz, würde man schon aus diesem Grunde die Anwendung von Art. 20 Abs. 4 GG ablehnen. Vielmehr muß in einer genauen Tatbestands- und Funktionsanalyse zunächst die Bedeutung dieses Grundrechts ermittelt werden.

Widerstand im Sinne von Gewaltanwendung gegen sich über den unantastbaren Verfassungskern hinwegsetzende Staatsorgane ist nämlich nach Art. 20 Abs. 4 GG nur die ultima ratio der Verteidigung des Staats und seiner Verfassung. Dieses Recht ist nur gegeben, wenn „andere Abhilfe nicht möglich ist“. Und andere Abhilfe ist möglich, solange das Bundesverfassungsgericht funktionsfähig ist, die streitige Verfassungsfrage entscheiden kann und die betreffenden Staatsorgane nicht zu erkennen gegeben haben, daß sie der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht Folge leisten würden. Die Möglichkeit einer Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht ist also eine Frage des Tatbestandsmerkmals „andere Abhilfe“ und sollte nicht mit dem Tatbestandsmerkmal „Beseitigung dieser Ordnung“ vermengt werden. Daß beliebige Rechtsverletzungen, auch Verfassungsverstöße, nicht zum Widerstand berechtigen, ergibt sich aus dem Zusammenhang, in dem Art. 20 Abs. 4 GG steht, aus dem Zusammenhang mit den Prinzipien, die den unabänderlichen Verfassungskern ausmachen. Dies bedürfte keiner besonderen Betonung, wenn über den Gegenstand dessen, was mit dem Widerstandsrecht verteidigt werden darf, Klarheit besteht. Wie aber steht es mit der These, daß selbst ein Verstoß gegen Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG nicht zum Widerstand berechtige? *Herzog* hat diese These von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß noch eine Chance auf Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht und auf Befolgung dieser Entscheidung besteht. Wenn dies aber, wie dargelegt, unter dem Tatbestandsmerkmal „andere Abhilfe“ zum Ausschluß des Widerstandsrechts führt, kann dieser Umstand nicht zugleich negatives Tatbestandsmerkmal des Begriffs „Beseitigung“ sein. Der Begriff der Beseitigung steht neben dem Begriff der anderen Abhilfe. Es handelt sich um zwei selbständige Tatbestandsmerkmale. Was unter „Beseitigung“ zu verstehen ist, kann daher nicht differieren, je nachdem, ob andere Abhilfe im konkreten Fall möglich ist oder nicht. Richtig ist sicher, daß ein Recht auf Widerstand wegen der damit verbundenen Bürgerkriegsimplicationen nur im alleräußersten Notfalle

¹¹ *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IX Rn. 23f.

¹² *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IX Rn. 7.

gegeben sein kann. Aber diese Begrenzung auf Ausnahmesituationen wird durch das Kriterium der „anderen Abhilfe“ zuverlässig sichergestellt. Einer besonders engen Interpretation des Begriffs der Beseitigung bedarf es nicht, um dies zu erreichen.

Somit bleibt zu überlegen, ob es sonstige Gesichtspunkte gibt, die dafür sprechen, den Begriff der Beseitigung eng zu verstehen. Ein enger Begriff von „Beseitigung“ wäre angebracht, wenn man von einem weiten Begriff der „Ordnung“ ausginge. Art. 20 Abs. 4 GG berechtigt zum Widerstand gegen die Beseitigung „dieser Ordnung“. Das bezieht sich anscheinend auf den vorangehenden Absatz 3. Dieser spricht von der „verfassungsmäßigen Ordnung“ und meint damit das ganze Grundgesetz. Bezieht man „diese Ordnung“ in Absatz 4 wegen des sprachlichen Zusammenhangs auf die „verfassungsmäßige Ordnung“ in Absatz 3, dann muß „Beseitigung“ in Absatz 4 in der Tat im Sinne von Überwindung dieser Ordnung im ganzen verstanden werden; die bloße Verletzung einzelner Verfassungsnormen kann nicht ausreichen, ein Widerstandsrecht zu begründen. Dies stünde im Widerspruch zur systematischen Stellung des Widerstandsrechts im Zusammenhang mit den Staatsfundamentalnormen und würde nicht in das System passen, welches das Grundgesetz zum Schutze der Verfassung bereithält. „Diese Ordnung zu beseitigen“, das kann nur heißen, die Verfassung im ganzen im Unterschied zum einzelnen Verfassungsgesetz¹³, ein der Verfassungsänderung entzogenes Fundamentalprinzip im Unterschied zu Verfassungsnormen, die zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers stehen¹⁴, zu beseitigen, also einen im verfassungsrechtlichen Sinne revolutionären Akt vorzunehmen¹⁵ im Unterschied zu einem bloß verfassungswidrigen Akt. Und das ist genau dann der Fall, wenn eines der identitätsbestimmenden Grundprinzipien der Verfassung, der jeder Verfassungsänderung entzogene Verfassungskern, beeinträchtigt wird. Das Widerstandsrecht steht zu Recht in Art. 20 GG, weil dieser in den Absätzen 1-3 (zusammen mit Art. 1) den gem. Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlichen Verfassungskern umschreibt. Der Begriff der „Beseitigung“ engt somit den Begriff der (verfassungsmäßigen) „Ordnung“ dahingehend ein, daß nicht jeder Eingriff in das Grundgesetz, nicht jede verfassungswidrige Handlung, sondern nur ein Eingriff in den unabänderlichen Verfassungskern zum Widerstand berechtigt.

Verstünde man aber entgegen dem sprachlichen und systematischen Zusammenhang den Begriff der Ordnung in Art. 20 Abs. 4 GG von vornherein eng im Sinne des unabänderlichen Verfassungskerns oder im Sinne der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, dann gäbe es keinen Grund, die „Beseitigung“ ihrerseits eng zu verstehen und so den Tatbestand im ganzen noch enger zu fassen. Dann käme man nämlich dazu, daß nur der „Kern des Kerns“ geschützt würde – ein Ergebnis, das der Entstehungsgeschichte und dem Telos der Vorschrift klar widerspricht. Denn Art. 20 Abs. 4 GG ist ein Staatsnotwehrrecht. Die Verfassung soll in ihrem unveränderlichen Kern von den Bürgern notfalls gegen die Staatsgewalt geschützt werden, die eben – mit welcher Mehrheit auch immer – nicht befugt

13 So die Terminologie von *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 20 ff., auf dessen theoretische Unterscheidung die Regelung des Art. 79 Abs. 3 GG zurückgeht.

14 So die heute geläufigere Terminologie.

15 Zum juristischen Revolutionsbegriff *Dietrich Murswiek*, *Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1978, S. 18.

ist, über diesen Kern zu verfügen. Es gibt auch keinerlei rechtliche Kriterien dafür, einen noch engeren Kernbereich von den unabänderlichen Grundprinzipien abzugrenzen. Und es besteht auch verfassungspolitisch hierzu nicht der geringste Anlaß, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Grundprinzipien des Art. 20 GG, insbesondere die Rechtsstaatlichkeit, das Demokratieprinzip oder auch die Staatlichkeit der Bundesrepublik nicht in jeder einzelnen Ausprägung, die diese Prinzipien in Einzelbestimmungen des Grundgesetzes erfahren, der Verfassungsänderung entzogen sind, sondern nur insoweit, wie diese Prinzipien als solche in Frage gestellt werden.

Freilich könnte der Begriff der „Beseitigung“ noch unter einem anderen Aspekt einschränkende Bedeutung haben: Man kann nämlich unterscheiden zwischen Beeinträchtigungen der unabänderlichen Verfassungsprinzipien, die einmalig – zeitlich und sachlich sozusagen punktuell – wirken, und solchen Beeinträchtigungen, die dauerhaft – zeitlich und sachlich sozusagen flächendeckend – wirken. Ein Beispiel für eine einmalige Beeinträchtigung wäre die Entscheidung eines Wahlleiters, eine politische Partei wegen ihres „rechten“ (oder „linken“) Programms nicht zur Wahl zuzulassen. Ein Beispiel für eine dauerhafte Beeinträchtigung wäre eine Verfassungsänderung, nach der „rechte“ (oder „linke“) Parteien von der Teilnahme an Wahlen ausgeschlossen sind. Man könnte nun argumentieren, im ersten Fall sei das Demokratieprinzip nur „verletzt“, aber nicht „beseitigt“, weil es ja im ganzen noch funktioniere und nur im Einzelfall nicht richtig angewendet worden sei, während im zweiten Fall eine Regelung getroffen worden sei, die das demokratische Fundamentalprinzip der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien nicht nur einmalig außer Acht läßt, sondern dauerhaft außer Kraft setzt. Das spricht dafür, daß nur in letzterem Fall eine „Beseitigung“ i.S. von Art. 20 Abs. 4 GG gegeben ist, zumal im ersten Fall die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts möglich bleibt und der Verfassungsverstoß – zumindest für die Zukunft – korrigiert werden kann. Nicht nötig für die Annahme einer „Beseitigung“ ist allerdings die ausdrückliche Änderung der Verfassung. Auch ihre dauerhafte, systematische Nichtanwendung ist „Beseitigung“. In obigem Beispiel wäre das Demokratieprinzip also auch dann „beseitigt“, wenn das Bundesverfassungsgericht gegen den Verstoß keine Abhilfe böte und nicht nur bei einer Wahl „rechte“ („linke“) Parteien nicht zugelassen würden, sondern sich eine ständige Praxis in dieser Hinsicht etablierte. *Insofern* hat die rechtlich mögliche und tatsächliche gewährte „andere Abhilfe“ in der Tat einen Zusammenhang mit dem, was „Beseitigung“ sein kann.

Eindeutig nicht Voraussetzung dafür, die „Beseitigung“ eines Verfassungsprinzips anzunehmen, ist demgegenüber, daß dieses Prinzip im ganzen beseitigt wird, so daß gar nichts von ihm übrig bleibt, wie etwa im Falle der Ersetzung der Demokratie durch eine Führerdiktatur. Es reicht vielmehr aus, daß ein Element des jeweiligen Prinzips beseitigt wird, das seinerseits nicht lediglich disponible Ausgestaltungsvariante dieses Prinzips ist, sondern notwendiger Bestandteil. Ein Beispiel wäre die formale demokratische Gleichheit aller Wahlberechtigten oder die Chancengleichheit der politischen Parteien. Auch wenn nach wie vor das Parlament vom Volk gewählt würde und die Regierung ihrerseits vom Vertrauen des Parlaments abhängig wäre, wäre das Demokratieprinzip i.S. von Art. 20 Abs. 4 GG „beseitigt“, wenn das Gleichheitsprinzip dauerhaft außer Kraft beziehungsweise außer Anwendung gesetzt würde, etwa im Sinne des obigen Beispiels.

Im Ergebnis ist also *Herzog* darin zuzustimmen, daß das Widerstandsrecht selbstverständlich nicht bei einzelnen Rechtsverstößen, auch nicht bei einzelnen Verfassungsverstößen gegeben sein kann. Jedoch ist es gegeben bei jeder mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbaren Verfassungsänderung oder jedem sonstigen in den durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kernbereich der Verfassung eingreifenden und dauerhaft wirkenden Akt, wenn – das ist die zweite Voraussetzung des Art. 20 Abs. 4 GG – andere Abhilfe nicht möglich ist. Diese zweite Tatbestandsvoraussetzung verhindert, daß Widerstand schon angewendet werden darf, wenn Staatsorgane unbeabsichtigt, etwa in bloß irrtümlicher Interpretation der Staatsfundamentalnormen, in den unantastbaren Kernbereich eingreifen. Denn in diesen Fällen ist „andere Abhilfe“ regelmäßig ohne weiteres möglich, insbesondere durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts.

(2) „Andere Abhilfe“ möglich?

Ob das Widerstandsrecht gegeben ist, oder ob ein Recht auf Widerstand nicht besteht, weil „andere Abhilfe“ möglich ist, hängt somit auch und vor allem davon ab, ob wegen des (drohenden) Eingriffs in den unantastbaren Verfassungskern das Bundesverfassungsgericht angerufen werden kann. Aus der Sicht des Bürgers, der sich fragt, ob er Widerstand ausüben darf, besteht eine Schwierigkeit darin, daß er vorhat, die Verfassung als solche zu verteidigen. Was er verteidigen will, sind objektive Verfassungsprinzipien. Beim Widerstandsrecht geht es gerade nicht darum, daß der Bürger seine eigenen, subjektiven Rechte verteidigt. Nicht um persönliche Interessen, sondern um die Verfassung zu schützen, ist das Widerstandsrecht gegeben. Die Verfassungsbeschwerde als das prozessuale Instrument des Bürgers, das Bundesverfassungsgericht anzurufen, setzt aber voraus, daß die Verletzung eines subjektiven Rechts, nämlich eines Grundrechts oder eines grundrechtsgleichen Rechts, geltend gemacht wird. Wer geltend macht, daß eine Verletzung eines Verfassungsfundamentalprinzips gegeben ist, macht damit in der Regel die Verletzung objektiven Verfassungsrechts, nicht aber zugleich auch einer verfassungsrechtlich geschützten subjektivrechtlichen Position geltend.

Somit scheint die Verfassungsbeschwerde auf den ersten Blick als ein Instrument „anderer Abhilfe“ i.S. von Art. 20 Abs. 4 GG nicht in Betracht zu kommen. Zwar gehört auch Art. 20 Abs. 4 GG selbst, also das Widerstandsrecht, gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG zu den verfassungsbeschwerdefähigen subjektiven Rechten. Was Art. 20 Abs. 4 GG garantiert, scheint aber nur das Recht auf Widerstand zu sein. Was mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könnte, wäre, wenn dies zuträfe, nichts anderes als die Verletzung des Widerstandsrechts. Dieses könnte aber nur verletzt sein, wenn zum einen sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt wären, also andere Abhilfe - und insbesondere auch der Weg zum Bundesverfassungsgericht - nicht möglich wäre, zum anderen der Betreffende an der Ausübung des Widerstands gehindert würde. Ob andere Abhilfe möglich wäre, hinge dann davon ab, ob irgendein zur Einleitung eines anderen Verfahrens - beispielsweise der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle - zuständiges Staatsorgan ein solches Verfahren im konkreten Fall einleitet. Wenn nicht, müßte der Bürger auf eigenes Risiko zunächst gewaltsamen Widerstand ausüben und könnte erst dann, wenn er damit keinen Erfolg hat, das Bundesverfassungsgericht wegen Verletzung seines Widerstandsrechts anrufen.

Diese Auslegung des Art. 20 Abs. 4 GG hätte für den Bürger die fatale Folge, daß er im Falle seines eigenen Irrtums über die Rechtslage rechtswidrige und strafbare Gewalt anwenden würde. Unterläge er nach erfolglos geleistetem Widerstand vor dem Bundesverfassungsgericht, müßte er mit harten Konsequenzen rechnen, obwohl er die Verfassung verteidigen wollte und rechtlich keine andere Möglichkeit dazu hatte. Für den Staat und die Rechtsordnung wären die Konsequenzen dieser Auslegung noch schlimmer: Die Verfassung würde den Bürgern ein Recht zur Gewaltanwendung gegen die Staatsorgane verleihen, über dessen Voraussetzungen sie notwendigerweise selbst entscheiden müßten, obwohl mit dem Bundesverfassungsgericht eine Institution zur Verfügung stünde, die diese Entscheidung treffen könnte. Damit würde die Rechtsordnung ohne Not sich selbst zugunsten der Gewaltanwendung zurücknehmen. Es wäre unstaatlich und geradezu antirechtsstaatlich, würde die Verfassung den Bürger zunächst zur Gewaltanwendung zwingen, damit er dann – erst danach – eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (über die Rechtmäßigkeit seines Widerstandes) erreichen kann. Widerstand, und das heißt Gewaltanwendung seitens der Bürger gegen die Staatsgewalt, kann im Rechtsstaat nur die ultima ratio sein, kann also erst dann in Betracht kommen, wenn ein funktionsfähiges Verfassungsgericht, das den Eingriff in den unabänderlichen Verfassungskern feststellen könnte, nicht mehr vorhanden ist (oder wenn, etwa bei einem offenen Staatsstreich, von vornherein keine Aussicht darauf besteht, daß die Machthaber die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts respektieren)¹⁶. Somit kann die hier erörterte, nur am Wortlaut orientierte Auslegung der Art. 20 Abs. 4, 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht richtig sein. Dennoch wird sie, freilich in einer unpräzisen Fassung, in der Literatur vertreten – mit dem Ergebnis, daß ein einklagbares Widerstandsrecht eine *contradictio in adjecto* sei¹⁷: Sei die Verfassungsbeschwerde aufgrund von Art. 20 Abs. 4 GG eröffnet, dann sei „andere Abhilfe“ gegeben; wegen anderer Abhilfe aber sei der Tatbestand des Art. 20 Abs. 4 GG nicht erfüllt – die Verfassungsbeschwerde müsse daher erfolglos bleiben. Mit der Feststellung eines Normwiderspruchs kann es die Verfassungsinterpretation jedoch nicht bewenden lassen. Vielmehr ist nach einer Interpretation zu suchen, die einen Widerspruch vermeidet. Hier ist zunächst festzustellen, daß der vermeintliche Widerspruch gar nicht auf der Ebene der Regelung des Grundgesetzes liegt, sondern in der Verschiebung der Bezugsebenen in der Argumentation der Interpreten liegt: Man muß zwischen der Durchsetzung des subjektiven Rechts auf Widerstand und der Verteidigung des unabänderlichen Verfassungskerns (mittels Widerstandes oder mit den Mitteln „anderer Abhilfe“) unterscheiden und darf bei Beurteilung der Verfassungsbeschwerde diese Ebenen nicht verwechseln. Bezieht sich die Verfassungsbeschwerde auf das Widerstandsrecht, dann ist, wie oben gezeigt, durchaus denkbar, daß trotz Einbeziehung des Art. 20 Abs. 4 GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG „andere Abhilfe nicht möglich“ ist. Insofern besteht kein logischer Widerspruch, doch steht der Regelungsgehalt bei dieser Interpretation im Widerspruch zu fundamentalen Verfassungsprinzipien, so daß diese Interpretation nicht in Frage kommt. Bezieht sich die Verfassungsbeschwerde dagegen auf die Verteidigung des unabänderlichen Verfassungskerns, dann ist

¹⁶ Vgl. *Herzog*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IX Rdnr. 37.

¹⁷ Vgl. *Karl Doehring*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, S. 378, m. Hinw. auf *Hans Schneider*, Widerstand im Rechtsstaat, 1969, S. 19, und *F.E. Schnapp*, in: I. v. Münch (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1975, Art. 20 Rn. 51.

es logisch ausgeschlossen, die Möglichkeit der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts durch den Beschwerdeführer als „andere Abhilfe“ i.S. von Art. 20 Abs. 4 anzusehen, die diese Verfassungsbeschwerde unzulässig macht; vielmehr geht es dann gar nicht um die Ausübung von Widerstand, sondern um die Verteidigung der Verfassung mit einem besonderen Rechtsbehelf.

(3) Art. 20 Abs. 4 i.V.m. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als Popularklagemöglichkeit zum Zwecke der Verteidigung des unantastbaren Verfassungskerns

Es ist ein allgemeiner Grundsatz der Verfassungsinterpretation, daß von mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige zu wählen ist, die Wertungswidersprüche innerhalb des Grundgesetzes vermeidet. Versteht man die Erwähnung von Art. 20 Abs. 4 in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nur als Normierung der Möglichkeit, das Widerstandsrecht als solches – also das Recht auf Ausübung von Gewalt zur Verteidigung der Verfassung – mit der Verfassungsbeschwerde durchzusetzen¹⁸, dann steht diese Regelung als gewaltprovozierende Regelung im Widerspruch zur Staatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland.

Dieses Ergebnis und das mit ihr verbundene, oben erörterte Risiko für den Bürger versucht man durch eine restriktive Interpretation des Widerstandsrechts zu vermeiden: Das Recht zum Widerstand soll auf offenkundige Fälle revolutionärer Unternehmen beschränkt sein¹⁹. Diese restriktive Interpretation mit ihrer Beschränkung des Widerstandsrechts auf ganz offenkundige, eindeutige Fälle revolutionärer Akte entspricht dem Grundgedanken, daß das Widerstandsrecht ein Ausnahmerecht ist und auf extreme Ausnahmelagen beschränkt sein soll und wirkt der Gefahr entgegen, daß eine in Wirklichkeit nicht gegebene, bloß behauptete Widerstandslage zum Vorwand für einen gewaltsamen Angriff gegen die Staatsgewalt des demokratischen Rechtsstaat benutzt wird. Wird jedoch zugleich die Verfassungsbeschwerdemöglichkeit des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a i.V.m. Art. 20 Abs. 4 GG darauf reduziert, den erfolglos geleisteten Widerstand einzuklagen, dann führt diese restriktive Interpretation zum einen dazu, das Widerstandsrecht wirkungslos gegenüber der „schleichenden Revolution“ zu machen, die die Verfassungsfundamente Stück für Stück ganz allmählich untergräbt – jedes Stück für sich noch nicht „offenkundig“ revolutionär – und die in unserer Zeit die gefährlichste Herausforderung für den Verfassungsstaat sein dürfte²⁰. Zum anderen wäre dann auch die Verfassungsbeschwerdemöglichkeit praktisch bedeutungslos, denn in den ganz eindeutigen, offenkundigen Fällen eines Staatsstreichs hat entweder der (gewaltsame) Widerstand Erfolg oder aber die Kräfte des Staatsstreichs. Blicke der Widerstand erfolglos, wäre es in solchen Fällen von vornherein illusionär, ihn mit der Verfassungsbeschwerde durchzusetzen, denn würden die den Staatsstreich vollführenden Organe ein das Widerstandsrecht zubilligendes Urteil des Bundesverfassungsgerichts beachten, dann würde sich nur nachträglich zeigen, daß der Staatsstreich wohl doch nicht

¹⁸ Neben den oben Fn. 17 genannten Autoren auch *Hesse* (Fn. 8), Rn. 758 mit Fn. 14.

¹⁹ Vgl. *Josef Isensee*, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S.23 f. m.w.N.; *Hans Schneider* (Fn. 17), S.17f.; *Hesse* (Fn. 8), Rn. 758; vgl. auch *BVerfGE* 5, 85 (377).

²⁰ Vgl. etwa *BVerfGE* 2, 1 (20f.).

offenkundig und eindeutig (und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts deshalb falsch) war, denn der Wille der Akteure zur Achtung der Verfassung würde ja durch tätiges Verhalten bestätigt. Dies läßt sich zwar nicht mit logischer Stringenz für alle denkbaren Fälle sagen, würde jedoch die praktische Bedeutung der Verfassungsbeschwerdemöglichkeit fast vollständig zunichte machen. Die genannte Interpretation kann auch aus diesen Gründen nicht richtig sein.

Stattdessen muß eine Interpretation gesucht werden, die einerseits den strukturellen Besonderheiten des Widerstandsrechts Rechnung trägt, andererseits die Einräumung der Verfassungsbeschwerdemöglichkeit nicht als von vornherein unsinnig erscheinen läßt. Art. 20 Abs. 4 GG ist im Lichte des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG auszulegen und umgekehrt.

Widerstand schließt die Möglichkeit gewaltsamer Aktionen gegen Staatsorgane ein, die die Widerstandslage ausgelöst haben. Gewaltanwendung aber soll möglichst unterbleiben, kann nur die ultima ratio sein. Deshalb kann es - wie bereits näher erläutert - nicht richtig sein, vom Beschwerdeführer zu verlangen, daß er zuerst (erfolglos) Widerstandshandlungen vornimmt, um anschließend sein Widerstandsrecht mit der Verfassungsbeschwerde einzufordern. Aus dem Zusammenhang von Art. 20 Abs. 4 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ergibt sich daher, daß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG mit seiner Einbeziehung des Art. 20 Abs. 4 GG den Zweck hat, eine Verfassungsbeschwerde zur Feststellung der Voraussetzungen des Widerstandsrechts zu ermöglichen.

Das Recht auf Gewaltanwendung mit der Verfassungsbeschwerde durchzusetzen, wäre freilich ein Widerspruch in sich. Die Verfassungsbeschwerde soll ja eine justizförmige Entscheidung herbeiführen und hat nur Sinn, wenn davon ausgegangen werden kann, daß sie von den betroffenen Staatsorganen auch beachtet wird. Es wäre aber unsinnig, diese dazu zu verurteilen, sich gewaltsamen Widerstand gefallen zu lassen. Das Urteil könnte sinnvollerweise nur dahingehen, die Widerstandslage festzustellen. Daraus würden sich dann verschiedene verfassungsrechtliche Konsequenzen ergeben, insbesondere, daß die betroffenen Staatsorgane das festgestellte verfassungswidrige (den unabänderlichen Verfassungskern tangierende) Handeln einzustellen bzw. rückgängig zu machen hätten. Wenn dies geschieht, ist Widerstand nicht nötig und rechtlich nicht zulässig, weil „andere Abhilfe“ erfolgt. Dies kann aber nicht bedeuten, daß die Verfassungsbeschwerde unbegründet wäre, weil die zweite Tatbestandsvoraussetzung des Widerstandsrechts nicht gegeben wäre. Vielmehr ist ein Recht auf Widerstand ja gegeben, wenn die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von den betroffenen Staatsorganen nicht beachtet wird. Mehr als ein solches bedingtes Recht kann der Beschwerdeführer zunächst nicht geltend machen. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG hat aber praktisch nur dann Sinn, wenn der Beschwerdeführer eben dies geltend machen kann.

Vor diesem Hintergrund ist auch das Kriterium mangelnder „anderer Abhilfe“ zu verstehen. Der Sinn der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG eingeräumten Verfassungsbeschwerdemöglichkeit in bezug auf Art. 20 Abs. 4 GG besteht gerade darin, eine „andere Abhilfe“ zu schaffen: Widerstand soll nur zulässig sein, wenn zuvor alle Rechtsschutzmöglichkeiten erschöpft worden sind, und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG schafft eine solche Rechtsschutzmöglichkeit zur Verteidigung des unantastbaren Verfassungskerns. Voraussetzung für die Be-

gründetheit dieser Verfassungsbeschwerde kann daher nicht sein, daß beide Tatbestandsvoraussetzungen des (gewaltsamen) Widerstands gegeben sind; der Widerstand ist ja gerade deshalb unzulässig, weil die Möglichkeit dieser Verfassungsbeschwerde noch besteht. Die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a i.V.m. Art. 20 Abs. 4 GG ist vielmehr bereits dann begründet, wenn das Beschwerdevorbringen zutrifft, daß jemand es unternimmt, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen. Nur dies muß daher im Rahmen der Zulässigkeit geltend gemacht werden.

Entgegen dem Eindruck, der sich aus der – rechtstechnisch ungeschickten – bloßen Bezugnahme auf Art. 20 Abs. 4 GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ergibt, dient diese Verfassungsbeschwerdemöglichkeit nicht – oder jedenfalls nicht nur – dazu, das Widerstandsrecht einzuklagen, sondern sie dient dazu, den Widerstand überflüssig zu machen, indem sie allen Deutschen die Möglichkeit gibt, den unabänderlichen Verfassungskern vor dem Bundesverfassungsgericht zu verteidigen.

Eine andere Auslegung wäre widersinnig: Wenn Art. 20 Abs. 4 GG allen Deutschen das Recht gibt, die Verfassungsordnung mit gewaltsamem Widerstand zu verteidigen, dann wäre es völlig unverständlich, daß sie nicht das Recht haben sollten, dieses Ziel statt mit Widerstand mit der Verfassungsbeschwerde anzustreben, solange das Bundesverfassungsgericht als funktionierendes Verfassungsorgan zur Verfügung steht. Jeder Staat und insbesondere der Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland ist durch das grundsätzliche Gewaltmonopol des Staates und die Friedenspflicht der Bürger geprägt. Das Widerstandsrecht ist eine Ausnahme von dieser Friedenspflicht. Wird dem Bürger das Recht gegeben, die Verfassung mit Gewalt zu verteidigen, muß ihm erst recht das Recht gegeben sein, die Verfassung ohne Gewalt, durch Einleitung eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, zu verteidigen. Dies ist der Zusammenhang, in dem Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a mit Art. 20 Abs. 4 GG steht. Nur so gibt diese Verfassungsbeschwerdemöglichkeit Sinn.

Zugleich wird bei diesem Verständnis der zitierten Vorschriften das Widerstandsrecht effektiv auf wirkliche Ausnahmesituationen beschränkt und die mit dem Widerstand immer verbundene Bürgerkriegsgefahr auf solche Situationen reduziert, in denen das Bundesverfassungsgericht von Putschisten oder Revolutionären bereits beseitigt worden oder evidenterweise zu unabhängigen, allein an der Verfassung orientierten Entscheidungen nicht mehr in der Lage ist. Auf diese Weise lassen sich die Unsicherheit und die damit für die Widerstand übenden Bürger auf der einen, für den Staat auf der anderen Seite verbundenen Risiken wesentlich reduzieren: Ob der unabänderliche Verfassungskern durch staatliche Akte tangiert ist, muß nicht der Bürger in eigener Verantwortung entscheiden; darüber entscheidet das Bundesverfassungsgericht. Verneint es die Frage, ist Widerstand unzulässig. Bejaht es die Frage, ist Widerstand überflüssig und deshalb ebenfalls unzulässig, wenn die Staatsorgane die Entscheidung befolgen und die verfassungswidrigen Akte rückgängig machen. Geschieht dies aber nicht, dann ist das Recht zum Widerstand eindeutig gegeben. Und dann ist die – ihrerseits immer mit Unsicherheiten behaftete – Unterscheidung zwischen „offenkundigen“ und nicht offenkundigen revolutionären Akten nicht nötig. Diese Einschränkung des Widerstandsrechts, die ja notwendig zugleich zur Einschränkung der effektiven Verteidigung der Verfassung führt, ist aus den oben erörterten Gründen nur dann geboten, wenn über die Widerstandslage nicht verfassungsgerichtlich entschieden

werden kann (weil das Bundesverfassungsgericht funktionsunfähig ist) oder wenn es um die Frage geht, ob entgegen einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Widerstand geübt werden darf (weil etwa das Bundesverfassungsgericht selbst sich in der Hand der Verfassungsfeinde befindet²¹). Nur in diesen Fällen, in denen der Bürger über die Voraussetzungen des Widerstands selbst entscheiden muß, kommt es auf die Offenkundigkeit der Widerstandslage an. Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde genügt es jedoch, daß in den unantastbaren Verfassungskern, um dessen Schutz es dem Art. 20 Abs. 4 GG geht, eingegriffen wurde. Denn die Argumente, die hinsichtlich der Widerstandsausübung für die Reduktion auf offenkundig revolutionäre Akte sprechen, passen insoweit nicht. Im Gegenteil: Das Ziel des Grundgesetzes, den unabänderlichen Verfassungskern effektiv zu schützen, wird nur erreicht, wenn die verfassungsgerichtliche Kontrolle jede Verletzung des Verfassungskerns feststellen kann.

Somit ergänzen sich das Widerstandsrecht und die Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a i.V.m. Art. 20 Abs. 4 GG in idealer Weise: Sowohl der Schutz der Verfassung als auch die Begrenzung des Widerstandsrechts werden optimiert.

Bei systematisch richtiger Betrachtung gewährt Art. 20 Abs. 4 GG also nicht nur ein Recht auf Widerstand, sondern begründet zusätzlich in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ein subjektives Recht auf Verteidigung der objektiven Verfassungsordnung (in ihrem unabänderlichen Kern) mit dem Mittel der Verfassungsbeschwerde. Der Sache nach läuft dies auf eine Popularklage hinaus. Der Beschwerdeführer muß ja nicht geltend machen, in eigenen Grundrechten verletzt zu sein. Dennoch ist diese Verfassungsbeschwerdemöglichkeit kein systemwidriger Fremdkörper im Verfassungsprozeß, sondern eine notwendige Ergänzung des Widerstandsrechts: Die Verteidigung der Verfassung, also objektivrechtlicher Prinzipien, wird jedem Bürger durch Art. 20 Abs. 4 GG ja als Grundrecht, als subjektives Recht, gewährt. Daher ist es konsequent, daß jeder Bürger unabhängig von sonstiger subjektiver Betroffenheit das Recht erhält, die objektiven Verfassungsfundamente auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren zu verteidigen. Rechtstechnisch gesehen liegt denn auch keine Popularklage vor, da ja die Verteidigung des objektiven Rechts dem Beschwerdeführer durch das Grundgesetz als grundrechtsgleiches Recht, als subjektives Recht, eingeräumt worden ist.

bb) Recht auf „andere Abhilfe“ als außerordentlicher Rechtsbehelf?

Nach der hier vertretenen Auffassung, wie sie soeben unter aa) entwickelt wurde, hat der einzelne ein Recht darauf, daß unter den Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 4 GG „andere Abhilfe“ im Sinne dieser Vorschrift vom Bundesverfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde zu gewähren ist.

Würde man dieser Auffassung nicht folgen (etwa mit der Begründung, ein Recht auf Unterlassung der Beseitigung der Verfassungsordnung sei nicht als Grundrecht garantiert und könne deshalb nicht mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden), dann müßte aus den im Abschnitt aa) genannten Gründen Art. 20 Abs. 4 GG so interpretiert werden,

²¹ Vgl. *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IX Rn. 37.

daß diese Vorschrift einen außerordentlichen Rechtsbehelf implizit garantiert, nämlich ein „Recht auf andere Abhilfe“, das in Analogie zum Verfassungsbeschwerdeverfahren zu gewähren ist. Denn es kann im Rechtsstaat nicht sein, daß die Verfassung zur Gewaltanwendung ermächtigt in einer Situation, in der ein funktionierendes Verfassungsgericht existiert, das über die Frage, ob ein Staatsorgan es unternimmt, die verfassungsmäßige Ordnung i.S. von Art. 20 Abs. 4 GG zu beseitigen, entscheiden könnte und nur deshalb nicht entscheiden kann, weil insoweit kein Individualrechtsbehelf zur Verfügung steht.

cc) Subsidiärer Charakter des Grundrechts aus Art. 20 Abs. 4 GG?

Im Maastricht-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht die Frage offen gelassen, ob sich aus Art. 20 Abs. 4 GG ein Recht auf „andere Abhilfe“ – sei es im Wege der Verfassungsbeschwerde, sei es im Wege eines außerordentlichen Rechtsbehelfs – ergibt. Zur Begründung hat es ausgeführt, wie immer Art. 20 Abs. 4 GG zu verstehen sein möge: Diese Bestimmung könne nicht zur Anwendung kommen, solange es dem Beschwerdeführer möglich sei, sich gegen den als verfassungswidrig angegriffenen Rechtsakt im Wege einer auf ein anderes Grundrecht gestützten Verfassungsbeschwerde zu wehren²². Der eventuell bestehende Rechtsbehelf (ob als Verfassungsbeschwerde oder als „Recht auf andere Abhilfe“ bezeichnet) wird also als subsidiär gegenüber der Verfassungsbeschwerde angesehen, die sich auf andere Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte stützt.

Diese Annahme einer Subsidiarität ist teils berechtigt, teils aber vorschnell und unzutreffend. Vorschnell ist das Subsidiaritätspostulat deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht hier die von Art. 20 Abs. 4 GG mit der Einschränkung „wenn andere Abhilfe nicht möglich ist“ normierte Subsidiarität des – gewaltsamen – Widerstandes mit der Frage verwechselt, ob auch das Recht auf Entscheidung über die Widerstandslage (also über die Frage, ob die Voraussetzungen des Widerstandes gegeben wären, wenn nicht das Bundesverfassungsgericht Abhilfe schaffen würde) subsidiär gegenüber sonstigen Rechtsbehelfen ist. Diese Verwechslung wird in der Wortwahl des Bundesverfassungsgerichts ganz deutlich. Denn der Senat hat die Subsidiarität des mit den damaligen Verfassungsbeschwerden geltend gemachten Rechts aus Art. 20 Abs. 4 GG nicht mit den Worten begründet, die hier (im vorigen Absatz) gewählt wurden, sondern mit folgender Formulierung:

»Das Problem des Widerstandsrechts stellt sich schon deshalb nicht, da, wie die vorliegenden Verfahren zeigen, den Beschwerdeführern rechtsstaatliche Möglichkeiten offenstehen, sich gegen die Ratifizierung des Vertrages über die Europäische Union zu wehren.«²³

In der Tat wäre Widerstand, nämlich die eigenmächtige, gewaltsame Notwehr zugunsten des Staates und seiner Verfassung kein rechtsstaatliches Mittel, und ein solcher Widerstand ist nach Art. 20 Abs. 4 GG eindeutig subsidiär gegenüber jedem dem zum Widerstand bereiten Staatsbürger zur Verfügung stehenden Rechtsbehelf. Widerstand kommt nicht in Betracht, solange rechtsstaatliche Mittel offenstehen – das stimmt. Aber es trifft nicht die

²² BVerfGE 89, 155 (180).

²³ ebd.

Frage der Zulässigkeit einer auf Art. 20 Abs. 4 GG gestützten Verfassungsbeschwerde, die der Abwehr eines Angriffs auf die durch diese Vorschrift geschützten Verfassungsgüter dient. Denn diese Verfassungsbeschwerde (oder ein analoger auf „andere Abhilfe“ gerichteter außerordentlicher Rechtsbehelf) wäre im Unterschied zum eigenmächtigen Widerstand ein rechtsstaatliches Mittel, und zwar ein Mittel, das in einem rechtsstaatlichen, verfassungsgerichtlichen Verfahren Abhilfe schafft und so die Notwendigkeit des Widerstands entfallen läßt.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit der Begründung seines Subsidiaritätspostulats also verkannt, daß Art. 20 Abs. 4 GG zwei Schichten hat, nämlich die äußere, im Wortlaut expressis verbis zum Ausdruck gebrachte Schicht des Widerstandsrechts, und die innere, implizite Schicht eines Rechts auf Unterlassung solcher Handlungen, die zum Widerstand berechtigen würden. Das Gericht hat im Maastricht-Urteil auf die äußere Schicht abgestellt, wo es in Wirklichkeit allein um die innere Schicht ging.

Nun wäre es durchaus vertretbar, die Formulierung, „wenn andere Abhilfe nicht möglich ist“, auch auf die innere Schicht zu beziehen. Dafür könnte sprechen, daß Art. 20 Abs. 4 GG im ganzen Ausnahmecharakter hat und daß nach dem System des Grundgesetzes der Einzelne prinzipiell nur seine eigenen subjektiven Rechte verteidigen kann, nicht jedoch objektive Verfassungsprinzipien. Wenn das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 4 hiervon eine Ausnahme macht, so ließe sich argumentieren, muß diese eng ausgelegt werden. Andererseits wäre das reiner Formalismus. Denn Art. 20 Abs. 4 GG soll ja gerade sicherstellen, daß die objektiven Verfassungsprinzipien verfassungsgerichtlich verteidigt werden. Ob die Verletzung dieser Prinzipien in der Weise vor das Bundesverfassungsgericht gebracht wird, daß er einzelne sich z.B. auf Art. 38 GG beruft, oder in der Weise, daß er sich auf Art. 20 Abs. 4 GG beruft, macht im Ergebnis keinen Unterschied: In beiden Fällen wird der angegriffene Hoheitsakt auf Initiative eines Individuums vom Bundesverfassungsgericht auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft. Das Subsidiaritätspostulat hat hier – anders als bezogen auf das Widerstandsrecht – keine praktisch relevante Konsequenz. Das spricht dafür, Art. 20 Abs. 4 GG so zu nehmen, wie er formuliert ist, also nur das Recht zum (gewaltsamen) Widerstand, nicht jedoch das Recht auf Unterlassung von Handlungen, die das Widerstandsrecht auslösen, als subsidiär gegenüber anderen Grundrechten anzusehen.

Nimmt man dennoch an, daß auch das Recht auf Unterlassung von Handlungen, die das Widerstandsrecht auslösen, wenn es keine andere Abhilfe gibt, nur insoweit gegeben ist, wie der geltend gemachte Grundgesetzverstoß nicht im Wege einer auf andere Grundrechte gestützten Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann²⁴, so geht es aber zu weit, wenn das Bundesverfassungsgericht daraus die Folgerung zieht, das Problem der Anwendung des Art. 20 Abs. 4 GG²⁵ stelle sich schon dann nicht, wenn die Beschwerdeführer sich gegen den angegriffenen Rechtsakt überhaupt irgendwie mit der Verfassungsbeschwerde wehren könnten. Subsidiär kann die auf Art. 20 Abs. 4 GG gestützte Rüge

²⁴ Ein anderer verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelf steht dem Individuum nicht zur Verfügung.

²⁵ Das BVerfG sagt: das Problem des Widerstandsrechts, aber darum geht es – wie ausgeführt – nicht.

gegenüber anderen Grundrechtsrügen *nur insoweit* sein, wie die anderen Grundrechtsrügen den Streitstoff abdecken, den die Rüge einer Verletzung von Art. 20 Abs. 4 GG aufwirft.

Würde man Art. 38 GG so verstehen, wie er vor der Maastricht-Entscheidung allgemein verstanden worden ist, nämlich – soweit es um Rechte des Staatsbürgers geht – um eine reine Wahlrechtsvorschrift, dann hätte das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Verfahren die gesamte Problematik der Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten am Maßstab des Art. 20 Abs. 4 GG prüfen müssen. Nur durch sehr extensive Auslegung des Art. 38 GG und die auf diese Weise bewirkte Subjektivierung objektiver Prinzipien konnte der Senat den Rückgriff auf eine Vorschrift vermeiden, die von ihm zu Unrecht als ein nicht rechtsstaatliches Mittel abgetan wurde. Ob dieser Ansatz im Maastricht-Verfahren wenigstens konsistent war, oder ob der Streitstoff auf diese Weise zu Unrecht verkürzt wurde (Verstöße gegen Rechtsstaatlichkeit, insbesondere Gewaltenteilung, oder gegen das Sozialstaatsprinzip, falls sie geltend gemacht worden sind, konnten unter Anknüpfung an Art. 38 GG jedenfalls nicht zum Gegenstand der Prüfung werden), bedarf hier keiner Erörterung. Entscheidend ist, daß die Verletzung von durch Art. 20 Abs. 4 GG geschützten Verfassungsprinzipien jedenfalls insoweit unter Berufung auf Art. 20 Abs. 4 GG geltend gemacht werden kann, als nicht andere Grundrechte die Geltendmachung dieser Verfassungsverletzungen ermöglichen.

dd) Zwischenergebnis

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG i.V.m. Art. 20 Abs. 4 GG kann jeder Deutsche mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen, daß durch eine hoheitliche Maßnahme der jeder Verfassungsänderung entzogene Verfassungskern verletzt sei. Genau dies tut der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall. Die Verletzung der Staatsfundamentalnormen, die der Beschwerdeführer unter Berufung auf Art. 20 Abs. 4 GG verteidigen will, ist auch möglich. Sie erscheint nicht von vornherein als ausgeschlossen, wie sich im einzelnen aus den Ausführungen zur Begründetheit ergibt. – Geht man von der Subsidiarität des in Art. 20 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechts auf Unterlassung von den Verfassungskern verletzenden hoheitlichen Maßnahmen aus, dann kann der Beschwerdeführer sich jedenfalls insoweit auf Art. 20 Abs. 4 GG berufen, wie die geltend gemachten Verfassungsverstöße ihn nicht in seinem Grundrecht aus Art. 38 GG verletzen.

ee) Möglichkeit der Verletzung des Rechts aus Art. 20 Abs. 4 GG

Die Verletzung des oben beschriebenen Rechts aus Art. 20 Abs. 4 GG – also nicht des Widerstandsrechts, sondern des diesem vorgelagerten Rechts auf Unterlassung von Handlungen, die eine Widerstandslage herbeiführen, falls andere Abhilfe nicht zur Verfügung steht –, ist sowohl im Hinblick auf den EU-Reformvertrag als auch im Hinblick auf die Begleitgesetzgebung nicht von vornherein ausgeschlossen. Wie die Ausführungen zur materiellen Verfassungswidrigkeit der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Rechtsakte zeigen (unten C.I.), verstößt der EU-Reformvertrag in einer mit Art. 79 Abs. 3 i.V.m. 20 GG unvereinbaren Weise sowohl gegen das Demokratieprinzip als auch gegen das Prinzip der souveränen Staatlichkeit sowie gegen den Verfassungsstatus des Grundgesetzes. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Verletzung des Rechts aus Art. 20 Abs. 4 GG somit

unter diesen Aspekten uneingeschränkt möglich. Vertritt man demgegenüber die Auffassung, daß dieses Recht gegenüber anderen Grundrechten subsidiär ist, dann ist die Verletzung des Rechts aus Art. 20 Abs. 4 GG jedenfalls insoweit möglich, als die geltend gemachte Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Rechtsakte nicht zu einem Verstoß gegen Art. 38 GG führt.

c) Unmittelbarkeit und Gegenwärtigkeit der Grundrechtsverletzung

Da die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Rechtswirkungen mit dem Inkrafttreten des Reformvertrages und der Begleitgesetze sofort eintreten, ohne daß es irgendwelcher Vollzugsakte bedarf, ist eine **unmittelbare Beschwer** gegeben.

Die Beschwer ist zwar im Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens, nämlich vor Beschluß der Gesetze durch Bundestag und Bundesrat, noch nicht gegenwärtig. Sie ist jedoch **gegenwärtig**, sobald die Gesetze im Sinne von Art. 78 GG zustande gekommen sind. Ab diesem Zeitpunkt ist eine Verfassungsbeschwerde zulässig. Zwar sind die angegriffenen Gesetze vor Ausfertigung und Verkündung noch nicht in Kraft getreten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen im Verfassungsprozeß nach ihrem Zustandekommen aber bereits vor Ausfertigung und Verkündung angegriffen werden, weil nur so sich verhindern läßt, daß eine völkerrechtliche Bindung eintritt, bevor das Bundesverfassungsgericht entschieden hat²⁶.

Dieser Gesichtspunkt gilt für die Begleitgesetze nicht ohne weiteres. Doch ohne den EU-Reformvertrag entfällt der Sinn der Begleitgesetze. Deshalb wäre es sachwidrig, die Verfassungsmäßigkeit nicht im Zusammenhang mit dem Zustimmungsgesetz zum Reformvertrag zu überprüfen. Im übrigen kann die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes zum Reformvertrag davon abhängen, ob die Ausfüllung des Vertrages durch die deutsche Begleitgesetzgebung den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht. Deshalb müssen alle diese Gesetze auch verfassungsprozessual als Einheit betrachtet werden. Somit können auch das verfassungsändernde und das einfache Begleitgesetz im Zusammenhang mit dem Reformvertrag ausnahmsweise bereits vor Ausfertigung und Verkündung angegriffen werden.

Die Beschwerdebefugnis ist daher unter allen Aspekten gegeben, sobald die Gesetze von Bundestag und Bundesrat beschlossen sind.

3. Ergebnis zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Da ein Rechtsweg nicht gegeben ist und auch alle anderen Zulässigkeitskriterien unproblematisch erfüllt sind, ist die Verfassungsbeschwerde zulässig.

²⁶ Std. Rspr., vgl. *BVerfGE* 1, 396 (411 ff.); 24, 33 (53 f.).

II. Organstreit

1. Beteiligungsfähigkeit

Der Antragsteller ist Abgeordneter des Deutschen Bundestages. Er ist berechtigt, seine aus Art. 38 GG folgenden Statusrechte im Organstreit zu verteidigen. Gemäß § 63 BVerfGG ist er als mit im Grundgesetz (Art. 38) mit eigenen Rechten ausgestatteter Teil des Bundestag beziehungsweise als „anderer Beteiligter“, der durch das Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet ist (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) beteiligungsfähig.

Antragsgegner können – als oberste Bundesorgane i.S. von § 63 BVerfGG – hier sein: Bundestag und Bundesrat, soweit der Antrag sich gegen das Zustimmungsgesetz und die Begleitgesetze richtet; außerdem der Bundespräsident, soweit vorbeugend die Ausfertigung und Verkündung des Zustimmungsgesetzes verhindert werden soll.

2. Antragsbefugnis

Nach § 64 BVerfGG muß der Antragsteller geltend machen, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein.

Die Maßnahme, gegen die der Antrag sich richtet, ist der Beschluß des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon und der Begleitgesetze durch Bundestag und Bundesrat. Soweit der Antrag sich vorbeugend gegen den Bundespräsidenten richtet, ist die angegriffene Maßnahme die Ausfertigung und Verkündung des Zustimmungsgesetzes.

Der Antragsteller kann geltend machen, durch diese Maßnahmen in seinem Recht auf demokratische Mitwirkung an den Entscheidungen des Bundestages und an der Repräsentation des Staatsvolkes gemäß Art. 38 GG verletzt zu sein. Die Verletzung dieses Rechts ist auch nicht von vornherein unmöglich. Wie unten im Rahmen der Prüfung der Begründetheit näher dargelegt wird (C.I.2. e, → S. 49 ff.), führt der Vertrag von Lissabon dazu, daß auf der Ebene der Mitgliedstaaten keine hinreichende substantielle Entscheidungszuständigkeit verbleibt, so daß dort keine im Sinne des Maastricht-Urteils ausreichende demokratische Legitimation mehr stattfinden kann. Dadurch wird Art. 38 GG nicht nur unter dem Aspekt der Rechte des Wahlberechtigten verletzt, sondern erst recht unter dem Aspekt der Rechte der Bundestagsabgeordneten (siehe näher D. 1, → S. 122 f.).

Auch die Verstöße des GG-Änderungsgesetzes und des Begleitgesetzes gegen das Demokratieprinzip verletzen nicht nur ein objektives Verfassungsprinzip, sondern zugleich die Statusrechte des Abgeordneten aus Art. 38 GG (dazu unten D. 2., → S. 124).

3. Gegenwärtigkeit der Beschwerde und Frist

Im Hinblick darauf, daß nach § 64 Abs. 1 BVerfGG die unmittelbare Gefährdung der Rechte ausreicht, braucht das Inkrafttreten der Gesetze nicht abgewartet zu werden, zumal hinsichtlich des Zustimmungsgesetzes die Gefahr besteht, daß der Vertrag völkerrechtlich

ratifiziert und damit verbindlich wird (dazu bereits oben I. 2. c). Sobald das Zustimmungsgesetz und die Begleitgesetze i.S. von Art. 78 GG zustande gekommen sind, ist daher die Organklage zulässig.

Die Frist für die Einreichung des Antrags beträgt 6 Monate (§ 64 III BVerfGG).

Der Antrag ist somit zulässig.

III. Antrag auf einstweilige Anordnung

Durch die völkerrechtliche Ratifikation des Vertrages von Lissabon würde die Bundesrepublik Deutschland an diesen Vertrag völkerrechtlich gebunden. Würde die Ratifikation vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit dieses Vertrages erfolgen, entstünde die Situation, daß die Bundesrepublik Deutschland an einen verfassungswidrigen Vertrag völkerrechtlich gebunden wäre und sich aus dieser Bindung nicht mehr lösen könnte – es sei denn durch Austritt aus der Europäischen Union, was politisch eine Katastrophe wäre und praktisch nicht in Betracht käme. Daher besteht Bedarf für vorläufigen Rechtsschutz, um die Entscheidungsoffenheit für das Bundesverfassungsgericht zu wahren und die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern. Ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung würde der Erfolg der in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfe vereitelt. Um dies sicherzustellen, empfiehlt es sich, folgenden Antrag zu stellen:

Dem Bundespräsidenten wird bis zur Entscheidung in der Hauptsache über die vom Antragsteller gegen das Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 eingelegte Verfassungsbeschwerde und über die ebenfalls gegen dieses Gesetz eingelegte Organklage untersagt, das Gesetz zum Vertrag von Lissabon auszufertigen und zu verkünden und die Ratifikation des Vertrages von Lissabon vom 13. Dezember 2007 vorzunehmen.

Eine einstweilige Anordnung gegen die Begleitgesetze ist demgegenüber nicht erforderlich, da diese Gesetze auch nach der Hauptsacheentscheidung noch korrigiert werden können.

1. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Der Antragsteller ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes antragsberechtigt. Er ist Antragsteller in den beiden Hauptsacheverfahren – Verfassungsbeschwerde und Organstreit –, deren Ziel durch die beantragte einstweilige Anordnung offengehalten werden soll. Die Verfassungsbeschwerde und der Organstreitantrag sind in der Hauptsache auch nicht

offenkundig unzulässig²⁷. Ihre Zulässigkeit ist in diesem Rechtsgutachten (oben I., II.) ausführlich begründet worden.

Ob ein Antrag im Organstreit unzulässig ist, wenn die Hauptsache offenkundig unbegründet ist, ist streitig²⁸. Wie in diesem Gutachten ausführlich dargelegt wird, sind die Verfassungsbeschwerde und die Organklage in der Hauptsache begründet, so daß diese Zulässigkeitsvoraussetzung, sofern man sie für gegeben annimmt, ebenfalls erfüllt ist.

Durch den Antrag auf einstweilige Anordnung darf die Hauptsache nicht vorweggenommen werden²⁹. Der oben vorgeschlagene Antrag nimmt die Hauptsache nicht vorweg. Vielmehr richtet er sich lediglich darauf, die materielle Streitfrage bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache offen zu halten.

Weitere Zulässigkeitsprobleme bestehen nicht. Insbesondere ist auch das Rechtsschutzbedürfnis gegeben. Es entfielen allenfalls dann, wenn der Bundespräsident sich gegenüber dem Bundesverfassungsgericht verpflichtete, vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache das Zustimmungsgesetz nicht auszufertigen und zu verkünden und den Vertrag von Lissabon nicht völkerrechtlich zu ratifizieren.

Der Antrag ist zulässig.

2. Begründetheit des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 32 I BVerfGG ein strenger Maßstab anzulegen. Das Bundesverfassungsgericht muß die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweiligen Anordnung nicht ergeht, die angegriffene Maßnahme in dem Hauptsacheverfahren jedoch später für verfassungswidrig erklärt wird, gegen die Nachteile abwägen, die entstehen würden, wenn die angegriffene Regelung vorläufig außer Anwendung gesetzt würde, sie sich aber später als verfassungsmäßig erwiese³⁰. Bei der Würdigung der Umstände, die für oder gegen den Erlaß der einstweiligen Anordnung sprechen, muß – wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach festgestellt hat – die Erwägung, wie die Entscheidung in der Hauptsache lauten würde, grundsätzlich außer Betracht bleiben³¹.

²⁷ Die Zulässigkeit des Hauptsacheverfahrens muß noch nicht umfassend geklärt sein, um die Zulässigkeit des Verfahrens über die einstweilige Anordnung zu bejahen, vgl. *BVerfGE* 12, 36 (39); 16, 220 (226); *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 1204.

²⁸ Vgl. dazu ablehnend *Benda/Klein* (Fn. 27), Rn. 1205 m. Nachw. der Rspr. und m. Hinw. darauf, daß die Linie des Bundesverfassungsgerichts insoweit nicht ganz klar ist.

²⁹ Vgl. *Benda/Klein* (Fn. 27), Rn. 1206.

³⁰ *BVerfGE* 3, 41 (44); 34, 341 (342); 71, 158 (161); 71, 350 (352); 80, 74 (79).

³¹ *BVerfGE* 7, 367 (371); 80, 74 (79).

Ist freilich der Antrag in der Hauptsache unzulässig oder offensichtlich unbegründet, kann die mangelnde Erfolgsaussicht in der Hauptsache zur Ablehnung der einstweiligen Anordnung führen³². Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Wie in diesem Rechtsgutachten gezeigt wird, ist sowohl die Verfassungsbeschwerde als auch die Organklage in der Hauptsache zulässig und begründet.

Somit kommt es für die Begründetheit des Antrags auf einstweilige Anordnung gem. § 32 BVerfGG auf die erwähnte Nachteilsabwägung an. Diese Abwägung ergibt im vorliegenden Falle folgendes:

Unterbleibt die beantragte einstweilige Anordnung und erweist sich später in der Hauptsache die Verfassungsbeschwerde als begründet, so führt das zu sehr schwerwiegenden, nicht mehr revidierbaren Nachteilen für den Beschwerdeführer und zugleich für die Bundesrepublik Deutschland. Ohne die einstweilige Anordnung wird der Vertrag von Lissabon durch den Bundespräsidenten in Kürze ratifiziert. Die Hinterlegung der Ratifikationsurkunde führt die völkerrechtliche Bindung der Bundesrepublik Deutschland an diesen Vertrag herbei. Aus dieser Bindung ergeben sich Rechtsfolgen zwar erst mit dem Inkrafttreten des Vertrages, gem. Art. 6 Abs. 2 am 1. Januar 2009 beziehungsweise, falls bis dahin noch nicht alle Ratifikationsurkunden hinterlegt sind, am ersten Tag des auf die Hinterlegung der letzten Ratifikationsurkunde folgenden Monats. Daraus folgt aber nicht, daß die Bundesrepublik bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht völkerrechtlich gebunden wäre und im Falle einer zwischenzeitlichen Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Zustimmungsgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht noch die Möglichkeit hätte, die Ratifikation zurückzuziehen. Vielmehr bewirkt die Ratifikation sofort – also längst vor Inkrafttreten des Vertrages – die definitive völkerrechtliche Bindung der Bundesrepublik Deutschland an diesen Vertrag. Deutschland ist verpflichtet, diesen Vertrag von seinem Inkrafttreten an zu erfüllen. Eine zwischenzeitlich ergehende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache könnte hieran nichts mehr ändern. Bei Unterbleiben der einstweiligen Anordnung und Erfolg der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache wäre die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich also an einen verfassungswidrigen Vertrag gebunden. Sie wäre gegenüber der Europäischen Union verpflichtet, diesen Vertrag trotz seiner Verfassungswidrigkeit zu erfüllen.

Dies hätte zur Konsequenz, daß die Grundrechtsverletzungen beziehungsweise Statusrechtsverletzungen des Antragstellers nicht mehr korrigiert werden könnten, sondern dauerhaft aufrechterhalten werden müßten. Bei diesen Rechtsverletzungen geht es nicht um Bagatellen, sondern um Beeinträchtigungen, die die Verfassung in ihrem Kernbereich betreffen. Zwar ist der Antragsteller von den Grundrechtsverletzungen nicht anders betroffen als andere Staatsbürger auch. Dies kann die Bedeutung dieser Grundrechtsverletzungen aber nicht relativieren. Bei den Rechten aus Art. 20 Abs. 4 GG und aus Art. 38 II i.V.m. 20 I, II GG handelt es sich um fundamentale Staatsbürgerrechte, deren Verletzung für jeden einzelnen ein außerordentlich großes Gewicht hat. Auch die die Statusrechte des Abgeordneten aus Art. 38 GG sind in ihrem Kern und sehr schwerwiegend betroffen; schließlich

³² Vgl. *BVerfGE* 66, 39 (56 ff.); 77, 121 (124); 94, 334 (347); *Benda/Klein* (Fn. 27), Rn. 1204 f., 1216.

geht es darum, ob für ihn überhaupt noch eine demokratisch legitimierte Repräsentation möglich ist.

Wenn andererseits die einstweilige Anordnung ergeht und sich dann im Hauptsacheverfahren herausstellt, daß die Verfassungsbeschwerde oder die Organklage unbegründet ist, sind überhaupt keine oder – je nach zeitlichem Ablauf des verfassungsgerichtlichen Verfahrens – jedenfalls keine weitreichenden Nachteile erkennbar. Wie bereits gesagt, kann der Vertrag von Lissabon ohnehin frühestens am 1.1.2009 in Kraft treten. Der Vertrag tritt gem. Art. 6 Abs. 2 erst in Kraft, wenn sämtliche Vertragsstaaten die Ratifikationsurkunden hinterlegt haben. Nach den Erfahrungen mit der Ratifikation früherer Verträge, insbesondere des Vertrages von Maastricht, kann durchaus damit gerechnet werden, daß dies noch nicht zum 1.1.2009 der Fall sein wird. Wenn die Bundesrepublik Deutschland ihre Ratifikationsurkunde vorerst nicht hinterlegt, sondern zunächst die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache abwartet, gibt es hinsichtlich des Inkrafttretens des Vertrages also nicht die geringste Verzögerung, sofern das Bundesverfassungsgericht in der Hauptsache zügig entscheidet. Der Vertrag ist fertig ausgehandelt, so daß auch die Verhandlungsposition der Bundesrepublik Deutschland durch die einstweilige Anordnung in keiner Weise geschmälert würde.

Möglicherweise wird dagegen die Bundesregierung geltend machen, daß das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland in Europa beeinträchtigt würde, wenn durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung die Ratifikation hinausgeschoben würde. Dieses Argument muß jedoch mit aller Entschiedenheit zurückgewiesen werden. Die Kontrolle eines Vertrages auf seine Verfassungsmäßigkeit ist eine Handlung, die nicht geeignet ist, das internationale Ansehen eines Verfassungsstaates zu schädigen. Vielmehr zeigt sich in einer solchen Handlung – auch nach außen – wie ernst die Verfassung in Deutschland genommen wird. Dies kann das Ansehen Deutschlands in Europa nur stärken, denn ein Partner, der seine Verfassung achtet und sie nicht tagespolitischer Opportunität opfert, gewinnt damit Vertrauen auch in bezug auf die Verlässlichkeit der Wahrung der fundamentalen Wertstrukturen, die doch das gemeinsame Fundament der verfassungsstaatlichen „Wertgemeinschaft“ sein sollen. Umgekehrt müßte man sich fragen, was das für eine „Wertgemeinschaft“ wäre, in der die Achtung der Verfassung und die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns außenpolitischen Schaden verursachen könnten. – Abgesehen hiervon hat sich bei anderer Gelegenheit gezeigt, daß die Vertragsstaaten der Europäischen Gemeinschaft zwar kritisch, aber doch gelassen darauf reagiert haben, daß der britische Premierminister Major die Ratifikation eines ähnlich bedeutsamen Vertragswerkes, des Vertrages von Maastricht, durch Großbritannien ohne zwingenden Grund – aus rein parlamentstaktischen Erwägungen – auf einen Zeitpunkt verschoben hat, der weit hinter dem Zeitpunkt des vertraglich vorgesehenen Inkrafttretens lag³³. Außenpolitische Nachteile sind Großbritannien durch diese Verschiebung offenkundig nicht entstanden. Um so weniger können der Bundesrepublik Deutschland durch eine Aufschiebung der Ratifikation außenpolitische Nachteile entstehen, wenn diese Aufschiebung aus Gründen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle notwendig ist und das Inkrafttreten des Vertrages dadurch nicht oder jedenfalls nicht wesentlich verzögert wird.

³³ FAZ v. 6.11.1992.

Da somit bei Erlaß der einstweiligen Anordnung überhaupt keine Nachteile entstehen, ist eine eigentliche Abwägung unterschiedlicher Nachteile gar nicht nötig. Trotzdem sei darauf hingewiesen, daß beim Unterbleiben der einstweiligen Anordnung nicht nur der Beschwerdeführer selbst schwerwiegende und nicht wieder gutzumachende Nachteile erlitte. Vielmehr würde auch die Bundesrepublik Deutschland schwerwiegende Nachteile erleiden. Denn es ist die Bundesrepublik Deutschland selber, die sich allerschwersten Schaden zufügt, wenn sie sich völkerrechtlich an einen Vertrag bindet, der in schwerwiegender Weise gegen das Grundgesetz verstößt. Auch dieser Aspekt ist bei der Abwägung zu berücksichtigen.

Der Erlaß der beantragten einstweiligen Anordnung ist somit zur Abwehr schwerer Nachteile dringend geboten.

C. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die angegriffenen Gesetze den Beschwerdeführer in einem seiner Grundrechte verletzen, wenn also die geltend gemachte Verletzung seiner grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 20 Abs. 4 und aus Art. 38 GG tatsächlich zutrifft.

I. Verstoß gegen das Recht aus Art. 20 Abs. 4 GG auf Unterlassung von Handlungen, die eine Widerstandslage auslösen

1. Der Unterlassungsanspruch aus Art. 20 Abs. 4 GG

Die Voraussetzungen des Grundrechts aus Art. 20 Abs. 4 GG, dessen Verletzung hier geltend gemacht wird, sind bereits oben im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung ausführlich dargestellt worden (B.I.2. b, S. 5-19). Deshalb seien hier nur kurz die Kernpunkte in Erinnerung gerufen:

- Es geht *nicht* um das Widerstandsrecht im Sinne des Rechts auf gewaltsamen Widerstand zur Verteidigung der Verfassung.
- Vielmehr geht es um das dem Widerstandsrecht vorgelagerte und in Art. 20 Abs. 4 GG implizit normierte Recht auf Unterlassung von Handlungen, die eine Widerstandslage auslösen.
- Dieses Recht ist verletzt, wenn ein im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG unabänderliches Verfassungsprinzip beseitigt wird.
- „Beseitigt“ wird ein solches Prinzip, wenn es dauerhaft außer Kraft gesetzt oder nicht mehr zur Anwendung gebracht wird.
- Es reicht aus, wenn das Prinzip nicht vollständig beseitigt wird, sondern wenn ein unabänderliches Element dieses Prinzips (ein Element, ohne das dieses Prinzip seinen identitätsbestimmenden Charakter verliert, wie z.B. das Gleichheitsprinzip als Element des Demokratieprinzips) beseitigt oder auf Dauer beeinträchtigt wird.

Der Unterlassungsanspruch des Art. 20 Abs. 4 GG richtet sich nicht nur gegen Handlungen, durch welche die Geltung der Prinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG für die Organisation der deutschen Staatsorgane und die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe beeinträchtigt wird, sondern ebenso gegen die Übertragung von Hoheitsgewalt an eine zwischenstaatliche Einrichtung, insbesondere an die Europäische Union, die den Fundamentalprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG – soweit diese der Sache nach auf diese Organisation anwendbar sind – nicht entspricht. Da Art. 79 Abs. 3 GG die Unverbrüchlichkeit der fundamentalen Verfassungsprinzipien gewährleisten soll, müssen diese Prinzipien auch insoweit gewahrt bleiben, als Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen werden, die dann Hoheitsgewalt mit Wirkung in Deutschland ausüben. Die Struktursiche-

rungsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG ist eine Konkretisierung der Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG speziell für die Europäische Union, mit der Folge, daß die Nichtbeachtung der dort normierten Voraussetzungen für die Übertragung von Hoheitsrechten zu einem Verstoß gegen Art. 20 Abs. 4 GG führt.

2. Verstoß gegen den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit

Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon könnte gegen den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland verstoßen. Im folgenden wird zunächst gezeigt, daß der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit zu den nach Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlichen Verfassungsprinzipien gehört (a). Sodann wird geprüft, ob das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon gegen dieses Prinzip verstößt (b).

a) Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliches Verfassungsprinzip

Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit³⁴ ist in Art. 79 Abs. 3 GG nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch gehört er nach herrschender Auffassung in der staatsrechtlichen Literatur zu den unabänderlichen Verfassungsprinzipien³⁵ und bildet damit auch eine Grenze der Integrationsermächtigung³⁶.

Dies ergibt sich aus folgenden Gesichtspunkten:

³⁴ Hierzu eingehend *Dietrich Murswiek*, Maastricht und der Pouvoir Constituant. Zur Bedeutung der verfassunggebenden Gewalt im Prozeß der europäischen Integration, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (162 ff.).

³⁵ *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: *HStR II*, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 84; *ders.*, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, *EuR* 1991, Beiheft 1, S. 11 (13); *Albrecht Randelzhofer*, Stellungnahme, in: Gemeinsame Verfassungskommission, *StenBer.*, 1. Öffentliche Anhörung „Grundgesetz und Europa“ v. 22.5.1992, S. 15; *ders.*, in: *Maunz / Dürig*, GG, Art. 24 I Rn. 204; *Matthias Herdegen*, *EuGRZ* 1992, S. 589 (592); *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (162 ff.); *Udo Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung, *Der Staat* 32 (1993), S. 191 (199 ff.); *Peter Michael Huber*, Die Anforderungen der Europäischen Union an die Reform des Grundgesetzes, *ThüVBl.* 1994, S. 1 (2); *Rüdiger Breuer*, Die Sackgasse des neuen Europaartikels (Art. 23 GG), *NVwZ* 1994, S. 417 (423 f.); *Udo Fink*, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit Deutschlands?, *DÖV* 1998, S. 133 ff.; *Streinz*, in: *Sachs*, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 23 Rn. 84; *Rojahn*, in: v. Münch / Kunig, GG Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 23 Rn. 15 m.w.N.; *Classen*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 23 Rn. 4; *Christian Hillgruber*, Der Nationalstaat in übernationaler Verflechtung, *HStR II*, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 41, 108; *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, *HStR II*, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 30 ff., 196. – A.A. z.B. *Scholz*, in: *Maunz / Dürig*, GG, Art. 23 Rn. 63; *Pernice*, in: *Dreier*, GG Bd. 2, 1998, Art. 23 Rn. 35, 94; *Hobe*, in: *Friauf / Höfling* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum GG*, Art. 23 Rn. 53 f.; *Zuleeg*, in: *AK-GG*, Art. 23 Rn. 51 ff.

³⁶ Vgl. z.B. *Maunz*, in: *Maunz / Dürig*, GG, Präambel (1977), Rn. 24; *Zuleeg*, in: *AK-GG*, 2. Aufl. 1989, Präambel Rn. 60, *Siegfried Broß*, Verfassungssystematische und verfassungspolitische Überlegungen zum Erfordernis eines nationalen Referendums über die Verfassung der Europäischen Union, in: *FS Hablitzel*, 2005, S. 55 (57 f., 60); sowie die oben in Fn. 35 zitierte, die Unabänderlichkeit des Staatlichkeitsprinzips behandelnde Literatur.

- Die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland wird vom Grundgesetz als Grundlage des Grundgesetzes vorausgesetzt.
- Textlich wird sie in Art. 20 Abs. 1 GG sowie in der ursprünglichen Fassung der Präambel zum Ausdruck gebracht, deren Aussage zur Staatlichkeit durch die Änderung der Präambel nach der Wiedervereinigung nicht berührt wurde.
- Auch aus dem Umstand, daß das Grundgesetz die verfassunggebenden Gewalt dem deutschen Staatsvolk zuweist, läßt zwingend darauf schließen, daß die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland ein unabänderlicher Verfassungsgrundsatz ist.
- Art. 21 Abs. 2 GG zeigt ebenfalls, daß der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderlicher Verfassungsgrundsatz garantiert wird.
- Außerdem folgt aus dem Status des Grundgesetzes als der Verfassung eines souveränen Staates, daß die souveräne Staatlichkeit nicht im Wege der Verfassungsänderung aufgegeben werden darf.

Dies wird im folgenden näher begründet.

aa) Die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland als rechtliche Verfassungsvoraussetzung und als Grundentscheidung des Verfassungsgebers

Die Bundesrepublik Deutschland ist Staat im Sinne des Völkerrechts, des Staatsrechts und der Allgemeinen Staatslehre. Die Verfassung auch des Verfassungsstaates hat den Staat nicht nur zum Gegenstand, sondern zugleich zur Voraussetzung³⁷. Staatsgründung und Verfassunggebung können theoretisch in eins fallen. In der Regel aber wird mit der verfassungsstaatlichen Verfassung ein bereits existierender Staat konstituiert. So ist auch mit der Verabschiedung des Grundgesetzes nicht etwa ein neuer Staat gegründet, sondern der völkerrechtlich existierende Staat Deutschland (auf einem Teilgebiet) neu konstituiert worden³⁸. Dies ist auch die explizite Sicht des Grundgesetzes. Die Präambel brachte das mit den Formulierungen zum Ausdruck, „von dem Willen beseelt, seine ... staatliche Einheit zu wahren“ und „um dem staatlichen Leben ... eine neue Ordnung zu geben“, sei das Grundgesetz beschlossen worden. Die Existenz des Staates wird vom Grundgesetz vorausgesetzt; sie wird durch das Grundgesetz in eine konkrete, verfassungsstaatliche Form gebracht.

Die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland als souveränes Völkerrechtssubjekt ist somit die Grundlage des Grundgesetzes. Sie sollte durch die Schaffung des Grundgesetzes nicht angetastet³⁹, sondern bewahrt und befestigt und zugleich gestaltet werden.

³⁷ Vgl. *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, HStR I, 1987, § 13 Rdnr. 26 ff; *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, HStR I, 1987, § 19, S.775 ff., Rdnr. 18, 51.

³⁸ *BVerfGE* 36, 1 (16) – Grundvertrag.

³⁹ *Isensee*, HStR I, § 13 Rn. 8.

Daher ist die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland nicht nur eine faktische Verfassungsvoraussetzung, nicht einfach einer der faktischen Umstände, welche die Verfassungsgebung prägten und die daher bei der Verfassungsinterpretation zu berücksichtigen sind, sondern sie ist eine rechtliche Verfassungsvoraussetzung: Sie ist Gegenstand einer verfassungsgebenden Grundentscheidung. Sie ist zwar nicht Regelungsgegenstand des Verfassungsgebers, denn sie wird durch die Verfassung nicht hervorgebracht, sondern eben vorausgesetzt. Aber sie ist Bezugs- und Angelpunkt der verfassungsgebenden Entscheidung. Der Parlamentarische Rat hat sich entschieden, einen Staat zu verfassen, nicht etwa ein Protektorat, eine Provinz oder einen Gliedstaat, der in einen Bundesstaat eingeordnet ist. Die souveräne Staatlichkeit als rechtliche Verfassungsvoraussetzung war also Gegenstand der verfassungsgebenden Grundentscheidung.

Diese Grundentscheidung wird besonders deutlich in dem Kontrast zur faktischen Lage, in der sich Deutschland im Zeitpunkt der Grundgesetzentstehung befand. Denn damals war Deutschland nicht souverän, sondern stand unter Besatzungsherrschaft⁴⁰. Wenn der Verfassungsgeber also kontrafaktisch von der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland ausging, dann hat er damit in besonders eindringlicher Weise zum Ausdruck gebracht, daß er die souveräne Staatlichkeit nicht nur als Faktum vorausgesetzt hat, sondern daß es seinem verfassungsgebenden Willen entsprach, daß die Verfassung, über die er entschied, die Verfassung eines souveränen Staates sein sollte und daß die Existenz dieses Staates auch rechtlich die Grundlage des ganzen Verfassungswerkes sei.

Da also das Grundgesetz von dieser Staatlichkeit ausgeht und auf sie aufbaut, muß sie selbst zu den tragenden Verfassungsstrukturelementen gerechnet werden⁴¹, auch unabhängig von einer ausdrücklichen textlichen Grundlage im Grundgesetz.

Es gibt im übrigen einen textlichen Anhaltspunkt, der es ermöglicht, die Grundentscheidung für die souveräne Staatlichkeit den Grundsätzen des Art. 79 Abs. 3 GG zuzuordnen: Das Grundgesetz bezeichnet die Bundesrepublik Deutschland in Art. 20 Abs. 1 als demokratischen und sozialen Bundesstaat. Damit werden in dieser Staatsstrukturbestimmung nicht nur die Staatsformprinzipien der Demokratie, der Republik und des Bundesstaates sowie das soziale Staatsziel zum Ausdruck gebracht, sondern zugleich das Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland als Staat⁴².

Dies ist keine Textklauberei. Vielmehr ergibt sich die Fundamentalentscheidung für die souveräne Staatlichkeit auch aus zwingenden systematischen Gründen, die in anderen der Verfassungsänderung entzogenen Bestimmungen ihre Grundlage haben, vor allem aus der Legitimationsquelle, auf die das Grundgesetz als auf seinen Geltungsgrund verweist: Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, kraft derer das Grundgesetz der Präambel gemäß

⁴⁰ Vgl. *Murswiek*, BK, Präambel Rn. 243.

⁴¹ Vgl. *Paul Kirchhof*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 84; *ders.*, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EuR 1991, Beiheft 1, S.11 (13).

⁴² *Paul Kirchhof*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 84; *ders.*, EuR 1991, Beiheft 1, S.11 (13); *Murswiek*, Der Staat 32 (1993), S. 161 (162); *ders.*, BK, Präambel Rn. 243; *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rdnr. 41.

beschlossen worden ist, ist die verfassunggebende Gewalt des deutschen Staatsvolkes⁴³. Und das deutsche Staatsvolk ist auch innerhalb der vom Grundgesetz verfaßten Ordnung die Quelle der demokratischen Legitimation aller Staatsgewalt, Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG⁴⁴. Die Entscheidung über die Auflösung des Staates, z.B. durch Eingliederung in einen übernationalen Bundesstaat, wäre zugleich die Entscheidung über die Auflösung des Staatsvolkes. Dies ist eine Entscheidung, die gem. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG nicht dem – verfassungsändernden – Gesetzgeber zusteht, da das Subjekt der verfaßten Staatsgewalt in Art. 20 Abs. 2 GG unabänderlich festgelegt ist und das Subjekt der verfassunggebenden Gewalt der Verfügung der verfaßten Staatsgewalten aus logisch-systematischen Gründen entzogen ist. Somit kann eine solche Entscheidung nur vom Volk selber – kraft seiner verfassunggebenden Gewalt – getroffen werden.

Die Grundentscheidung für den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit kam außerdem in der ursprünglichen Fassung der Präambel dadurch zum Ausdruck, daß der Verfassungsgeber dort formuliert hatte, das Deutsche Volk als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt habe das Grundgesetz geschaffen „von dem Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren“⁴⁵. Diese Formulierung hatte das Bundesverfassungsgericht nicht nur als unverbindliche politische Deklaration gewertet, sondern ihr – als Bestandteil des Wiedervereinigungsgebots – den Charakter einer verbindlichen verfassungsrechtlichen Rechtspflicht zugesprochen. Wenn dieses „Wahrungsgebot“ – das Gebot, die nationale und staatliche Einheit zu bewahren – in der Zeit der Teilung Deutschlands darauf gerichtet war, die noch vorhandenen faktischen und vor allem die rechtlichen Grundlagen der Existenz Deutschlands als eines einheitlichen Staates zu erhalten (dazu gehörte die völkerrechtliche Fortexistenz des früher „Deutsches Reich“ genannten Völkerrechtssubjekts als vom Grundgesetz vorgegebene Staatsdoktrin der Bundesrepublik Deutschland), dann implizierte dies notwendigerweise, daß die Staatlichkeit Deutschlands als Gesamtstaat ein oberster Verfassungswert war und ist.

Überhaupt konnte das Wiedervereinigungsgebot⁴⁶ im ganzen als Bestätigung des Prinzips der souveränen Staatlichkeit verstanden werden. Kein Verfassungsorgan durfte nach der

43 Dazu im einzelnen *Dietrich Murswiek*, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S.32 ff., 58 ff.

44 *BVerfGE* 83, 37 (50 f.) – Ausländerwahlrecht.

45 Vgl. z.B. auch *Kirchhof*, EuR 1991, Beiheft 1, S.11 (13). Er weist auch darauf hin, daß der Unterschied zwischen dem Auftrag zur Wahrung der Staatlichkeit und der Offenheit für ein vereintes Europa besonders deutlich durch die Präambel des Grundgesetzes in ihrer ursprünglichen Fassung zum Ausdruck gebracht wurde: Das Grundgesetz wurde beschlossen von dem Willen beseelt, die „nationale und staatliche Einheit zu wahren und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“. Nationale Einheit – so *Kirchhof* – werde als staatliche gedacht; in das vereinte Europa hingegen werde der deutsche Staat als gleichberechtigtes Glied eingefügt.

46 Zum Wiedervereinigungsgebot *BVerfGE* 5, 85 (127) – KPD-Urteil; *BVerfGE* 36, 1 (17 f.) - Grundvertrag; *BVerfGE* 77, 137 (150) – Teso; ausführlich zur rechtlichen Begründung des Wiedervereinigungsgebots *Georg Ress*, Das Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes, in: Fünf Jahre Grundvertragsurteil, 1979, S. 265 ff. m.w.N.; *Dietrich Murswiek*, Das Staatsziel der Einheit Deutschlands nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, insb. S. 11 ff.; *ders.*, Wiedervereinigung Deutschlands und Vereinigung Europas – zwei Verfassungsziele und ihr Verhältnis zueinander, in: Dieter Blumenwitz / Boris Meissner (Hrsg.), Die Überwindung der europäischen Teilung und die deutsche Frage, 1986, S. 103 (107 ff.).

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „die Wiederherstellung der staatlichen Einheit als politisches Ziel aufgeben“; alle Verfassungsorgane waren verpflichtet, „in ihrer Politik auf dieses Ziel hinzuwirken [...] und in ihrer Politik alles zu unterlassen, was die Wiedervereinigung vereiteln würde“⁴⁷. Die staatliche Einheit Deutschlands war Staatsfundamentalziel und stand nicht zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers⁴⁸. Auch darin kommt der Wille des Verfassungsgebers, die Staatlichkeit Deutschlands zu bewahren, und die verfassungsrechtliche Verpflichtung, diese Staatlichkeit zu erhalten, zum Ausdruck.

Das Wiedervereinigungsgebot ist mit der Wiedervereinigung obsolet geworden. Deshalb wurde im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung die Präambel geändert, um nicht den falschen Eindruck entstehen zu lassen, daß – im Hinblick auf die ehemaligen deutschen Ostgebiete – die Wiedervereinigung noch nicht abgeschlossen sei und daß immer noch Gebietsansprüche erhoben würden⁴⁹. Nicht obsolet war jedoch das „Wahrungsgebot“ geworden, also das Gebot die nationale und staatliche Einheit zu bewahren und alles zu unterlassen, was die Existenz Deutschlands als eines selbständigen souveränen Staates zunichte machen würde. Zwar wurde die oben zitierte Formulierung des Präambeltextes, die das Wahrungsgebot zum Ausdruck bringt, durch das Zustimmungsgesetz zum Einigungsvertrag ebenso aufgehoben wie diejenigen Formulierungen, die zu einer aktiven Wiedervereinigungspolitik verpflichteten. Jedoch war nach der klaren Regelungszintention des verfassungsändernden Gesetzgebers damit nicht beabsichtigt, das Wahrungsgebot zu tilgen⁵⁰. Die Abschaffung des Wahrungsgebotes, wäre – wenn sie denn beabsichtigt gewesen wäre – verfassungswidrig gewesen, weil sie die Grenzen der Verfassungsänderung überschritten hätte⁵¹. Sofern man nicht schon die Textänderung der Präambel als solche für verfassungswidrig hält⁵², muß die Präambel daher verfassungskonform dahin ausgelegt werden, daß das Wahrungsgebot nach wie vor gilt⁵³. Die staatliche Einheit zu wahren, ist nicht nur ein Gebot, das sich gegen separatistischen Zerfall richtet; sondern dieses Gebot richtet sich denknotwendig auch in die entgegengesetzte Richtung: gegen das Aufgeben der Staatlichkeit, gegen das Aufgehen in einer größeren Einheit.

47 BVerfGE 36, 1 (17 f.).

48 Ausführliche Begründung hierzu bei *Dietrich Murswiek*, Das Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes und die Grenzen der Verfassungsänderung, 1999, S. 15-42; *ders.*, BK, Präambel Rn. 180-184; vgl. auch *ders.*, Wiedervereinigung Deutschlands und Vereinigung Europas (Fn. 46), S. 120 f.; *ders.*, Das Staatsziel (Fn. 46), S. 17 ff., 39.

49 Die Änderung der Präambel gehörte zu den „beitrittsbedingten Änderungen des Grundgesetzes“, die der Einigungsvertrag in Art. 4 vorsah.

50 Vgl. Denkschrift zum Einigungsvertrag, BT-Drs. 11/7760, S. 358; wie hier *Huber*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Präambel Rn. 41.

51 Zur Begründung verweise ich auf die ausführlichen Darlegungen bei *Murswiek* (Fn. 48).

52 So im Hinblick auf die authentische Formulierung durch den Verfassungsgeber *Murswiek*, Das Wiedervereinigungsgebot (Fn. 48), S. 58 f.; *ders.*, BK, Präambel Rn. 184, 194 f.

53 Vgl. *Murswiek*, BK, Präambel Rn. 195; *Huber*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Präambel Rn. 41;

Außerdem hat *Randelzhofer* zutreffend gefolgert: Wenn schon die Verfassung im Kern gem. Art. 79 Abs. 3 GG dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen ist, dann erst recht die Existenz der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland⁵⁴.

Diese Selbstverständlichkeit bringt auch Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG zum Ausdruck. Nach dieser Bestimmung sind Parteien, die darauf ausgehen, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, verfassungswidrig. Art. 21 Abs. 2 GG stellt somit die Wahrung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland neben die Wahrung der in Art. 79 Abs. 3 GG ausdrücklich einer Verfassungsänderung entzogenen freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Das Verbot einer Partei wegen ihrer Zielsetzung läßt sich aber nur rechtfertigen, wenn das Ziel auf legalem Wege – auch mit verfassungsändernder Mehrheit – nicht angestrebt werden darf. Art. 21 Abs. 2 GG bestätigt somit, daß die Existenz der Bundesrepublik Deutschland als unabhängiger Staat zum „absolut“ geschützten Verfassungskern des Grundgesetzes gehört⁵⁵.

Zu Recht geht die staatsrechtliche Literatur deshalb ganz überwiegend davon aus, daß die Eingliederung der Bundesrepublik Deutschland in einen europäischen Bundesstaat die Grenzen überschreiten würde, die Art. 79 Abs. 3 GG der Integrationsgewalt des (verfassungsändernden) Gesetzgebers setzt und daß hierfür ein verfassungsgebender Akt des Volkes in seiner Funktion als *pouvoir constituant* notwendig sei⁵⁶.

bb) Das Grundgesetz als Verfassung eines souveränen Staates

Das Grundgesetz ist die Verfassung eines Staates, und zwar eines Staates im völkerrechtlichen Sinne. Ein solcher „souveräner“ Staat hat einen völlig anderen völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Status als ein Gliedstaat eines Bundesstaates, also etwa ein Bundesland der Bundesrepublik Deutschland. Der Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu einem europäischen Bundesstaat würde den Status der Bundesrepublik Deutschland grundlegend ändern. Die Bundesrepublik Deutschland verlöre ihre völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit. Aus einem selbständigen Staat würde ein Gliedstaat. Als Völkerrechtssubjekt ginge Deutschland unter. Durch Fusion mit anderen europäischen Staaten bzw. durch Verdichtung der zuvor lockereren Integration zu einem europäischen Zentralstaat ginge Deutschland in dem übergeordneten europäischen Bundesstaat auf.

Damit würde sich auch der verfassungsrechtliche Status des Grundgesetzes grundlegend ändern, und zwar selbst dann, wenn der Inhalt des Grundgesetzes wortwörtlich derselbe bliebe: Aus der Verfassung eines („souveränen“) Staates würde die Verfassung eines blo-

⁵⁴ *Albrecht Randelzhofer*, Stellungnahme, in: Gemeinsame Verfassungskommission, StenBer, 1. Öff. Anhörung „Grundgesetz und Europa“, 22.5.1992, S. 15.

⁵⁵ Vgl. *Murswiek*, Der Staat 32 (1993), S. 161 (163); *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 41; wohl auch *Huber*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Präambel Rn. 41.

⁵⁶ Vgl. z.B. neben der oben in Fn. 35 und 36 zitierten Lit. *Christian Tomuschat*, BK, Art. 24 Rdnr. 46; *Klaus Stern*, Stellungnahme, in: Gemeinsame Verfassungskommission, StenBer, 1. Öff. Anhörung „Grundgesetz und Europa“, 22.5.1992, S. 48, Anhang S. 9; *Josef Isensee*, Stellungnahme, ebd., S. 49 f.; *Randelzhofer*, Stellungnahme, ebd., S.15, 51, Anhang S. 3, 4; a.A. *Tomuschat*, ebd., S. 52, Anhang S. 8 (entgegen seiner im BK vertretenen Auffassung).

ßen Gliedstaates, der kein Staat im Sinne des Völkerrechts mehr wäre, dessen Organe nicht mehr in der Lage wären, das Schicksal des Volkes betreffende Fragen zu entscheiden, sondern nur noch von außen begrenzte Kompetenzen hätten. Das Grundgesetz würde auf den Status zurückgedrängt, den jetzt die Landesverfassungen haben⁵⁷: Es wäre der Verfassung der Europäischen Union untergeordnet, und nicht nur dieser. Nach dem Grundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ ginge jedes beliebige Gesetz, jede Verordnung oder Richtlinie der Europäischen Union dem Grundgesetz vor. Einen Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem Grundgesetz gibt es zwar schon jetzt, aber dieser beschränkt sich auf die begrenzten (wirtschaftlichen) Materien, für die die europäischen Gemeinschaften zuständig sind.

Eine so fundamentale Statusänderung wie die Umwandlung eines Staates in einen bloßen Gliedstaat hat mit einer Verfassungsänderung nichts mehr gemein. Es geht hier nicht um eine bloße Abänderung einzelner Grundgesetzbestimmungen, sondern um die völlige Neubestimmung des verfassungsrechtlichen Status. Das Grundgesetz wird sozusagen als Staatsverfassung außer Kraft gesetzt und zugleich zur Verfassung eines Gliedstaates gemacht. Das ist ein Akt der Verfassungsgebung im Unterschied zur bloßen Verfassungsänderung⁵⁸. Das Grundgesetz ermächtigt in Art. 79 den verfassungsändernden Gesetzgeber nur zu Verfassungsänderungen, also zu einzelnen Änderungen des Grundgesetzes, die die Identität des Grundgesetzes⁵⁹ unberührt lassen. Dies macht besonders der Kontrast zu Art. 146 GG deutlich, der jedenfalls in seiner ursprünglichen Fassung das Grundgesetz im ganzen zur Disposition gestellt hat – zur Disposition freilich nicht des verfassungsändernden Gesetzgebers, sondern der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes. Art. 79 Abs. 1 GG erlaubt nur Änderungen des Grundgesetzes, setzt also voraus, daß das Grundgesetz als Verfassung bestehen bleibt. Eben dies ist nicht mehr der Fall, wenn das Grundgesetz nicht mehr einen souveränen Staat verfaßt, sondern nur noch einen Gliedstaat. Dann ist es nicht mehr „dieses Grundgesetz“ (Art. 79 Abs. 3), sondern ein ganz anderes Grundgesetz, nämlich eine bloße Gliedstaatsverfassung mit vermindertem Status.

Die Umwandlung der Staatsverfassung in eine Gliedstaatsverfassung ist also nicht eine bloße Verfassungsänderung, sondern ein verfassungsgebender Akt. Dazu ist nicht der verfassungsändernde Gesetzgeber, sondern nur der *pouvoir constituant* befugt. Die demokratische Legitimation des verfassungsändernden Gesetzgebers reicht ebenso wie die Legitimation aller anderen verfaßten Staatsgewalten nur für das Handeln im Rahmen der Verfassung aus, nicht für die Verfügung über die Verfassung als solche⁶⁰.

⁵⁷ So auch *Randelzhofer*, Stellungnahme (Fn. 54), S. 51; *Dieter Grimm*, Der Mangel an europäischer Demokratie, *Der Spiegel* Nr. 43 v. 19.10.92, S. 57 (59).

⁵⁸ Zur Unterscheidung von Verfassungsgebung und Verfassungsänderung ausführlich *Murswiek*, Die verfassungsgebende Gewalt (Fn. 43), S. 168 ff. m.w.N.

⁵⁹ Vgl. *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, *HStR* II, 3. Aufl. 2004, § 21.

⁶⁰ *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (164 f.).

Die Eingliederung Deutschlands in einen europäischen Bundesstaat bedürfte daher auch aus diesem Grunde der Zustimmung des Volkes kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt⁶¹.

b) Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit und die Grundsätze der offenen Staatlichkeit und Europafreundlichkeit des Grundgesetzes

Um die inhaltliche Reichweite des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit richtig zu verstehen, muß man ihn in seinem Kontext mit den Grundsätzen der offenen Staatlichkeit und der Europafreundlichkeit des Grundgesetzes verstehen. Aus diesen Grundsätzen folgen gewisse Relativierungen und Begrenzungen der souveränen Staatlichkeit, die vom Verfassungsgeber von vornherein mit gemeint waren und die daher das unabänderliche Verfassungsprinzip „souveräne Staatlichkeit“ mit prägen.

Während die „offene Staatlichkeit“ vom Verfassungsgeber in Art. 24 GG zum Ausdruck gebracht wurde, der die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen erlaubt (Abs. 1) und zur Einordnung des Bundes in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einschließlich damit verbundener Beschränkungen von Hoheitsrechten ermächtigt (Abs. 3), kam die Europafreundlichkeit in der Präambel zum Ausdruck. Dort hieß es: „... von dem Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“, habe das Deutsche Volk das Grundgesetz beschlossen. Diese Formulierung machte zugleich deutlich, daß die Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten in Art. 24 GG in erster Linie der europäischen Einigung diene. Die „offene Staatlichkeit“ des Art. 24 GG war in erster Linie Offenheit für die europäische Integration.

Die Formulierungen der ursprünglichen Präambel und des Art. 24 GG sind Formulierungen des Verfassungsgebers, auf die es für die Bestimmung der Grenzen der Verfassungsänderung ankommt. Die Neufassung der Präambel sowie der neue Art. 23 GG, der jetzt das Staatsziel der europäischen Einigung sowie eine diesbezügliche Integrationsermächtigung formuliert, geben für sich genommen für die Bestimmung der Grenzen der Verfassungsänderung nichts her, da sie Produkte des verfassungsändernden Gesetzgebers sind, der die von ihm beschlossenen Regelungen auch wieder ändern kann, während Art. 24 GG von vornherein den unabänderlichen Verfassungsgrundsatz der souveränen Staatlichkeit (Art. 79 Abs. 3 i.V.m. 20 Abs. 1 und Präambel) modifiziert, nämlich überhaupt erst – aber eben nur in den von dieser Norm vorgegebenen Grenzen – für die Übertragung von Hoheitsrechten geöffnet hat. Darüber hinausgehende „Öffnungen“ des Prinzips der souveränen Staatlichkeit stehen dem verfassungsändernden Gesetzgeber nicht zu. Deshalb konnten Vorschriften wie der neue Art. 23 GG oder die neugefaßte Präambel nicht zu einer Erweiterung der Übertragungsbefugnisse führen; sie müssen im Lichte der unabänderlichen Grundentscheidungen des Verfassungsgebers ausgelegt werden⁶².

⁶¹ Ebenso *Randelzhofer*, Stellungnahme (Fn. 54), S. 51.

⁶² Ausführliche Begründung dafür, daß es für die Bestimmung der nach Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten auf Art. 24 GG und nicht auf den neuen Art. 23 GG ankommt, bei *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (176-179).

Das Grundgesetz konstituiert also einerseits die Bundesrepublik Deutschland als souveränen Nationalstaat (als Staat, in dem das „Deutsche Volk“ sich seine politische Form gibt), ermächtigt aber andererseits zur „Übertragung“ sowie zur „Beschränkung“ eigener Hoheitsrechte zugunsten „zwischenstaatlicher Einrichtungen“ und kollektiver Sicherheitssysteme. Diese Übertragungen sind notwendigerweise mit Souveränitätseinbußen verbunden. Der Verfassungsgeber wollte die Bundesrepublik Deutschland also nicht als einen Staat konstituieren, der in jeder Hinsicht uneingeschränkte äußere und innere Souveränität hat, sondern als einen Staat, der zwar – wie alle anderen Staaten auch – Souveränität besitzt, aber sich kraft seiner souveränen Entscheidung international bindet und, durch „Übertragung von Hoheitsrechten“ auf die Ausübung seiner Souveränität teilweise verzichtet. In dieser Weise lassen sich das Prinzip der souveränen Nationalstaatlichkeit und das Prinzip der Europaoffenheit zum Prinzip der europaaffenen Nationalstaatlichkeit zusammenfassen⁶³. Souveräner Nationalstaat und europäische Integration sind für den Verfassungsgeber keine Gegensätze, sondern bedingen einander⁶⁴.

Über die organisatorische Struktur des anzustrebenden „vereinten Europas“ sagt die Präambel nichts. Ihr läßt sich nur entnehmen, daß bei der Vereinigung Europas die deutsche Staatlichkeit gewahrt bleiben muß⁶⁵. Die Präambel drückt den Willen Deutschlands aus, sich in ein vereintes Europa einzugliedern, ohne damit Staat und Verfassung aufzugeben. Deutschland soll als Staat – nämlich als „gleichberechtigtes Glied“ unter anderen Staaten – an der Einigung Europas mitwirken⁶⁶. Im übrigen überläßt die Präambel es der Politik, die geeigneten Gestaltungsformen zu wählen⁶⁷. Dies gilt auch für Integrationsziele und Integrationsdichte. Art. 24 GG stellt dazu klar, daß Hoheitsrechte an „zwischenstaatliche Einrichtungen“ übertragen werden können. Damit hat der Verfassungsgeber zweierlei deutlich gemacht: zum einen, daß es um die Übertragung *einzelner* Hoheitsrechte, nicht der Souveränität im ganzen geht, zum anderen, daß die Hoheitsrechte nicht an einen Staat, sondern an eine „zwischenstaatliche Einrichtung“, also an einer internationale Organisation, in der souveräne Staaten kooperieren, übertragen wird. Diese Begrenzung der Integrationsermächtigung konnte auch nicht durch die Neufassung von Art. 23 GG, der jetzt eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für die europäische Integration darstellt, erweitert werden. Denn die Öffnung zur internationalen und speziell zur europäischen Integration ist eine Modifikation des durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit, die nur vom Verfassungsgeber selbst vorgenommen werden konnte⁶⁸. Die von der Präambel und von Art. 79 Abs. 3 i.V.m. 20 Abs. 1 GG gesetzte Grenze für die Politik der europäischen Integration ist die Wahrung der souveränen Staatlichkeit Deutschlands.

63 Murswiek, BK, Präambel Rn. 245.

64 Murswiek, BK, Präambel Rn. 213 ff., insb. 216; Hillgruber, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 1-3.

65 Murswiek, BK, Präambel Rn. 213 ff., 243, 251.

66 Paul Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR VII, 1992, § 183 Rdnr. 23; zustimmend H. Dreier, in: ders., GG Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Präambel Rn. 50 m.w.N.

67 Vgl. z.B. Dreier (Fn. 66), Rdnr. 38 f. m.w.N.

68 Dazu ausführlich Murswiek, Der Staat 32 (1993), S. 161 (166 ff., insb. 176-179).

Diese Grenze zu konkretisieren, bereitet freilich Schwierigkeiten, zumal ja das Grundgesetz zur Übertragung von Hoheitsrechten ausdrücklich ermächtigt und somit auch zu der damit verbundenen Einschränkung der Souveränität⁶⁹. Auf diese Abgrenzungsschwierigkeiten ist im folgenden einzugehen.

c) Die inhaltliche Reichweite des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit

Leichter zu bestimmen als die genaue Reichweite des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit ist das, was eindeutig nicht mit diesem Grundsatz vereinbar wäre:

- die Gründung eines europäischen Bundesstaates, in dem Sinne, daß die Europäische Union ein Staat im völkerrechtlichen Sinne würde und die Mitgliedstaaten ihren Status als Staaten im Sinne des Völkerrechts (als uneingeschränkte Völkerrechtssubjekte) verlieren (zur Begründung s.o. a, b)
- der Übergang der verfassunggebenden Gewalt an die Europäische Union (zur Begründung s.o. a aa im Text bei Fn. 43 f., a bb)
- die Aufgabe der Kompetenz-Kompetenz zugunsten der Europäischen Union⁷⁰, denn eine Organisation ohne Kompetenz-Kompetenz kann unter keinem Aspekt mehr als unabhängiger Staat verstanden werden
- die Ersetzung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung⁷¹ durch eine Generalzuständigkeit der Europäischen Union

Über diese Punkte dürfte Einigkeit unter allen Staatsrechtlern bestehen, die den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliche Grenze der europäischen Integration betrachten. Jedes einzelne dieser Ereignisse wäre mit dem Grundgesetz unvereinbar. Ein solcher Schritt könnte auch vom verfassungsändernden Gesetzgeber nicht vorgenommen werden, sondern könnte nur auf der Basis einer verfassunggebenden Entscheidung des Volkes erfolgen.

Daraus kann man aber nicht ohne weiteres umgekehrt folgern, daß die unabänderlichen Grenzen der grundgesetzlichen Integrationsermächtigung noch nicht überschritten sind, solange keines dieser Ereignisse eingetreten ist. Die souveräne Staatlichkeit ist kein messerscharfer Grenzbegriff, sondern bedarf der Konkretisierung aus dem Verfassungszusammenhang heraus. Die oben genannten Kriterien können nur sagen, wann die souveräne Staatlichkeit Deutschlands auf jeden Fall beseitigt ist, aber sie beschreiben nicht umfassend, unter welchen Voraussetzungen dieses Verfassungsprinzip verletzt ist. Die Schwierigkeit, die Grenze des mit diesem Prinzip noch zu Vereinbarenden konkret zu bestimmen, ergibt sich aus dem oben dargelegten Umstand, daß das Grundgesetz Einschränkungen der

⁶⁹ Dazu eingehend *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (168 ff.), und z.B. *Di Fabio*, *Der Staat* 32 (1993), S. 191 (200 ff.).

⁷⁰ Vgl. *BVerfGE* 89, 155 (194); *Di Fabio*, *Der Staat* 32 (1993), S. 191 (201).

⁷¹ Auf dieses Prinzip hat das BVerfG im Maastricht-Urt. besonderen Wert gelegt, *BVerfGE* 89, 155 (192, 209 f.).

Souveränität zugunsten der europäischen Integration einerseits zuläßt, andererseits aber die Bundesrepublik Deutschland ein souveräner Staat bleiben muß.

Ich versuche daher zunächst, mich der Problematik dadurch anzunähern, daß ich im folgenden prüfe, ob die oben genannten Kriterien sich in der Weise umkehren lassen, daß das Prinzip der souveränen Staatlichkeit solange gewahrt ist, wie die mit diesen Kriterien benannten Ereignisse noch nicht eingetreten sind.

aa) Souveräne Staatlichkeit als Staatlichkeit im Sinne des Völkerrechts?

Das Grundgesetz setzt voraus, daß die Bundesrepublik Deutschland ein Staat i.S. des Völkerrechts ist⁷². Würde sie zugunsten der Europäischen Union diesen Status verlieren, wäre die änderungsfeste Grenze der Integrationsermächtigung überschritten. Ist die Grenze aber eingehalten, solange die Bundesrepublik Deutschland ein Staat i.S. des Völkerrechts bleibt?

Um diese Frage zu beantworten, muß man sich vergegenwärtigen, daß das Völkerrecht zugunsten der Annahme der Existenz von Staaten sehr „konservativ“ ist, soweit es um den Fortbestand von Staaten geht, die ursprünglich völkerrechtlichen Kriterien eines Staates erfüllten und in der Staatengemeinschaft als Staaten anerkannt sind. Die Fusion mehrerer Staaten zu einem neuen (Bundes-)Staat führt zwar im Falle eines entsprechenden Vertragsschlusses zum Untergang der sich zusammenschließenden Staaten. Wenn die Staaten jedoch durch Kompetenzübertragung allmählich zusammenwachsen, ohne explizit einen neuen Staat zu gründen, geht die Völkerrechtsordnung vom Fortbestand der bisherigen Statusverhältnisse aus, solange dies nicht völlig absurd wird. Wenn die beteiligten Staaten völkerrechtlich weiterhin als Staaten auftreten wollen, liegt es also in ihrer Hand, durch entsprechende Vertragsgestaltung dafür zu sorgen, daß die äußerlichen Insignien der Staatlichkeit – Bezeichnung als Staat, Flagge, Hymne, Staatspräsident, Befugnis zur Abschluß völkerrechtlicher Verträge, Botschafter usw. – bei ihnen verbleiben. Sie bleiben dann Staaten i.S. des Völkerrechts, auch wenn sie längst nicht mehr unabhängig agieren können, auch wenn ihre außenpolitische Zuständigkeit stark eingeschränkt ist und neben ihren außenpolitischen Organisationsstrukturen sich längst Parallelstrukturen der übergeordneten Ebene gebildet haben, und auch dann, wenn sie über ihre inneren Angelegenheiten nicht mehr selbst bestimmen können, sondern in allen wesentlichen Fragen die übergeordnete supranationale Ebene entscheidet.

Staat im Sinne des Völkerrechts und als solcher Mitglied der UNO kann also auch ein Staat sein, der nur noch die Fiktion eines selbständigen Staates darstellt, weil er dessen Symbole behalten hat, während er macht- und zuständigkeitsmäßig innerlich ausgehöhlt ist und seine Kompetenzen im Hinblick auf alle für das Schicksal seines Staatsvolkes wesentlichen Entscheidungen an eine nicht als Staat bezeichnete, aber Staatsfunktionen wahrnehmende übernationale Organisation abgegeben hat.

⁷² BVerfGE 1, 351 (368 f.); Murswiek, BK, Präambel Rn. 243 m.w.N.; Hillgruber, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 40 f.

Es liegt auf der Hand, daß das Grundgesetz mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit nicht die Existenz der Bundesrepublik Deutschland als eines nur formalen Staates in dem skizzierten Sinne meint. Das Grundgesetz setzt vielmehr voraus, daß die Bundesrepublik Deutschland eine Organisation ist, die nicht nur die formalen Insignien und Symbole eines Staates trägt, sondern auch funktional ein souveräner, unabhängiger Staat ist und bleibt.

Daraus folgt jedenfalls, daß nicht allein darauf abgestellt werden kann, ob die Bundesrepublik Deutschland nach wie vor Staat im Sinne des Völkerrechts – also als solcher von anderen Staaten anerkannt und z.B. auch Mitglied der UNO – ist. Wenn sie dies eines Tages nicht mehr sein sollte, wären die Integrationsgrenzen überschritten, aber auch wenn sie dies noch ist, können sie überschritten sein. Ob dies der Fall ist, läßt sich nicht durch eine rein formale Betrachtung feststellen, sondern allein aufgrund einer Analyse der materiellen Funktionen, die der Bundesrepublik Deutschland im Integrationsprozeß noch geblieben sind.

Die förmliche Gründung der „Vereinigten Staaten von Europa“, auf die das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil abhebt⁷³, wäre zwar eine eindeutige Überschreitung der unabänderlichen verfassungsrechtlichen Integrationsgrenzen. Der Umkehrschluß, daß die Integration uneingeschränkt zulässig ist, solange dieser förmliche Akt nicht vollzogen wird, ist jedoch nicht zulässig und vom Bundesverfassungsgericht auch nicht beabsichtigt. Vielmehr kann die verfassungsrechtliche Grenze der Integrationsermächtigung schon längst vor einem solchen Akt überschritten sein.

bb) Souveräne Staatlichkeit im Sinne des Staatsrechts oder der Allgemeinen Staatslehre?

Aber welche Kriterien sind einer solchen Analyse zugrunde zu legen? Ob der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliche Grenze der europäischen Integration verletzt ist, ließe sich leichter entscheiden, wenn es einen klar umrissenen staatsrechtlichen Staatsbegriff des Grundgesetzes gäbe beziehungsweise einen unstreitigen Staatsbegriff der Allgemeinen Staatslehre, auf den das Grundgesetz Bezug nähme. Dies ist aber nur hinsichtlich des Begriffskerns, nicht jedoch hinsichtlich der Randbereiche des Begriffs der Fall, um welche es hier geht und bezüglich derer die Abgrenzung vorzunehmen ist.

Den Begriffskern bildet die Drei-Elemente-Lehre mit den Elementen Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt, wobei es entscheidend auf die Konkretisierung des dritten Elements ankommt, welches die drei Elemente miteinander verbindet. Hinzu kommt die Souveränität im Sinne innerer und äußerer Unabhängigkeit, die aber aufgrund vertraglicher Bindungen beschränkt sein kann, ohne daß der Staatscharakter verloren geht. Die Drei-Elemente-Lehre aber hilft für die hier vorliegende Problematik nicht weiter, weil sie die Frage, welche Gewalt in Mehr-Ebenen-Systemen noch als eigenständige Staatsgewalt angesehen werden kann, nicht beantwortet. Sie vermag nur, auf das zu lösenden Problem hinzuweisen.

⁷³ BVerfGE 89, 155 (189).

Jeder Versuch aber, die Abgrenzung anhand bestimmter Staatstheorien oder Staatsdefinitionen, insbesondere anhand einer bestimmten Auffassung vom Bundesstaat, vorzunehmen, führt notwendigerweise in Subjektivismen. Denn es gibt ungefähr so viele Begriffe vom Bundesstaat wie es Theoretiker des Bundesstaates gibt. Die Kriterien der Staatstheorie sind aber nicht notwendigerweise diejenigen des Grundgesetzes.

Ein Streit darüber, ob die Europäische Union bereits ein Bundesstaat im Sinne der Staatstheorie ist oder noch nicht, mag für die Staatstheorie von Interesse für Kategorisierung und Systembildung sein; für die Beantwortung der Frage, ob die europäische Integration mit dem Vertrag von Lissabon die Grenzen der grundgesetzlichen Integrationsermächtigung überschritten hat, führt er nicht wesentlich weiter. Denn welche Übertragung von Hoheitsrechten das Grundgesetz noch zuläßt, kann nicht davon abhängen, ob Staatstheoretiker nach außerhalb des Grundgesetzes liegenden Kriterien die Bundesrepublik Deutschland noch beziehungsweise die Europäische Union schon als Staat qualifizieren. Es gibt Gründe dafür, die Europäische Union bereits als Bundesstaat anzusehen, obwohl sie es völkerrechtlich noch nicht ist, es gibt auch Gründe dagegen. Das hängt vom Bundesstaatsbegriff ab, den man zugrunde legt.

Das Grundgesetz gibt uns in dieser Hinsicht aber keinen subsumtionsfähigen Bundesstaatsbegriff vor. Deshalb scheint es mir nicht weiterführend, zur Lösung des Abgrenzungsproblems in Begriffsstreitigkeiten einzusteigen. Entscheidend ist die Frage: Nach welchen Kriterien können wir entscheiden, ob nach Übertragung von Hoheitsrechten noch hinreichende Hoheitsrechte bei der Bundesrepublik Deutschland verbleiben?⁷⁴

cc) Qualitative und quantitative Ansätze zur Konkretisierung des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit

Haben also die Begriffe „Staat“ und „souveräne Staatlichkeit“ für sich genommen nur begrenzte Aussagekraft, so lassen sich dem Grundgesetz doch einige Kriterien entnehmen, die es ermöglichen, die unabänderlichen Grenzen der verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung über die oben (zu Beginn von Abschnitt c) skizzierten Kernelemente hinaus zu konkretisieren. Ansätze hierzu lassen sich in qualitativer und in quantitativer Hinsicht formulieren.

(1) Qualitative Ansätze

(1.1) Verfassunggebende Gewalt

Die verfassunggebende Gewalt steht nach der Präambel dem Deutschen Volke zu. Auf ihr beruht die Verfassung. Sie ist es, die den unabänderlichen Verfassungskern (Art. 79 Abs. 3 GG) konstituiert hat. Über sie kann weder der Gesetzgeber noch der verfassungsändernde Gesetzgeber verfügen. Der Übergang der verfassunggebenden Gewalt an die Europäische

⁷⁴ Vgl. zur Problematik der Anwendung klassischer Begriffe wie „Bundesstaat“ usw. auf den europäischen Integrationsprozeß bereits *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (168 f.). Gegen den Streit um Begriffe statt um Sachfragen im Zusammenhang mit der europäischen Integration und insbesondere der europäischen Staatlichkeit auch *Stefan Haack*, *Verlust der Staatlichkeit*, 2007, S. 10 ff., insb. 12 f.

Union wäre daher nur aufgrund einer verfassungsgebenden Entscheidung des Volkes zulässig, nicht jedoch durch ein – verfassungsänderndes – Gesetz.

In bezug auf die Europäische Union folgt daraus, daß die eine europäische Verfassunggebung, durch welche die verfassungsgebende Gewalt auf die Europäische Union übertragen würde, aus Sicht des Grundgesetzes nur von den Völkern der Mitgliedstaaten ausgehen dürfte.

Kann man umgekehrt sagen, solange die verfassungsgebende Gewalt bei den Völkern der Mitgliedstaaten liegt, seien die unabänderlichen Grenzen der Integration noch nicht überschritten? Diese Frage muß schon deshalb verneint werden, weil die verfassungsgebende Gewalt einerseits die Legitimationsquelle der demokratischen Verfassung bezeichnet, andererseits für den durch diese Gewalt legitimierten Staat nur eine Reservefunktion darstellt, die sich nur bei grundlegenden Umgestaltungen der politischen Ordnung aktualisiert.

Da auf der Basis der bei den Völkern der Mitgliedstaaten liegenden verfassungsgebenden Gewalt von den Mitgliedstaaten Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen worden sind und weiterhin übertragen werden, kommt es im Prozeß der europäischen Integration zu weitreichenden Verschiebungen im Machtgefüge, ohne daß die Völker als Träger der verfassungsgebenden Gewalt daran beteiligt sind. Würde – um zwei eindeutige Beispiele zu nennen – die Kompetenz-Kompetenz auf die Europäische Union übertragen, oder würde die Befugnis zur völkerrechtlichen Vertretung gegenüber Drittstaaten vollständig, d.h. unter Ausschluß der Mitgliedstaaten, auf die Europäische Union übertragen, dann wäre auf jeden Fall die Grenze der verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung überschritten, auch wenn die verfassungsgebende Gewalt bei den Völkern der Mitgliedstaaten verbliebe. Zwar hätte in einer solchen Situation die Europäische Union immer noch keine eigene verfassungsgebende Gewalt; sie könnte sich nicht aus eigenem Recht – legitimiert durch ein europäisches Volk – eine eigene Verfassung geben, und das deutsche Staatsvolk hätte immer noch den Status des *pouvoir constituant* für Deutschland, dies allerdings nur noch in einem sehr formalen Sinne. Zumindest dann, wenn die Kompetenz-Kompetenz auf die Europäische Union übergeht, haben die Völker der Mitgliedstaaten materiell betrachtet die verfassungsgebende Gewalt verloren. Denn angesichts des Vorrangs des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht hätte die Union materiell betrachtet die verfassungsgebende Gewalt für ganz Europa. Und im Falle des Übergangs der völkerrechtlichen Vertretungsbefugnis an die Union wären die Mitgliedstaaten sogar im völkerrechtlichen Sinne keine Staaten mehr, so daß aus diesem Grunde die Integrationsgrenze auch dann überschritten wäre, wenn man annähme, daß den Völkern der Mitgliedstaaten die verfassungsgebende Gewalt verbliebe.

Aus dem Umstand, daß die verfassungsgebende Gewalt noch nicht der Union zugewiesen worden ist, sondern bei den Völkern der Mitgliedstaaten verbleibt, kann also nicht geschlossen werden, daß die Grenzen der verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung noch nicht überschritten sind.

(1.2) „Herrschaft über die Verträge“

In engem Zusammenhang mit der verfassunggebenden Gewalt steht die Frage, ob die Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge“ sind und ob das Grundgesetz verlangt, daß sie dies bleiben müssen. Das primäre Unionsrecht wird bislang durch völkerrechtliche Verträge seitens der Mitgliedstaaten gesetzt – durch die Gründungsverträge und die vielen Änderungsverträge bis hin zum Vertrag von Lissabon. Diese Methode der Setzung von Unionsrecht entspricht dem Prinzip der souveränen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten. Würden diese die „Herrschaft über die Verträge“ verlieren und die Europäische Union aus eigenem Recht heraus primäres Unionsrecht setzen können, dann wäre die Europäische Union eindeutig ein souveräner Staat und die Mitgliedstaaten nicht mehr. Denn dann könnte die Union kraft ihrer Rechtsetzungsgewalt die Mitgliedstaaten in Pflicht nehmen, ohne zuvor von diesen im Wege der Übertragung der entsprechenden Hoheitsrechte ermächtigt worden zu sein. Zu Recht legt das Bundesverfassungsgericht deshalb Wert darauf, daß die Mitgliedstaaten „Herren der Verträge“ sind und bleiben⁷⁵.

Aber umgekehrt: Sind sie souveräne Staaten im Sinne des Grundgesetzes, solange sie „Herren der Verträge“ sind? Auch diese Frage muß verneint werden: Wenn die Mitgliedstaaten in einem solchen Umfang Hoheitsrechte an die Union übertragen, daß ihnen selbst keine wesentlichen Hoheitsrechte mehr verbleiben, sind sie keine souveränen Staaten mehr, auch wenn sie durch Änderung der Verträge – nämlich durch Rückübertragung von Hoheitsrechten an die Mitgliedstaaten – sich selbst wieder zu solchen machen könnten.

(1.3) Kompetenz-Kompetenz

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Maastricht-Urteil ausführlich mit der Frage befaßt, ob der Europäischen Union die Kompetenz-Kompetenz zukommt, und diese Frage für den damaligen Rechtszustand verneint⁷⁶. Es hat zutreffend gesagt, daß es mit dem Grundgesetz unvereinbar wäre, der Europäischen Union die Kompetenz-Kompetenz einzuräumen⁷⁷.

Umgekehrt: Solange die Kompetenz-Kompetenz bei den Mitgliedstaaten liegt, ist dies ein wichtiges Indiz dafür, daß sie noch souveräne Staaten sind. Aber mehr als ein Indiz ist es nicht. Auch hier gilt, was soeben bereits zu dem verwandten Topos „Herren der Verträge“ gesagt wurde: Auch wenn die Kompetenz-Kompetenz noch bei den Mitgliedstaaten liegt, können die Grenzen der verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung überschritten sein, nämlich zumindest dann, wenn so viele oder so gewichtige Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen worden sind, daß die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten völlig ausgehöhlt worden ist.

⁷⁵ BVerfGE 89, 155 (190).

⁷⁶ BVerfGE 89, 155 (194 ff.).

⁷⁷ BVerfGE 89, 155 (194); vgl. bereits oben Fn. 70; ebenso z.B. *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), S. 191 (201).

(1.4) Flächendeckende / partielle Kompetenzen

Zur Staatlichkeit gehört die „Omnikompetenz“ des staatlichen Gemeinwesens: Im Unterschied zu sonstigen menschlichen Verbänden ist der Staat nicht auf die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben beschränkt, sondern er kann sich seine Aufgaben selbst stellen. Er ist für alles zuständig, was hoheitlicher Regelung zugänglich ist, soweit nicht – im Verfassungsstaat – die Grundrechte als „negative Kompetenznormen“ entgegenstehen.

Im Bundesstaat sind die Zuständigkeiten freilich zwischen Bund und Ländern verteilt. Nur der Staat im ganzen ist omnikompetent, nicht jede einzelne Ebene. Entsprechendes muß für den europäischen Verfassungsverbund als Mehrebenensystem gelten.

Hinsichtlich der Bestimmung der Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten ist aber davon auszugehen, daß das Grundgesetz, wenn es die Bundesrepublik Deutschland als souveränen Staat konstituiert, der Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen kann, von dem Modell eines Staates ausgeht, der selbst die prinzipielle Omnikompetenz – die sich in Deutschland auf Bund und Länder verteilt – besitzt, und *einzelne* Hoheitsrechte auf eine zwischenstaatliche Einrichtung überträgt. Diese können in ihrer Summe durchaus beachtlich sein, doch darf die Grundkonzeption des Grundgesetzes nicht angetastet werden: Die flächendeckende Zuständigkeit (also eine Omnikompetenz, die nur durch die Übertragung einzelner Hoheitsrechte durchlöchert wird) muß bei Deutschland bleiben, während die zwischenstaatliche Einrichtung, an welche die Hoheitsrechte übertragen werden, nur sektorale Kompetenzen für einzelne Sachgebiete erhalten darf.

Die Unterscheidung einer flächendeckenden Kompetenz (prinzipiellen Omnikompetenz) von partiellen / sektoralen Kompetenzen ist also ein Kriterium, welches das Grundgesetz als Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten vorgibt.

(1.5) Kernfunktionen der Staatlichkeit

Die Aufgaben und Funktionen des Staates haben sich im Laufe der Geschichte gewandelt. Aber es gibt Kernfunktionen, die – zusammen mit den Kriterien Territorialität und Gewaltmonopol – den neuzeitlichen Staat auszeichnen und notwendig mit ihm verbunden sind. Dazu gehören die Wahrung der äußeren und der inneren Sicherheit, die Justiz und das Rechtssystem. Dem staatlichen Gewaltmonopol entspricht ein Rechtsetzungs- und Rechtsdurchsetzungsmonopol. Originäre (nicht aus inhaltlich vorgeprägten Ermächtigungen seitens anderer Organisationen abgeleitete) Rechtserzeugung durch den Gesetzgeber, verbindliche Streitentscheidung durch die Gerichte, Rechtsdurchsetzung durch die vollziehende Gewalt, Gefahrenabwehr durch die Polizei sind genuine Staatsaufgaben. Ein Gemeinwesen, das diese Aufgaben nicht (oder nicht mehr) eigenverantwortlich wahrnimmt, kann nicht als Staat angesehen werden. Das gleiche gilt für die Selbstverteidigung nach außen. Ein Gemeinwesen, das auf das Recht verzichtet, sich in eigener Verantwortung gegen militärische und sonstige gewaltsame Angriffe von außen zu verteidigen, verzichtet auf seine äußere Unabhängigkeit und stellt letztlich sein Existenzrecht zur Disposition. Als der Parlamentarische Rat das Grundgesetz geschaffen hat und Deutschland als souveränen Staat neu konstituieren wollte, ging er von einem Staatsverständnis aus, das zumindest diese

Kernfunktionen umfaßte⁷⁸. Es gibt viele andere Funktionen und Aufgaben, die der moderne Staat heute erfüllt, die zu den Kernfunktionen im Laufe der Zeit hinzugekommen sind und die auch wieder wegfallen können, ohne daß der Staat seinen Staatscharakter verliert. Von diesen zusätzlichen Funktionen kann man nicht ohne weiteres annehmen, daß der Verfassungsgeber sie als unabdingbar angesehen hat. Ohne die genannten Kernfunktionen aber wäre die Bundesrepublik Deutschland nicht der souveräne Staat, den der Verfassungsgeber konstituieren wollte⁷⁹.

Dies bedeutet nicht, daß nicht auch im Bereich der Kernfunktionen Übertragungen und Beschränkungen von Hoheitsrechten zulässig sind. So ermächtigt Art. 24 Abs. 2 GG ja ausdrücklich zum Beitritt in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit. Jedoch ermöglicht selbst diese ausdrückliche Ermächtigung nicht dazu, die eigenverantwortliche Wahrnehmung der fundamentalen Staatsfunktion äußere Selbstverteidigung aufzugeben. Es geht vielmehr darum, diese Funktion in einem internationalen Rahmen effektiver wahrnehmen zu können, als dies ohne die Zusammenarbeit mit anderen Staaten möglich wäre; die Eigenverantwortlichkeit muß aber auch in der internationalen Zusammenarbeit gewahrt bleiben. Erst recht muß die Sorge für die innere Sicherheit als eigenverantwortliche Aufgabe beim Staat bleiben. Was die eigenverantwortliche Rechtsetzung angeht, ergibt sich aus Art. 24 Abs. 1 GG, der jetzt in bezug auf die europäische Integration durch Art. 23 Abs. 1 GG konkretisiert wird, daß diese Befugnis in begrenztem Umfang auf die Europäische Union übertragen werden kann; die Befugnis zur Übertragung von Hoheitsrechten ist vor allem eine Befugnis zur Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen. Jedoch muß dabei im ganzen die Gestaltung der nationalen Rechtsordnung als eigenverantwortliche Aufgabe beim deutschen Gesetzgeber verbleiben.

(1.6) Austrittsrecht

Ein Bundesstaat ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Mitgliedstaaten kein Austrittsrecht mehr haben; dann haben sie ihre Souveränität vollständig und endgültig aufgegeben. Beispielsweise haben die Länder der Bundesrepublik Deutschland kein Sezessionsrecht.

Kann man aber den Umkehrschluß ziehen? Kann man aus dem Umstand, daß die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein Austrittsrecht haben, darauf schließen, daß sie noch souveräne Staaten sind? Das Beispiel der Sowjetunion, deren Verfassung den Sowjetrepubliken ein Austrittsrecht garantierte, belegt das Gegenteil. Selbst wenn das Sezessionsrecht der Sowjetrepubliken jahrzehntelang nicht nur auf dem Papier gestanden hätte, wäre die UdSSR zweifellos ein souveräner Staat und wären die Republiken nicht souveräne Staaten gewesen.

⁷⁸ Soweit diese Kernfunktionen 1948/49 aufgrund der Besatzungsherrschaft und der Vorbehalte der Alliierten noch nicht wahrgenommen werden konnten, war dem Parlamentarischen Rat dies als – zu überwindendes – Souveränitätsdefizit bewußt.

⁷⁹ Auf die Kernfunktionen stellt auch *Di Fabio*, *Der Staat* 32 (1993), S. 191 (201 f.), ab: Die unwiderrufliche Übertragung „wesentlicher klassischer Staatsaufgaben“ sei verfassungsrechtlich nicht möglich.

Völkerrechtlich ist es möglich, daß souveräne Staaten zu einem neuen Gesamtstaat fusionieren; so entsteht ein neues Völkerrechtssubjekt. Die bisher souveränen Staaten, die sich zusammenschließen, verlieren so ihre Völkerrechtssubjektivität. Dies gilt auch dann, wenn die Verfassung des neuen Staates für die bisherigen Staaten ein Sezessionsrecht vorsieht. Wie bei jeder effektiv durchgesetzten Sezession entsteht ein neues Völkerrechtssubjekt. In einem solchen Fall verlieren die Mitgliedstaaten durch die Fusion also ihren Status als Völkerrechtssubjekte, und bei einer Sezession – in Ausübung ihres verfassungsrechtlich garantierten Sezessionsrechts – gewinnen sie diesen Status neu.

Schon völkerrechtlich ist das Vorhandensein eines Austrittsrechts für die Beantwortung der Frage, ob die Europäische Union sich zu einem Bundesstaat entwickelt hat, ohne Relevanz. Dies muß erst recht für die Beantwortung der Frage gelten, ob die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten überschritten sind⁸⁰. Es kann nicht darauf ankommen, ob die Bundesrepublik Deutschland sich durch Austritt aus der Europäischen Union europarechtlichen Bindungen entziehen könnte, die das Maß des verfassungsrechtlich Erlaubten überschreiten, sondern es kommt allein darauf an, ob die Hoheitsrechte, die übertragen worden sind, übertragen werden durften. Wenn Hoheitsrechte übertragen worden sind, die über das vom Grundgesetz vorgesehene Ausmaß hinausgehen, liegt in dem Übertragungsakt ein Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG. Daß dieser Verstoß durch Austritt aus der Europäischen Union korrigiert werden könnte – wenn ein Austritt denn gegen die Kraft des Faktischen überhaupt noch möglich wäre –, ändert nicht daran, daß es ein Verstoß ist, der in seiner rechtlichen Wirkung bis zu einem eventuellen Austritt andauert.

(2) Quantitative Ansätze

(2.1) Quantität der Rechtsetzungskompetenzen

Soweit es um die Rechtsetzung geht, kann die Abgrenzung der verfassungsmäßigen von der nicht mehr verfassungsmäßigen Übertragung von Hoheitsrechten somit nicht rein qualitativ anhand der Unterscheidung Kernfunktionen / sonstige Funktionen vorgenommen, sondern muß auch auf quantitative Aspekte abstellen: Die eigenverantwortliche Wahrnehmung der Kernfunktion Rechtsetzung und Gestaltung der nationalen Rechtsordnung wäre jedenfalls dann nicht mehr gewahrt, wenn die Kompetenz zur Rechtsetzung für den überwiegenden Teil der Rechtsetzungsmaterien an die Europäische Union übertragen würde.

Auf die Quantität exekutivischer Kompetenzen kommt es dagegen nicht an. Diese liegen – wie das Beispiel Deutschland zeigt – im Bundesstaat üblicherweise auf der unteren Ebene, so daß ein Fehlen umfassender exekutivischer Kompetenzen der Europäischen Union nicht dagegen spricht, daß Deutschland bereits mehr Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen hat als das Grundgesetz zuläßt.

⁸⁰ Ebenso *Broß*, FS Hablitzel, 2005, S. 55 (64).

(2.2) Quantität von Elementen der Staatlichkeit

Macht man sich klar, daß es für die Bestimmung der unabänderlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten nicht darauf ankommt, ob die Europäische Union bereits als Bundesstaat mit eigenem Staatsvolk „gegründet“ worden ist, sondern darauf, ob sie bereits so viele Elemente der Staatlichkeit erhalten hat, daß sie nicht mehr als „zwischenstaatliche Einrichtung“ i.S. von Art. 24 Abs. 1 GG angesehen werden kann⁸¹, dann ist auch im Hinblick auf die einzelnen staatstypischen Elemente, die die Europäische Union mittlerweile auszeichnen, eine quantitative Analyse geboten. Denn mit jeder Übertragung von Hoheitsrechten erhält eine zwischenstaatliche Einrichtung etwas von dem, was im Zeitalter der klassischen Nationalstaaten exklusiv den souveränen Staaten zustand. Insbesondere die Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen ist Übertragung von Staatlichkeitselementen. Wenn Art. 24 Abs. 1 GG (und in dem von ihm gesetzten Rahmen jetzt auch Art. 23 Abs. 1 GG) zur Übertragung von Hoheitsrechten ermächtigt, dann ist damit immer auch die Übertragung von Elementen der Staatlichkeit impliziert. Dies ist vom Grundgesetz so gewollt und nicht zu beanstanden.

Die Grenze, die das Grundgesetz dabei (unter dem Aspekt der souveränen Staatlichkeit; zum Aspekt der Demokratie noch unten I.3, II.) setzt, besteht darin, daß einerseits so viel an Staatlichkeitselementen bei der Bundesrepublik Deutschland bleibt, daß diese noch als souveräner Staat betrachtet werden kann, und andererseits die Europäische Union nur maximal so viele Staatlichkeitselemente erhält, daß sie noch als „zwischenstaatliche Einrichtung“ angesehen werden kann. Unter diesem Aspekt sind neben der Rechtsetzungshoheit Elemente wie Außenzuständigkeit, Währungshoheit, Zuständigkeit für die innere Sicherheit usw. zu berücksichtigen.

Das Grundgesetz verlangt also eine wertende Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung sowohl qualitativer als auch quantitativer Elemente⁸². Der Einbeziehung quantitativer Kriterien kann man nicht dadurch ausweichen, daß man neue Begriffe wie „Staatenverbund“ oder „Verfassungsverbund“ auf die Europäische Union anwendet. Dies sind nicht Begriffe des Grundgesetzes. Sie mögen zur Beschreibung dessen, was den Stand der europäischen Integration ausmacht geeignet sein, nicht jedoch zur Präzisierung der unabänderlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten.

(3) Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Kriterium für den Ausschluß des Übergangs der Staatlichkeit an die Europäische Union?

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wird in der Literatur oft als die Zauberformel angesehen, mit Hilfe derer sichergestellt wird, daß die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ihre Staatlichkeit behalten und auch bei weiteren Integrationsschritten die

⁸¹ Daß es hierauf ankommt und daß der neue Art. 23 Abs. 1 GG keine Erweiterung der Übertragungsermächtigung schaffen konnte, wurde oben (C.I.2. b) dargelegt; ausführliche Begründung bei *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (176-179).

⁸² Zur Notwendigkeit einer auch quantitativen Herangehensweise im Hinblick auf die fließenden Übergänge zwischen Staatlichkeit und Gliedstaatlichkeit ausführlich *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (170 ff.).

verfassungsrechtlichen Grenzen der Integrationsermächtigung nicht überschritten werden. Auch im Maastricht-Urteil klingt dieser Gedanke an⁸³. In der Tat ist der Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ein wichtiges Abgrenzungskriterium: Würde es aufgegeben zugunsten einer unbestimmten Generalermächtigung, dann wäre dies mit dem Grundgesetz unvereinbar⁸⁴.

Aber kann man umgekehrt wirklich sagen, die verfassungsrechtlichen Integrationsgrenzen seien nicht überschritten, solange die Kompetenzzuweisung an die Europäische Union nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erfolgt? Wer diese Frage bejaht, verkennet, daß das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ein rein formales Prinzip der Kompetenzabgrenzung ist, das über den Umfang der Kompetenzübertragung nichts aussagt. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verteilt die Kompetenzen in einem Mehrebenensystem zwischen zwei Ebenen nach einem einfachen formalen Regel-Ausnahme-Schema: Die Kompetenzen liegen bei der einen Ebene (hier: bei den Mitgliedstaaten), soweit die nicht der anderen Ebene (hier: der Europäischen Union) ausdrücklich für bestimmte Gebiete zugewiesen sind. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in der Europäischen Union hat also keine andere Funktion als sie in Deutschland Art. 70 GG für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern hat. Ob das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zusätzlich eine hinreichend präzise Bestimmung der der Europäischen Union übertragenen Rechtsetzungskompetenzen verlangt, die es den nationalen Gesetzgebern ermöglicht, die Verantwortung für die Übertragung der betreffenden Hoheitsrechte zu übernehmen⁸⁵, ist in diesen Zusammenhang irrelevant. Denn auch wenn die übertragenen Einzelkompetenzen sehr präzise normiert und normativ begrenzt sind, bleibt es dabei, daß es sich um eine formale Verteilungsregel handelt. Diese Verteilungsregel stellt aber keineswegs sicher, daß – wie Art. 24 GG dies verlangt und wie der neue Art. 23 GG dies nicht ändern konnte – nur einzelne Hoheitsrechte, d.h. eine begrenzte Zahl von Hoheitsrechten und auf keinen Fall die überwiegende Zahl der Hoheitsrechte, auf die Europäische Union übertragen werden. Vielmehr ist es möglich, daß im Wege der begrenzten Einzelermächtigung praktisch alle Gesetzgebungskompetenzen auf die Europäische Union übertragen werden, daß also für die Mitgliedstaaten – in Deutschland für Bund und Länder – überhaupt nichts mehr übrig bleibt. Es ist völlig klar, daß dieses Ergebnis mit dem Grundgesetz unvereinbar wäre, sowohl unter dem Aspekt der souveränen Staatlichkeit als auch unter dem Aspekt des Demokratieprinzips.

Aus dem Umstand, daß das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach wie vor das für die Europäische Union maßgebliche Prinzip der Kompetenzverteilung ist, folgt also nichts für die Beantwortung der Frage, ob die Grenzen der nach dem Grundgesetz zulässigen Übertragung von Hoheitsrechten überschritten sind oder nicht.

Erst recht nicht läßt sich die hiermit im Zusammenhang stehende, aber nicht hiermit identische Frage, ob die Europäische Union bereits ein Bundesstaat ist, unter Hinweis auf das

83 *BVerfGE* 89, 155 (189, 192).

84 Vgl. *BVerfGE* 89, 155 (209 f.).

85 Vgl. *BVerfGE* 89, 155 (191 f.).

Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verneinen. Vielmehr ist ein solches Prinzip der Kompetenzverteilung in Bundesstaaten durchaus üblich, wie insbesondere die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland zeigt, wo dieses Prinzip für die Gesetzgebung (Art. 70 GG) und für die gesamte Staatstätigkeit (Art. 30 GG) ebenfalls als Kompetenzverteilungsprinzip fungiert.

d) Die europäische Staatswerdung als dynamischer Prozeß

Im Maastricht-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht zutreffend festgestellt, daß die Mitgliedstaaten mit dem Vertrag von Maastricht keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat gegründet hätten und daß eine Gründung „Vereinigter Staaten von Europa“ derzeit nicht beabsichtigt sei⁸⁶. Zu einer solchen Staatsgründung wäre es auch durch den Verfassungsvertrag nicht gekommen und ist es durch den Vertrag von Lissabon ebenfalls nicht gekommen.

Es ist auch sehr unwahrscheinlich, daß die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sich in absehbarer Zeit zu einem solchen Gründungsakt entschließen. Dafür gibt es viele politische Gründe. Größtenteils wollen die Völker der Mitgliedstaaten ihre souveräne Staatlichkeit behalten. Und ihre politischen Führungen wollen dies entweder ebenfalls, oder sie streben zwar einen europäischen Bundesstaat an, können dies aber mit Rücksicht auf ihre Wähler nicht offen sagen⁸⁷. Vielen Politikern ist vielleicht gar nicht bewußt, wie stark sich die Europäische Union einem Bundesstaat bereits angenähert hat. Ihnen genügt es, wenn der die äußeren Insignien und Symbole der nationalen Staatlichkeit erhalten bleiben und nicht umgekehrt die Europäische Union die Symbole der Staatlichkeit für sich reklamiert.

Welch immense Bedeutung die Symbolpolitik im Zusammenhang mit der europäischen Integration hat, ist ganz besonders im Zusammenhang mit der Diskussion um den europäischen Verfassungsvertrag deutlich geworden. Die Kritik an diesem Vertrag, die letztlich auch zu seinem Scheitern führte, war weitgehend Kritik an der Verwendung von Staatsymbolik – Verwendung des Begriffs „Verfassung“, Hymne, Flagge, „Europatag“ als eine Art europäischer Nationalfeiertag. Der Vertrag von Lissabon unterscheidet sich vom Verfassungsvertrag im wesentlichen dadurch, daß er auf diese Symbolik verzichtet. Mit der Sache hat die Symbolik aber nicht viel zu tun. Allein durch die Verwendung der Symbole wäre kein Staat entstanden, wenn nicht die materiellen Voraussetzungen der Staatlichkeit gegeben wären. Umgekehrt führt das Weglassen der Symbole nicht dazu, daß kein Staat entsteht, obwohl die materiellen Voraussetzungen der Staatlichkeit gegeben sind.

Für die Öffentlichkeit – und dies gilt weitgehend auch für die politische Klasse – ist die Symbolik freilich von großer Bedeutung. Und viele glauben offenbar, daß ein europäischer Bundesstaat erst dann entstehe, wenn man ihn förmlich „gründet“. Solange es einen solchen Gründungsakt nicht gibt, durch den die Völker der Mitgliedstaaten sich förmlich zu einem europäischen Staatsvolk konstituieren und durch den die Europäische Union expres-

⁸⁶ BVerfGE 89, 155 (188 f.).

⁸⁷ Vgl. die Vermutung von *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), S. 191 (197) m. Hinw. auf eine Äußerung von *Verheugen*.

sis verbis zum souveränen Staat ausgerufen wird, könne, so eine verbreitete Meinung, die Europäische Union nicht als Staat angesehen werden. Dies ist ein Irrglaube, wenn auch – wie bereits dargelegt – schon aus Gründen der internationalen Rechtssicherheit ein Staat im völkerrechtlichen Sinne erst dann entstehen kann, wenn er sich selbst so bezeichnet. Für die Frage, ob die Europäische Union materiell die Voraussetzungen der Staatlichkeit erfüllt, ist die Bezeichnung als „Staat“ und ist ein förmlicher Gründungsakt indes eine Äußerlichkeit, auf die es nicht entscheidend ankommen kann.

Das Abstellen auf einen Gründungsakt verkennt, daß die Staatswerdung Europas ein dynamischer Prozeß ist, der sich über Jahrzehnte erstreckt. Die Europäische Union wird nicht durch eine einmalige Entscheidung zu einem Staat, sondern ihr wachsen im Laufe der Zeit immer mehr Hoheitsrechte und damit auch Staatsfunktionen zu – teils durch Änderungen der Gründungsverträge, teils durch extensive Inanspruchnahme von in den Verträgen gar nicht vorgesehener oder allenfalls vage angelegter Kompetenzen⁸⁸. Dieser Kompetenzzuwachs erstreckt sich auf immer mehr Sachgebiete. Er führt in quantitativer und qualitativer Hinsicht dazu, daß die Europäische Union eines Tages funktionell den Charakter eines Staates hat, ohne daß sie förmlich als Staat „gegründet“ worden ist, und möglicherweise hat er bereits dazu geführt. Wenn eines Tages die „Vereinigten Staaten von Europa“ förmlich gegründet werden sollten, dann wird dies ein Formalakt sein, der lediglich förmlich bestätigt, was der Sache nach längst geschehen ist.

Für die Beurteilung der Frage, ob die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten überschritten und der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit verletzt ist, kommt es also nicht darauf an, ob ein förmlicher Staatsgründungsakt vorliegt, sondern es kommt darauf an, an welcher Stelle des dynamischen Integrationsprozesses wir mittlerweile angekommen sind.

Wenn es also zutrifft, daß die europäische Staatswerdung sich nicht in einer einmaligen Entscheidung vollzieht, sondern in einem jahrzehntelangen Prozeß, der aus unzähligen kleinen Schritten besteht, dann hat dies auch Konsequenzen für die verfassungsgerichtliche Überprüfung der Einhaltung der vom Grundgesetz vorgegebenen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten. Die Fragestellung für das Bundesverfassungsgericht kann nicht sein: Ist ein bestimmter Vertrag – hier der Vertrag von Lissabon – ein Vertrag, der etwas qualitativ völlig Neues schafft, nämlich aus einem „Staatenverbund“ einen „Bundesstaat“ macht? Sondern die Frage muß sein: Hat unter Einbeziehung des zu beurteilenden Vertrages der Integrationsprozeß die Grenze überschritten, die das Grundgesetz der Übertragung von Hoheitsrechten setzt? Bleibt also die Gesamtheit der bis jetzt übertragenen, der von der Europäischen Union ohne ausdrückliche Übertragung in Anspruch genommenen und der durch den zu beurteilenden Vertrag zusätzlich übertragenen Hoheitsrechte noch im Rahmen dessen, was zu übertragen das Grundgesetz erlaubt?

Wie oben bereits dargelegt (C.I.2.c bb), kommt es für die Beantwortung dieser Frage nicht auf die begriffliche Einordnung der Europäischen Union an, insbesondere nicht darauf, ob

⁸⁸ Ausführlich zum dynamisch-prozeßhaften Charakter der europäischen Integration und zu den daraus sich ergebenden Konsequenzen für ihre verfassungsrechtliche Beurteilung *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (168 ff.).

man sie als „Staatenverbund“⁸⁹, als „Bundesstaat“⁹⁰ oder etwa als „Teilbundesstaat“⁹¹ bezeichnet⁹². Man mag sie als „Staatenverbund“ bezeichnen, solange sie sich noch nicht zum souveränen Staat proklamiert hat und sie auf der völkerrechtlichen Ebene noch nicht als Staat agiert, sondern als staatsähnliche Organisation. Dies schließt aber keineswegs aus, daß die oben aufgezeigten Grenzen der Übertragbarkeit von Hoheitsrechten überschritten sind. Verfassungsrechtlich geht es nicht um „Staat“ oder „Nicht-Staat“, sondern um die europäische Staatswerdung und die ihr korrespondierende Entstaatlichung der Mitgliedstaaten, um die Anreicherung von Elementen der Staatlichkeit bei der Europäischen Union und den Verlust von Elementen der Staatlichkeit auf Seiten der Mitgliedstaaten, um die Konkretisierung der Grenze, die das Grundgesetz diesem Staatswerdungs- und Entstaatlichungsprozeß setzt, und um die Beantwortung der Frage, ob diese Grenze mit dem Vertrag von Lissabon überschritten ist.

e) Der Vertrag von Lissabon und der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit

aa) Rechtsetzungshoheit und Rechtsprechungshoheit

Schon vor dem Vertrag von Lissabon hatte die Europäische Union schon so weitreichende Rechtsetzungskompetenzen, daß man sie in ihrer Gesamtheit kaum noch als einzelne Hoheitsrechte im Sinne von Art. 24 Abs. 1, 23 Abs. 1 GG ansehen konnte. Durch den Vertrag von Lissabon kommen weitere wichtige Rechtsetzungskompetenzen hinzu. Im Ergebnis ist dadurch die Europäische Union weit über eine sektorale zwischenstaatliche Einrichtung hinausgewachsen. Wie sogleich im einzelnen gezeigt wird, hat die Europäische Union sowohl quantitativ als auch qualitativ so umfangreiche Kompetenzen, wie sie für die Bundesebene eines Bundesstaates typisch sind.

(1) Flächendeckende Kompetenzen

(1.1) Keine sektorale Beschränkung, sondern thematische Flächendeckung

Die Europäische Union ist aus einer zunächst auf wirtschaftsrelevante Sektoren begrenzten Gemeinschaft hervorgegangen, die im Laufe der Jahrzehnte immer mehr Rechtsetzungs-

⁸⁹ So die Begriffsprägung des BVerfG im Maastricht-Urteil, *BVerfGE* 89, 155 (190).

⁹⁰ Dies erwägt z.B. *Siegfried Broß*, Verfassungssystematische und verfassungspolitische Überlegungen zum Erfordernis eines nationalen Referendums über die Verfassung der Europäischen Union, in: FS Hablitzel, 2005, S. 55 (60).

⁹¹ Ebenfalls eine Erwägung von *Broß* (Fn. 90), S. 61, 62.

⁹² Dazu *Haack* (Fn. 74), S. 13: „Wenn das Schrifttum nahezu einhellig die fehlende Staatsqualität der EU beschwört und beteuert, so handelt es sich mehr und mehr um eine begriffliche Absicherung, die dem Sachzusammenhang nur noch begrenzt gerecht werden kann. Der Begriff wird dann bewußt nicht verwendet, obwohl und weil er der Sache nach irgendwie paßt.“ Und *Di Fabio*, *Der Staat* 32 (1993), S. 191 (197), stellte bereits 1993 fest, es deute sich ein Entwicklungsprozeß an, „in dem die europäische Ebene die entscheidende staatliche Rechtsmacht an sich zieht, aus formalen oder institutionellen Gründen dieser Ebene die Staatsqualität jedoch abgesprochen wird“. Dem entspricht der Hinweis von *Siegfried Broß*, Überlegungen zur europäischen Staatswerdung, *JZ* 2008, S. 227 (229), auf die Diskrepanz zwischen dem, „was die Vertragsstaaten zwar nach ihrem erklärten Willen nicht anstreben, durch ihr Tun aber gleichwohl materiell erreichen“.

kompetenzen zunächst im Bereich der Wirtschaft, dann aber – meist eher indirekt – auch in bezug auf Bereiche außerhalb der Wirtschaft erhalten hat. In den ersten Jahrzehnten ging es „nur“ um die allmähliche Verwirklichung des Binnenmarkts. Schon das war ein riesiges Projekt mit Auswirkungen weit über den Binnenmarkt hinaus, da die zur Verwirklichung des Binnenmarkts durchgeführte Rechtsangleichung in viele Lebensbereiche ausstrahlte. Mit der binnenmarktbezogenen Rechtsvereinheitlichungskompetenz (ex Art. 95 EG, ex Art. 100a EWGV, jetzt Art. 114 AEUV) verfügte die Europäische Gemeinschaft bereits eine inhaltlich kaum noch eingrenzbare Generalklausel, denn es gibt praktisch keinen Lebensbereich, für den sich nicht ein wenigstens indirekter Bezug zum Markt herstellen läßt⁹³. Die Rechtsharmonisierung hat zur Folge, daß, soweit die Materie in der Richtlinie abschließend geregelt ist, in dem geregelten Sachbereich den Mitgliedstaaten keine Gesetzgebungsbefugnis mehr zusteht⁹⁴. Schon vor Maastricht also hatte sich die Europäische Gemeinschaft also mit Hilfe der Generalklauseln über die Rechtsangleichung und die Vertragsergänzung (ex Art. 235 EWG) und mit einer expansiven, kompetenzausdehnenden Rechtsprechung des EuGH eine nahezu flächendeckende Rechtsetzungskompetenz verschafft. Das Bundesverfassungsgericht hat dies im Maastricht-Urteil heruntergespielt und gemeint, mit seiner eigenen Reservekompetenz zur Verhinderung „ausbrechender Rechtsakte“ die Europäische Gemeinschaft im Zaum halten zu können. Mit dem Vertrag von Maastricht war die Wirtschafts- und Währungsunion hinzugekommen und eine immer engere Zusammenarbeit auf den Gebieten der Außen- und Sicherheitspolitik sowie im Bereich der Innen- und Justizpolitik, wenn auch zunächst auf intergouvernementaler Ebene, beschlossen worden. Nachdem nun mit dem Vertrag von Lissabon auch die nach dem Vertrag von Maastricht noch als „Dritte Säule“ auf der Ebene der völkerrechtlichen Zusammenarbeit gebliebene Innenpolitik – früher als „Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen“ bezeichnet, jetzt inhaltlich ausgeweitet und unter den Titel „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ gefaßt – vergemeinschaftet worden ist, gibt es keine wesentlichen Sachgebiete mehr, auf denen die Europäische Union keine Rechtsetzungskompetenz hat⁹⁵. Berücksichtigt man, daß der EuGH die Kompetenzen der EG immer expansiv und zu Lasten der Mitgliedstaaten ausgelegt hat⁹⁶ und beispielsweise ohne Grundlage in den Verträgen ein Recht auf Inländergleichbehandlung beim Zugang zu sozialen Leistungen aus der Unionsbürgerschaft abgeleitet hat⁹⁷, so ergibt sich auf der Basis des Vertrages von Lissabon eine Rechtsetzungshoheit der Europäischen Union, die weit über binnenmarktbezogene Sektoren hinausreicht und sich nicht nur auf die gesamte Wirt-

⁹³ Vgl. z.B. *Albert Bleckmann*, JZ 1990, S.301 (305); *W. A. Kewenig*, Die Europäischen Gemeinschaften und die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, S.458 (464); *Martin Kutschka*, Demokratischer Zentralismus? Vom zweifelhaften Schicksal bundesdeutscher Verfassungsprinzipien bei der EG-Integration, KJ 1990, S. 425 (428f.).

⁹⁴ Dazu näher *Georg Röss*, Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften, Gedächtnisschr. f. Wilhelm Karl Geck, 1989, S. 625 (626 f.).

⁹⁵ Vgl. die zutreffende Feststellung von *Broß* (Fn. 90), S. 63 (bezogen auf den EU-Verfassungsvertrag, von dem sich aber der Vertrag von Lissabon insoweit nicht unterscheidet).

⁹⁶ Das Selbstverständnis des EuGH als „Motor der Integration“ ist unbestritten, vgl. z.B. *Broß* (Fn. 92), S. 230.

⁹⁷ Dazu *Kay Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185 ff.

schaftspolitik sowie die Währungshoheit erstreckt, sondern auch die innere Sicherheit, das Strafrecht und das Zivilprozeßrecht, die Sozialpolitik, die Umweltpolitik, die Bildungs- und Jugendpolitik, Kultur und Gesundheitspolitik, Verbraucherschutz, Forschung und technologische Entwicklung, Energiepolitik, Tourismus und Katastrophenschutz umfaßt. Die Aufzählung ist nicht vollständig. Sie zeigt, daß die Rechtsetzungshoheit der Europäischen Union nicht mehr auf einzelne Sektoren beschränkt, sondern im wesentlichen flächendeckend ist. Während zu Beginn der europäischen Integration die EWG einzelne Rechtsetzungskompetenzen erhalten hatte und die Kompetenzen im übrigen flächendeckend bei den Mitgliedstaaten verblieben, ist heute die Europäische Union flächendeckend für fast alles zuständig; die Ausnahmen muß man suchen. Und wo man welche findet, kann man nicht sicher sein, daß dies so bleibt, weil der EuGH noch immer Gründe gefunden hat, der EG zusätzliche Kompetenzen zuzusprechen, wenn sie diese benötigte. Es gibt keinen Grund für die Annahme, daß sich dies nach dem Inkrafttreten des Reformvertrages ändern wird.

Der Kompetenzkatalog, auf den die Europäische Union ihre Rechtsetzung stützen kann, ist jedenfalls so umfangreich geworden, daß er dem Kompetenzkatalog, den die Bundesebene eines typischen souveränen Bundesstaates hat, gleichkommt, und die Kompetenzfülle wohl diejenige des zentralen Gesetzgebers mancher Bundesstaaten übertrifft. Vergleicht man den Kompetenzkatalog der Europäischen Union, wie er sich aus dem Dritten Teil des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ergibt, mit den Kompetenzkatalogen der Art. 73 und 74 GG, so kann man unter dem Aspekt der flächendeckenden Rechtsetzungszuständigkeit der Europäischen Union Staatlichkeit nicht mehr absprechen. *Broß* hat sogar festgestellt, dieser Vergleich zeige, daß sich die nationale Souveränität allenfalls noch auf marginale Bereiche erstrecke⁹⁸.

Auf jeden Fall aber hat die Europäische Union heute Rechtsetzungskompetenzen in einer solchen Fülle, daß sie die Rechtsetzung in Europa dominiert oder jedenfalls – wenn sie die vorhandenen Kompetenzen extensiv unter Billigung des Gerichtshofs in Anspruch nimmt – eindeutig dominieren kann. Es ist schwierig, die Rechtsetzungskompetenzen zu quantifizieren. Die Zahlen, die zur Frage, in welchem Umfang nationale Gesetze bereits heute durch EU-Recht vorgeprägt sind (im wirtschaftlichen Bereich sollen es über 80% sein, im Umweltschutz noch mehr), sind umstritten, aber auch nicht entscheidend. Für die Frage, ob die Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten überschritten sind, kommt es darauf an, in welchem Umfang die Europäische Union auf der Basis der im geltenden Primärrecht nach dem Stand des Vertrages von Lissabon gegebenen Rechtsetzungsermächtigungen dem nationalen Recht Vorgaben machen kann. Auf der Basis der im Dritten Teil des AEUV enthaltenen Kompetenztitel dürften dies jedenfalls deutlich über 50% aller für die staatliche Rechtsetzung relevanten Materien sein, bei extensiver Inanspruchnahme der Kompetenzen – und damit muß man aufgrund der Erfahrungen mit der europäischen Rechtsprechung rechnen – wahrscheinlich sehr viel mehr.

⁹⁸ *Broß* (Fn. 90), S. 63.

Damit ist der Umfang dessen, was an Rechtsetzungskompetenzen an die Europäische Union übertragen werden darf, eindeutig überschritten⁹⁹, sofern sich nicht aus dem Subsidiaritätsprinzip etwas anderes ergibt (dazu unten 1.3.).

(1.2) Keine wesentliche Kompetenzeinschränkung durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Wie bereits dargelegt (oben C.I.2.c cc [3] → S. 45 f.), kann das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV) die souveräne Staatlichkeit der Mitgliedstaaten nicht sichern. Da mittlerweile – unter Einbeziehung des Vertrag von Lissabon – so viele einzelne Kompetenzen an die Europäische Union übertragen worden sind, daß die Union nahezu flächendeckend zur Rechtsetzung zuständig ist und zumindest in bezug auf die Mehrheit der in Betracht kommenden Rechtsetzungsmaterien die Mitgliedstaaten dominieren kann, hat sich der Schwerpunkt der Rechtsetzungskompetenzen auf die Europäische Union verlagert. Daran ändert das ausschließlich rechtstechnische Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nichts.

(1.3) Sichert das Subsidiaritätsprinzip die mitgliedstaatliche Souveränität?

(1.3.1) Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsregel

Im Hinblick auf die Übertragung vielfältiger Einzelkompetenzen, die sich zu einer nahezu vollständig flächendeckenden Kompetenzgesamtheit summieren und von einer eigenständigen mitgliedstaatlichen Rechtsetzungskompetenz kaum noch etwas übrig lassen¹⁰⁰, kann die Frage, ob hinsichtlich der Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen überschritten ist, allenfalls dann verneint werden, wenn das in Art. 5 Abs. 1 und 3 EUV normierte Subsidiaritätsprinzip sicherstellt, daß der Schwerpunkt der Rechtsetzung bei den Mitgliedstaaten verbleibt.

Ob dies überhaupt möglich ist, ist schon deshalb fraglich, weil das Subsidiaritätsprinzip keine Kompetenzverteilungs- oder Kompetenzbegrenzungsregel, sondern eine Kompetenzausübungsregel ist¹⁰¹. Die Union erhält nicht bestimmte Kompetenzen unter der Voraussetzung, daß nicht nach dem Subsidiaritätsprinzip die Mitgliedstaaten zuständig sind, sondern die Anwendung des Subsidiaritätsprinzip setzt voraus, daß die Union die Zuständigkeit bereits hat, nur daß es keine ausschließliche Zuständigkeit ist. Schon aus diesem Grunde ist der Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip nicht geeignet, die Tatsache auszuräumen, daß der Europäischen Union nahezu flächendeckende Rechtsetzungskompetenzen übertragen worden sind. Aus der Sicht des Grundgesetzes und seines Art. 79 Abs. 3 GG hätte dem verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsgebot nur dadurch Rechnung getragen werden können, daß man von vornherein der Europäischen Union nur diejenigen Einzeler-

⁹⁹ Vgl. Broß (Fn. 90), S. 63.

¹⁰⁰ So auch die Einschätzung von Broß (Fn. 90), S. 63.

¹⁰¹ Vgl. Dieter Grimm, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1994, S. 6 (11).

mächtigungen gibt, die inhaltlich dem Subsidiaritätsprinzip entsprechen und die so präzise und begrenzt gefaßt sind, daß hinreichend umfangreiche Regelungsmaterien auf nationaler Ebene verbleiben.

Allenfalls ließe sich das europäische Subsidiaritätsprinzip als pragmatischer Ausweg verstehen, um einerseits den Fortschritt der europäischen Integration nicht durch zu starre Zuständigkeitszuweisungen zu behindern, andererseits aber dafür zu sorgen, daß im Schwerpunkt und im Umfang der Regelungsbereiche die Gesetzgebungskompetenzen überwiegend bei den Mitgliedstaaten verbleiben. Sich mit einer solchen pragmatischen – die Systematik der Kompetenzübertragung außer Acht lassenden – Betrachtung zu begnügen, käme allerdings nur dann in Betracht, wenn das Subsidiaritätsprinzip das pragmatisch gewünschte Ergebnis auch effektiv garantieren könnte und in der Praxis auch tatsächlich garantierte. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Das Subsidiaritätsprinzip ist seit dem Vertrag von Maastricht, also seit 15 Jahren im EUV (Art. 2 a.F.) und im EGV (Art. 5) normiert. Es hat zu keiner praktisch erkennbaren Reduzierung der Rechtsetzung der EG geführt. Im Gegenteil, es scheint so, als sei es seit der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im primären Gemeinschaftsrecht zu einer weiteren Schwerpunktverlagerung der Rechtsetzungstätigkeit von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union gekommen¹⁰². Der EuGH hat dem Subsidiaritätsprinzip nicht zu praktischer Wirksamkeit verholfen. Mir ist kein einziger Fall bekannt, in dem ein Rechtsakt der EG wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip vom EuGH gestoppt wurde. Das war auch nicht zu erwarten. Der EuGH hat sich seit jeher als „Motor der Integration“ verstanden, und er hat diese Rolle offenbar bis heute nicht aufgegeben. Keine Institution ist als Wächter des Subsidiaritätsprinzips schlechter geeignet als der EuGH¹⁰³.

Abgesehen von diesem empirischen Befund ist das Subsidiaritätsprinzip auch von seiner inhaltlichen Konzeption her nicht geeignet, dafür zu sorgen, daß wirklich nur die notwendig auf Unionsebene zu erledigenden Aufgaben auf dieser Ebene geregelt werden und alles andere auf Ebene der Mitgliedstaaten verbleibt. Denn im Hinblick auf praktisch jede Regelungsmaterie lassen sich irgendwelche Gründe finden, die dafür sprechen, daß das Ziel der Regelung auf Unionsebene besser erreicht werden kann¹⁰⁴.

Im übrigen ist es die Union, die die Ziele formuliert, welche mit einer Regelung erreicht werden sollen. Hierbei ist sie nur durch den weiten Kompetenzrahmen begrenzt, der seinerseits aber weitgehend durch eine finale Struktur gekennzeichnet ist. Diese Finalstruktur

¹⁰² *Roman Herzog / Lüder Gerken*, Europa entmachtet uns und unsere Vertreter, Welt online 17.2.2007, www.welt.de/dossiers/eu-macht/article720463/Europa_entmachtet_uns_und_unsere_Vertreter.html (abgerufen am 17.5.2008), berufen sich auf eine Untersuchung des Bundesjustizministeriums, die für die Jahre 1998 bis 2004 die Zahl der Rechtsakte der Bundesrepublik Deutschland und die Zahl der Rechtsakte der EU einander gegenübergestellt habe und zu dem Ergebnis gekommen sei, 84% stammten aus Brüssel, nur 16% originär aus Berlin.

¹⁰³ In diesem Sinne auch z.B. *Herzog / Gerken* (Fn. 102).

¹⁰⁴ So die wohl ganz h.M., z.B. *Dieter Grimm*, Subsidiarität ist nur ein Wort, FAZ v. 17.9.1992, S. 38; *ders.* (Fn. 101), S. 7 ff., 11; *Wernhard Möschel*, Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht, NJW 1993, S. 3025 (3027 f.); *Georg Ress*, JuS 1992, S. 985 (990).

der Europäischen Union ist in ganz besonderem Maße geeignet, Ziele von gesetzgeberischen Maßnahmen zu formulieren, die besser auf Gemeinschaftsebene als auf Mitgliedstaatsebene verwirklicht werden können. Daher ist es nicht nur ein empirisches Faktum, sondern eine regelungsstrukturelle Notwendigkeit, daß das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV den europäischen Gesetzgebungszentralismus nicht wirksam begrenzen kann¹⁰⁵.

(1.3.2) Das „Frühwarnsystem“ des Subsidiaritätsprotokolls

Wenn also der materielle Gehalt des Art. 5 EUV keine wirksame Kompetenzausübungsschranke darstellt, fragt sich, ob das, was das Subsidiaritätsprinzip eigentlich leisten soll, durch die vorhandenen Verfahrensregeln geleistet werden kann. Neu am Vertrag von Lissabon ist die ausdrückliche Einbeziehung der nationalen Parlamente in die Subsidiaritätskontrolle gemäß dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Subsidiaritätsprotokoll), das ein sogenanntes „Frühwarnsystem“ einführt.

Begrüßenswert ist, daß die Kommission zur Subsidiarität Anhörungen durchzuführen und ihren Vorschlag zu begründen hat (Art. 2 Subsidiaritätsprotokoll) und daß alle Entwürfe von Gesetzgebungsakten im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip zu begründen sind (Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll). Allerdings wird man sich von diesen Formerfordernissen nicht zu viel versprechen dürfen. Sie stellen zwar sicher, daß über das Subsidiaritätsprinzip nicht gedankenlos hinweggegangen wird. Aber eine Kommission, ein Rat oder ein Europäisches Parlament, die eine bestimmte Materie regeln wollen, werden dafür auch die Gründe finden, daß dies auf europäischer Ebene nötig ist. Da die Organe der Europäischen Union – wie nicht nur die Vergangenheit gezeigt hat, sondern wie es auch einem allgemeinen Erfahrungssatz der Organisationssoziologie entspricht – ein eigenes Interesse daran haben, daß sie selbst zuständig sind, ein eigenes Interesse also an Regelungen auf europäischer Ebene, kann verfahrensrechtlich eine wirksame Kontrolle nur geschaffen werden, wenn ein anderes Organ mit dieser Kontrolle betraut ist.

Sind es also die nationalen Parlamente, die diese Kontrollaufgabe effektiv wahrnehmen können? Die nationalen Parlamente hatten auch bisher schon die Möglichkeit, die Rechtsetzung der Gemeinschaft auf die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips zu kontrollieren und gegebenenfalls auf ihre Regierung einzuwirken, daß der nationale Vertreter im Rat gegen den betreffenden Rechtsakt stimmt (vgl. in Deutschland die Mitwirkungsmöglichkeiten von Bundestag und Bundesrat nach Art. 23 Abs. 2-6 GG). Mit dieser Aufgabe waren sie offenkundig überfordert. Es ist nicht ersichtlich, daß sich dies durch das neue Verfahren, durch das die nationalen Parlamente die Gelegenheit erhalten, mit eigenen Stellungnahmen direkt in das europäische Gesetzgebungsverfahren hineinzuwirken, ändern sollte.

Selbst wenn man aber in diesem Punkt optimistisch ist, kann man sich von dem Kontrollverfahren keine effektive Kontrolle versprechen: Zunächst ist die Frist für eine Stellung-

¹⁰⁵ Vgl. z.B. *Möschel* (Fn. 104), S. 3027.

nahme mit 8 Wochen (Art. 6 Abs. 1 Subsidiaritätsprotokoll) sehr kurz und reicht für eine gründliche Untersuchung und Beratung komplexer Materien nicht aus. Dazu sagt *Papier*:

„In der EU wurden in den Jahren 1998 bis 2004 insgesamt 18.167 Verordnungen und 750 Richtlinien erlassen. Auch wenn sich ein Großteil dieser Rechtsakte in landwirtschaftlichen Regelungen erschöpft, läßt doch allein diese schiere Zahl die Papierflut erahnen, die sich täglich durch die Brüsseler Flure ergießt. Angesichts dessen halte ich es für faktisch ausgeschlossen, eine individuelle und qualifizierte Subsidiaritätsprüfung zu gewährleisten. Hinzu kommt die gesetzte enge Frist von acht Wochen [...]. Diese Frist, die im Übrigen auf nationale Parlamentsferien und dergleichen naturgemäß keine Rücksicht nehmen kann, macht es praktisch unmöglich, die beabsichtigten Regelungen auf eventuelle Auswirkungen vor Ort zu überprüfen. Denn bis eine entsprechende Praxisanfrage über den ministerialen Dienstweg bis zu den lokalen Behörden durchgedrungen ist, dürfte die Frist bereits abgelaufen sein.“¹⁰⁶

Daher wird man kaum erwarten können, daß eine hinreichend große Zahl von nationalen Parlamenten sich zu einem Subsidiaritätseinspruch zusammenfindet, zumal die nationalen Interessen, die für eine Regelung auf mitgliedstaatlicher oder auf europäischer Ebene sprechen, sehr heterogen sein können. Dabei ist insbesondere zu bedenken, daß europäische Rechtsakte oft in Pakete verschnürt werden und manche Staaten als Ergebnis eines Gesamtkompromisses nach dem Prinzip *do ut des* einigen Richtlinien oder Verordnungen zustimmen, die sie für unnötig oder für verfehlt halten, weil sie dafür die Zustimmung anderer Staaten zu Rechtsakten erhalten, auf die sie selbst Wert legen¹⁰⁷.

Vor allem aber sind die Rechtsfolgen eines Subsidiaritätseinspruchs völlig unzureichend. Nach Art. 7 Abs. 2 und 3 Subsidiaritätsprotokoll kann die Kommission trotz Einspruchs einer ausreichenden Zahl nationaler Parlamente an dem Entwurf beziehungsweise Gesetzgebungsvorschlag festhalten; sie muß dies nur begründen. Da sie aber ihren Entwurf schon von vornherein – nach „umfangreichen Anhörungen“ – in bezug auf die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips zu begründen hatte (Art. 2, 5 Subsidiaritätsprotokoll), bringt diese Rechtsfolge keinen wesentlichen Zusatzerfolg. Sie führt nur dazu, daß gegebenenfalls auf besondere Argumente der nationalen Parlamente eingegangen werden muß. Die Wahrscheinlichkeit, daß die Kommission zu einem anderen Ergebnis kommt als bei ihrem ursprünglichen Vorschlag, dürfte jedoch sehr gering sein.

Das ganze Subsidiaritätskontrollverfahren führt also zu nichts anderem, als daß dem europäischen Gesetzgeber die Bedenken der nationalen Parlamente vor Augen geführt werden und sie somit über die Subsidiarität nochmals nachzudenken haben, Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 Subsidiaritätsprotokoll. Nur bei der Prüfung (nicht im Ergebnis) hat der Unionsgesetzgeber die von einer Mehrheit der nationalen Parlamente unterstützten Begründungen sowie die – gegenläufige Begründung der Kommission – zu berücksichtigen. Nur wenn der Gesetzgeber mit der Mehrheit von 55% der Mitglieder des Rates oder der Mehrheit der abgegebe-

¹⁰⁶ *Hans-Jürgen Papier*, Europas neue Nüchternheit: Der Vertrag von Lissabon. Vortrag an der Humboldt-Universität zu Berlin am 21.2.2008, FCE 1/08, S. 7.

¹⁰⁷ Vgl. *Möschel* (Fn. 104), S. 3027.

nen Stimmen des Europäischen Parlaments der Ansicht ist, daß der Vorschlag nicht dem Subsidiaritätsprinzip entspricht, wird der Vorschlag nicht weiter verfolgt. Das ist aber eine pure Selbstverständlichkeit: Wenn die Mehrheit im Rat oder im Europäischen Parlament gegen den Gesetzgebungsvorschlag ist, kann sie diesen ohnehin ablehnen, aus welchen Gründen auch immer, daher ohne weiteres auch wegen Unvereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip.

Das „Frühwarnsystem“ führt also nicht zu einer effektiven Subsidiaritätskontrolle¹⁰⁸.

(1.3.3) Gerichtliche Subsidiaritätskontrolle

Da das Subsidiaritätsprinzip, so wie es in Art. 5 EUV formuliert ist, seiner Struktur nach nicht geeignet ist zu garantieren, daß hinreichende Gesetzgebungskompetenzen auf der mitgliedstaatlichen Ebene verbleiben, und da auch das die nationalen Parlamente beteiligende „Frühwarnsystem“ kein effektiver Kontrollmechanismus ist, hängt die Wirksamkeit des Subsidiaritätsprinzips letztlich davon ab, wer letztverbindlich über die Erfüllung des Subsidiaritätskriteriums entscheidet: Ist es ein Organ, das dieses Kriterium im Geiste der Subsidiarität oder im Geiste der Finalität der europäischen Integration konkretisiert?

Konkret und auf Deutschland bezogen lautet die Frage daher: Hat bezüglich dieser Frage der EuGH oder das Bundesverfassungsgericht das letzte Wort?

Diese Frage war bislang offen. Das Bundesverfassungsgericht hatte im Maastricht-Urteil der Sache nach für sich in Anspruch genommen, bei Verletzung des Subsidiaritätsprinzips einschreiten zu können. Ein „ausbrechender Rechtsakt“ der Gemeinschaft, der von der in den Verträgen erteilten Rechtsetzungsermächtigung nicht mehr gedeckt ist und daher in den Mitgliedstaaten keine Rechtswirkung entfaltet¹⁰⁹, konnte nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts auch ein Rechtsakt sein, der gegen das Subsidiaritätsprinzip verstieß¹¹⁰, und darüber zu entscheiden war bislang das Bundesverfassungsgericht berufen¹¹¹.

Eine solche Argumentation wird künftig nicht mehr möglich sein. Das Subsidiaritätsprotokoll weist die Kompetenz zur gerichtlichen Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips allein dem EuGH zu. Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll, der die Subsidiaritätsklage als neue Klageart begründet, stärkt vordergründig die Subsidiaritätskontrolle, indem er den nationalen Parlamenten eine Klagebefugnis einräumt. Dies ist zwar im Ansatz insofern ein begrüßenswerter Weg, als es jetzt nicht mehr allein in der Hand der Regierungen ist, eine

¹⁰⁸ Ebenso *Papier* (Fn. 106), S. 7 f.

¹⁰⁹ *BVerfGE* 89, 155 (188).

¹¹⁰ Vgl. *BVerfGE* 89, 155 (211 f.). Dort spricht das BVerfG zwar davon, daß der EuGH die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu überwachen habe. Daß es dem EuGH in dieser Sache aber nicht das letzte Wort gibt, folgt aus dem systematischen Zusammenhang: Das Subsidiaritätsprinzip – so das BVerfG – begrenze und verdeutliche die Handhabung des Prinzips der beschränkten Einzelermächtigung (S. 210 f.).

¹¹¹ *BVerfGE* 89, 155 (188).

Entscheidung des EuGH herbeizuführen. Andererseits aber wird hier der „Motor der Integration“ zum Wächter des Subsidiaritätsprinzips gemacht.

Das wäre noch nicht schlimm, wenn den nationalen Verfassungsgerichten die Möglichkeit verbliebe, mit dem Subsidiaritätsprinzip unvereinbare europäische Rechtsakte als „ausbrechende Rechtsakte“ für innerstaatlich unwirksam zu erklären. Diese Möglichkeit aber ist mit Art. 8 des Subsidiaritätsprotokolls beseitigt. Das Protokoll stellt klar, daß nach den Verträgen der EuGH verbindlich über die Vereinbarkeit von Rechtsakten mit dem Subsidiaritätsprinzip entscheidet. Dies hätte man auch ohne die Klarstellung bereits aus der Systematik der Verträge entnehmen können – das Subsidiaritätsprinzip ist ja kein Kompetenzverteilungsprinzip, sondern eine Kompetenzausübungsregel und setzt die Kompetenz der Union als bestehend voraus. Eine unionsrechtliche Regel über die Anwendung von Unionskompetenzen aber ist eine Frage des Unionsrechts. Darüber zu entscheiden, fällt in die Kompetenz des Gerichtshofs der Union, nicht in die Kompetenz der nationalen Verfassungsgerichte. Indem nun die Mitgliedstaaten im Vertrag von Lissabon die Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Union für Subsidiaritätsklagen ausdrücklich festlegen, machen sie implizit eine Argumentation unmöglich, die – wie oben skizziert – den nationalen Verfassungsgerichten für eine Subsidiaritätskontrolle bislang offen gestanden hätte.

Für die Beurteilung der Vereinbarkeit des Vertrag von Lissabon mit Art. 79 Abs. 3 GG ergibt sich daraus aber umgekehrt: Weil das Bundesverfassungsgericht über die Vereinbarkeit europäischer Rechtsakte mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht das letzte Wort hat, sondern die Entscheidung des EuGH verbindlich ist, muß das europäische Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV bei der Entscheidung, ob die unabänderlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten überschritten worden sind, außer Betracht bleiben. Dieses Prinzip grenzt die der Europäischen Union übertragenen Gesetzgebungskompetenzen nicht wirksam ein, zumal die Mitgliedstaaten mit dem Vertrag von Lissabon die Konkretisierung dieses Prinzips definitiv aus der Hand gegeben haben.

Im Ergebnis kann man sagen: Die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in das primäre Unionsrecht ist lediglich eine salvatorische Klausel, und zwar eine Klausel, die nicht zu halten vermag, was sie verspricht. Die deutschen Gesetzgebungsorgane können den Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 GG und den Anforderungen von Art. 79 Abs. 3 GG nur entsprechen, wenn sie bei der Übertragung von Hoheitsrechten sicherstellen, daß der Subsidiaritätsgrundsatz gewahrt wird. Dies ist aber durch eine salvatorische Klausel, deren Anwendung völlig ungewiß ist und von den nationalen Organen, insbesondere von Bundesverfassungsgericht, nicht mehr kontrolliert werden kann, nicht möglich. Vielmehr dürften Einzelermächtigungen nur in einem solchen Umfang und mit so präziser Begrenzung erteilt werden – gegebenenfalls ergänzt durch Negativkataloge für Materien, für welche die Europäische Union keine Zuständigkeit hat –, daß auf diese Weise die Subsidiarität und der verfassungsrechtlich gebotene Verbleib des Schwerpunkts der Rechtsetzungskompetenz auf nationaler Ebene gewahrt blieben. Eine Alternative könnte allenfalls die Normierung der Zuständigkeit der nationalen Verfassungsgerichte oder eines neutralen Rechtspre-

chungsorgans¹¹² für die Entscheidung von Subsidiaritätsfragen sein. Da nichts von diesen Alternativen dem geltenden Recht entspricht, bleibt es bei der Feststellung: Angesichts der flächendeckenden Fülle von Einzelkompetenzen, die der Europäischen Union übertragen worden sind, ist die Grenze der verfassungsrechtlich zulässigen Übertragung von Hoheitsrechten überschritten.

(1.3.4) Der Wegfall des Einstimmigkeitsprinzips im Rat als Wegfall des effektivsten Subsidiaritätssicherungsinstruments

Bei der Bewertung der Entwicklung des Subsidiaritätsprinzips ist weiterhin zu bedenken, daß das wirksamste Instrument zur Wahrung des Subsidiaritätsprinzips bislang das Erfordernis der Einstimmigkeit im Rat für Gesetzgebungsakte war. Daß der Rat dieses Instrument praktisch nicht oder jedenfalls nur völlig unzureichend angewendet hat, weil seine Mitglieder eigene Interessen an einer Zentralisierung der Gesetzgebung hatten¹¹³, ist ein anderes Problem. Aber jeder einzelne Mitgliedstaat hatte jedenfalls die Möglichkeit, in allen Bereichen, in denen das Einstimmigkeitserfordernis bestand, einen dem Subsidiaritätsprinzip widersprechenden Rechtsakt zu verhindern. Und die Parlamente der Mitgliedstaaten hatten die Möglichkeit, auf ihre Regierungen entsprechend einzuwirken.

Diese Möglichkeit ist mit dem Übergang zum Mehrheitsprinzip im Rat als regelmäßigem Entscheidungsverfahren entfallen. Der Vertrag von Lissabon vernichtet das – im Hinblick auf seine rechtlich-institutionellen Möglichkeiten – bisher vorhandene scharfe Schwert der Subsidiaritätskontrolle (Einstimmigkeitsprinzip), um es durch zwei stumpfe Säbel („Frühwarnsystem“ und Subsidiaritätsklage) zu ersetzen.

(1.3.5) Zwischenergebnis

Das Subsidiaritätsprinzip, so wie es im Vertrag von Lissabon konstruiert ist (also insbesondere ohne Überwachung durch einen unabhängigen Kompetenzkonfliktsgerichtshof) ist nicht geeignet, zu garantieren, daß der deutliche Schwerpunkt der Rechtsetzung bei den Parlamenten der Mitgliedstaaten verbleibt.

(2) Staatliche Kernkompetenzen

Abgesehen von der oben dargelegten quantitativen Fülle der Rechtsetzungskompetenzen, die der Europäischen Union mittlerweile übertragen worden sind, ist von Bedeutung, daß

¹¹² *Siegfried Broß*, Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, *VerwArch* 92 (2001), S. 425 ff., hat dafür ein besonderes Kompetenzkonfliktgericht vorgeschlagen. *Herzog / Gerken* (Fn. 102) schließen sich diesem Vorschlag an und treten dafür ein, daß ein solcher Kompetenzgerichtshof aus Mitgliedern der nationalen Verfassungsgerichte zusammengesetzt sein soll, um die Unabhängigkeit dieses Gerichts zu sichern und auszuschließen, daß es sich – wie der EuGH – einer „immer engeren Union“ und damit einer immer weiter voranschreitenden Zentralisierung verpflichtet fühle; nicht nur Rechtsakte der Europäischen Union, sondern auch für die Kompetenzabgrenzung relevante Urteile des EuGH sollten dem Kompetenzgerichtshof vorgelegt werden können.

¹¹³ Zu diesen Interessen z.B. *Herzog / Gerken* (Fn. 102).

die Europäischen Union sich nicht mehr auf den Binnenmarkt beschränkt, sondern Rechtssetzungskompetenzen auf Kerngebieten der modernen Staatlichkeit erhalten hat. Das gilt zunächst für die Währungspolitik und die Wirtschaftspolitik, sodann für den Umweltschutz und die Sozialpolitik. Hinzu kommt mit dem Vertrag von Lissabon, und das ist von ganz besonderer Bedeutung, die Vergemeinschaftung der bisher intergouvernementalen „Dritten Säule“, des „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Damit werden klassische Felder der souveränen Staatlichkeit in die Unionskompetenzen einbezogen.

Der Europäische Rat legt „für die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ „strategische Leitlinien“ fest (Art. 68 AEUV). Zwar soll die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit unberührt bleiben (Art. 72 AEUV). Dennoch sind die „strategischen Leitlinien“ für die Mitgliedstaaten ebenso verbindlich wie es bisher etwa „Rahmenbeschlüsse“ waren, denen der EuGH im wesentlichen dieselbe Verbindlichkeit und Rechtswirkung wie Richtlinien zugesprochen hat. Mit solchen Begriffen wird lediglich verschleiert, wie weitreichend die eingegangenen Verpflichtungen sind. Und Art. 72 AEUV ist ohnehin mit großer Vorsicht zu lesen: Er sagt nicht, daß die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten unberührt bleiben, sondern lediglich die „Wahrnehmung“ ihrer Zuständigkeiten. Das kann auch heißen, daß die Wahrnehmung dessen, was auf der Basis der vertraglich der Europäischen Union zugewiesenen Kompetenzen, also z.B. auch nach Erlass „strategischer Leitlinien“, den Mitgliedstaaten noch an Kompetenzen verbleibt, hinsichtlich der Art und Weise der Wahrnehmung nicht eingeschränkt wird.

Auch auf die staatlichen Kernkompetenzen des Strafrechts und des Strafprozeßrechts dehnt die Europäische Union jetzt ihre Rechtsangleichungszuständigkeit aus (Art. 82 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 sowie Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV). Hier sind zwar nur „Mindestvorschriften“ vorgesehen, doch dürfte das keine wesentliche Einschränkung sein, wenn der effekt utile Weiterungen erforderlich erscheinen läßt und die Kontrolle in den Händen des EuGH liegt. Freilich hat ein Mitgliedstaat die Möglichkeit, sich dieser Rechtsangleichung zu entziehen, wenn sie „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ berühren würde (Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV), doch der faktische Druck, sich an der Angleichungsmaßnahme zu beteiligen, dürfte regelmäßig groß sein. Im übrigen muß der Mitgliedstaat darlegen, daß seine Strafrechtsordnung in „grundlegenden Aspekten“ betroffen ist. Zwar hat der Mitgliedstaat die Kompetenz das, was „grundlegend“ ist, selbst zu definieren. Doch er ist nicht berechtigt, bei seiner nationalen Regelung zu bleiben, wenn die europäische Vorgabe einen nicht grundlegenden – also insbesondere nicht systembestimmenden –, sondern einen weniger wichtigen Aspekt betrifft.

Auf jeden Fall hat die Europäische Union hier eine staatliche Kernkompetenz übernommen, mit der sie europaweit standardsetzend wirken kann, auch wenn sich nicht alle Mitgliedstaaten in jedem Einzelfall beteiligen sollten.

Die Gesetzgebungszuständigkeit der Europäischen Union erstreckt sich aufgrund der Vergemeinschaftung der bisherigen „Dritten Säule“ auch auf die Polizei, also auf eine weitere staatliche Kernkompetenz. Dazu gehört die Gesetzgebung über das Einholen, Speichern,

Verarbeiten, Analysieren und Austauschen von Informationen, aber auch über die Koordination, Organisation und Durchführung von Ermittlungen und operativen Maßnahmen, also über besonders freiheitsrelevante und persönlichkeitsensitive Tätigkeiten (Art. 88 Abs. 2 AEUV). Auch die grenzüberschreitende Tätigkeit der Polizei, des Zolls und anderer Strafverfolgungsbehörden kann jetzt durch EU-Rechtsakte geregelt werden (Art. 89 AEUV). Damit wird ein Kernstück der staatlichen Souveränität, nämlich ein wesentliches Stück der Gebietshoheit, über das die Mitgliedstaaten bisher nur durch völkerrechtliche Verträge verfügt haben, an die Europäische Union übertragen.

Auch unter qualitativen Gesichtspunkten ist somit die verfassungsrechtlich gesetzte Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten überschritten worden¹¹⁴. Zumindest die mit dem Vertrag von Lissabon erfolgte Vergemeinschaftung der früheren „Dritten Säule“ ist hiermit nicht vereinbar.

(3) Kompetenz-Kompetenz

Wie oben dargelegt (→ S. 41), ist es mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar, die Kompetenz-Kompetenz an die Europäische Union zu übertragen. Nach der Konzeption der Verträge sind vom systematischen Ansatz her die Mitgliedstaaten nach wie vor „Herren der Verträge“ und Inhaber der Kompetenz-Kompetenz, kraft derer sie mittels völkerrechtlicher Verträge über das primäre Gemeinschaftsrecht, also die „Verfassung“ der Union, verfügen können. Sie sind es, die darüber bestimmen, welche Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen werden und welche ihr gegebenenfalls wieder entzogen werden.

Dieser systematische Ansatz trägt aber nicht mehr, wenn der Europäischen Union die Befugnis eingeräumt worden ist, über die Weiterentwicklung des primären Unionsrechts selbst zu entscheiden. Wenn und soweit dies der Fall ist, ist die Europäische Union selbst zum Träger der Kompetenz-Kompetenz geworden. Denn dann kann sie sich selbst – zulaisten der Mitgliedstaaten – Kompetenzen verschaffen, die ihnen nicht von den Mitgliedstaaten übertragen worden sind.

Eine solche Kompetenz-Kompetenz wird der Europäischen Union durch die „Flexibilitätsklausel“ oder „Vertragsabrundungskompetenz“ genannte Vorschrift des Art. 352 AEUV übertragen. Zwar enthielt auch schon der EG-Vertrag eine „Vertragsabrundungskompetenz“ (Art. 308 EGV). Diese war aber auf die Verwirklichung der Ziele des Gemeinsamen Marktes beschränkt. Demgegenüber bezieht sich die neue Flexibilitätsklausel des Vertrages von Lissabon auf alle Politikbereiche. Dies ist ein Sprung von der Quantität der Sachbereiche, auf die sich die neue Klausel erstreckt, in die Qualität einer umfassenden Kompetenz-Kompetenz¹¹⁵. Die frühere Vertragsabrundungskompetenz ließ die Souveränität der Mitgliedstaaten auf allen Gebieten, die nicht den Gemeinsamen Markt betrafen, unberührt.

¹¹⁴ Vgl. z.B. *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), S. 191 (201 f.), der die unwiderrufliche Übertragung wesentlicher klassischer Staatsaufgaben für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt. – Daß das Austrittsrecht nicht in diesem Sinne als Widerrufsmöglichkeit verstanden werden kann und die Übertragung klassischer staatlicher Kernfunktionen nicht verfassungsmäßig macht, wurde oben bereits begründet → S. 43, Abschnitt (1.6).

¹¹⁵ Vgl. *Broß* (Fn. 90), S. 62 f.

Die neue Flexibilitätsklausel dagegen erstreckt sich auf praktisch alle Gebiete der Politik mit Ausnahme der in Abs. 4 des Art. 352 AEUV ausdrücklich ausgenommenen Außen- und Sicherheitspolitik, mit Ausnahme also lediglich von Gebieten, die ohnehin durch Regierungspolitik und typischerweise nicht durch Gesetze gesteuert werden.

Voraussetzung für die Inanspruchnahme zusätzlicher Kompetenzen ist nach Art. 352 Abs. 1 AEUV lediglich, daß ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich scheint, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen. Da die Politikbereiche der Union flächendeckend sind oder jedenfalls flächendeckend ausgelegt werden können und nicht mehr nur den Gemeinsamen Markt, sondern die gesamte Wirtschafts- und Währungspolitik, die Sozial- und Arbeitsmarktpolitik, die Verkehrspolitik, die Gesundheitspolitik, den Verbraucherschutz, die transeuropäischen Netze, die Industriepolitik, die Regionalpolitik, die Bildungs- und Jugendpolitik, die Forschungs- und Technologiepolitik, die Umwelt-, Energie- und Klimapolitik, die Asyl- und Einwanderungspolitik, das Zivilprozeßrecht, das Strafrecht, die Terrorismusbekämpfung und die innere Sicherheit (Polizei) und einiges mehr umfassen, bleibt praktisch nichts übrig, wofür sich die Union nicht auf der Basis von Art. 352 AEUV Kompetenzen verschaffen kann. Daß die Inanspruchnahme neuer Kompetenzen zur Verwirklichung der Ziele der Verträge erforderlich scheinen muß, ist keine praktisch wirksame Einschränkung dieser Kompetenz-Kompetenz, denn die Ziele sind derart weit gefaßt, daß sich mit ihrer Hilfe jede von den Organen der Europäischen Union gewünschte Kompetenzerweiterung rechtfertigen läßt. Somit steht jetzt der Europäischen Union mit Art. 352 AEUV eine umfassende Kompetenz-Kompetenz zur Verfügung, mit deren Hilfe die Europäische Union ihre Kompetenzen zulasten der Mitgliedstaaten nahezu uneingeschränkt erweitern kann; jedenfalls sind juristisch handhabbare Grenzen dieser Kompetenz-Kompetenz nicht erkennbar und für die Mitgliedstaaten nicht voraussehbar.

Die Zustimmung zum Vertrag von Lissabon ist daher eine Zustimmung zur Übertragung einer materiell praktisch nicht begrenzten Kompetenzerweiterungskompetenz an die Europäische Union¹¹⁶. Dies ist weder mit Art. 23 Abs. 1 GG noch mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar. Diese Vorschriften lassen nur die Übertragung einzelner Hoheitsrechte zu, nicht aber die Übertragung einer umfassenden Kompetenz-Kompetenz.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß die Kompetenzerweiterungen nach Art. 352 AEUV vom Rat nur einstimmig beschlossen werden können und daß die Übertragung zusätzlicher Kompetenzen an die Europäische Union nach dieser Vorschrift somit nicht gegen den Willen eines Mitgliedstaates möglich ist. Zwar bietet das Einstimmigkeitsprinzip einen gewissen Schutz der nationalen Souveränität. Jedoch darf nicht verkannt werden, daß die Entscheidungskompetenz hier dem Rat zusteht, also einem Organ der Europäischen Union. Auch wenn dieses Organ nicht ohne die Zustimmung der Vertreter aller Mitgliedstaaten entscheiden kann, sind es nicht mehr die Mitgliedstaaten, die darüber entscheiden, welche Kompetenzen der Europäischen Union zusätzlich übertragen werden, sondern es ist ein Unionsorgan, das diese Entscheidung trifft. Dies ist mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten nicht vereinbar.

¹¹⁶ Ebenso in bezug auf den Entwurf des Verfassungsvertrages *Broß* (Fn. 90), S. 62 ff.

Außerdem ermächtigt das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon bereits jetzt zu den nach der Flexibilitätsklausel möglichen Kompetenzerweiterungen. Deshalb muß die verfassungsgerichtliche Kontrolle sich auch auf die Frage erstrecken, ob nicht nur die Übertragung derjenigen Hoheitsrechte mit dem Grundgesetz vereinbar ist, die bereits aufgrund des Vertrages von Lissabon unmittelbar Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union im Sinne von konkreten Einzelermächtigungen begründen, sondern sie muß sich auch auf die Frage erstrecken, ob die jetzt erteilte Ermächtigung, die Kompetenzen mit Hilfe der Flexibilitätsklausel zu erweitern, mit dem Grundgesetz und insbesondere mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit vereinbar ist. Somit kommt es auf die Frage an, ob diejenige Fülle an Gesetzgebungskompetenzen noch mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit vereinbar wäre, die der Europäischen Union zustünde, wenn sie von der Flexibilitätsklausel in umfassender Weise – für alle in Betracht kommenden Kompetenzbereiche – Gebrauch gemacht hätte. Daß diese Frage zu verneinen ist, ist völlig evident, denn für den Deutschen Bundestag bliebe dann praktisch überhaupt keine Kompetenz mehr übrig.

Im übrigen sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß Art. 352 AEUV auch gegen das Demokratieprinzip verstößt, weil hier die Kompetenz zur Änderung des primären Unionsrechts auf ein aus Regierungsvertretern zusammengesetztes Organ übertragen wird, während die nationalen Parlamente nicht einmal ein Veto einlegen können (dazu näher unten →S. 108 f.).

(4) Vorrang des Unionsrechts

Der gescheiterte EU-Verfassungsvertrag bestimmte ausdrücklich: „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten.“ (Art. I-5a)

Diese ausdrückliche Festlegung des uneingeschränkten Vorrangs des Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten gehört zu den Bestimmungen, die aus Gründen der Symbolpolitik in den Vertrag von Lissabon nicht übernommen worden sind. Eine Änderung in der Sache bedeutet dies nicht, denn die Mitgliedstaaten haben die Rechtsprechung des EuGH, die den Anwendungsvorrang des Europarechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht einschließlich des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts behauptet, in einer Erklärung zum Vertrag von Lissabon jetzt ausdrücklich bestätigt. Es handelt sich um die Erklärung Nr. 17 mit der Überschrift „Erklärung zum Vorrang“, die mit der Schlußakte der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten am 23.7.2007 zusammen mit dem Vertrag von Lissabon und den darauf bezogenen Protokollen und Erklärungen angenommen wurde. Diese Erklärung lautet:

»Die Konferenz weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.

Darüber hinaus hat die Konferenz beschlossen, dass das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates zum Vorrang in der Fassung des Dokuments 11197/07 (JUR 260) dieser Schlussakte beigefügt wird:

„Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates vom 22. Juni 2007

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Vorrang des EG-Rechts einer der Grundpfeiler des Gemeinschaftsrechts. Dem Gerichtshof zufolge ergibt sich dieser Grundsatz aus der Besonderheit der Europäischen Gemeinschaft. Zum Zeitpunkt des ersten Urteils im Rahmen dieser ständigen Rechtsprechung (Rechtssache 6/64, Costa gegen ENEL, 15. Juli 1964) war dieser Vorrang im Vertrag nicht erwähnt. Dies ist auch heute noch der Fall. Die Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs.“«*

Diese Erklärung ist eine völkerrechtlich wirksame Erklärung im Sinne von Art. 31 Abs. 2 WKRV. Sie ist für die Auslegung des Vertrages von Lissabon maßgeblich. Daher haben sich mit dem Vertrag von Lissabon die Vertragsstaaten verbindlich darauf geeinigt, daß sowohl dem primären wie dem sekundären Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht zukommt. Die Regelung des Vorrangs in dieser Weise in einer Erklärung zu verstecken, läuft auf eine Täuschung der Öffentlichkeit und derjenigen, die über die Zustimmung zu dem Vertrag zu entscheiden haben, hinaus.

Der Vorrang des Unionsrechts ist ein bundesstaatliches Element der Union und kann mit der Regel des Art. 31 GG verglichen werden. Er ist freilich nicht neu. Wie die zitierte Erklärung selbst ausführt, hatte sich die Doktrin des Anwendungsvorrangs des Europarechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht einschließlich des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Rechtsprechung schon seit langem durchgesetzt. Diese Rechtsprechung war ursprünglich usurpatorisch, weil die Verträge einen solchen Vorrang nicht bestimmten und völkerrechtliche Verträge – das sind die das primäre Gemeinschaftsrecht formulierenden Verträge – grundsätzlich keinen Vorrang vor nationalem Recht haben; für das aus diesen Verträgen abgeleitete sekundäre Gemeinschaftsrecht, so hätte man jedenfalls argumentieren können, müßte das dann erst recht gelten. Freilich gab es auch gute Gründe dafür, den Vorrang als Konsequenz aus den Besonderheiten der Europäischen Gemeinschaft anzusehen. Zumindest für das primäre Gemeinschaftsrecht und insbesondere für die Grundfreiheiten wäre aber – besonders im Hinblick auf die äußerst weitreichenden Konsequenzen – eine ausdrückliche Entscheidung der Mitgliedstaaten notwendig gewesen. Aber da die Mitgliedstaaten in Kenntnis dieser Rechtsprechung die Verträge wiederholt geändert, ergänzt und reformiert haben, ohne diese Frage zu regeln, konnte man davon ausgehen, daß sie die Vorrang-Rechtsprechung des EuGH akzeptiert und in ihren vertragsgestaltenden Willen aufgenommen haben. Insofern bringt der Vertrag von Lissabon mit der 17. Erklärung zur Schlußakte scheinbar nichts Neues.

Allerdings war bisher die Reichweite des Vorrangs des Europarechts nicht völlig unstrittig. Bekanntlich hat ja das Bundesverfassungsgericht in seiner „Solange“-Rechtsprechung die Kompetenz in Anspruch genommen, EG-Rechtsakte am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen. Insoweit postulierte das Bundesverfassungsgericht also den Vorrang des Grundgesetzes vor dem Gemeinschaftsrecht. Diese Rechtsprechung war zwar bei systematischer Betrachtung von vornherein anfechtbar. Sie war aus der Not geboren, daß die Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften ansonsten verfassungswidrig gewesen wären und die Bundesrepublik Deutschland entweder durch Nachverhandlungen einen effektiven europäischen Grundrechtsschutz hätte durchsetzen oder aus den Europäischen Gemeinschaften hätte austreten müssen. Die systematische Inkonsequenz war

integrationspolitisch das kleinere Übel, und man konnte davon ausgehen, daß daher auch die Einschränkungen des Vorrangs des Europarechts, die sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergaben, zu derjenigen Praxis gehörten, die von den Mitgliedstaaten bei den vielfältigen Änderungen und Ergänzungen der Verträge vorgefunden und akzeptiert worden waren.

Diese Einschränkung des Vorrangs des Europarechts ist auf der Basis des Vertrages von Lissabon nicht mehr vertretbar. Die Mitgliedstaaten haben sich mit der 17. Erklärung zur Schlußakte darauf geeinigt, daß der Vorrang des Europarechts gemäß der Rechtsprechung des EuGH gilt; auf Einschränkungen dieses Vorrangs gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde demgegenüber nicht Bezug genommen. Damit hat die „Sollange“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ihre Grundlage verloren. Der Vorrang des Europarechts gilt jetzt uneingeschränkt. Daher kann das Bundesverfassungsgericht unter keinen Umständen mehr die Grundrechte des Grundgesetzes gegenüber dem Europarecht zur Geltung bringen.

Wie gesagt, der Vorrang des Europarechts ist nicht neu. Was allerdings neu ist, sind zwei wesentliche Punkte:

- zum einen, daß – wie soeben gezeigt – das Bundesverfassungsgericht seine Reservefunktion für den Grundrechtsschutz verliert, weil der Vorrang jetzt uneingeschränkt gilt und die nationalen Grundrechte unter keinen Umständen mehr zum Maßstab für die Überprüfung von Unionsrecht gemacht werden können,
- zum anderen, daß mit der Vergemeinschaftung der früheren „Dritten Säule“ sich der Vorrang auch auf eine künftige europäische Gesetzgebung in den Bereichen Strafrecht und Strafprozeßrecht, Zivilprozeßrecht und vor allem innere Sicherheit erstreckt und der Vorrang also einen sehr viel umfangreicheren Anwendungsbereich als zuvor erhalten hat, der mit Hilfe der „Flexibilitätsklausel“ auf praktisch alle Regelungsmaterien staatlichen Rechts erstreckt werden kann.

War also der Anwendungsvorrang ursprünglich nur ein kleines bundesstaatliches Element im Recht der Europäischen Gemeinschaften, so ist er mit der flächendeckenden Ausdehnung der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union und der Ausschaltung des nationalen Grundrechtsvorbehalts zum Ausdruck einer souveränitätsgleichen Rechtsetzungsmacht der Europäischen Union angewachsen.

Für das Bundesverfassungsgericht ist mit dieser flächendeckenden Ausdehnung des Vorrangs des Unionsrechts verbunden, daß auf vielen Gebieten, in denen das Bundesverfassungsgericht bisher sehr anspruchsvolle Grundrechtsstandards gesetzt und die individuelle Freiheit gegenüber staatlichen Eingriffen in Schutz genommen hat, nicht mehr wird mitreden können. Dies gilt insbesondere für die innere Sicherheit, wo an die Entscheidungen zum „Großen Lauschangriff“, zum Luftsicherheitsgesetz, zur Rasterfahndung oder jüngst zur automatischen Erfassung von Kfz-Kennzeichen erinnert sei. Für solche Fragen wird das Bundesverfassungsgericht nicht mehr zuständig sein, wenn die zugrunde liegenden Materien vom Unionsgesetzgeber geregelt sein werden, wozu der Vertrag von Lissabon – jedenfalls unter Heranziehung der Flexibilitätsklausel – ermächtigt.

(5) Das letzte Wort des Gerichtshofs der Europäischen Union in Kompetenzfragen

Daß der Gerichtshof der Europäischen Union in Fragen der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts das letzte Wort hat, versteht sich von selbst. Daß die nationalen Grundrechte nicht mehr gegen Unionsrecht zur Geltung gebracht werden können und daß somit auch in Streitigkeiten über die Vereinbarkeit von EU-Rechtsakten mit den Grundrechten der Unionsgerichtshof letztverbindlich entscheidet und das Bundesverfassungsgericht auch nicht mehr im Rahmen eines „Kooperationsverhältnisses“ mitreden und notfalls das letzte Wort beanspruchen kann, wurde im vorigen Abschnitt dargelegt. Eine andere Frage ist, welches Gericht – der Gerichtshof der EU oder das Bundesverfassungsgericht – letztverbindlich entscheidet, wenn es streitig ist, ob für einen bestimmten Rechtsakt die Europäische Union überhaupt die Kompetenz hat. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich nicht notwendig aus dem Vorrang des Unionsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht, denn der Streit besteht ja gerade in der Frage, ob der streitige Rechtsakt der Europäischen Union auf eine Ermächtigungsgrundlage des primären Unionsrechts gestützt werden konnte. Wenn das nicht der Fall ist, also die Mitgliedstaaten gar nicht zum Erlaß eines solchen Rechtsakts die Ermächtigung gegeben hatten, dann ist der betreffende Rechtsakt unwirksam und nichtig. Die Frage, wer über die Gültigkeit eines Rechtsakts unter diesem Aspekt letztverbindlich entscheidet, ist keine Frage des Vorrangs des EU-Rechts, sondern eine Frage der Kompetenzverteilung zwischen den Gerichten, und diese ist weder ausdrücklich geregelt noch systematisch eindeutig vorgegeben. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, ob ein Rechtsakt auf eine Rechtsgrundlage des Unionsrechts gestützt werden kann, sei eine Frage der Auslegung des Unionsrechts. Und hierfür sei der Gerichtshof der Europäischen Union nach den Verträgen das zuständige Organ. Man kann sich aber auch auf den Standpunkt stellen, ein „ausbrechender Rechtsakt“, der jenseits der von den Mitgliedstaaten gegebenen Rechtsetzungsermächtigung von der Europäischen Union sozusagen usurpatorisch erlassen wird, habe eben keine Grundlage im primären Unionsrecht. Deshalb könne darüber auch nicht der Gerichtshof der Europäischen Union letztverbindlich entscheiden, zumal nicht ausgeschlossen ist, daß der Gerichtshof die usurpatorische Kompetenzzanmaßung bestätigt.

Letzteres ist die Position des Bundesverfassungsgerichts, das im Maastricht-Urteil für sich in Anspruch genommen hat, „ausbrechenden Rechtsakten“ der Europäischen Union entgegenzutreten und ihnen die Rechtswirkung in Deutschland zu versagen¹¹⁷. Diese Rechtsposition ist zwar weder durch die expliziten Regelungen des Vertrag von Lissabon noch durch die dazu beschlossenen Erklärungen in Frage gestellt worden. Sie hat jedoch durch die Kompetenzausweitung der Europäischen Union mittels Vergemeinschaftung der früheren „Dritten Säule“ und vor allem wegen der Kompetenz-Kompetenz, die die Europäische Union sich mit der Flexibilitätsklausel verschafft hat (→ oben S. 60), ihren Boden verloren. Denn da die Europäische Union jetzt flächendeckende Gesetzgebungskompetenzen hat, ist praktisch kein Fall mehr denkbar, in welchem ein Unionsrechtsakt als „ausbrechender Rechtsakt“ qualifiziert werden könnte, jedenfalls dann nicht, wenn er als einstimmiger Ratsbeschluß gestützt auf die Flexibilitätsklausel ergangen ist. Für alle Rechtsakte wird sich der Gesetzgeber der Europäischen Union in vertretbarer Weise auf eine Kompetenzgrundlage in den Verträgen stützen können. Die Frage, ob ein Rechtsakt auf eine bestimm-

¹¹⁷ BVerfGE 89, 155 (188).

te Kompetenzgrundlage gestützt werden kann oder nicht, ist dann keine Frage eines „ausbrechenden Rechtsakts“, der außerhalb jeder unionsrechtlichen Grundlage ergangen ist, sondern nur noch eine Frage der Interpretation der jeweiligen Kompetenznorm, für die der Gerichtshof der Europäischen Union zuständig ist. Und dieser wird die jeweiligen Normen in der „bewährten“ Weise extensiv und an der Finalität der Integration orientiert zur Anwendung bringen¹¹⁸. Damit hat die Doktrin vom „ausbrechenden Rechtsakt“ ihren praktischen Anwendungsbereich verloren. Der Gerichtshof der Europäischen Union, der ja – wie oben bereits gezeigt (→ S. 56) – auch für Subsidiaritätsstreitigkeiten letztverbindlich entscheidet, hat jetzt somit in allen Kompetenzstreitigkeiten das letzte Wort. Die für die Rechtsetzung bestehende Kompetenz-Kompetenz der Europäischen Union wird so durch die Kompetenz-Kompetenz des Gerichtshofs für die Entscheidung über die Reichweite der Unionskompetenzen abgesichert¹¹⁹. Damit ist die souveräne Rechtsetzungshoheit im wesentlichen auf die Europäische Union übergegangen. Dies ist mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit unvereinbar und verstößt gegen Art. 79 Abs. 3 und Art. 23 Abs. 1 GG.

bb) Staatlichelemente außerhalb von Rechtsetzung und Rechtsprechung

Schon die Betrachtung der Rechtsetzungskompetenzen im vorigen Abschnitt (aa) hat gezeigt, daß die an die Europäische Union übertragenen Hoheitsrechte bei weitem und unter verschiedenen Aspekten die Grenze überschreiten, die sich aus dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit ergeben. Im folgenden wird noch zusätzlich kurz beleuchtet, in welcher Weise die Entwicklung der Europäischen Union zur Bundesstaatlichkeit unter sonstigen Aspekten voranschreitet.

(1) Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union

Ein besonderer Schritt in Richtung auf die europäische Staatswerdung ist die Konstituierung der Europäischen Union als völkerrechtliches Rechtssubjekt. Bisher hatte nur die EG Rechtssubjektivität, während die Europäische Union das intergouvernementale Dach über EG und den intergouvernementalen Säulen GASP und polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen war. Als Völkerrechtssubjekt kann die Europäische Union jetzt auch auf der Ebene des Völkerrechts wie ein Staat agieren. Da ihr Zuständigkeitsbereich praktisch alle Gebiete der Politik erfaßt, ist ihre Völkerrechtsfähigkeit auch nicht wie diejenige anderer internationaler Organisationen thematisch begrenzt, sondern der Umfang ihrer Völkerrechtsfähigkeit dürfte derjenigen eines Staates praktisch gleichkommen.

(2) Unionsangehörigkeit und Unionsvolk

Schon der Vertrag von Maastricht hatte eine Unionsbürgerschaft eingeführt, welche die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten ergänzt (Art. 17 ff. EGV). Die Unionsbürgerschaft

¹¹⁸ Vgl. z.B. *Herzog / Gerken* (Fn. 102). Die Autoren kritisieren, der EuGH offenbare in seinen Urteilen zu Kompetenzfragen die „systematische Neigung, zugunsten einer EU-Zuständigkeit zu entscheiden, solange sich dafür irgendwie eine Begründung finden läßt“.

¹¹⁹ Ebenso *Broß* (Fn. 90), S. 61 f., 64.

ist schon nach dem bisher geltenden Recht ein wesentliches Staatlichkeitselement. Sie vermittelt typische staatsbürgerliche Rechte wie das Wahlrecht zum Europäischen Parlament und sogar das Kommunalwahlrecht in jedem Mitgliedstaat, in dem der Unionsbürger seinen Wohnsitz hat, auch wenn er nicht dessen Staatsangehörigkeit hat (Art. 19 EGV). Auch der diplomatische und konsularische Schutz, den Art. 20 EGV Unionsbürgern garantiert, ist ein typisch staatsbürgerliches Recht. Der einheitliche europäische Reisepaß, der die früheren Pässe der Mitgliedstaaten ersetzt, symbolisiert den staatsbürgerschaftsähnlichen Charakter der Unionsbürgerschaft.

Diese Unionsbürgerschaft wird vom Vertrag von Lissabon in die neu gefaßten Verträge übernommen. Dabei werden die Rechte der Unionsbürger um weitere staatsbürgerliche Rechte ergänzt, nämlich um Mitwirkungsrechte bei der politischen Willensbildung der Union (Art. 10 Abs. 3, Art. 11 Abs. 1 und 4 EUV).

Was zunächst nur wie eine nicht besonders umfangreiche quantitative Erweiterung der europäischen Bürgerrechte aussieht, erweist sich bei genauerer Betrachtung als ein qualitativer Sprung:

Während nämlich bisher die Abgeordneten des Europäischen Parlaments von den Völkern der Mitgliedstaaten gewählt wurden und diese repräsentierten (Art. 189 f. EGV), bestimmt nach dem Vertrag von Lissabon jetzt Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 EUV:

„Die Bürgerinnen und Bürger sind auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten.“

Und Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 EUV formuliert noch deutlicher:

„Das Europäische Parlament setzt sich aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen.“

Das ist ein Paradigmenwechsel, der nicht nur unter dem Aspekt des Demokratieprinzips von Bedeutung ist (dazu unten → S. 111). Die Unionsbürger sind jetzt nicht mehr nur Staatsbürger der Mitgliedstaaten, die zusätzlich zu ihren Staatsbürgerrechten noch besondere Unionsbürgerrechte haben, sondern hier konstituieren die Mitgliedstaaten ein neues Subjekt der demokratischen Legitimation der Europäischen Union: Der Vertrag von Lissabon bringt damit etwas hervor, was es bisher noch nicht gab – ein europäisches Unionsvolk als neues Subjekt der Unionsdemokratie, das nur deshalb nicht „Staatsvolk“ genannt wird, weil die Union sich selbst nicht „Staat“ nennt.

Daß diese Konstituierung eines europäischen Staatsvolks weder auf einer Entscheidung der Völker der Mitgliedstaaten beruht noch auf einer Entscheidung eines kraft freier Selbstbestimmung sich selbst konstituierenden Volkes und somit mit dem Demokratieprinzip unvereinbar ist (unten → S. 111), ist eine andere Frage. Der Vertrag von Lissabon setzt jedenfalls rechtlich die Gesamtheit der Unionsbürgerinnen und -bürger, also das Unionsvolk, als demokratisches Subjekt der Union ein. Damit verschafft dieser Vertrag der Europäischen Union ein weiteres zentrales Staatlichkeitselement, das sie bisher noch nicht hatte: ein europäisches Unionsvolk, das als Quasi-Staatsvolk fungiert. Neben Staatsgebiet und Staats-

gewalt verfügt die Europäische Union jetzt auch über das dritte Staatselement, das Staatsvolk. Zur Staatlichkeit im völkerrechtlichen Sinne fehlt nur noch, daß sie sich zum Staat proklamiert¹²⁰.

(3) Übergang zu Mehrheitsentscheidungen als normalem Entscheidungsverfahren

(3.1) Mehrheitsentscheidungen als Regelfall nach dem Vertrag von Lissabon

Früher wurden Rechtsetzungsakte im Rat einstimmig beschlossen. Allmählich wurden dann Mehrheitsentscheidungen auf immer mehr Materien erstreckt. Mit dem Vertrag von Lissabon ist die Mehrheitsentscheidung – wenn auch als qualitative Mehrheitsentscheidung ausgestaltet – zum Regelverfahren für die europäische Rechtsetzung geworden. Einstimmigkeit ist nur noch für besondere Fälle ausnahmsweise vorgesehen. Auch bisher schon entschied zwar der Rat nach dem Mehrheitsprinzip, sofern der EG-Vertrag nichts anderes vorsah (Art. 205 Abs. 1 EGV). Diese Regel (jetzt in Art. 16 Abs. 3 EUV) ist nicht neu. Jedoch war bisher für viele Kompetenztitel das Einstimmigkeitserfordernis noch ausdrücklich im EG-Vertrag festgelegt. Als das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil die Problematik von Mehrheitsentscheidungen im Rat unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation erörterte¹²¹, war die Entscheidung nach dem Mehrheitsprinzip noch keineswegs die Regel. Der Vertrag von Amsterdam und vor allem der Vertrag von Nizza haben dann das Mehrheitsprinzip für viele Regelungsmaterien eingeführt¹²². Mit dem Vertrag von Lissabon wird es nun auf die meisten Materien ausgedehnt, für die bis jetzt noch Einstimmigkeit gefordert war¹²³. Damit ist es nicht mehr nur formell, sondern auch materiell zum Regelverfahren geworden.

Das Einstimmigkeitsprinzip wahrte früher die Souveränität der Mitgliedstaaten. Sie mußten sich nur solchen Rechtsakten unterwerfen, denen sie zuvor zugestimmt hatten. Dies ist bei Anwendung des Mehrheitsprinzips nicht mehr der Fall. Daß das Mehrheitsprinzip jetzt in aller Regel zur Anwendung kommt, hat die Souveränität der Mitgliedstaaten wesentlich geschwächt und zugleich die funktionelle Staatlichkeit der Europäischen Union gestärkt.

¹²⁰ Am Staatsvolkcharakter des Unionsvolks kann man völkerrechtlich nur zweifeln, wenn man zu den Kriterien eines Staatsvolks im völkerrechtlichen Sinne auch den Willen des Volkes zählt, sich in einer bestimmten Organisation – hier also: in der Europäischen Union – als Staat zu organisieren. Einen solchen Willen, sich selbst zum Staatsvolk zu formen, hat die Gesamtheit der Unionsbürger bisher noch nicht bekundet. Im Falle einer Proklamation der Europäischen Union als Staat durch die Regierungen der Mitgliedstaaten oder durch die Organe der Europäischen Union würde nach der bisherigen völkerrechtlichen Praxis ein solcher Wille aber schlicht unterstellt.

¹²¹ *BVerfGE* 89, 155 (183 f.).

¹²² Zum Vertrag von Amsterdam siehe die Hinweise in der Denkschrift der BReg zum Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997, BT-Drs. 13/9339, S. 139 (141); zum Vertrag von Nizza vgl. die Liste der Materien, für die das Mehrheitsprinzip eingeführt wurde in: *Kommission*, Überblick über den Vertrag von Nizza, MEMO/03/23 v. 31/01/2003, Anhang, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/03/23&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en> (abgerufen 2.5.2008).

¹²³ Siehe die tabellarische Übersicht in der Denkschrift der BReg zum Vertrag von Lissabon, BT-Drs. 16/8300, Tabelle 1: Übergang in die qualifizierte Mehrheit, S. 142 ff.

Hinzu kommt, daß die Rechtsetzung ja nicht mehr nur sektoral wirtschaftsrelevante Materien betrifft, sondern sich jetzt auch auf Kernbereiche der souveränen Staatlichkeit wie Strafrecht und innere Sicherheit erstreckt. Soweit auch auf diesen Gebieten mit Mehrheit entschieden wird, hat dies besonders intensive Souveränitätseinbußen der Mitgliedstaaten und besonders große Souveränitätsgewinne der Europäischen Union zur Folge.

(3.2) Ermächtigung zum Übergang zu Mehrheitsentscheidungen auf fast allen weiteren Gebieten

Einstimmigkeit ist im Vertrag von Lissabon nur noch für verhältnismäßig wenige Arten von Beschlüssen vorgesehen. Wichtige Einstimmigkeitserfordernisse gibt es vor allem noch in den Bereichen, die nicht zu den klassischen wirtschaftlichen Aufgabenfeldern der Europäischen Union gehören, sondern bisher „intergouvernemental“ in der „Zweiten“ und „Dritten Säule“ behandelt wurden.

Für alle diese Materien, für die zunächst noch das Einstimmigkeitserfordernis gilt, kann nach Art. 48 Abs. 7 EUV der Europäische Rat einen Beschluß erlassen, wonach der Rat künftig mit qualifizierter Mehrheit entscheiden kann. Ausgenommen sind nur Beschlüsse mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen.

Für einen solchen Beschluß des Europäischen Rates ist freilich nicht nur die Zustimmung des Europäischen Parlamentes erforderlich (Art. 48 Abs. 7 UAbs. 4), sondern die nationalen Parlamente haben auch ein Vetorecht (Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3). Durch das Einstimmigkeitserfordernis für den Beschluß im Rat sowie durch das Vetorecht der nationalen Parlamente ist die Souveränität der Mitgliedstaaten insofern gewahrt, als gegen ihren Willen die Materien, über die im Rat mit Mehrheit entschieden wird, nicht erweitert werden können.

Andererseits ermächtigt der Vertrag von Lissabon bereits jetzt dazu, sowohl für die europäische Rechtsetzung als auch für alle anderen Entscheidungen – mit Ausnahme militärischer und verteidigungspolitischer Angelegenheiten – zum Mehrheitsprinzip überzugehen. Eine Änderung der Verträge wird dazu nicht mehr nötig sein. Die Grundsatzentscheidung für die Möglichkeit, zum Mehrheitsprinzip umfassend (mit den beiden erwähnten Ausnahmen) übergehen zu können, ist bereits mit der Zustimmung zum Vertrag von Lissabon gefallen. Der Europäischen Union werden bereits jetzt die dazu erforderlichen Hoheitsrechte übertragen. Die Vertragsstaaten erklären sich bereits jetzt bereit, sich umfassend den Mehrheitsentscheidungen des Rates auf allen Gebieten zu unterwerfen und die entsprechenden Souveränitätseinbußen hinzunehmen, nur daß dies unter dem verfahrensrechtlichen Vorbehalt der Zustimmung zum Übergang zum Mehrheitsprinzip im Europäischen Rat sowie der Nichteinlegung eines Vetos durch das nationale Parlament steht.

Dies hat notwendig Konsequenzen für die verfassungsgerichtliche Kontrolle. Da der Vertrag von Lissabon bereits jetzt zum Übergang zum Mehrheitsprinzip ermächtigt, muß im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nicht nur geprüft werden, ob der zunächst geltende Rechtszustand, der in einigen wichtigen Bereichen – besonders in einigen Kernbereichen der souveränen Staatlichkeit – noch das Einstimmigkeitsprinzip vorsieht, mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit vereinbar ist, sondern ebenso der Rechtszu-

stand, der nach Übergang zum Mehrheitsprinzip gegeben sein wird. Eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Zustimmung des deutschen Vertreters im Europäischen Rat zu einem Beschluß nach Art. 48 Abs. 7 EUV wird nicht mehr möglich sein, auch nicht eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Untätigkeit des Bundestages oder des Bundesrates (Nichteinlegung eines Vetos). Abgesehen von der Frage, ob rein praktisch eine (Eil-)Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vor dem Beschluß des Europäischen Rates zu erlangen sein wird (nach dem Beschluß käme eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu spät, weil das dann geltende europäische Recht für die Bundesrepublik Deutschland – mit Vorrang vor dem Grundgesetz – verbindlich wäre) und wie man sich ein – rechtzeitiges – Untätigkeitsverfahren gegen den Bundestag oder den Bundesrat überhaupt vorstellen könnte, handelt der deutsche Vertreter im Europäischen Rat im Rahmen einer Ermächtigung, die bereits jetzt erteilt wurde. Dies wird gerade auch darin deutlich, daß Bundestag und Bundesrat nicht nochmals ihre Zustimmung geben müssen, sondern es lediglich in der Hand haben, den Vollzug der bereits mit dem Vertrag von Lissabon erteilten Ermächtigung zu blockieren. Somit ist es ausgeschlossen, daß die Beteiligung des deutschen Vertreters im Europäischen Rat gegen das Grundgesetz verstößt, wenn nicht bereits der Vertrag von Lissabon mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Wenn aber das Bundesverfassungsgericht den Vertrag von Lissabon mit seinem Art. 48 Abs. 7 EUV jetzt für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt, ist eine spätere Korrektur nicht mehr möglich. Sie liefe darauf hinaus, einen Vertrag, der für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten ist, am Maßstab des Grundgesetzes zu messen. Dies ist im Europarecht wegen des Vorrangs des europäischen Rechts (dazu oben → S. 62) nicht möglich, zumal es hier auch nicht um einen „ausbrechenden Rechtsakt“ ginge.

Folglich ist bei der Prüfung des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon davon auszugehen, daß von der Ermächtigung des Art. 48 Abs. 7 EUV zum Übergang zu Mehrheitsentscheidungen im größtmöglichen Umfang Gebrauch gemacht wird.

Ein solcher umfassender, flächendeckender Übergang zum Mehrheitsprinzip im Rat führt zu einer noch viel größeren Souveränitätseinbuße der Mitgliedstaaten als sie die Staaten schon ohne Anwendung dieser Vorschrift hinnehmen. Zugleich steigert die Europäische Union damit ihre Staatlichkeit in demselben Umfang, in dem sie bei den Mitgliedstaaten verloren geht.

(4) Außenvertretungskompetenz und Außenpolitik

Weitere wesentliche Staatlichkeitselemente sind die eigenständige Außenvertretung der Europäischen Union auf völkerrechtlicher Ebene sowie die Zuständigkeit für die Außenpolitik.

(4.1) Hoher Vertreter, Auswärtiger Dienst und Vertretungen bei Drittländern als quasi-staatliche Organisationsstrukturen der Außenpolitik

Durch den Vertrag von Lissabon erhält die Europäische Union einen Außenminister. Er wird nur nicht mehr so genannt (wie noch im Entwurf des Verfassungsvertrages), sondern heißt jetzt „Hoher Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik“ (Art. 27 EUV). Er vertritt

die Union nach außen, insbesondere auf internationalen Konferenzen und in internationalen Organisationen.

Die Union errichtet einen eigenen Auswärtigen Dienst (Art. 27 Abs. 3 EUV). Sie entsendet Delegationen in Drittländer und zu internationalen Organisationen, die dort für die Vertretung der Union sorgen und der Leitung des Hohen Vertreters für Außen- und Sicherheitspolitik unterstehen (Art. 221 AEUV).

Die Union errichtet somit in umfassender Weise organisatorische diplomatische Strukturen, die den außenpolitischen Organisationsapparaten von Staaten entsprechen: Außenminister, Auswärtiger Dienst, diplomatische Vertretungen.

Auch in dieser Hinsicht unterscheidet sich die Europäische Union nicht mehr von einem Staat.

(4.2) Umfassende Zuständigkeit für die Außenpolitik

Die Europäische Union hat eine umfassende Zuständigkeit für die Außenpolitik, die sich „auf alle Bereiche der Außenpolitik“ erstreckt (Art. 24 Abs. 1 EUV).

Mit dieser umfassenden Außenpolitik-Kompetenz verfügt die Europäische Union über ein weiteres Staatlichkeitselement, auch wenn dieses noch dadurch abgeschwächt ist, daß in diesem Bereich noch überwiegend nach dem Einstimmigkeitsprinzip entschieden wird. Freilich sind zum Teil auch Mehrheitsentscheidungen vorgesehen, so etwa in Art. 31 Abs. 2 EUV, allerdings mit einem Souveränitätsvorbehalt für die Mitgliedstaaten in UAbs. 2). In der Entwicklungspolitik, um noch ein weiteres Beispiel zu nennen, können mit Mehrheitsentscheidung verbindliche Maßnahmen beschlossen werden (Art. 209 Abs. 1 AEUV).

Ein wesentlicher Unterschied zur bisherigen Rechtslage besteht auch darin, daß die europäische Außenpolitik jetzt nicht mehr „intergouvernemental“, sondern im Rahmen der Organe einer völkerrechtlichen Rechtspersönlichkeit stattfindet, die die Beschlüsse dann nach außen durch ihren Hohen Vertreter und ihren diplomatischen Apparat vertritt.

(4.3) Ermächtigung zum Übergang zu Mehrheitsentscheidungen

Vor allem aber besteht die Möglichkeit, durch einstimmigen Beschluß zu Mehrheitsentscheidungen auch auf den Gebieten der Außen- und Sicherheitspolitik überzugehen, auf denen zunächst noch einstimmig entschieden wird (Art. 31 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 7 EUV). Das heißt, für den gesamten Bereich der Außenpolitik ist der Übergang zum Mehrheitsprinzip durch Beschluß des Europäischen Rates vorgesehen, ohne daß es hierzu einer Vertragsänderung bedürfte.

Auch auf dem Gebiet der Außenpolitik findet somit ein großer Schritt in Richtung europäischer Staatswerdung statt. Dies gilt schon unabhängig vom Übergang zum Mehrheitsprinzip, erst recht aber unter Berücksichtigung der Möglichkeit dieses für die Außenpolitik geradezu revolutionären Schrittes.

Welche Konsequenzen dies für die verfassungsgerichtliche Kontrolle des Vertrages von Lissabon hat, wurde oben bereits dargelegt (→ [3.2], S. 69): Im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle muß nicht nur geprüft werden, ob der zunächst geltende Rechtszustand, der durch das Einstimmigkeitsprinzip als Regelfall für die Außen- und Sicherheitspolitik gekennzeichnet ist, mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit vereinbar ist, sondern ebenso der Rechtszustand, der nach Übergang zum Mehrheitsprinzip gegeben sein wird. Diese fundamentale Weiterentwicklung des Vertrages, die einen qualitativen Sprung in der Außen- und Sicherheitspolitik bedeutet und den Einfluß der einzelnen Mitgliedstaaten in diesen für die staatliche Souveränität essentiellen Politikbereichen minimalisiert, ist bereits jetzt Gegenstand der mit der Zustimmung zum Vertrag von Lissabon vorgenommenen Übertragung von Hoheitsrechten.

Im übrigen ist folgendes zu bedenken: Während nach Art. 48 Abs. 7 EUV hinsichtlich des Übergangs zum Mehrheitsprinzip die nationalen Parlamente immerhin noch ein Vetorecht haben (dazu schon oben → [3.2], S. 69), ist für Beschlüsse nach Kapitel 2 von Titel V EUV, also für die gesamte Außen- und Sicherheitspolitik mit Ausnahme der in Kapitel 1 vorgesehenen Beschlüsse über die Festlegung der strategischen Interessen und Ziele der Union, gemäß Art. 31 Abs. 3 EUV ein Übergang zum Mehrheitsprinzip allein durch einstimmigen Beschluß des Europäischen Rates – ohne Beteiligung des Europäischen Parlaments oder der nationalen Parlamente – möglich. (Auch hier sind Beschlüsse mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen ausgenommen, Art. 31 Abs. 4 EUV.)

Der in seiner Dimension exorbitante Souveränitätsverlust, den die Mitgliedstaaten mit dem Übergang zum generellen Mehrheitsprinzip bei außen- und sicherheitspolitischen Entscheidungen bei Zurückdrängung des Einstimmigkeitserfordernisses auf strategische Grundsatzentscheidungen sowie auf militär- und verteidigungspolitische Entscheidungen erleiden, wird also definitiv durch eine Entscheidung des Europäischen Rates herbeigeführt, ohne daß Bundestag und Bundesrat hierüber nochmals entscheiden könnten.

Somit ist hier noch evidenter, daß bereits im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Vertrages von Lissabon entschieden werden muß, ob ein so weitgehender Übergang zur Mehrheitsentscheidungen im Rat auch im Bereich der Außen- und Sicherheitspolitik und der damit verbundene Souveränitätsverlust in einem Kerngebiet der Staatlichkeit mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit noch vereinbar ist.

(5) Sicherheits- und Verteidigungspolitik

Entsprechendes gilt für die Sicherheits- und Verteidigungspolitik. Auch sie formiert sich jetzt in den Organen des Völkerrechtssubjekts Europäische Union.

Die Kompetenzen für die Sicherheitspolitik sind umfassend. Sie erstrecken sich auf „sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Sicherheit der Union“ (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 1 EUV). Für das Entscheidungsverfahren gilt das, was oben zur Außenpolitik gesagt wurde (→ Abschnitt [4.3], S. 71). Ausgenommen von der Ermächtigung, durch Beschluß des Europäischen Rates zu Entscheidungen nach dem Mehrheitsprinzip überzugehen, sind ledig-

lich Beschlüsse mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen (Art. 48 Abs. 7 EUV).

Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist auf die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik gerichtet. Auf einstimmigen Beschluß des Rates führt sie zu einer gemeinsamen Verteidigung.

Die Mitgliedstaaten stellen der Union „zivile und militärische Fähigkeiten“ für die Umsetzung der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik zur Verfügung (Art. 42 Abs. 3 UAbs. 1 EUV). Der Vertrag von Lissabon zielt damit auf die militärische Operationsfähigkeit der Europäischen Union ab (Art. 42 Abs. 1 EUV), die u.a. dazu dienen soll, „Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen und Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten“ durchzuführen und dabei auch zur Terrorismusbekämpfung beizutragen (Art. 43 Abs. 1 EUV).

Auch in der Verteidigungspolitik wird einstimmig entschieden; insofern wird die Souveränität der Mitgliedstaaten gewahrt. Andererseits übernimmt die Europäische Union auf diesem Gebiet Aufgaben, die in den Kernbereich der staatlichen Souveränität gehören. Auch auf diese Weise nähert sie sich funktionell einem Staat an.

(6) Innere Sicherheit, Polizei, Strafverfolgung

Auf die jetzt vergemeinschaftete Zuständigkeit für den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ wurde oben bereits im Zusammenhang mit den Rechtsetzungskompetenzen hingewiesen. In diesem Bereich hat die Europäische Union auch exekutivische Zuständigkeiten, die in den Kernbereich der souveränen Staatlichkeit fallen, nämlich die Strafverfolgung durch Eurojust, Europol und die europäische Staatsanwaltschaft (Art. 85 ff. AEUV).

(7) Währungshoheit

Die Währungshoheit gehört ebenfalls zu den Kernbereichen der souveränen Staatlichkeit. Sie ist bereits mit dem Vertrag von Maastricht auf die Europäische Union übergegangen.

(8) Abgabehoheit

Eingeschränkt ist noch die Abgabehoheit der Europäischen Union. Zwar ermächtigt der AEUV in Art. 311 die Union, sich mit den erforderlichen Mitteln auszustatten. Hierzu kann der Rat Beschlüsse fassen und dabei auch ganz neue Kategorien von Eigenmitteln – etwa unmittelbare Unionssteuern – einführen. Allerdings ist für einen solchen Beschluß die Zustimmung der Mitgliedstaaten erforderlich.

(9) Symbole

Die Europäische Union stützt ihre Staatsähnlichkeit auch auf Symbole wie den Europäischen Reisepaß oder den Euro als Zahlungsmittel. Weitere Symbole sind die Hymne, die

Flagge und der Europatag sowie die Devise „In Vielfalt geeint“. Diese Symbole waren im Entwurf des Verfassungsvertrages ausdrücklich erwähnt worden. Sie sind aus denselben symbolpolitischen Gründen aus dem Vertrag von Lissabon entfernt worden, aus denen die die Verträge jetzt nicht mehr „Verfassung“ heißen dürfen. Geändert hat sich damit aber nichts. Der Unionsvertrag und der AEUV bilden funktional die Verfassung der Europäischen Union, und die Symbole sind auch ohne die Erwähnung in den Verträgen die Symbole der Union und werden nach wie vor als solche verwendet, wie 16 Mitgliedstaaten dies in der Erklärung Nr. 52 zur Schlußakte der Regierungskonferenz ausdrücklich festgestellt haben.

cc) Gesamtbetrachtung

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Maastricht-Urteil betont, die der Europäischen Union und den ihr zugehörigen Gemeinschaften eingeräumten hoheitlichen Kompetenzen und Befugnisse blieben auch nach dem Vertrag von Maastricht im wesentlichen Tätigkeiten einer Wirtschaftsgemeinschaft¹²⁴. Mit dieser sektoralen Begrenzung ist es jetzt endgültig vorbei. Der Rechtszustand, wie er sich nach dem Vertrag von Lissabon darstellt, ist durch flächendeckende Rechtsetzungskompetenzen auch außerhalb wirtschaftlicher Tätigkeiten und durch legislative wie auch exekutive Kompetenzen in Kernbereichen souveräner Staatlichkeit gekennzeichnet, die außerhalb des wirtschaftlichen Sektors liegen. Die Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union erstreckt sich auf alle Gebiete der Politik und ermöglicht es der Europäischen Union, auch auf der völkerrechtlichen Ebene wie ein Staat zu agieren. Dazu hat die Europäische Union einen außenpolitischen Apparat, der quasistaatlichen Charakter hat sowie weitreichende außenpolitische Kompetenzen (oben → S. 70 ff.).

Hinsichtlich der Rechtsetzung hat die Europäische Union jetzt flächendeckende, praktisch alle Bereiche der Politik abdeckende Kompetenzen (oben → S. 49 ff.). Soweit diese Kompetenzen aufgrund restriktiv formulierter Kompetenztitel im einzelnen nicht ausreichen, um Ziele der Union zu verwirklichen, kann die Union selbst ihre Kompetenzen mit Hilfe der Flexibilitätsklausel (Art. 352 AEUV) erweitern. Sie besitzt jetzt eine umfassende Kompetenz-Kompetenz (oben → S. 60). Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist nur noch ein formales Kompetenzverteilungsprinzip; materiell hat es keine effektiv begrenzende Funktion mehr, weil es jetzt flächendeckende Einzelermächtigungen gibt (oben → S. 52). Das Recht der Union besitzt uneingeschränkten Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten einschließlich ihres Verfassungsrechts; die „Solange“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht kann nicht aufrechterhalten werden (oben → S. 62 ff.), und der Gerichtshof der Europäischen Union, der sich als „Motor der Integration“ versteht, hat in Kompetenzfragen – insbesondere auch hinsichtlich der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips – das letzte Wort (oben → S. 65).

Die Europäische Union stützt ihre Legitimation jetzt auf ein eigenes Unionsvolk, ein Quasi-Staatsvolk (oben → S. 66 f.), hat Kompetenzen in allen klassischen Kernbereichen der Staatlichkeit wie Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik, sowie innere Sicher-

¹²⁴ BVerfGE 89, 155 (190).

heit, Strafverfolgung und Strafrecht, darüber hinaus auch in für den modernen Sozialstaat relevanten Kerngebieten, verfügt mit der Währungshoheit und dem Euro als Unionswährung über ein weiteres Kernstück souveräner Staatlichkeit und kann über die benötigten Finanzmittel selbst entscheiden. Sie verwendet alle Symbole, mit denen Staaten üblicherweise ihre Staatlichkeit symbolisieren, auch wenn dies im Vertrag von Lissabon im Unterschied zum Verfassungsvertrag nicht ausdrücklich geregelt ist und der Begriff „Verfassung“ ebenfalls vermieden wird, um den äußeren Anschein der Staatlichkeit zu vermeiden.

Mit dem Übergang zu Mehrheitsentscheidungen als Regel-Entscheidungsverfahren und erst recht mit der Möglichkeit, auch auf denjenigen Gebieten, die bisher noch dem Einstimmigkeitsprinzip unterliegen, zum Mehrheitsprinzip überzugehen (oben → S. 69 und S. 71), organisiert sich die Europäische Union als eine quasistaatliche Organisation¹²⁵, die sehr viel enger integriert ist als zwischenstaatliche Organisationen, welche die Souveränität der Mitgliedstaaten dadurch respektieren, daß sie ihre Beschlüsse in der Regel nur einstimmig nur auf begrenzten Sektoren fassen können.

Viele der aufgezählten Aspekte sind – wie oben eingehend gezeigt – schon je einzeln mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit unvereinbar. Erst recht aber ist in der Summe aller dieser Einzelaspekte die Grenze dessen, was das Grundgesetz an Übertragung von Hoheitsrechten zuläßt, deutlich überschritten. Die Europäische Union hat sich mit dem Vertrag von Lissabon zu einer quasistaatlichen Organisation entwickelt, der alle Merkmale zukommen, die völkerrechtlich oder staatsrechtlich einen Staat auszeichnen – abgesehen davon, daß die Mitgliedstaaten sie nicht als Staat verstehen wollen und sie sich selbst nicht als Staat versteht. Das einzige, was ihr zur Staatlichkeit im völkerrechtlichen Sinne noch fehlt, ist, daß sie von den Mitgliedstaaten zum Staat proklamiert wird oder sie sich selbst zum Staat proklamiert.

Ob man eine solche Organisation nun als „Staat“ bezeichnet oder nicht, ist – wie dargelegt – eine Frage der terminologischen Konvention. Auf diese aber kommt es verfassungsrechtlich nicht an. Entscheidend ist, ob die Grenze der verfassungsrechtlich zulässigen Übertragung von Hoheitsrechten überschritten ist. Und dies ist klar der Fall. Die Europäische Union ist eindeutig keine „zwischenstaatliche Einrichtung“ mehr¹²⁶, sondern ein staatsähnliches Gebilde, das sich nur noch durch Äußerlichkeiten von einem Staat unterscheidet. In demselben Maße, in dem die Europäische Union an Staatlichkeit gewonnen hat, haben die Mitgliedstaaten an souveräner Staatlichkeit verloren. Sowohl unter qualitativen wie unter quantitativen Aspekten ist die Europäische Union kaum noch von einem Bundesstaat zu unterscheiden. Die verfassungsrechtliche Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten ist unter dem Aspekt des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit aber jedenfalls dann überschritten, wenn die Europäische Union den Charakter einer zwischenstaatlichen Einrichtung verloren und zu einer Organisation geworden ist, die sich von einem Staat nicht mehr

¹²⁵ Oder, wie *Christoph Schönberger*, AöR 129 (2004), S. 81 (84) ironisch formuliert hat: als „staatsanaloger Nichtstaat“, der „in erster Linie ein bundesstaatsanaloger Nichtbundesstaat“ sei.

¹²⁶ Daß es auf dieses Kriterium von Art. 24 Abs. 1 GG im Hinblick auf die gemäß Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfesten Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten ankommt, und daß der neue Art. 23 Abs. 1 GG die Befugnis zur Übertragung von Hoheitsrechten nicht erweitern konnte, wurde oben → S. 34 f. begründet. Vgl. auch die in Fn. 62 nachgewiesene ausführlichere Begründung.

durch sektoral beschränkte Kompetenzen oder durch ein Entscheidungsverfahren, das den einzelnen Mitgliedstaaten die Oberhand läßt, sondern nur noch durch Äußerlichkeiten („Hoher Vertreter“ statt „Außenminister“ usw.) und durch die fehlende Proklamation zum Staat im Sinne des Völkerrechts unterscheidet¹²⁷.

Ob die Überschreitung dieser Grenze jetzt durch den Vertrag von Lissabon erfolgt oder auf dem Weg von Maastricht zu Lissabon schon an einer früheren Stelle erfolgt ist, ist für die Beurteilung des Vertrages von Lissabon irrelevant. Denn wenn die Grenze der verfassungsrechtlich erlaubten Übertragung von Hoheitsrechten bereits früher (etwa mit dem Vertrag von Nizza oder mit dem Vertrag von Amsterdam) überschritten worden sein sollte, dann dürfen jetzt jedenfalls keine weiteren Hoheitsrechte übertragen werden.

Somit ist das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit und daher gegen Art. 79 Abs. 3 GG verfassungswidrig.

Dies bedeutet nicht, daß es nach dem Grundgesetz unmöglich ist, die europäische Integration im Sinne des Vertrages von Lissabon weiter voranzutreiben. Aber da spätestens mit dem Vertrag von Lissabon die Schwelle des Art. 79 Abs. 3 GG überschritten wird, ist dies im Wege der Verfassungsänderung nicht mehr möglich, sondern es bedarf hierzu einer verfassunggebenden Entscheidung. Diese kann nicht der verfassungsändernde Gesetzgeber, sondern nur das Volk als Subjekt des *pouvoir constituant* treffen. Ob und wie eine solche Entscheidung auf legalem Wege herbeigeführt werden kann, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Denn die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon hängt hiervon nicht ab.

3. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch den Vertrag von Lissabon

Das Demokratieprinzip gehört zu den Staatsfundamentalprinzipien, die nach Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG jeder Verfassungsänderung entzogen sind. Es bildet daher auch eine für den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht disponible Schranke für die Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union gemäß Art. 23 Abs. 1 GG.

Die aus dem Demokratieprinzip folgende Integrationsschranke hat zwei Dimensionen: Zum einen darf die Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union nicht dazu führen, daß die deutsche Staatsgewalt nicht mehr dem Demokratieprinzip entspricht; zum anderen dürfen Hoheitsrechte an die Europäische Union nur unter der Voraussetzung über-

¹²⁷ *Peter M. Huber*, Maastricht – ein Staatsstreich?, 1993, S. 48 f., hatte bereits seine Untersuchung zum Vertrag von Maastricht mit der Feststellung resümiert, jener Vertrag bleibe kurz vor der Schwelle dessen, was der Staat des Grundgesetzes als unantastbaren Kern seiner Staatlichkeit begreift. Es liege auf der Hand, daß wohl mit dem nächsten Integrationsschritt die durch Art. 79 Abs. 3 GG gezogene Grenze überschritten werden dürfte. Jeder substantielle weitere Fortschritt auf dem Weg zu einem vereinten Europa verändere die Bundesrepublik Deutschland in ihren durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundlagen und sei deshalb nur durch einen Akt der verfassunggebenden Gewalt erreichbar; vgl. auch *ders.* (Fn. 35), S. 7 f.

tragen werden, daß die Europäische Union ihrerseits strukturell dem Demokratieprinzip genügt. Letztere Voraussetzung ist in Art. 23 Abs. 1 GG ausdrücklich geregelt. Damit hat der verfassungsändernde Gesetzgeber aber nur eine Integrationsvoraussetzung *expressis verbis* in den speziellen Europa-Artikel aufgenommen, die sich ohnehin schon aus Art. 79 Abs. 3 GG ergibt und die somit nicht nur den einfachen Gesetzgeber, sondern auch den verfassungsändernden Gesetzgeber bindet. Denn die Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG gelten unverbrüchlich für die Ausübung von Hoheitsgewalt in Deutschland. Wenn Hoheitsrechte an eine zwischenstaatliche Einrichtung übertragen werden, insbesondere an die Europäische Union, muß diese – gegebenenfalls unter Berücksichtigung derjenigen Besonderheiten, die die jeweilige zwischenstaatliche Organisation von einem Staat unterscheiden – ihrerseits die Fundamentalprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG wahren, muß also vor allem demokratisch organisiert sein.

Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon ist, wie im folgenden gezeigt wird, in beiden oben genannten Dimensionen mit dem Demokratieprinzip unvereinbar, und zwar unter vier Aspekten:

- Die Vergemeinschaftung der bisherigen „Dritten Säule“ führt dazu, daß die Gesetzgebungskompetenzen des deutschen Gesetzgebers ausgehöhlt und weitgehend ihrer Substanz entleert werden (a).
- Die strukturellen Demokratiedefizite der Europäischen Union werden trotz massiver Kompetenzerweiterung nicht beseitigt, sondern verfestigt, und zwar in institutioneller Hinsicht (b aa)
- sowie im Hinblick auf undemokratische Entscheidungsstrukturen (b bb).
- Zusätzlich enthält der Vertrag von Lissabon mehrere Regeln, die je für sich in spezieller Weise gegen das Demokratieprinzip verstoßen (d).

Eine Rechtfertigung für die strukturellen Demokratiedefizite, etwa unter dem Aspekten, daß sie unvermeidlich seien und deshalb wegen der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes in Kauf genommen werden müßten, gibt es nicht (c).

a) Entleerung der demokratischen Legitimation durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf die Europäische Union

aa) Das Demokratieprinzip des Art. 20 GG als Grenze für die Übertragung von Hoheitsrechten

Im Maastricht-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Demokratieprinzip Grenzen für die Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union abgeleitet: Dem Deutschen Bundestag – so das Bundesverfassungsgericht – müßten Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben. Die durch die Wahl zum Bundestag gemäß Art. 38 GG bewirkte Legitimation dürfe nicht durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen auf die Europäische Union so entleert werden, daß das demokratische Prinzip verletzt wird. Würden zu viele Kompetenzen auf die Europäische Union übertragen, so

könnten die sich aus Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG ergebenden unverzichtbaren Mindestanforderungen demokratischer Legitimation der dem Bürger gegenüberstehenden Hoheitsgewalt nicht mehr erfüllt sein¹²⁸.

Das Bundesverfassungsgericht hat leider diese Mindestanforderungen nicht konkretisiert und sich weder auf eine quantitative noch eine qualitative Analyse eingelassen, wie viel Gesetzgebungssubstanz dem Deutschen Bundestag nach dem Vertrag von Maastricht noch verblieb. Vielleicht erschien es ihm evident, daß noch hinreichende Gesetzgebungssubstanz vorhanden war, zumal – wie das Bundesverfassungsgericht hervorhob – der Vertrag nicht zwingend eine Wirtschaftsunion und erst recht keine politische Union hervorbrachte¹²⁹ und die folgenden Aspekte die Souveränität der Mitgliedstaaten nach Ansicht des Gerichts hinreichend sicherten: (1) Die Europäische Union begründe keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat, sondern sei ein Staatenverbund¹³⁰, der (2) im wesentlichen auf Tätigkeiten einer Wirtschaftsgemeinschaft beschränkt sei¹³¹, die aber – wie gesagt – noch nicht einmal eine Wirtschaftsunion sei¹³². (3) Die Mitgliedstaaten blieben als „Herren der Verträge“¹³³ souveräne Staaten¹³⁴, die (4) der Europäischen Union nur begrenzte Zuständigkeiten nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erteilten¹³⁵ und (5) ihre Souveränität auch durch das Recht zum Austritt wahrten¹³⁶, während (6) der Europäischen Union keine Kompetenz-Kompetenz zukomme¹³⁷ und (7) zudem das Subsidiaritätsprinzip die Kompetenzen der Europäischen Union zusätzlich begrenze¹³⁸.

Dieser Katalog von souveränitätswahrenden Elementen hat freilich nur insoweit etwas mit den verbleibenden Gesetzgebungskompetenzen des Bundestages zu tun, als einerseits mit dem Hinweis darauf, daß die Europäische Union im wesentlichen noch immer Wirtschaftsgemeinschaft sei, die sektorale Beschränktheit der Europäische Union betont wurde – mit der Folge, daß auf allen anderen Sektoren im wesentlichen die Gesetzgebungskompetenz des Bundestag erhalten bliebe – und andererseits mit dem Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip ausgesagt wurde, daß auch dort, wo die Europäische Union Gesetzgebungskompetenzen erhalten habe, die Parlamente der Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit nicht völlig verlören.

128 *BVerfGE* 89, 155 (172, auch 182 sowie LS 1 und 4).

129 *BVerfGE* 89, 155 (206).

130 *BVerfGE* 89, 155 (188).

131 *BVerfGE* 89, 155 (190).

132 *BVerfGE* 89, 155 (206).

133 *BVerfGE* 89, 155 (190).

134 *BVerfGE* 89, 155 (189, 190).

135 *BVerfGE* 89, 155 (189, 192 ff., 209 f.).

136 *BVerfGE* 89, 155 (190).

137 *BVerfGE* 89, 155 (194 ff.).

138 *BVerfGE* 89, 155 (189, 193, 210 ff.).

Immerhin waren das zwei gewichtige Gesichtspunkte. Von diesen hat sich – wie oben im Abschnitt 2. unter dem Aspekt der souveränen Staatlichkeit ausführlich gezeigt – der erste Gesichtspunkt erledigt: Die Europäische Union ist heute nicht mehr im wesentlichen Wirtschaftsgemeinschaft, sondern sie hat sich – unterstützt durch die expansive Rechtsprechung des EuGH – weitreichende Zuständigkeiten nicht nur für den Binnenmarkt, sondern auch für die Wirtschaftspolitik, die Beschäftigungspolitik und darüber hinaus für die Sozialpolitik verschafft. Was das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil nicht berücksichtigt hat, ist der Umstand, daß die Europäische Union sich im primären Gemeinschaftsrecht auf eine bestimmte Wirtschaftsverfassung festgelegt hat, die den nationalen Wirtschaftsverfassungen übergestülpt wird, mit der Folge, daß die für verschiedene Modelle relativ offene Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes, ohne daß dies in Deutschland überhaupt zur Kenntnis genommen und problematisiert wird¹³⁹, eine andere Wirtschaftsordnung als eine „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ nicht mehr etablieren dürfte (Art. 119 Abs. 1 und 2 sowie Art. 120 AEUV). – Über die wirtschaftlichen und wirtschaftsnahen Politikbereiche hinaus erstreckt sich Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon nahezu flächendeckend auf fast alle wichtigen Politikbereiche, und mit der Vergemeinschaftung der früheren „Dritten Säule“ ist sie in staatliche Kernbereiche wie innere Sicherheit, Polizei und Strafverfolgung vorgedrungen¹⁴⁰. Mit „flächendeckender“ Zuständigkeit ist hier nicht gemeint, daß nach dem Rechtszustand, wie er mit dem Vertrag von Lissabon eintritt, die Europäische Union schon jetzt auf praktisch allen Sachgebieten praktisch alles regeln kann, sondern daß es kaum noch ein wichtiges Sachgebiet gibt, auf dem die Europäische Union keine Kompetenzen hat. Wenn ihr auch in manchen Sachgebieten nur begrenzte Einzelermächtigungen erteilt worden sind, so kann sie sich doch die ihr fehlenden Kompetenzen mit Hilfe der Flexibilitätsklausel beschaffen¹⁴¹. Sie hat insoweit eine Kompetenz-Kompetenz, mit Hilfe derer sie dem Bundestag diejenigen Gesetzgebungskompetenzen entziehen kann, die ihm noch verblieben sind, ohne daß der Bundestag hierüber nochmals zu entscheiden hätte.

Das Subsidiaritätsprinzip aber hat sich als ungeeignet erwiesen, den Kompetenzzuwachs der zentralen Ebene wirksam zu begrenzen und für den Verbleib substantieller Entscheidungszuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten zu sorgen, zumal der Gerichtshof der Europäischen Union, der sich als „Motor der Integration“ versteht, kein geeigneter Wächter der Subsidiarität ist¹⁴².

¹³⁹ Zu den wenigen Ausnahmen gehört *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Welchen Weg geht Europa*, 1997, der die Festlegung auf eine bestimmte Währungs- und Geldpolitik in die EU-Verfassung kritisiert (S. 33) und zur Festlegung auf die Marktwirtschaft immerhin sagt, daß es sich um „Marktwirtschaft pur“ im Unterschied zu einer sozialen Marktwirtschaft handle, weil dem EG-Recht das soziale Pendant zu den marktwirtschaftlichen Festlegungen fehle (S. 23 f.). – Ich selbst kritisiere hier nicht die Entscheidung für die offene Marktwirtschaft; es geht allein um das Demokratieproblem, das aus dieser Festlegung im primären Unionsrecht resultiert.

¹⁴⁰ Ausführliche Darlegung oben C.I.2. e aa, → S. 49 ff.; *Herzog / Gerken* (Fn. 102) meinen daher zutreffend, die verfassungsmäßigen Kompetenzen des Bundestages seien „einem substantiellen Aushöhlungsprozeß ausgesetzt“.

¹⁴¹ Dazu oben C.I.2. e aa (3) → S. 60.

¹⁴² Dazu oben C.I.2. e aa (1.3) → S. 52 ff.

Der eine Aspekt, der im Maastricht-Urteil zugunsten des Verbleibs hinreichender Entscheidungskompetenzen beim Bundestag angeführt wurde – die im wesentlichen noch sektorale Beschränktheit der Europäischen Union auf die Wirtschaftsgemeinschaft – ist also entfallen, während der andere Aspekt – das Subsidiaritätsprinzip – hinsichtlich seiner effektiven Wirksamkeit von vornherein eine Spekulation auf eine subsidiaritätsfreundliche künftige Praxis und keine effektive Garantie war. Diese Spekulation ist nicht aufgegangen. Rechtlich gefordert wäre vor dem Hintergrund von Art. 79 Abs. 3 GG ohnehin eine effektive rechtliche Garantie sowie die Möglichkeit des Bundesverfassungsgerichts, bei Verletzung dieses Prinzips einzuschreiten und subsidiaritätswidrigen Rechtsakten der Europäischen Union die Wirksamkeit in Deutschland zu versagen. Dieses Schwert aber ist dem Bundesverfassungsgericht mit dem Vertrag von Lissabon aus der Hand geschlagen worden¹⁴³.

Versucht man, die Antwort auf die Frage, ob mit dem Vertrag von Lissabon die aus dem Demokratieprinzip folgenden Grenzen der Übertragbarkeit von Hoheitsrechten überschritten worden sind, nicht nur anhand der beiden vom Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil tatsächlich angewandten Kriterien zu beantworten, sondern systematisch zu konkretisieren, wo diese Grenze verläuft, so ergibt sich folgendes:

- Das Grundgesetz verfaßt die Bundesrepublik Deutschland als demokratischen Staat, und zwar – wie oben im Abschnitt 2. gezeigt – als souveränen und zugleich europaoffenen Nationalstaat. Subjekt der Demokratie ist in diesem Staat das deutsche Staatsvolk. Von ihm geht gemäß Art. 20 Abs. 1 und 2 GG die Hoheitsgewalt aus, die in Deutschland ausgeübt wird. Das deutsche Staatsvolk ist nicht nur Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt (Präambel des Grundgesetzes), sondern auch Subjekt der demokratischen Legitimation in Deutschland¹⁴⁴.
- Die Europaoffenheit des Grundgesetzes (Präambel und Art. 24 Abs. 1, jetzt konkretisiert durch Art. 23 Abs. 1 GG) modifiziert diese Grundentscheidung dahingehend, daß in Deutschland auch Hoheitsgewalt durch „zwischenstaatliche Einrichtungen“ i.S. von Art. 24 Abs. 1 GG beziehungsweise durch die Europäische Union gemäß Art. 23 Abs. 1 GG ausgeübt werden darf. Die EU-Hoheitsgewalt ist keine deutsche Staatsgewalt und kann demnach nicht allein vom deutschen Volk legitimiert sein. Das Grundgesetz läßt dies zu, allerdings nur in den Grenzen, in denen es überhaupt die Übertragung von Hoheitsgewalt an die Europäische Union zuläßt. Diese Grenzen wurden oben im Abschnitt 2. über den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit aufgezeigt (→ S. 27 ff., insb. S. 34 ff. und S. 36 ff.). Nur in dem Maße, in dem das Grundgesetz zur Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union ermächtigt, kann die Grundentscheidung des Art. 20 GG, daß die in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt vom deutschen Staatsvolk ausgehen muß, als modifiziert angesehen werden. Die Antwort auf die Frage, wie viel an Gesetzgebungskompetenzen beim deutschen Gesetzgeber verbleiben muß, ist somit im Hinblick auf die Grundentscheidung des Verfassungsgebers zu beurteilen, ei-

¹⁴³ Dazu oben C.I.2. e aa (1.3.3) → S. 56 f.

¹⁴⁴ Vgl. *BVerfGE* 83, 37 ff.; 83, 60 ff.

nen souveränen Staat zu konstituieren, der in begrenztem Umfang an „zwischenstaatliche Einrichtungen“ Hoheitsbefugnisse abgeben kann, dabei aber souveräner Staat bleibt¹⁴⁵. Somit muß der eindeutige Schwerpunkt der Gesetzgebungskompetenzen beim deutschen Gesetzgeber bleiben; mit Art. 20 GG ist es unvereinbar, wenn ein qualitatives oder quantitatives Übergewicht der Gesetzgebungskompetenz bei der Europäischen Union entsteht. Umgekehrt muß sichergestellt sein, daß der Bundestag (soweit nach dem Grundgesetz nicht die Länder zuständig sind) im wesentlichen für die Rechtsetzung verantwortlich bleibt und daß die europäische Rechtsetzung lediglich als Modifikation dieses Grundsatzes hinzutritt.

- Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil in diesem Zusammenhang nicht nur auf die Gesetzgebungskompetenz abgestellt, sondern allgemein postuliert, das Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation dürfe nicht durch Verlagerung von „Aufgaben und Befugnissen“ des Bundestages entleert werden¹⁴⁶. In der Logik seiner Entscheidung liegt es, die gesamte Staatstätigkeit, also auch Regierung und Verwaltung¹⁴⁷ mit einzubeziehen. Auch diese bedürfen der demokratischen Legitimation, die in Deutschland über Art. 38 GG vermittelt wird. Zu den Aufgaben des Bundestages gehört es, die Regierung mittelbar demokratisch zu legitimieren und die demokratische Kontrolle über sie auszuüben. Auch die Verlagerung von Regierungs- und Verwaltungsaufgaben auf die Europäische Union berührt somit nicht nur den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit, sondern ebenso das Demokratieprinzip. Sie schmälert die „Aufgaben und Befugnissen“ des Bundestages und somit auch das Recht des Wählers auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation nach Art. 38 GG¹⁴⁸.

Somit sind die Grenzen, die sich für die Übertragbarkeit von Hoheitsrechten aus Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG unter dem Aspekt der Wahrung der Demokratie in Deutschland ergeben, mit denjenigen identisch, die oben im Abschnitt 2. für den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit ausführlich dargestellt wurden (C.I.2., → S. 27-76). Sollte das Bundesverfassungsgericht also entgegen der oben entwickelten Argumentation zu der Ansicht kommen, der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit sei kein der Verfassungsänderung entzogenes Verfassungsprinzip, so würde dies an den Kriterien für die Überprüfung des Vertrag von Lissabon gar nichts ändern, denn die Kriterien des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit sind zugleich auch Kriterien, die sich aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 GG ergeben.

¹⁴⁵ Ausführlich dazu oben → S. 27 ff.; ausführliche Begründung dafür, daß es für die Bestimmung der nach Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten auf Art. 24 GG und nicht auf den neuen Art. 23 GG ankommt, bei *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (176-179).

¹⁴⁶ S.o. Fn. 128.

¹⁴⁷ Ich lasse hier die Rechtsprechung außer Acht, obwohl auch sie im Hinblick auf Richterauswahl und vor allem im Hinblick auf die Bindung an Gesetz und Verfassung demokratisch legitimiert sein muß, was in Deutschland in erster Linie bedeutet: durch die Bindung an die vom deutschen Gesetzgeber beschlossenen Gesetze.

¹⁴⁸ Das BVerfG spricht hinsichtlich der „Aufgaben und Befugnissen“, die der Bundestag nur in den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG aufgeben dürfe, ausdrücklich nicht nur von der Gesetzgebung, sondern auch von „Wahl und Kontrolle anderer Träger der Staatsgewalt“, *BVerfGE* 89, 155 (172).

Aus den Gründen, aus denen – wie oben im Abschnitt 2. dargelegt – der Vertrag von Lissabon gegen den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit verstößt, ist dieser Vertrag somit auch mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.

bb) Die Machtverschiebung zwischen Bundesregierung und Bundestag und die Delegitimierung der deutschen Rechtsetzung durch die rechtsetzende Tätigkeit der Bundesregierung

Die Bundesregierung ist durch ihren Sitz im Rat der Europäischen Union maßgeblich an der Rechtsetzung der Europäischen Union beteiligt, denn der Rat ist das Hauptrechtsetzungsorgan. Durch die zunehmende Verlagerung von Gesetzgebungskompetenzen auf die Europäische Union, wie sie oben (C.I.2. e aa → S. 49 ff.) beschrieben wurde, wird der Einfluß der Bundesregierung auf die Gesetzgebung immer größer, und in demselben Umfang nimmt der Einfluß des Bundestages auf die Gesetzgebung ab. Und mit der zunehmenden Kompetenzverlagerung nach Brüssel reduziert sich die Rolle der nationalen Parlamente – in Deutschland also des Bundestages – zunehmend darauf, Durchführungsbestimmungen zu Gesetzen (nämlich zu den EU-Richtlinien) zu erlassen, die von der europäischen Exekutive unter Beteiligung der Vertreter der nationalen Regierungen im Rat (wenn auch jetzt regelmäßig unter Beteiligung des Europäischen Parlaments) erlassen worden sind. Damit wird die Funktionenzuordnung der parlamentarischen Demokratie, nach der das Parlament der Gesetzgeber ist, auf den Kopf gestellt¹⁴⁹. Schon dies ist mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar.

Hinzu kommt folgende, allgemein bekannte Praxis, die von *Herzog* und *Gerken* als „Spiel über die Bande“ beschrieben wird:

»Ein nationales Ministerium, etwa das deutsche Bundesumweltministerium, das ein Regulierungsvorhaben auf nationaler Ebene nicht durchsetzen kann – weil zum Beispiel der deutsche Arbeitsminister Widerstand leistet oder es im Bundestag nicht mehrheitsfähig wäre –, „ermutigt“ die zuständige Generaldirektion in der Europäischen Kommission diskret, dieses Vorhaben EU-weit zu verwirklichen. In Brüssel trifft dies aus den soeben geschilderten Gründen meist auf ausgeprägte Bereitschaft. Das EU-Vorhaben durchläuft dann den üblichen Gesetzgebungsprozess. Am Ende entscheidet der Ministerrat darüber. In dem sitzen aber im Regelfall genau dasjenige Ministerium, das den Vorschlag überhaupt erst angestoßen hat, und die entsprechenden Fachministerien der anderen Mitgliedstaaten, im Beispiel also 27 Umweltministerien.

Die erforderliche Abwägung auf nationaler Ebene, oft genug auch auf EU-Ebene, etwa mit arbeitsmarktpolitischen Belangen, kommt als Folge dieses Spiels über Bande regelmäßig zu kurz, denn andere Ministerien und vor allem die Parlamente in den Mitgliedstaaten werden nicht einmal näherungsweise in den Entscheidungsprozess einge-

¹⁴⁹ Vgl. *Werner Hofmann*, Die Krise des Staates und des Rechts, KJ 1968, S. 1; *Martin Kutscha*, Demokratischer Zentralismus? Vom zweifelhaften Schicksal bundesdeutscher Verfassungsprinzipien bei der EG-Integration, KJ 1990, S. 425 (429 f.).

bunden, wie es für Rechtsakte auf nationaler Ebene selbstverständlich ist und wie es die Verfassungen der Mitgliedstaaten eigentlich vorschreiben.

Vieles, was auf nationaler Ebene nicht durchsetzbar ist, wird so über den Umweg nach Brüssel umgesetzt – jetzt sogar europaweit. Folge ist eine fortschreitende Zentralisierung, angestoßen durch nationale Partikularinteressen.«¹⁵⁰

Mit diesem „Spiel über die Bande“ wird nicht nur der Bundestag übertölpelt, der auf diese Weise ausführen muß, worüber er nach nationalem Verfassungsrecht eigentlich hätte entscheiden müssen und der so zum Erfüllungsgehilfen der Bundesregierung degradiert wird; es wird auch der demokratische Willensbildungs- und Entscheidungsprozeß in Deutschland überhaupt ausgetrickst: Die Kontrolle durch die kritische Öffentlichkeit in Deutschland entfällt, eine öffentliche Diskussion findet nicht statt, und nicht selten fängt die Diskussion im Bundestag und dann auch in den Massenmedien erst an, wenn die europäische Richtlinie, die unter Mitwirkung der Bundesregierung beschlossen worden ist, im Bundestag zur Umsetzung in deutsches Recht ansteht. Dann aber ist es zu spät, weil die Weichen schon in Brüssel gestellt worden sind.

cc) Zwischenergebnis

Die Demokratie in Deutschland wird durch die mit dem Vertrag von Lissabon erreichte Entwicklungsstufe der europäischen Integration dadurch in mit Art. 79 Abs. 3 i.V.m. 20 GG unvereinbarer Weise beeinträchtigt,

- daß die Entscheidungskompetenzen des Bundestages ausgehöhlt und in ihrer Substanz entleert werden,
- daß der Umfang der Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union das Maß überschritten hat, welches noch mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit vereinbar ist und welches zu wahren zu den Voraussetzungen der Demokratie i.S. von Art. 20 GG gehört,
- und dadurch, daß die Verlagerung der Gesetzgebungskompetenzen nach Brüssel zu einer Verschiebung der Rechtsetzungsmacht vom Bundestag auf die Bundesregierung in einem Ausmaß geführt hat, das mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes nicht mehr vereinbar ist.

b) Das strukturelle Demokratiedefizit der Europäischen Union

Im vorigen Abschnitt (a) ging es um das Problem, daß der Vertrag von Lissabon dazu führt, daß die Demokratie *in Deutschland* beschädigt wird. In diesem Abschnitt (b) und im nächsten Abschnitt (c) geht es um die Frage, ob die Hoheitsgewalt *der Europäischen Union* hinreichend demokratisch legitimiert ist. Deutschland darf Hoheitsrechte an die Euro-

¹⁵⁰ Herzog / Gerken (Fn. 102).

päische Union nur unter der Voraussetzung übertragen, daß die Europäische Union ihrerseits den Anforderungen des Demokratieprinzips genügt. Dies ist, wie im folgenden gezeigt wird, nicht der Fall.

aa) Das institutionelle Demokratiedefizit

Die Europäische Union leidet unter einem strukturellen Demokratiedefizit, das sich aus der nicht hinreichend demokratischen Organisationsstruktur ihrer Institutionen ergibt.

Die Europäische Union stützt sich auf zwei Legitimationsquellen: Zum einen leitet sie ihre demokratische Legitimation indirekt von den Völkern der Mitgliedstaaten ab, die im Europäischen Rat und im Rat durch die Vertreter ihrer Regierungen repräsentiert werden und auf dieselbe sehr indirekte Weise die Zusammensetzung der Kommission mitbestimmen. Zum anderen stützt sie ihre demokratische Legitimation auf das Europäische Parlament, das bisher aus „Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ bestand (Art. 189 Abs. 1 EGV) und künftig aus „Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“ bestehen soll (Art. 14 Abs. 2 EUV). Beide Legitimationsstränge vermitteln keine hinreichende demokratische Legitimität, weder je für sich noch gemeinsam.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß es im letzten Jahrzehnt Demokratisierungsschritte gegeben hat und daß auch der Vertrag von Lissabon zur weiteren Demokratisierung der europäischen Institutionen beiträgt. Diese Fortschritte bestehen in erster Linie in einer Erweiterung der Mitwirkungsrechte des Parlaments sowie in der Erhöhung der Transparenz der Entscheidungen des Rates, der vor einiger Zeit dazu übergegangen ist, das Abstimmungsverhalten seiner Mitglieder zu veröffentlichen¹⁵¹; und der Vertrag von Lissabon führt jetzt erfreulicherweise die Verpflichtung des Rates ein, bei der Beratung von Gesetzgebungsakten öffentlich zu tagen (Art. 16 Abs. 8 EUV). Diese Reformen beseitigen aber das Demokratiedefizit der Europäischen Union nicht, sondern mildern es nur teilweise ab. Bei ihrer Bewertung ist zu berücksichtigen, daß zum einen die Stärkung des Europäischen Parlaments zugleich den zweiten – und im geltenden System immer noch wichtigeren – Legitimationsstrang der europäischen Gesetzgebung, die von den Völkern der Mitgliedstaaten ausgehende Legitimation über deren Regierungsvertreter im Rat, schwächt, und daß zum anderen das Demokratiedefizit um so größere Bedeutung hat, je mehr Kompetenzen die Europäische Union erhält.

Das europäische Demokratiedefizit ist oft beschrieben worden¹⁵² und läßt sich kaum bezweifeln. Die Frage kann nur sein: Nimmt das Grundgesetz dieses Defizit in Kauf, oder ist

¹⁵¹ Hierzu und zu der undemokratischen Geheimheit des Abstimmungsverhaltens in der Vergangenheit *Gertrude Lübke-Wolff*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), S. 246 (256).

¹⁵² Vgl. z.B. *Manfred Zuleeg*, *Der Verfassungsgrundsatz der Demokratie und die Europäischen Gemeinschaften*, *Der Staat* 17 (1978); S. 26-47 m.w.N.; *Georg Röss*, *Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften*, *Gedächtnisschr. f. Wilhelm Karl Geck*, 1989, S. 625 ff.; *Kutscha* (Fn. 149); S. 425-435; *Dieter Grimm*, *Der Mangel an europäischer Demokratie*, *Der Spiegel* Nr. 43 v. 19.10.1992, S. 57-59; *Helmut Steinberger*, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, VVDStRL 50 (1991), S. 9 (39 ff.) m.w.N.; *Schachtschneider* /

es mit dem – letztlich in Art. 79 Abs. 3 GG wurzelnden – demokratischen Strukturpostulat des Art. 23 Abs. 1 GG noch vereinbar? Im folgenden soll daher das Defizit nur knapp skizziert werden, um dann auf die entscheidende Frage der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz einzugehen.

Gertrude Lübbe-Wolff hat das spezifische Demokratiedefizit der Europäischen Union mit folgenden drei Punkten charakterisiert¹⁵³:

- (1) die zentrale Stellung und das wenig transparente Entscheidungsprozedere des Rats
- (2) die schwache Stellung des Europäischen Parlaments, insbesondere die Begrenztheit seiner Kurations- und Kontrollrechte im Verhältnis zur Kommission
- (3) die erheblichen Abweichungen vom Grundsatz gleicher Repräsentation aller Bürger in der Zusammensetzung des Parlaments und der Zusammensetzung und Stimmgewichtung im Rat

Sie hat außerdem darauf hingewiesen, daß die weitgehende Monopolisierung des formellen Gesetzesinitiativrechts bei der Kommission, also der europäischen „Regierung“, demokratischen Grundsätzen widerspricht¹⁵⁴ (jetzt Art. 17 Abs. 2 EUV), und sie hat zutreffend folgende Bewertung abgegeben:

„Auch wenn man berücksichtigt, daß – von mehrheitsresistenten Grundrechtspositionen bis zum nicht bevölkerungsproportionalen Einfluß der Gliedstaaten in Föderationen – gewisse Abweichungen vom Mehrheitsprinzip als institutionalisierter Minderheitenschutz durchaus demokratiekompatibel und sogar demokratienotwendig sein können: Von dem, was üblicherweise als demokratisch gilt, ist die europäische Organisation der Entscheidungskompetenzen und -verfahren so weit entfernt, daß entsprechende Verfassungsveränderungen auf *nationaler* Ebene für völlig indiskutabel gehalten würden und in Deutschland ohne weiteres an Art. 79 III GG scheitern müßten.“¹⁵⁵

Im folgenden sollen die einzelnen von *Lübbe-Wolff* genannten Defizite kurz erläutert werden. Sodann werde ich mich mit in der Literatur vorgebrachten Einwänden beziehungsweise mit der Frage befassen, ob diese Defizite mit dem Grundgesetz vereinbar sind, oder ob sie durch Besonderheiten der europäischen Integration gerechtfertigt werden können.

(1) Zur Stellung des Rates

Die Stellung des Rates führt unter folgenden Gesichtspunkten zu Konflikten mit dem Demokratieprinzip:

Emmerich-Fritsche / Beyer, JZ 1993, S. 751 (755); *Griller*, Journal für Rechtspolitik 1995, S. 164 (174 ff.); *Christoph Gusy*, ZfP 1998, S. 267 (271); *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 248 ff. m.w.N.; *Herzog / Gerken* (Fn. 102).

¹⁵³ Fn. 151, S. 248.

¹⁵⁴ Fn. 151, S. 249.

¹⁵⁵ *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 249 m. Hinw. auf *Gusy*, ZfP 1998, S. 267 (271).

- Der Rat ist immer noch das Hauptgesetzgebungsorgan der Europäischen Union. Freilich ist das Europäische Parlament ihm jetzt überall dort, wo das ordentliche Gesetzgebungsverfahren zur Anwendung kommt (und das ist nach dem Vertrag von Lissabon nunmehr der Regelfall), als gleichberechtigtes Gesetzgebungsorgan an die Seite gerückt. Unter dem Aspekt des Demokratieprinzips bleibt jedoch das Problem bestehen, daß mit dem Rat ein aus Regierungsvertretern zusammengesetztes Organ als Gesetzgebungsorgan fungiert, das unter Berücksichtigung derjenigen Materien, die nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren entschieden werden, mehr Macht und Kompetenzen auf dem Gebiet der Rechtsetzung hat als das Parlament.
- Der Rat ist auf europäischer Ebene nicht demokratisch legitimiert. Er bezieht seine Legitimation vielmehr indirekt von den Völkern der Mitgliedstaaten. Dies ist zwar durchaus eine mögliche Legitimationsquelle. Doch funktioniert dieser Legitimationsmodus nur dort, wo das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Wird nach dem Mehrheitsprinzip entschieden, so wird die getroffene Entscheidung nicht vom Willen derjenigen Völker mitgetragen, deren Vertreter gegen die Entscheidung gestimmt haben (dazu näher unten b bb [1], [2] → S. 89 ff.).
- Diese indirekte Legitimation ist im übrigen noch indirekter als die indirekte Legitimation der Regierung in Deutschland. Die Legitimationskette ist länger, und damit sinkt das Legitimationsniveau.
- Vor allem aber sinkt mit der Entfernung von der Legitimationsquelle, dem Volk, auch die Transparenz der Willensbildung. Hier kommen noch besondere, die Intransparenz erhöhende Spezifika der Brüsseler Entscheidungsprozeduren hinzu. Zwar schreibt der Vertrag von Lissabon jetzt die Öffentlichkeit der Ratsverhandlungen bei Beratungen über Gesetzgebungsakte vor, so daß immerhin ein wenig Licht in ein bis jetzt fast totales Dunkel getragen wird. Aber so viel Transparenz, daß eine öffentliche Debatte möglich wird, die das Niveau erreicht, das in parlamentarischen Demokratien üblich ist, wird dadurch bei weitem noch nicht geschaffen. Das liegt vor allem an zwei Umständen:
 - Ein großer Teil der Entscheidungen wird materiell bereits im entscheidungsvorbereitenden Ausschuß der Ständigen Vertreter (jetzt Art. 240 AEUV) und den ihm nachgeordneten Ausschüssen getroffen¹⁵⁶.
 - Die Komplexität der Verhandlungsstruktur macht es allen Beteiligten leicht, sich nationaler Steuerung und Kontrolle (auch der Steuerung und Kontrolle durch die mitgliedstaatlichen Parlamente) durch unwiderlegbare Berufung auf Kompromißzwänge zu entziehen¹⁵⁷. Ständige Praxis sind die „*package deals*“: „Um Mehrheiten bei der Beschlußfassung zu bilden, werden zwischen den Vertretern der Mitgliedstaaten Allianzen geschlossen und dabei oft sachlich nicht zusammengehörige Vorhaben ge-

¹⁵⁶ Lübbe-Wolff (Fn. 151), S. 257.

¹⁵⁷ Lübbe-Wolff (Fn. 151), S. 257.

bündelt und Kompensationsgeschäfte vereinbart.“¹⁵⁸ Der europäische Gesetzgebungsprozeß fungiert deshalb, wie *Gertrude Lübke-Wolff* formuliert hat, „weit davon entfernt, selbst in klaren Verantwortungszusammenhängen zu stehen, eher als ein Verantwortungsverschiebebahnhof, der auch die Funktionsfähigkeit der innermitgliedschaftlichen politischen Verantwortungszusammenhänge in Mitleidenschaft zieht.“¹⁵⁹

Öffentliche und parlamentarische Kontrolle der Mitwirkung der deutschen Regierungsvertreter im Rat sind unter solchen Umständen praktisch unmöglich. Die indirekte demokratische Legitimation, die von den Völkern der Mitgliedstaaten über die nationalen Parlamente und die Regierungen der Mitgliedstaaten zum Rat der Europäischen Union verlaufen soll, ist also äußerst prekär: Die Rückführung der Entscheidungen des Rates auf den Willen der Völker der Mitgliedstaaten verläuft sich regelmäßig im Sande, bevor sie auch nur bei den Parlamenten der Mitgliedstaaten, geschweige denn in der mitgliedstaatlichen Öffentlichkeit, angekommen ist.

(2) Zur Rolle des Europäischen Parlaments

Das Europäische Parlament ist durch den Vertrag von Lissabon aufgewertet worden; das Mitentscheidungsverfahren, das jetzt „ordentliches Gesetzgebungsverfahren“ heißt, ist zum Regelverfahren bei der europäischen Rechtsetzung geworden. Das Parlament ist aber nicht das Hauptgesetzgebungsorgan, sondern hat nur Mitentscheidungskompetenzen neben dem Rat, dem nach wie vor das größte Gewicht in der europäischen Rechtsetzung zukommt. Vor allem fehlt dem Europäischen Parlament nach wie vor das Gesetzesinitiativrecht, so daß es immer noch kein vollwertiges Parlament ist. Das zeigt sich auch darin, daß das Europäische Parlament entgegen dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 7 EUV den Präsidenten der Kommission nicht „wählt“, denn dieser wird vom Europäischen Rat vorgeschlagen (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 EUV). Das Parlament hat also nur die Möglichkeiten, einen Vorschlag des Rates zu verhindern. Auch hinsichtlich der Wahl der übrigen Mitglieder der Kommission hat das Parlament nur ein beschränktes Mitwirkungsrecht (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 3 EUV). Die Kommission ist zwar gegenüber dem Parlament verantwortlich; ein Mißtrauensvotum erfordert allerdings eine Zweidrittelmehrheit im Parlament (Art. 234), was die parlamentarische Verantwortlichkeit der Kommission erheblich schmälert. Auch das Budgetrecht – das klassische Vorrecht eines Parlaments in jeder parlamentarischen Demokratie¹⁶⁰ – wird steht dem Europäischen Parlament nur gemeinsam mit dem Rat zu (Art. 314 AEUV).

¹⁵⁸ *Herzog / Gerken* (Fn. 102).

¹⁵⁹ *Lübke-Wolff* (Fn. 151), S. 257.

¹⁶⁰ Vgl. z.B. *BVerfGE* 70, 324 (355 f.); *Sieckmann*, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 110 Rn. 13 m.w.N., auch Rn. 14 f.

(3) Die fehlende demokratische Gleichheit

Das zentrale Konstitutionsprinzip der Demokratie ist die Gleichheit aller Staatsbürger: Es gibt keine Privilegien bei der Teilhabe an der demokratischen Willensbildung. Jeder einzelne hat die gleiche Stimme und die gleiche Partizipationschance. Dieses fundamentale und zum unaufgebbaren Kern der Demokratie gehörende Prinzip wird auf der Ebene der Europäischen Union nicht verwirklicht.

- Die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments richtete sich bisher nach nationalen Kontingenten (Art. 190 Abs. 2 EGV) und auch künftig nach einem an der Größe der Staaten orientierten disproportionalen Verteilungsschlüssel (Art. 14 Abs. 2 EUV). Die Zahl der auf die einzelnen Mitgliedstaaten entfallenden Abgeordneten ist degressiv proportional zur Zahl der Wahlberechtigten in den Mitgliedstaaten gestaffelt mit der Folge, daß kleine, bevölkerungsarme Mitgliedstaaten in Relation zu ihrer Bevölkerung wesentlich mehr Abgeordnete ins Europäische Parlament entsenden als große, bevölkerungsreiche Staaten. So vertritt nach dem bisher geltenden Recht ein Abgeordneter aus Malta etwa 76.000 Bürger, während ein deutscher Abgeordneter 826.000 Bürger repräsentiert¹⁶¹. Das Stimmgewicht eines maltesischen Wählers ist also mehr als 10 mal so groß wie das Stimmgewicht eines deutschen Wählers. Das wird sich nach dem Vertrag von Lissabon nicht wesentlich ändern.
- Im Rat ist die Disproportionalität noch größer; das neue Entscheidungsverfahren wird allerdings dort, wo mit qualifizierter Mehrheit entschieden wird, für eine Verkleinerung der Disproportionalität zugunsten der größeren Staaten sorgen. Die überproportionale Vertretung der kleinen Mitgliedstaaten im Rat resultiert daraus, daß im Rat die Staaten durch ihre Regierungen vertreten sind. Wäre der Rat eine zweite Kammer in einem parlamentarischen System, in dem das Parlament das Hauptgesetzgebungsorgan und der Rat – vergleichbar etwa mit dem Bundesrat in Deutschland – als Vertretung der Mitgliedstaaten deren Interessen in den Gesetzgebungsprozeß einbringt, so wäre gegen die relativ stärkere Stellung der kleineren Staaten nichts einzuwenden – vorausgesetzt, daß im Entscheidungsprozeß das Parlament sich gegen den Rat durchsetzen könnte. Im geltenden System aber ist der Rat das Hauptgesetzgebungsorgan, und dieses muß dem demokratischen Gleichheitsprinzip genügen. Das gilt auch dann, wenn man den Rat jetzt als neben dem Parlament gleichberechtigtes Gesetzgebungsorgan ansieht. Auch dann hat er nicht lediglich die Funktion einer föderalen Ergänzungslegitimation, sondern vermittelt immerhin die Hälfte der demokratischen Legitimation.

¹⁶¹ Vgl. *Melanie Piepenschneider*, Vertragsgrundlagen und Entscheidungsverfahren, in: Informationen zur politischen Bildung, Heft 279, 2005, S. 23.

bb) Undemokratische Entscheidungsstrukturen: Mehrheitsprinzip und Einstimmigkeitsprinzip als Demokratieprobleme

(1) Das Einstimmigkeitsprinzip im Rat als grundsätzliche Voraussetzung einer von den Völkern der Mitgliedstaaten ausgehenden Legitimation

Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die Legitimation der Europäischen Union maßgeblich auf den Legitimationsstrang gestützt, der vom Rat über die dort vertretenen Regierungen der Mitgliedstaaten zu deren Staatsvölkern führt: Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch die Europäische Union sei zuvörderst durch die Staatsvölker der Mitgliedstaaten über ihre nationalen Parlamente demokratisch zu legitimieren¹⁶². Sollte die Gemeinschaftsgewalt auf der von dem je einzelnen Volk vermittelten, insofern demokratischen Willensbildung beruhen, setze das voraus, daß sie von einem Organ ausgeübt wird, das von den mitgliedstaatlichen Regierungen beschickt wird, die ihrerseits demokratischer Kontrolle unterstehen¹⁶³.

Diese Form der Legitimationsbegründung war in einer langen Phase der europäischen Integration überzeugend. Sie stellt auf den Umstand ab, daß die Rechtsetzung durch den Rat den Mitgliedstaaten als solchen die Beteiligung am Rechtsetzungsprozeß sichert¹⁶⁴. Kann eine supranationale Organisation verbindliche Entscheidungen nur mit Zustimmung der Mitgliedstaaten treffen, dann ist eine eigenständige Legitimation der Hoheitsgewalt dieser Organisation (etwa durch ein demokratisch gewähltes Parlament dieser Organisation) nicht nötig. Die demokratische Legitimation, die die Staatenvertreter in ihren jeweiligen Staaten haben, reicht aus. Dies gilt freilich nur, wenn für verbindliche Entscheidungen, insbesondere für das Gesetzgebungsverfahren, das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Wenn – und nur wenn – die Ausübung der Hoheitsgewalt der supranationalen Organisation die Zustimmung aller Mitgliedstaaten voraussetzt, ist in dem jeweiligen Mitgliedstaat diese Hoheitsgewalt durch die Mitwirkung des demokratisch legitimierten Vertreters dieses Staates demokratisch legitimiert. Dieser Legitimationszusammenhang besteht dagegen nicht mehr, wenn eine supranationale Organisation in dem zentralen Entscheidungsgremium, das aus den Vertretern der Mitgliedstaaten besteht, mit Mehrheit entscheidet. Mehrheitsentscheidungen führen dazu, daß in denjenigen Mitgliedstaaten, deren Vertreter in der Abstimmung unterlegen sind, supranationale Hoheitsgewalt ausgeübt wird, die sich nicht auf die demokratische Legitimation durch die Vertreter des betroffenen Staates stützen lassen. Deshalb bedarf die Gemeinschaftsgewalt dann, wenn sie die Ausübung ihrer Hoheitsgewalt auf das Mehrheitsprinzip stützt, einer eigenständigen demokratischen Legitimation. Die indirekte Legitimation durch die Demokratie in den Mitgliedstaaten ist dann nicht mehr möglich¹⁶⁵. Nur beim Einstimmigkeitserfordernis im Rat ist eine ununterbrochene

¹⁶² BVerfGE 89, 155 (184).

¹⁶³ BVerfGE 89, 155 (187).

¹⁶⁴ Vgl. z.B. *Ress*, Gedächtnisschr. Geck (Fn. 94), S.625 f.

¹⁶⁵ Abwegig ist die Auffassung, die Ausübung der Gemeinschaftsgewalt z.B. in Italien gegen die Stimme Italiens im Rat lasse sich dadurch demokratisch legitimieren, daß ja die Ratsmitglieder der Staaten, die bei der Entscheidung die Mehrheit hatten, in ihren Staaten, z.B. in Frankreich, Deutschland usw., demokratisch legitimiert seien. In Italien wird italienische Staatsgewalt ausgeübt, die nur vom italieni-

Legitimationskette vom Volk zum Gesetzgebungsakt und umgekehrt gegeben; und nur dann, wenn gegen die Stimme des Mitgliedstaates ein europäischer Rechtsakt nicht ergehen kann, führt die Vertretung des Mitgliedstaates im Rat durch einen Regierungsvertreter dazu, daß diesem Rechtsakt durch die Kontrolle der Regierung seitens des nationalen Parlaments und durch die Verantwortlichkeit der Regierung vor diesem Parlament Legitimität vermittelt wird. Wie soll denn diese Legitimität begründet werden, wenn die Regierung zwar in ihrem Abstimmungsverhalten dem Willen des Parlaments folgt, im Rat aber von den Vertretern der anderen Mitgliedstaaten überstimmt wird? Man mag zwar sagen, daß auch Mehrheitsentscheidungen im Rat Legitimität vermitteln, so wie eben Verfahren überhaupt Legitimität vermitteln (Luhmann) und das Mehrheitsverfahren sich als Entscheidungsverfahren überall dort bewährt hat, wo eine Gruppe von Menschen, die keinen Konsens finden, zu einer Entscheidung kommen will. Das aber ist Legitimität nur im soziologischen Sinne; es ist nicht diejenige Legitimität, auf die es in unserem Zusammenhang ankommt, nämlich diejenige demokratische Legitimität, die auf die Ableitung der Entscheidung vom Willen der Völker der Mitgliedstaaten abstellt. Wie immer man das Mehrheitsprinzip im Rat pragmatisch beurteilen und rechtfertigen mag: Es zerschneidet das Band der Legitimität, die die Völker der Mitgliedstaaten mit dem Gesetzgebungsakt des Rates verbindet¹⁶⁶.

schen Volk, nicht vom französischen oder deutschen legitimiert sein kann, oder aber europäische Gemeinschaftsgewalt, die – soweit sie nicht durch die Zustimmung Italiens legitimiert ist – einer europäischen demokratischen Legitimation bedarf.

¹⁶⁶ Verfehlt ist die Gegenargumentation vom *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 258 f. mit Fn. 27: Sie meint, die hier vertretene Auffassung setze voraus, daß Art. 20 II 1 GG zu lesen wäre als an das deutsche Volk gerichtetes „Verbot, sich überstimmen zu lassen, d.h. als positiv-verfassungsrechtliches Verbot deutscher Beteiligung an demokratischen Formen der Entscheidungsfindung auf höherer als nationaler Ebene“, was angesichts der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes ebenso unplausibel sei „wie die dahinterstehende demokratietheoretische Prämisse, daß es Demokratie im eigentlichen Sinne überhaupt nur auf der Ebene des Staates geben könne“. Die Autorin irrt über diese Prämisse und sie vermischt die Argumentationsebenen, um die es geht. Meine oben im Text vertretene Auffassung setzt keineswegs voraus, daß es demokratische Mehrheitsentscheidungen nur auf der Ebene des Staates geben könne, sondern ich bin der Ansicht, daß sie auch auf der Ebene einer Organisation wie der Europäischen Union möglich sind, und zwar auch dann, wenn man die Europäische Union nicht als Staat, sondern als Staatenverbund versteht. Dies setzt freilich voraus, daß es auf der Ebene der Europäischen Union ein demokratisches Subjekt gibt, das diese Entscheidungen treffen kann, also die Bürgerschaft der Union zu einem Unionsvolk konstituiert ist und entweder direkt oder durch ihre Repräsentanten im Europäischen Parlament diese Mehrheitsentscheidungen trifft, und daß nach dem Grundgesetz die Legitimation auf dieses europäische Legitimationssubjekt verlagert werden darf. Solange es aber nach geltendem Recht auf die Ableitung der demokratischen Legitimation von den Staatsvölkern der Mitgliedstaaten ankommt – und allein darum geht es hier –, führt das Mehrheitsprinzip im Rat zu einer Unterbrechung der Legitimationskette. Auch das ist – wie gleich im Text gezeigt wird – nicht von vornherein mit dem Grundgesetz unvereinbar, verstößt jedoch bei der jetzt erreichten Integrationsdichte gegen das Grundgesetz. (Im übrigen folgt aus Art. 20 II 1 GG natürlich kein „Verbot, sich überstimmen zu lassen“. Die Legitimationskette wäre durchaus noch gewahrt, wenn das Mehrheitsprinzip nicht generell vorgeschrieben wäre, sondern lediglich die Möglichkeit eröffnet wäre, auf der Basis eines hierüber zuvor gefaßten einstimmigen Beschlusses *im Einzelfall* über einen konkreten Rechtsakt mit Mehrheit abzustimmen, wie dies für einige Kompetenztitel ja auch jetzt vorgesehen ist. In solchen Fällen kann die konkrete Entscheidung parlamentarisch verantwortet werden, denn die Unterwerfung unter die Mehrheitsentscheidung, also der Entschluß, sich gegebenenfalls auch überstimmen zu lassen, bezieht sich auf ein ganz konkretes Vorhaben und ist in seinen Konsequenzen zu übersehen, während bei der generellen Geltung des Mehrheitsprinzips für alle Entscheidungen, die auf der Basis eines bestimmten Kompetenztitels getroffen werden, die konkrete Entscheidung von demjenigen, der überstimmt wird, nicht verantwortet werden kann.) – Zutreffend weist *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 258, darauf hin, daß das Einstimmigkeitsprinzip seinerseits

(2) Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips im Rat als vom Grundgesetz vorausgesetzt?

Die aus dem Mehrheitsprinzip im Rat resultierende Unterbrechung der Legitimationskette könnte hingenommen werden, wenn und soweit das Grundgesetz diese Einschränkung der demokratischen Legitimation hinnähme. So argumentiert das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil zugunsten des Mehrheitsprinzips wie folgt¹⁶⁷:

»Diese Offenheit für Bindungen in der Völkerrechtsgemeinschaft und in dem engeren Rechtsverbund einer zwischenstaatlichen Gemeinschaft ist in einem demokratischen Staat angelegt, der – wie es die Präambel des Grundgesetzes voraussetzt und die Art. 23 und 24 GG ausdrücklich regeln – als gleichberechtigtes Glied in zwischenstaatlichen Einrichtungen und insbesondere bei der Entwicklung der Europäischen Union mitwirken will. Die Mitgliedstaaten sind an der Willensbildung des Staatsverbundes nach dessen Organisations- und Verfahrensrecht beteiligt, dann aber an die Ergebnisse dieser Willensbildung gebunden, unabhängig davon, ob sich diese Ergebnisse gerade auf ihre eigene Beteiligung zurückführen lassen oder nicht. Die Einräumung von Hoheitsbefugnissen hat zur Folge, daß deren Wahrnehmung nicht mehr stets vom Willen eines Mitgliedstaates allein abhängt. Hierin eine Verletzung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips zu sehen, widerspräche nicht nur der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes, die der Verfassungsgeber des Jahres 1949 gewollt und zum Ausdruck gebracht hat; es legte auch eine Vorstellung von Demokratie zugrunde, die jeden demokratischen Staat jenseits des Einstimmigkeitsprinzips integrationsunfähig machte. Die Einstimmigkeit als *durchgängiges* Erfordernis setzte zwangsläufig den partikularen Willen über den der zwischenstaatlichen Gemeinschaft selbst und stellte eine solche Gemeinschaft damit schon strukturell in Frage. Ein solches Ergebnis ist nach Wortlaut und Sinn in Art. 23 und 24 GG nicht angelegt. Die Einräumung von Hoheitsbefugnissen, zu der die genannten Artikel ermächtigen, setzt einen Gesetzesbeschluß voraus; das Erfordernis eines Gesetzes (Art. 23 Abs. 1 Satz 2, 24 Abs. 1 GG) weist die politische Verantwortung für die Einräumung von Hoheitsrechten dem Bundestag – zusammen mit dem Bundesrat – als der nationalen Repräsentativkörperschaft zu; er hat die mit einer solchen Zustimmung verbundenen weittragenden Folgen, nicht zuletzt auch für die Kompetenzen des Bundestages selbst, zu erörtern und über sie zu entscheiden. Im Zustimmungsgesetz zum Beitritt zu einer Staatengemeinschaft ruht die demokratische Legitimation sowohl der Existenz der Staatengemeinschaft selbst als auch ihrer Befugnisse zu Mehrheitsentscheidungen, die die Mitgliedstaaten binden. Allerdings findet das Mehrheitsprinzip gemäß dem aus der Gemeinschaftstreue folgenden Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme eine Grenze in den Verfassungsprinzipien und elementaren Interessen der Mitgliedstaaten.«

Diese Argumentation zum Mehrheitsprinzip zeichnet sich, wie die Argumentation zum Demokratieprinzip im Maastricht-Urteil insgesamt, nicht gerade durch ein hohes Maß an systematischer Stringenz aus, sondern muß wohl eher aus dem Bestreben heraus verstanden werden, das Fortschreiten der Integration nicht aufhalten zu wollen¹⁶⁸. Zunächst folgt

unter Aspekten der demokratischen Legitimation problematisch ist. Dies ist aber keine Frage der Legitimationskette und daher in einem anderen Zusammenhang zu erörtern, → unten (3), S. 94 ff.

¹⁶⁷ BVerfGE 89, 155 (183 f.).

¹⁶⁸ Lübbe-Wolff (Fn. 151), S. 260, weist auf die „faktischen Grenzen judizieller Gestaltungskapazität“ hin; also tun die Verfassungsrichter ihrer Ansicht nach gut daran, nicht mit kleinlichen verfassungsrechtlichen Hindernissen zu kommen, wenn die Politiker die großen Linien der Politik für die

aus dem Umstand, daß das Grundgesetz offen für die Übertragung von Hoheitsrechten an „zwischenstaatliche Einrichtungen“ (Art. 24)¹⁶⁹ und für den Dienst am Frieden der Welt „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ (Präambel) in keiner Weise, daß das Grundgesetz damit die Unterwerfung unter Mehrheitsentscheidungen in supranationalen Organisationen zuläßt. Zunächst einmal ist eine Mitarbeit in „zwischenstaatlichen Einrichtungen“ durchaus auf der Basis des Einstimmigkeitsprinzips möglich und sinnvoll. Zwischenstaatlichkeit und Zusammenarbeit der Staaten in Europa als gleichberechtigte Glieder setzen keineswegs Mehrheitsentscheidungen notwendig voraus. Mit dem Hinweis auf die Entscheidung des Verfassungsgebers für die Integrationsoffenheit hat das Bundesverfassungsgericht also die Ermächtigung des Grundgesetzes, bei der Übertragung von Hoheitsrechten sich Mehrheitsentscheidungen zu unterwerfen und die Unterbrechung der auf das deutsche Staatsvolk zurückgehenden Legitimationskette damit zu akzeptieren, lediglich implizit behauptet, aber nicht begründet. Die Ansicht, mit dem Zustimmungsgesetz zu einem Vertrag, der Hoheitsrechte auf eine supranationale Gemeinschaft überträgt, durch welche diese die Befugnis zur Rechtsetzung nach dem Mehrheitsprinzip erhält, werde die demokratische Legitimation aller Rechtssetzungsakte begründet, die aus dieser vertraglichen Rechtssetzungsermächtigung folgen, ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Denn dieses legitimiert Herrschaft immer nur als Herrschaft auf Zeit. Die Entscheidungen aber, die im Rat der Europäischen Union auf der Basis des Mehrheitsprinzips getroffen und vom deutschen Vertreter im Rat daher nicht verhindert werden können, lassen sich nicht mit der Begründung auf den Willen des deutschen Volkes zurückführen, daß – von diesem ausgehend – vor langer Zeit die generelle Ermächtigung zu Mehrheitsentscheidungen über bestimmte Regelungsmaterien erteilt worden sei. Demokratie setzt voraus, daß mit der Wahlentscheidung auf die Richtung der Politik Einfluß genommen werden kann. Dies ist aber nicht mehr möglich, wenn es auf die deutsche Stimme im Rat, die mit der Wahlentscheidung beeinflußt wird, gar nicht mehr ankommt.

Dies bedeutet nicht zwangsläufig, daß der Rat der Europäischen Union zu Rechtssetzungsentscheidungen nach dem Mehrheitsprinzip überhaupt nicht ermächtigt werden dürfte. Es bedeutet zunächst einmal lediglich, daß dies anders begründet werden müßte als das Bundesverfassungsgericht dies versucht hat. Ein anderer Begründungsansatz ist in der Literatur häufig vorgetragen worden: Wenn und solange an die Europäische Gemeinschaft (beziehungsweise jetzt an die Europäische Union) nur sektoral begrenzte und im einzelnen präzise bestimmte Rechtssetzungskompetenzen übertragen werden oder wenn und solange das Mehrheitsprinzip bei Rechtssetzungsentscheidungen im Rat nur in bezug auf sektoral begrenzte und im einzelnen präzise bestimmte Rechtssetzungskompetenzen zur Anwendung kommt, kann man argumentieren, daß hierin keine wesentliche Beeinträchtigung des demokratischen Legitimationsprinzips liege, sondern nur eine relativ geringfügige Modifikation. Eine solche geringfügige Abweichung könne hingenommen werden, zumal in bezug

nächsten Jahrzehnte ziehen. Aber ist es wirklich so kleinliche Juristenmäkelei, die Geltung des Demokratieprinzips auch für die europäische Integration einzufordern? Darf das, was historisch groß sein soll, undemokratisch sein?

¹⁶⁹ Ich weise nochmals darauf hin, daß Art. 23 GG n.F. die vom Verfassungsgeber vorgenommene Öffnung für die europäische Integration nicht über das von Art. 24 i.V.m. der Präambel vorgenommene Ausmaß hinaus ausdehnen konnte, s.o. → Fn. 62.

auf solche begrenzten Sachgebiete ein allgemeiner Grundkonsens über die einzuschlagende Richtung vorausgesetzt werden könne und zumal sich bei sektoral begrenzten und inhaltlich eingegrenzten Befugnissen noch abschätzen und nachverfolgen und somit auch noch in einem weiteren Sinne parlamentarisch verantworten lasse, was aus diesen Befugnissen gemacht wird.

Wenn man also davon ausgehen will, daß das Grundgesetz überhaupt implizit dazu ermächtigt, auch in der Weise Hoheitsrechte zu übertragen, daß die Europäische Union im Rat nach dem Mehrheitsprinzip über für die Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte entscheidet, dann muß davon ausgegangen werden, daß diese Ermächtigung zur Unterwerfung unter Mehrheitsentscheidungen sich auf sektoral begrenzte und präzise bestimmte Materien beschränkt und nicht zum Regelfall einer flächendeckenden Rechtsetzungskompetenz wird. Denn nur in dieser Beschränkung läßt sich die Unterbrechung der Legitimationskette als eher marginale und in ihren Auswirkungen verantwortbare Modifikation des demokratischen Legitimationsprinzips rechtfertigen.

Diese Rechtfertigung ist aber nicht mehr möglich, wenn nicht nur die Kompetenzen der Europäischen Union über begrenzte wirtschaftliche Sektoren hinaus auf fast alle Gebiete der Staatstätigkeit ausgedehnt werden, sondern auch zusätzlich das Mehrheitsprinzip im Rat von einer auf einzelne Kompetenztitel beschränkten Ausnahme zum Regelentscheidungsverfahren wird, das für die allermeisten Kompetenztitel zur Anwendung kommt. Genau dies ist mit dem Vertrag von Lissabon geschehen. Dieser Vertrag begründet nicht nur Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union im Bereich der inneren Sicherheit (Vergemeinschaftung der früheren „Dritten Säule“), sondern führt auch für die viele Bereiche, in denen der Rat bisher noch einstimmig entscheiden mußte, das Mehrheitsprinzip ein. Dieses gilt jetzt in so umfangreicher Weise, daß es nicht mehr unter Bagatellgesichtspunkten oder unter dem Aspekt sehr begrenzter und überschaubarer und damit verantwortbarer Konsequenzen gerechtfertigt werden kann.

Der Vertrag von Lissabon macht es (abgesehen von den wenigen Bereichen, in denen immer noch das Einstimmigkeitsprinzip gilt) auf diese Weise unmöglich, die Rechtsetzung der Europäischen Union mit einer vom Rat zu den Völkern der Mitgliedstaaten reichenden Legitimationskette zu legitimieren. Und die Grenze dessen, was das Grundgesetz als Abweichung von diesem Legitimationsprinzip unter dem Bagatellaspekt zuläßt, ist jetzt eindeutig überschritten.

Mehrheitsentscheidungen im Rat mögen angesichts der Mitgliederzahl, die die Europäische Union inzwischen erreicht hat, und auch angesichts der Fülle ihrer Aufgaben als politisch sinnvoll erscheinen. Der Hinweis auf politische Zweckmäßigkeiten löst aber nicht das Legitimationsproblem. Kann der Rat – wenn er mit Mehrheit entscheiden soll – die vom Grundgesetz geforderte Legitimationsleistung nicht mehr erbringen, dann muß sie entweder anders erbracht werden, oder das Fortschreiten der Integration muß dort zunächst gestoppt werden, wo es sich demokratisch nicht mehr legitimieren läßt.

Eine denkbare Kompensation des Legitimationsmangels, der sich aus dem Übergang zu Mehrheitsentscheidungen im Rat (und auch aus den übrigen Legitimationsmängeln des

Rates, s.o. b aa [1], → S. 85 f.) ergibt, könnte die Legitimation durch das Europäische Parlament sein. Doch dem Europäische Parlament fehlt seinerseits die nötige demokratische Legitimation (→ S. 88, 100 f.).

(3) Das Einstimmigkeitsprinzip, die qualifizierte Mehrheit und die Regelung materieller politischer Ziele in der Verfassung als Demokratieprobleme

Auch das Einstimmigkeitsprinzip als Entscheidungsverfahren bei der Rechtsetzung im Rat ist unter den Aspekten der demokratischen Legitimität problematisch¹⁷⁰. Diese Feststellung erscheint paradox, genügt doch – wie oben ([1] und [2]) dargelegt – die Legitimation der europäischen Rechtsetzung über den Rat nur dann den Anforderungen, die sich aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes ergeben, wenn der Rat zwar nicht ausschließlich, aber in der Regel nach dem Einstimmigkeitsprinzip entscheidet. Beides schließt sich aber nicht aus, wie im folgenden zu zeigen ist.

Worin liegt die demokratisch-legitimatorische Problematik des Einstimmigkeitsprinzips? Sie liegt nicht in der Blockademöglichkeit, die jeder einzelne Mitgliedstaat gegen neue Rechtsakte hat. Denn wenn er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht – und die Praxis hat gezeigt, daß die Mitgliedstaaten dies nur selten tun –, dann wird damit nur die Hochzoning der Rechtsetzung auf die Unionsebene in bezug auf die fragliche Regelungsmaterie verhindert; das, was den Staaten zu regeln als notwendig erscheint, können sie weiterhin selbst regeln. Problematisch wird es aber, wenn ein europäischer Rechtsakt, für dessen Erlaß das Einstimmigkeitsprinzip gilt, erst einmal beschlossen worden und in Kraft getreten ist. Dann nämlich kann er nur einstimmig geändert oder wieder aufgehoben werden. Jeder einzelne Staat hat die Möglichkeit, die Änderung oder Aufhebung zu verhindern, selbst wenn die anderen inzwischen meinen, die Regelung sei wegen veränderter Verhältnisse unzweckmäßig geworden oder von vornherein unzweckmäßig gewesen oder sie habe sich in der Praxis nicht bewährt. Diese Blockademöglichkeit ist nur scheinbar eine Konsequenz aus dem Legitimationsansatz, der das Einstimmigkeitsprinzip als Regelprinzip nötig macht. Sie ist in Wirklichkeit genau das Gegenteil und verstößt in eklatanter Weise gegen das Demokratieprinzip, ohne daß dies anscheinend bisher auf deutlich hörbaren Protest gestoßen ist: Das Einstimmigkeitsprinzip – wenn es nicht durch Mechanismen modifiziert wird, wie ich sie gleich darstellen werde – hat die Konsequenz, daß ein einmal in Kraft getretener Rechtsakt praktisch versteinert. Er wird dem Prozeß der demokratischen Willensbildung entzogen, weil er kaum mehr abänderbar ist. Damit wird er wahlperiodenresistent und Wählervotumsresistent. Die Völker der Mitgliedstaaten, von denen ja die Legitimation der europäischen Gesetzgebung ausgehen soll, können wählen, wen sie wollen – sie können mit ihrer Wahl nicht bewirken, daß eine europäische Richtlinie, für deren Erlaß das Einstimmigkeitsprinzip gilt, wieder aufgehoben wird. Auch wenn sie die Regierung abwählen, die dieser Richtlinie zugestimmt hat, wird nichts zu erreichen sein, denn die neue Regierung kann ohne die Zustimmung aller anderen europäischen Regierungen die Aufhebung dieser Richtlinie nicht erreichen. Das Einstimmigkeitsprinzip führt auf diese Weise dazu, daß die nach diesem Prinzip erlassenen Rechtsakte höhere Bestandskraft als Verfas-

¹⁷⁰ Insoweit zutreffend *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 258, m. Hinw. auf *Griller*, *Journal für Rechtspolitik* 1995, S. 164 (173).

sungen entfalten. Diese Resistenz des einmal beschlossenen Rechtsakts gegen die Änderung des politischen Willens im Volk, im Parlament und in der Regierung, auf deren legitimatorischer Mitwirkung der Rechtsakt beruht, ist undemokratisch und in keiner Weise zu rechtfertigen. Die Demokratie wird von der Grabplatte des Abänderungsschutzes erdrückt, den das Einstimmigkeitsprinzip den in Kraft befindlichen Rechtsakten verleiht.

Entsprechendes gilt in vermindertem Umfang für Rechtsakte, die mit qualifizierter Mehrheit erlassen werden. Auch hier wirkt die Blockademöglichkeit der Minderheit, welche die Aufhebung oder Änderung des Rechtsakts verhindern kann, undemokratisch. Sie führt dazu, daß hinsichtlich der negativen Rechtsetzung, also hinsichtlich der Aufhebung des Rechtsakts als *actus contrarius* seines Erlasses, die nötige Legitimation nicht gegeben ist.

Gibt es keinen Ausweg? Steckt die europäische Demokratie in der Zwickmühle, sich einerseits nur auf der Basis der Einstimmigkeit von den Völkern der Mitgliedstaaten her legitimieren zu können, andererseits aber auf diese Weise undemokratischen Bestandsschutz für die einmal beschlossenen Gesetze zu schaffen? Nein, folgende Abhilfemöglichkeiten wären denkbar:

- Man könnte für die negative Gesetzgebung, also die Aufhebung des in Kraft befindlichen Gesetzes das Entscheidungsprinzip umdrehen: Beim Einstimmigkeitserfordernis muß das Gesetz aufgehoben werden, wenn nur ein einziger Mitgliedstaat dies fordert; bei qualifizierter Mehrheit dann, wenn die entsprechende Minderheit dies fordert. Auf diese Weise bliebe (jedenfalls beim Einstimmigkeitsprinzip) die Legitimitätskette geschlossen. Und die Staaten, die die Regelung weiterhin befürworten, könnten sie – demokratisch legitimiert – für sich einführen oder beibehalten.

Freilich liegen die Nachteile dieser Lösung auf der Hand: Zu starke Stabilität würde durch zu große Instabilität ersetzt. Dies ist zwar nicht unter Gesichtspunkten der demokratischen Legitimation zu beanstanden, würde aber den Zweck der Integrationsgemeinschaft unterminieren.

- Eine andere Lösung, mit der eine übermäßige und demokratisch nicht mehr legitimierbare Bestandskraft verhindert wird, könnte darin bestehen, daß alle Rechtsakte von Verfassungen wegen (also durch eine entsprechende Regelung im primären Unionsrecht) mit einem Verfallsdatum versehen werden, das etwa der Dauer einer Legislaturperiode entspricht. Nach Ablauf seiner Geltungsdauer tritt jeder Rechtsakt außer Kraft, wenn er seine Geltung nicht vom Rat (wiederum einstimmig oder mit qualifizierter Mehrheit, je nachdem, welches Prinzip für diesen Rechtsakt gilt) verlängert wird. Solche Verfallslösungen sind keineswegs unpraktikabel (es braucht nicht ausführlich neu beraten zu werden) und werden in manchen Staaten bei freiheitssensiblen Gesetzen schon praktiziert.

Diese Überlegungen zeigen, daß das Einstimmigkeitsprinzip durchaus als Regelprinzip der Rechtsetzung durch den Rat praktiziert werden könnte, ohne daß dies zu demokratiewidrigen Konsequenzen führte, wenn es im oben dargelegten Sinne modifiziert würde. Auch die Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit könnte auf diese Weise ihrer legitimatorisch problematischen Bestandskraftehöhung entkleidet werden.

Da es diese Modifikationen im geltenden Recht nicht gibt, verschärfen beide Entscheidungsverfahren das Demokratiedefizit der Europäischen Union.

Hinzu kommt als weiteres, den vorgenannten Problemen verwandtes Problem, der Umstand, daß das primäre Unionsrecht an manchen Stellen bestimmte materielle Politikinhalt verbindlich macht. Damit meine ich nicht die grundlegenden allgemeinen Postulate und Ziele wie die Förderung des Friedens und des Wohlergehens der Völker (Art. 3 Abs. 1 EUV). Sondern ich meine konkrete Prioritätssetzungen in einzelnen Politikbereichen. So kritisiert beispielsweise *Böckenförde* die Festlegung auf eine bestimmte Währungs- und Geldpolitik, die durch Hineinnahme in die EU-Verträge stärker abgesichert sei als es eine Verfassungsnorm auf nationaler Ebene ist, die immerhin mit 2/3-Mehrheit geändert werden kann¹⁷¹. Das primäre Gemeinschaftsrecht aber kann nur durch einen völkerrechtlichen Vertrag geändert werden, den alle Mitgliedstaaten ratifizieren müssen. Vergleichbar ist die Kritik, die *Lübbe-Wolff* daran äußert, daß das primäre Unionsrecht die „negative Integration“, d.h. die wirtschaftliche Integration durch Beseitigung mitgliedstaatlicher Regulierungsschranken, vor der „positiven Integration“, d.h. der Entwicklung eines europäischen Systems der Marktbegrenzung und Marktkorrektur, systematisch privilegiere. Diese Privilegierung bestehe vor allem darin, daß sie sehr weitgehend über die im Klagewege durchsetzbaren Grundfreiheiten unmittelbar primärrechtlich institutionalisiert sei, während die „positive Integration“ nur in vergleichsweise beschränktem Ausmaß überhaupt zugelassen und zudem auf Realisierung durch sekundärrechtliche Vorschriften angewiesen sei, die in einem System mit vielen Vetopositionen generiert werden müßten¹⁷². Zutreffend sieht *Lübbe-Wolff* hier ein „wesentliches Element des europäischen Demokratiedefizits“. Das Problem beschränkt sich aber, wie ich hinzufügen möchte, nicht auf die Privilegierung der „negativen Integration“, sondern gilt allgemein für die Festlegung konkreter Politikinhalt im primären Unionsrecht. Solche Festlegungen sind nur legitim, wenn man von einem unerschütterlichen, voraussichtlich generationenübergreifenden Basiskonsens ausgehen kann.

Läßt sich dem entgegenhalten, daß inhaltliche Festlegungen in völkerrechtlichen Verträgen auch sonst üblich sind und gemeinhin nicht als demokratiewidrig angesehen werden? Der Unterschied zwischen herkömmlichen völkerrechtlichen Verträgen und den Gründungsverträgen der Europäischen Union besteht eben darin, daß mit letzteren eine supranationale Gemeinschaft, ein Staatenverbund mit staatsanaloger Integrationsintensität konstituiert wird, während herkömmliche völkerrechtliche Verträge die Staaten nur für eine bestimmte Materie in Pflicht nehmen und nicht sozusagen „mit Haut und Haar“ integrieren. Bei den aus herkömmlichen völkerrechtlichen Verträgen resultierenden Verpflichtungen wird die Wahlperioden- und Wählervotumsverträglichkeit durch die Kündigungsoption hergestellt. Entscheiden die Wähler sich dagegen, weiterhin durch einen bestimmten Vertrag gebunden sein zu wollen, kann die Regierung diesen kündigen. Für die Europäische Union kommt die Austrittsoption als Ausweg aus der Bindung an eine bestimmte Richtlinie nicht in Betracht. Das ganze Staatswesen ist derart intensiv in den europäischen Integrationsverbund verwoben, daß es völlig unrealistisch und auch widersinnig wäre, das Legitimationspro-

¹⁷¹ *Böckenförde* (Fn. 139), S. 33.

¹⁷² *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 253 m. Fn. 15.

blem der „ewigen“, durch Wahlentscheidungen nicht zu beeinflussenden Bindung mit dem Hinweis auf die Austrittsmöglichkeit zu entkräften.

cc) Kein Ausweg? Die Europäische Union in der Klemme zweier unzureichender Legitimationsansätze

Die Europäische Union steckt, wie die obigen Darlegungen zeigen, mit ihrem im Vertrag von Lissabon erreichten Integrationszustand in der Klemme zweier unzureichender Legitimationsansätze: Die demokratische Legitimation durch den Rat ist schon längst unzureichend, weil nicht nur die fehlende Transparenz der Entscheidungsprozeduren die demokratische Kontrolle und Legitimation durch die nationalen Parlamente und die nationale Öffentlichkeit und letztlich durch die Wähler auf der Ebene der Mitgliedstaaten unmöglich macht, sondern weil auch die Legitimationskette zwischen Ratsentscheidungen und den Völkern der Mitgliedstaaten durch das Mehrheitsprinzip durchgetrennt wird. Indem der Vertrag von Lissabon den Anwendungsbereich des Mehrheitsprinzips stark ausdehnt, verschärft er dieses Demokratieproblem, auch wenn er ein anderes den Rat betreffendes Demokratieproblem, die mangelnde Transparenz, etwas abmildert.

Die unzureichende Legitimation durch den Rat kann, wie ebenfalls schon dargelegt, durch die Erweiterung der Kompetenzen des Europäischen Parlaments nicht kompensiert werden. Denn dem Europäischen Parlament fehlt es seinerseits an demokratischer Legitimation, weil es nicht auf der Basis demokratischer Gleichheit gewählt wird. Die Kompetenzen eines undemokratischen Organs zu stärken, führt aber nicht zur Abmilderung des Demokratiedefizits.

Was dem Europäischen Parlament an Einfluß auf die europäische Gesetzgebung zuwächst, geht im übrigen dem Rat an Einfluß verloren. Die oft als Demokratisierung der Europäischen Union gelobte Aufwertung des Parlaments ist daher im Zusammenspiel der beiden Legitimationsstränge allenfalls ein Nullsummenspiel. Da im augenblicklich geltenden wie in dem durch den Vertrag von Lissabon geschaffenen institutionellen Arrangement immer noch der Rat das besser demokratisch legitimierte von beiden Organen ist, führt die Kompetenz- und Machtverstärkung des Europäischen Parlaments eher zu einer Verschlechterung des demokratischen Legitimationsniveaus der Europäischen Union als zu einer Verbesserung. Eine Verbesserung würde voraussetzen, daß das Parlament selbst zunächst demokratisiert, nämlich auf eine demokratische Basis gestellt, d.h. nach dem Prinzip *one man, one vote* gewählt wird.

Hinzu kommt, daß der Vertrag von Lissabon die Gewichtigkeit des europäischen Demokratiedefizits massiv verschärft hat, indem er die Gesetzgebungszuständigkeit der Europäischen Union in den Kernbereich der Staatlichkeit – die innere Sicherheit – und damit in besonders freiheitssensitive Gebiete hinein ausgedehnt hat. Spätestens jetzt, nachdem die Europäische Union jedenfalls mit der Flexibilitätsklausel *de facto* eine legislatorische Omnikompetenz erhalten hat, kann das Demokratiedefizit nicht mehr als zu vernachlässigende Bagatelle abgetan werden. Es ist zu einem Zentralproblem der Europäischen Union geworden und kann nicht mehr hingenommen werden.

Das neu eingeführte europäische Bürgerbegehren (Art. 11 Abs. 4 EUV, Art. 24 Abs. 1 AEUV), das nur geringfügige Ansätze für ein Element direkter Demokratie bringt, kann dieses Problem nur marginal abmildern. Die Gesamtbilanz, die sich aus dem Vertrag von Lissabon für die Entwicklung der demokratischen Legitimation der Europäischen Union ergibt, bleibt negativ.

(1) Keine Lösung: pragmatisches Lavieren

Was das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil an Lösungserwägungen für die Weiterentwicklung der europäischen Integration anbietet, kann nicht weiterhelfen. Das Bundesverfassungsgericht hat ja gemeint, beim jetzigen Stand der Integration müsse die Legitimation zuvörderst von den Staatsvölkern der Mitgliedstaaten ausgehen¹⁷³. Die Legitimation durch das Europäische Parlament habe jetzt schon eine „stützende Funktion“, die sich durch Demokratisierung des Wahlrechts noch stärken ließe¹⁷⁴. Woraus die Legitimation durch das Europäische Parlament resultiert, obwohl sie nicht auf dem demokratischen Gleichheitsprinzip beruht, wird nicht dargelegt. Das Bundesverfassungsgericht meint sehr vage, daß innerhalb des institutionellen Gefüges der Europäischen Union die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament zu der Legitimation durch Rückkopplung an die Parlamente der Mitgliedstaaten hinzutrete, und dies „im Maße des Zusammenwachsens der europäischen Nationen zunehmend“¹⁷⁵. Aber was heißt hier „Zusammenwachsen der europäischen Nationen“? Ist da die kulturelle Assimilation, die bessere sprachliche und kommunikative Verständigung, die Entstehung einer europäischen Öffentlichkeit gemeint, also die Entwicklung sozialer Voraussetzungen des Gelingens von Demokratie? Oder stellt das Bundesverfassungsgericht auf die weiter fortschreitende institutionelle Integration der Europäischen Union ab? Und wieso soll das Europäische Parlament mehr Legitimation vermitteln, wenn die EU-Staaten (oder ihre Völker) stärker zusammenwachsen? Es mag ja sein, daß dann das Bedürfnis nach demokratischer Legitimation auf europäischer Ebene – durch das Europäische Parlament – immer größer wird, aber diese Legitimation läßt sich nicht allein dadurch herstellen, daß man diesem Parlament immer mehr Kompetenzen gibt. Entscheidend ist, ob es überhaupt demokratische Legitimation vermitteln kann. Das aber kann es nur, wenn es selbst ein demokratisches Subjekt repräsentiert, welches die Quelle der Legitimität der Europäischen Union ist. Solange dies nicht der Fall ist, solange also die Legitimation der Europäischen Union auf die Völker der Mitgliedstaaten gestützt wird, führt die Stärkung des Europäischen Parlament nicht zu mehr, sondern tendenziell zu weniger demokratischer Legitimation in der Europäischen Union. Es gibt aber auch keinen sozusagen automatischen Wechsel des demokratischen Subjekts im Zuge der sich verdichtenden Integration in der Weise, daß die legitimatorische Bedeutung der Völker der Mitgliedstaaten bei dichterem Integration abnimmt und die eines – noch nicht existenten – Unionsvolkes allmählich zunimmt. Man kann nicht mit dem demokratischen Subjekt nach Belieben changieren, sonst würde demokratische Legitimation beliebiger Manipulation ausgeliefert.

¹⁷³ BVerfGE 89, 155 (184, 185).

¹⁷⁴ BVerfGE 89, 155 (186).

¹⁷⁵ BVerfGE 89, 155 (185).

Vielmehr sind es die Völker der Mitgliedstaaten, die die Europäische Union konstituiert haben, und sie müssen entscheiden, ob und wann die Legitimation der Europäischen Union nicht mehr von ihnen, sondern von einem von ihnen konstituierten Unionsvolk ausgeht.

Es ist auch keine Lösung in dem vom Bundesverfassungsgericht angedeuteten, vielleicht aber gar nicht gemeinten Sinne zu argumentieren, die bei sich intensivierender Integration anwachsenden Demokratiedefizite des über den Rat laufenden Legitimationsstranges könnten durch parallel stattfindende Kompetenzzuwächse des Europäischen Parlaments kompensiert werden. Wenn das Europäische Parlament nicht so richtig demokratisch sei, dann sei es doch immerhin ein bißchen demokratisch und könne eine „stützende“ und kompensatorische Funktion entfalten. Aber allein der Umstand, daß das Europäische Parlament irgendwie von den Bürgern und Bürgerinnen gewählt wird, reicht nicht aus. Eine Annäherung an demokratische Legitimation genügt nicht. Auch das preußische Drei-Klassen-Wahlrecht hat damals Legitimität vermittelt. Aber es war keine *demokratische* Legitimität, auch wenn man argumentieren könnte, man sei irgendwie schon auf dem Weg zur Demokratie gewesen.

Auch das Argument, die Grundsätze der in den Staaten üblichen demokratischen Legitimation ließen sich nicht auf eine supranationale Gemeinschaft übertragen, rechtfertigt das Demokratiedefizit nicht mehr¹⁷⁶. Es geht nicht darum, nationale Institutionen zu kopieren und auf die europäische Ebene zu transferieren, wenn einem für diese etwas Besseres einfällt. Aber es geht darum, das demokratische Legitimationsniveau, das man auf der Ebene der Nationalstaaten zu Recht fordert, auch für die europäische Ebene einzufordern. Es gibt keine aus der Sache der supranationalen Integration folgenden Besonderheiten, die hier ein Weniger an demokratischer Legitimation nötig machen und rechtfertigen. Ein Abweichen von dem Legitimationsniveau, das sich aus dem Demokratieprinzip ergibt, war hinnehmbar, solange die Europäische Gemeinschaft sektoral beschränkt war und man in den Anfängen erste Erfahrungen mit dem Zusammenwachsen sammeln mußte. Und solange die demokratische Legitimation vornehmlich über den Rat auf der Basis des Einstimmigkeitsprinzips vermittelt wurde, fielen geringfügige Legitimationslücken nicht sehr ins Gewicht und konnte die Mitwirkung des Europäischen Parlaments als eher föderalistisch (Völker der Mitgliedstaaten) als demokratisch begründete Zusatzlegitimation aufgefaßt werden. Das alles ist jetzt, wo die Europäische Union aufgrund ihres Kompetenzzuwachses zu einem Quasistaat angewachsen ist und die demokratische Legitimation weder durch den Rat noch durch das Europäische Parlament geleistet werden kann, nicht mehr möglich. Ex-Bundespräsident und Ex-Verfassungspräsident *Roman Herzog* und *Lüder Gerken* haben zu Recht resümiert: „Die europäische Integration ist inzwischen so weit fortgeschritten, daß das Demokratiedefizit und die weitgehende Aufhebung der Gewaltenteilung mit all ihren negativen Folgen einer Lösung zugeführt werden müssen.“¹⁷⁷

¹⁷⁶ Überzeugende Kritik des „Nichtübertragbarkeitsgrundsatzes“ bei *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 247, 261 ff.

¹⁷⁷ *Herzog / Gerken* (Fn. 102).

(2) *Bis hierher und nicht weiter*

Der Vertrag von Lissabon hat die Europäische Union und ihre beiden Legitimationsstränge an einen Punkt gebracht, an der einer dieser Stränge keine hinreichende demokratische Legitimation mehr vermittelt und der andere noch nicht. Die Ergänzung des einen Demokratiedefizits durch ein zweites führt nicht zu insgesamt demokratischer Legitimation¹⁷⁸. Das Demokratiedefizit der Europäischen Union ist so groß, daß es eine Schranke für die weitere Integration darstellt. Nach Art. 23 Abs. 1 GG, der insoweit nur die Anforderungen von Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG konkretisiert, darf Deutschland keine Hoheitsrechte an eine Europäische Union übertragen, die den Anforderungen an die demokratische Legitimation nicht entspricht. Diese Voraussetzung erfüllt die Europäische Union mit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr. Auch aus diesem Grunde ist das Zustimmungsgesetz verfassungswidrig.

(3) *Weiter auf einer neuen Basis*

Ist das das Ende der „immer engeren“ europäischen Integration? Nein, das muß es nicht sein. Es ist möglich, die Europäische Union auf eine demokratische Legitimationsbasis zu stellen, auf eine Basis, auf der sich auch die oben erörterten Probleme mit Einstimmigkeitserfordernissen und ihren Folgewirkungen nicht mehr stellen werden: Die Demokratiedefizite der Europäischen Union sind, wie *Gertrude Lübbe-Wolff* zutreffend festgestellt hat, allesamt Konsequenzen des begrenzten Willens der Europäer zu politischer Einheit¹⁷⁹. Würden sich die Europäer zu einem demokratischen Subjekt konstituieren, zu einem „Unionsvolk“, das nicht „Staatsvolk“ sein müßte, solange die Europäische Union kein Staat im völkerrechtlichen Sinne ist, sondern als „Parastaatsvolk“ oder „staatsvolkanaloges Staatenverbundsvolk“ (oder wie immer man die Ausweichbezeichnung wählen mag) bezeichnet werden könnte, könnte das Europäische Parlament von diesem Volk gewählt werden. Von ihm ginge die demokratische Legitimation der Europäischen Union aus. Auf die indirekte Legitimation durch die Völker der Mitgliedstaaten käme es jedenfalls für die sekundäre Rechtsetzung nicht mehr an. Der Rat könnte zu einer Staatenkammer umfunktioniert werden¹⁸⁰. So, und nur so, ließe sich das Demokratiedefizit beseitigen, wollte man nicht rückwärts gehen und etliche Integrationsschritte revidieren.

Ist aber dieser Weg nicht deshalb verschlossen, weil es ein europäisches Volk, das sich konstituieren könnte, noch gar nicht gibt? Weil die sozial-kulturellen Voraussetzungen für die Bildung eines solchen Volkes noch fehlen?¹⁸¹ Solche Voraussetzungen wie das Vorhandensein einer europäischen Öffentlichkeit, eines europäischen Kommunikationszusammenhangs, eines europäischen Gemeinschaftsbewußtseins und nicht zuletzt des Willens, das politische Schicksal als Gemeinschaft zu gestalten, sind reale Voraussetzungen

¹⁷⁸ Vgl. *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 258 f.

¹⁷⁹ *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. S. 248, 262.

¹⁸⁰ So z.B. der Vorschlag von *Herzog / Gerken* (Fn. 102).

¹⁸¹ Zu diesen Voraussetzungen vgl. *BVerfGE* 89, 155 (185 f.); daß sie noch fehlen, behaupten z.B. *Böckenförde* (Fn. 139), S. 39 f.; *Grimm*, *JZ* 1995, S. 581 (589 f.).

für ein Gelingen einer europäischen Demokratie. Ob sie alle vorhanden sein müssen, um im rechtlichen Sinne vom Vorhandensein eines Volkes als Legitimationssubjekt ausgehen zu können, ist dagegen fraglich¹⁸². Diese Frage muß hier nicht beantwortet werden, denn auf sie kommt es für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Vertrages von Lissabon nicht an. Letztlich kommt es auf den Willen der Europäer zur politischen Einheit an. Solange dieser fehlt und sich nicht rechtlich-institutionell durchsetzt, ist eine Beseitigung des Demokratiedefizits nicht möglich. Entscheidend ist für den hier gegebenen Zusammenhang, daß zwar der Vertrag von Lissabon die „Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“ zum neuen Subjekt der Legitimation des Europäischen Parlaments ausruft (Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 EUV), jedoch gleichzeitig an den nach Mitgliedstaaten degressiv gestaffelten Abgeordnetenkontingenten festhält und somit die undemokratische Zusammensetzung des Europäischen Parlaments zementiert.

Die Völker der Mitgliedstaaten können ein europäisches demokratisches Subjekt konstituieren, das dann auf der Basis demokratischer Gleichheit die Europäische Union legitimiert. Solange dies nicht geschehen ist, besteht das oben beschriebene Demokratiedefizit, und so lange darf es keine immer weiter voranschreitende Verdichtung des europäischen Integrationsverbundes mehr geben, die das Demokratiedefizit nur immer mehr verschärft.

c) Alles schon längst dagewesen? Unangreifbarkeit des Demokratiedefizits, weil es schon vor dem Vertrag von Lissabon bestand?

Das Demokratiedefizit der Europäischen Union besteht schon lange; in der Literatur wird es schon seit Jahrzehnten gerügt. Läßt sich daher den oben festgestellten Verstößen gegen das Demokratieprinzip entgegenhalten, sie seien gar nicht durch den Vertrag von Lissabon verursacht worden, sondern bestünden schon seit eh und je, könnten demzufolge auch nicht mit einer Verfassungsbeschwerde gegen den Vertrag von Lissabon gerügt werden?

Soweit die Demokratieverstöße auf Erweiterung der Kompetenzen der Europäischen Union beruhen, läßt sich sagen: Die Vergemeinschaftung der bisherigen „Dritten Säule“ durch den Vertrag von Lissabon führt (gemeinsam mit den übrigen Kompetenzerweiterungen) dazu, daß die Gesetzgebungskompetenzen des Bundestages entleert und die mit dem Demokratieprinzip noch vereinbare Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten überschritten wird. Dieser Demokratieverstoß wird durch den Vertrag von Lissabon neu geschaffen; er bestand vorher nicht. Sollte man annehmen, daß die Grenze der nach dem Grundgesetz erlaubten Übertragbarkeit von Hoheitsrechten schon früher überschritten beziehungsweise die Gesetzgebungskompetenzen des Bundestages schon durch frühere Verträge (Nizza, Amsterdam, Maastricht) in verfassungswidriger Weise ausgehöhlt worden sind, dann ändert das nichts an der Verfassungswidrigkeit des Vertrages von Lissabon. Denn dann dürften jedenfalls keine zusätzlichen Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen und die Gesetzgebungskompetenzen des Bundestages nicht noch weiter ausgehöhlt werden. Das Argument, die gerügten Verstöße gegen das Demokratieprinzip seien nicht durch den Vertrag von Lissabon verursacht worden, sondern hätten bereits vorher bestanden, kann

¹⁸² Verneinend z.B. *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 263 f.

somit jedenfalls nicht dem Verstoß gegen das Demokratieprinzip auf der Ebene der Bundesrepublik Deutschland (oben Abschnitt a, → S. 77 ff.) entgegengehalten werden.

Wie aber steht es mit dem Demokratiedefizit auf der Ebene der Europäischen Union (oben Abschnitt b, → S. 83 ff.)? Wird dieses Demokratiedefizit nicht schon seit vielen Jahren gerügt? Ist es nicht schon dem Vertrag von Maastricht – vergeblich – entgegengehalten worden? Genau diese Überlegung hat *Gertrude Lübbe-Wolff* zu der Annahme verleitet, trotz des von ihr schon für die Rechtslage, die das Bundesverfassungsgericht im Fall Maastricht zu beurteilen hatte, festgestellten Demokratiedefizits sei es nicht zu beanstanden, daß das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil unter diesem Aspekt keinen Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG festgestellt hat. Denn man hätte kaum begründen können, daß das Demokratiedefizit gerade mit dem Maastrichter Vertrag die verfassungsrechtliche Toleranzgrenze überschritten haben sollte¹⁸³.

Zwar trifft letzteres zu, aber die Voraussetzung, aus der die Autorin ihren Schluß ableitet, ist falsch. Selbst wenn es stimmt, daß – wie die Autorin annimmt – das Demokratiedefizit schon vor Maastricht bestanden hat und durch Maastricht nicht verschärft worden ist, hätte der Vertrag von Maastricht wegen dieses Demokratiedefizits für verfassungswidrig erklärt werden müssen. Denn durch den Vertrag von Maastricht wurde „eine neue Stufe der Integration“ beschritten, die Europäische Union gegründet und vor allem die der Währungsunion ein Zentralstück der staatlichen Souveränität an die Europäische Union übertragen. An eine Europäische Union, die den vom Grundgesetz vorgegebenen Demokratie Kriterien nicht entspricht, hätten aber keine zusätzlichen Hoheitsrechte übertragen werden dürfen. Wenn das Bundesverfassungsgericht der Analyse von *Lübbe-Wolff* gefolgt wäre und nicht eine hinreichende Legitimation seitens der Völker der Mitgliedstaaten und ihrer Vertreter im Rat angenommen hätte, dann hätte es feststellen müssen: Solange die Europäische Union nicht demokratisch legitimiert ist, dürfen keine weiteren Hoheitsrechte übertragen werden. Entgegen *Lübbe-Wolff* wäre es also nicht darauf angekommen, ob das Demokratiedefizit durch Maastricht geschaffen oder zumindest verschärft worden wäre oder aber bereits früher bestanden hätte.

Entsprechendes muß natürlich für den Vertrag von Lissabon gelten.

Somit führt das Demokratiedefizit auf jeden Fall zur Verfassungswidrigkeit des Vertrages von Lissabon, selbst man annehmen sollte, daß es durch diesen Vertrag nicht vergrößert worden ist¹⁸⁴.

d) Spezielle Demokratieverstöße des Vertrages von Lissabon

Die oben dargestellten Verstöße gegen das Demokratieprinzip ergeben sich aus der Aushöhung der mitgliedstaatlichen Gesetzgebungskompetenzen (oben a) und aus dem institutionellen Arrangement und dem Entscheidungsverfahren der Europäischen Union (oben b).

¹⁸³ *Lübbe-Wolff* (Fn. 151), S. 260.

¹⁸⁴ Diese Annahme liegt fern. Wie oben bereits gezeigt (cc → S. 97), wird das Demokratiedefizit trotz der Aufwertung des Europäischen Parlaments durch den Vertrag von Lissabon tendenziell verschärft.

Es handelt sich also um Strukturprobleme, die im Kompetenzgefüge der Europäischen Union und in ihrer institutionellen Ausformung bereits angelegt waren und durch den Vertrag von Lissabon verfestigt und verschärft werden, also sozusagen um generell-strukturelle Demokratieverstöße. Außerdem enthält der Vertrag von Lissabon einige – größtenteils neue – Regelungen, die unter speziellen Gesichtspunkten mit dem Demokratieprinzip unvereinbar sind. Um diese geht es im folgenden.

aa) Verfassungsänderung ohne parlamentarische Zustimmung

Die Verfassung der Europäischen Union im funktionellen Sinne besteht nach dem Vertrag von Lissabon aus dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) und aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Diese Verträge sind als völkerrechtliche Verträge von den Mitgliedstaaten vereinbart und ratifiziert worden. Die Zustimmung zu solchen Verträgen bedarf in Deutschland eines Zustimmungsgesetzes. Durch dieses wird die demokratische Legitimation solcher grundlegenden, die Verfassung der Europäischen Union hervorbringenden oder ändernden Entscheidungen sichergestellt.

Der Vertrag von Lissabon hat nun ein vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren eingeführt. Nach Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 EUV können jetzt die Bestimmungen des Dritten Teils des AEUV durch Beschluß des Europäischen Rates geändert werden. Das Europäische Parlament hat hierbei kein Mitentscheidungsrecht, sondern wird nur angehört.

Ein solcher Beschluß tritt erst „nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften“ in Kraft (Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 Satz 3). Das Grundgesetz enthält für solche Fälle keine besonderen Vorschriften. Insbesondere ist Art. 23 GG durch das den Vertrag von Lissabon begleitende GG-Änderungsgesetz nicht um eine Klausel ergänzt worden, die für die Zustimmung zu einer Vertragsänderung im vereinfachten Verfahren die Zustimmung des Bundestages vorschreibt. Somit kommen die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung. Was bedeutet das? Die Bundesregierung behauptet, es sei eine „Ratifikation“ durch die Mitgliedstaaten erforderlich, und die nationalen Parlamente behielten „somit“ auch bei diesem Verfahren die Herrschaft über die Verträge¹⁸⁵.

Diese Aussage ist in doppelter Hinsicht fragwürdig. Zum einen erfolgt die Vertragsänderung hier nicht durch Vertrag, sondern durch den Beschluß des Europäischen Rates, also eines Organs einer supranationalen Organisation. Die Zustimmung der Mitgliedstaaten, an diese Vertragsänderung gebunden sein zu wollen, mag man als „Ratifikation“ bezeichnen. Dies täuscht aber darüber hinweg, daß sie nicht in einem Verfahren abgegeben wird, das den Regeln über das Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge folgt.

Da die Änderung des AEUV nicht durch völkerrechtlichen Vertrag vorgenommen wird, ist Art. 59 Abs. 2 GG nicht anwendbar. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, daß diese Vorschrift nicht zur Anwendung kommt, wenn Verträge in anderer Wei-

¹⁸⁵ Denkschrift zum Vertrag von Lissabon, BT-Drs. 16/8300, S. 167.

se als durch völkerrechtlichen Vertrag abgeändert werden¹⁸⁶. Und außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 59 Abs. 2 GG ist für die Wahrnehmung der Auswärtigen Gewalt grundsätzlich die Bundesregierung zuständig¹⁸⁷. Freilich spricht einiges dafür, aus Art. 59 Abs. 2 GG eine parlamentarische Zustimmungsbedürftigkeit auch für solche Rechtsakte abzuleiten, die nicht völkerrechtliche Verträge sind, aber zur Änderung eines völkerrechtlichen Vertrages führen. Denn durch solche Rechtsakte wird die Bundesrepublik Deutschland in derselben Weise gebunden wie in dem Fall, in dem der betreffende Vertrag durch einen völkerrechtlichen Vertrag geändert wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die Bundesregierung aber kraft ihrer Auswärtigen Gewalt an der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge ohne parlamentarische Zustimmung mitwirken, solange diese Fortentwicklung im Rahmen des Integrationsprogramms des betreffenden Vertrages bleibt. Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet insofern zwischen „Fortentwicklung“ und „Änderung“ eines völkerrechtlichen Vertrages. Als „Fortentwicklung“ sieht es alles an, was innerhalb des „Integrationsprogramms“ des Vertrages bleibt, während eine „Änderung“ eines Vertrages, die nicht als förmliche Änderung durch Änderungsvertrag vorgenommen wird, erst dann vorliegt, wenn das Integrationsprogramm überschritten werde. Nur dieses Überschreiten des Integrationsprogramms gehe über die Kompetenz der Bundesregierung hinaus¹⁸⁸. Nur in diesem Fall muß in Konsequenz dieser Rechtsprechung die Zustimmung des Parlaments eingeholt werden, freilich nicht im Wege analoger Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG auf die außervertragliche Vertragsänderung, sondern in der Weise, daß die Bundesregierung an solchen außervertraglichen Vertragsänderungen nicht mitwirken darf. Sie muß in solchen Fällen mit den Vertragspartnern eine förmliche Vertragsänderung vereinbaren und dann den Änderungsvertrag dem Parlament nach Art. 59 Abs. 2 GG vorlegen. Art. 59 Abs. 2 GG entfaltet hiernach eine Sperrwirkung gegenüber außervertraglichen Vertragsänderungen, die das Integrationsprogramm des betreffenden Vertrages überschreiten, führt jedoch nicht dazu, daß außervertragliche Vertragsänderungen unter der Voraussetzung verfassungsmäßig sind, daß der Bundestag ihnen zustimmt.

Was folgt daraus für die Anwendung von Art. 48 Abs. 6 EUV? Man könnte darauf abstellen, daß es hier um „Änderungen“ des AEUV geht, daß somit Art. 59 Abs. 2 GG zur Anwendung kommen müßte. Aber „Änderung“ ist nur ein Wort. Man könnte dieses Wort auch durch „Fortbildung“ ersetzen, zumal die Änderung gemäß Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 EUV nicht zu einer Erweiterung der Zuständigkeiten der Union, also nicht zu einer Übertragung von Hoheitsrechten führen darf. Daher könnte man argumentieren, daß diese „Fortbildung“ im Rahmen des Integrationsprogramms des EUV und des AEUV bleibt und durch die Zustimmung zum Vertrag von Lissabon bereits gedeckt sei. Somit käme Art. 59 Abs. 2 GG nicht zur Anwendung. Argumentiert man aber, daß es hier immerhin um eine förmliche Inhaltsänderung eines völkerrechtlichen Vertrages geht und daß im übrigen das

186 *BVerfGE* 90, 286 (361); kritisch dazu die vier Richter, deren Votum die Entscheidung nicht getragen hat und die in ihrem Sondervotum eine entsprechende Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG für außervertragliche Vertragsänderungen postulieren, ebd. S. 376.

187 *BVerfGE* 90, 286 (287 LS 7.a).

188 *BVerfGE* 104, 151 (206 f.).

Integrationsprogramm überschritten sei, weil ja Art. 48 Abs. 6 EUV selbst eine besondere Zustimmung der Mitgliedstaaten fordere und damit zu erkennen gebe, daß das vorhandene Integrationsprogramm solche Änderungen nicht decke, dann tritt nach der bisherigen Rechtsprechung die Sperrwirkung des Art. 59 Abs. 2 GG ein: Eine solche Änderung darf nur durch völkerrechtlichen Vertrag vorgenommen werden, welcher der Zustimmung des Bundestages bedarf.

In beiden Interpretationsalternativen ist die Zustimmung zum Vertrag von Lissabon mit dem Grundgesetz unvereinbar:

In der ersten Alternative wird eine Änderung der EU-Verfassung ohne Zustimmung des deutschen Gesetzgebers ermöglicht; das wäre mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) unvereinbar. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß der deutsche Gesetzgeber ja bereits dem Art. 48 Abs. 6 GG zugestimmt habe; denn die dort erteilte Änderungsermächtigung ist in ihren Auswirkungen völlig unvorhersehbar und insofern vom Bundestag nicht verantwortbar. Davon abgesehen hat der Bundestag seine Zustimmung zum Vertrag von Lissabon in der durch die Denkschrift der Bundesregierung¹⁸⁹ hervorgegerufenen Erwartung erteilt, die Vertragsänderung im vereinfachten Änderungsverfahren bedürfe der parlamentarischen Zustimmung.

In der zweiten Alternative liegt ein Verstoß gegen Art. 59 Abs. 2 GG vor, weil diese Vorschrift „Änderungen“ eines völkerrechtlichen Vertrages nur in Form der Änderung durch völkerrechtlichen Vertrag zuläßt, der dann eines Zustimmungsgesetzes bedarf.

Als dritte Alternative bliebe auf eine Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zu hoffen, die jedenfalls für diesen speziellen Fall die analoge Anwendung von Art. 59 Abs. 2 GG ermöglichen könnte. Eine solche Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht wäre mit Wortlaut, Sinn und Zweck von Art. 59 Abs. 2 GG zu vereinbaren und daher zu wünschen.

Aber darf der Gesetzgeber auf eine bloße Hoffnung setzen? Gerade im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 59 Abs. 2 GG wäre eine ausdrückliche Regelung notwendig gewesen.

Art. 48 Abs. 6 EUV ist somit als solcher nicht zu beanstanden. Die Zustimmung zum Vertrag von Lissabon hätte aber nur erteilt werden dürfen, wenn sie ergänzt worden wäre durch eine Änderung des Grundgesetzes, mit welcher die parlamentarische Zustimmungsbedürftigkeit von Beschlüssen des Europäischen Rates nach Art. 48 Abs. 6 EUV in Form eines Zustimmungsgesetzes ausdrücklich geregelt wird. Ohne diese Änderung des Grundgesetzes ist die Zustimmung zum Vertrag von Lissabon mit dem Grundgesetz (Demokratieprinzip und Art. 59 Abs. 2) unvereinbar.

189 S.o. Fn. 185.

bb) Übergang zum Mehrheitsprinzip nach dem Passerelleverfahren („Brückenklausel“)

(1) *Art. 48 Abs. 7 EUV*

Nach Art. 48 Abs. 7 UAbs. 1 EUV kann der Europäische Rat beschließen, daß in Fällen, in denen nach den Verträgen der Rat nach dem Einstimmigkeitsprinzip beschließt, künftig das Mehrheitsprinzip anzuwenden ist. Diese Ermächtigung bezieht sich auf den gesamten AEUV und auf Titel V des EUV, der die Bestimmungen über die Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union enthält. Ausgenommen sind lediglich Beschlüsse mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen sowie die in Art. 353 AEUV genannten Artikel des AEUV.

Diese „Passerelle“-Klausel oder „Brückenklausel“ ist von äußerst großer Tragweite. Mit ihrer Hilfe kann – bis auf die Verteidigungspolitik und die militärischen Regelungen – praktisch überall die Mehrheitsentscheidung im Rat eingeführt werden, wo bis jetzt noch das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Auf diese Weise wird die Legitimation durch die Völker der Mitgliedstaaten nahezu vollständig unmöglich gemacht und die Souveränität der Mitgliedstaaten nahezu vollständig beseitigt. Geradezu revolutionäre Bedeutung hätte der Übergang zu Mehrheitsentscheidungen im Bereich der Außenpolitik.

Eine entsprechende Brückenklausel enthält Art. 48 Abs. 7 UAbs. 2 EUV für Fälle, in denen der Rat bisher Gesetzgebungsakte nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erläßt. Hier kann durch Beschluß des Europäischen Rates zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, d.h. zur Mitentscheidung durch das Europäische Parlament, übergegangen werden, was ebenfalls eine Minderung des Einflusses der Mitgliedstaaten mit sich bringt.

Für Beschlüsse nach Art. 48 Abs. 7 EUV ist gemäß UAbs. 4 zwar die Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich. Die Parlamente der Mitgliedstaaten werden in diese gravierenden Vertragsänderungen aber nur mit einem Vetorecht eingebunden, das sie innerhalb von sechs Monaten ausüben können. Im Hinblick darauf, daß es sich hier um keineswegs um Bagatellfragen handelt, sondern um Änderungen der funktionellen EU-Verfassung mit weitreichenden Auswirkungen auf die staatliche Souveränität, ist dieses Verfahren nicht nur völlig unangemessen, sondern undemokratisch¹⁹⁰.

Die Bundesregierung versucht, das Passerelle-Verfahren mit dem Hinweis zu bagatellisieren, daß hier ja keine Hoheitsrechte übertragen würden, sondern nur Ausübungsmodalitäten bereits zuvor übertragener Hoheitsrechte geändert würden; daher sei eine Ratifikation durch die Mitgliedstaaten nicht erforderlich¹⁹¹. Diese Argumentation wird der Sache nicht gerecht. Zwar trifft es zu, daß die materiellen Regelungszuständigkeiten der Europäischen Union nicht erweitert werden. Der Übergang vom Einstimmigkeits- zum Mehrheitsprinzip verstärkt aber die Macht der Europäischen Union auf Kosten der Mitgliedstaaten in einschneidender Weise. Denn das Einstimmigkeitsprinzip sichert die Souveränität jedes ein-

¹⁹⁰ Nachdrückliche Kritik auch bei *Herzog / Gerken* (Fn. 102).

¹⁹¹ Denkschrift zum Vertrag von Lissabon, BT-Drs. 16/8300, S. 167.

zelen Mitgliedstaates. Der Übergang zum Mehrheitsprinzip wirkt sich daher gravierend auf die verfassungsrechtlichen Befugnisse der einzelnen Mitgliedstaaten im Rahmen der europäischen Verfassung wie auch auf den Umfang ihrer verbleibenden Souveränitätsrechte und schließlich auf die Art und Weise der Legitimation der Europäischen Union (Ableitbarkeit der Legitimation von den Völkern der Mitgliedstaaten) aus. Dies als Bagatelle zu behandeln, zeugt von einem Demokratieverständnis, das nicht dasjenige des Grundgesetzes ist.

Als grundlegende Vertragsänderung, die sich nicht nur auf europäischer, sondern auch auf deutscher Ebene als Verfassungsänderung auswirkt, weil sie die Möglichkeit der Bundesregierung beseitigt, den Erlaß europäischer Rechtsakte, die den deutschen Interessen widersprechen, zu verhindern, und weil sie den legitimatorischen Einfluß der deutschen Wähler auf diese Rechtsakte beseitigt, hätte das Demokratieprinzip hierfür eine positive Entscheidung des Bundestag erfordert. Das bloße Widerspruchsrecht ist nicht geeignet, dem Parlament die Bedeutung einer solchen Entscheidung vor Augen zu führen, und das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil zu Recht betont, daß es bei der Übertragung von Hoheitsrechten nicht nur auf die Zustimmung des Bundestages ankommt, sondern daß dieser auch in voller Kenntnis der Reichweite einer solchen Entscheidung die Sache zuvor zu erörtern hat¹⁹². Das muß auch dann gelten, wenn zwar keine neuen Hoheitsrechte übertragen werden, die Einwirkungsmöglichkeiten der deutschen Staatsorgane auf den Erlaß solcher Hoheitsakte jedoch entscheidend geschmälert werden – vor allem, wenn dadurch, wie das hier der Fall ist, auch der Bundestag selbst wesentliche Einflußmöglichkeiten verliert, die er hat, solange es auf die Stimme der Bundesregierung im Rat entscheidend ankommt.

Abgesehen hiervon wäre, wenn man das Passerelleverfahren dennoch für mit dem Demokratieprinzip vereinbar ansehen wollte, im Hinblick auf Art. 59 Abs. 2 GG eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich gewesen. Insoweit kann auf das oben (aa) zum vereinfachten Vertragsänderungsverfahren Gesagte verwiesen werden.

(2) Art. 31 Abs. 3 EUV

Eine spezielle Brückenklausel enthält Art. 31 Abs. 3 EUV für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP). Auch hier kann der Europäische Rat den Übergang vom Einstimmigkeits- und Mehrheitsprinzip für Entscheidungen des Rates beschließen. Der Unterschied zu Art. 48 Abs. 7 EUV besteht darin, daß in diesem speziellen Fall weder die Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich ist noch die nationalen Parlamente ein Vetorecht haben.

Der Grund für diesen Unterschied wird wohl darin liegen, daß die Außenpolitik eine klassische Prerogative der Regierung ist und daß es auf diesem Gebiet nicht um Rechtsetzung geht. Es geht jedoch auch hier nicht um Bagatellfragen, nicht um wenig bedeutsame Verfahrensänderungen, sondern um Beschlüsse mit der Wirkung wesentlicher Verfassungsän-

¹⁹² BVerfGE 89, 155 (183).

derungen auf europäischer und nationaler Ebene. Zur näheren Begründung wird auf die entsprechenden Ausführungen zu Art. 48 Abs. 7 EUV (oben [1]) verwiesen.

Solche Beschlüsse mit verfassungsändernder Wirkung und weitreichenden Auswirkungen auf die mitgliedstaatliche Souveränität ohne Zustimmung des Bundestages vorzunehmen, ist mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, Art. 79 Abs. 3 GG) unvereinbar.

(3) Art. 333 AEUV

Eine Sonder-Brückenklausel enthält Art. 333 AEUV für die Bereiche der Verstärkten Zusammenarbeit. Nach dieser Bestimmung kann der Rat beschließen, daß künftig statt des Einstimmigkeitsprinzips das Mehrheitsprinzip anzuwenden ist (Abs. 1) oder statt eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (Abs. 2). Wie die Bundesregierung in ihrer Denkschrift zum Vertrag von Lissabon dargelegt hat, ist damit nicht etwa nur gemeint, daß in bezug auf eine Entscheidung in einem ganz konkreten Fall einstimmig beschlossen werden kann, daß über diesen Fall – etwa über einen ganz konkreten Rechtsakt – nach dem Mehrheitsprinzip abgestimmt wird, sondern es ist gemeint, daß ebenso wie bei der allgemeinen Brückenklausel des Art. 48 Abs. 7 EUV generell für alle künftigen Entscheidungen eine Festlegung auf das Mehrheitsprinzip erfolgen kann¹⁹³.

Der Bundestag wird an dieser Entscheidung nicht beteiligt. Er hat nicht einmal – wie bei Art. 48 Abs. 7 EUV – ein Widerspruchsrecht. Das ist aus den oben ([1] und [2]) dargelegten Gründen verfassungswidrig.

cc) Kompetenzerweiterung ohne Zustimmung der nationalen Parlamente nach der Flexibilitätsklausel

Nach Art. 352 AEUV, der sogenannten „Flexibilitätsklausel“, ist der Rat ermächtigt, mit Zustimmung des Europäischen Parlaments Vertragsergänzungen vorzunehmen, wenn die zur Verwirklichung eines der Ziele des Vertrages erforderlichen Befugnisse in den Verträgen noch nicht vorgesehen sind. Ausgenommen von der Anwendung der Flexibilitätsklausel ist nur die Außen- und Sicherheitspolitik.

Die Bedeutung dieser Vorschrift wurde schon in anderem Zusammenhang erläutert (oben C.I.2. e aa [3] → S. 60 ff.). Dort wurde insbesondere dargelegt, daß die Flexibilitätsklausel im Vergleich zu der schon immer vorhanden gewesenen „Vertragsabrundungskompetenz“ durch die Vielzahl der jetzt der Europäischen Union neben den wirtschaftsrelevanten Sektoren zugewachsenen Kompetenzbereichen und insbesondere durch die Vergemeinschaftung des Bereichs der inneren Sicherheit und der Strafverfolgung eine fundamental andere und qualitativ gesteigerte Bedeutung erhalten hat und zu einer de-facto Kompetenz-Kompetenz angewachsen ist. Mit Hilfe der Flexibilitätsklausel kann die Europäische Uni-

¹⁹³ Vgl. die – freilich nicht ganz deutliche – Erläuterung in: Denkschrift zum Vertrag von Lissabon, BT-Drs. 16/8300, S. 139 f., 195.

on sich selbst neue Hoheitsrechte verschaffen. Diese werden nicht durch Vertrag übertragen, sondern durch Beschluß des Rates.

Der Rat muß nach Art. 352 Abs. 1 AEUV zwar einstimmig entscheiden, aber das reicht nicht aus, um im Hinblick auf die Übertragung von Hoheitsrechten das Demokratieprinzip zu wahren. Hier besteht sogar die Gefahr, daß der Regierungsvertreter im Rat die Möglichkeiten der Flexibilitätsklausel gezielt ausnutzt, um das beliebte „Spiel über die Bande“ zu spielen (dazu oben → im Text vor Fn. 150). Die Bundesregierung könnte beispielsweise, wenn sie zur Abwehr terroristischer Bedrohungen Überwachungsmaßnahmen durchsetzen will, die in Deutschland auf zu großen Widerstand im Parlament stoßen oder am Bundesverfassungsgericht scheitern, mit Hilfe der Flexibilitätsklausel dafür sorgen, daß sich die Europäische Union eine Kompetenzgrundlage für die Regelung derartiger Maßnahmen verschafft. Den Zielen der Union dient die Terrorabwehr zweifelsfrei (Art. 3 Abs. 2 EUV), und sie gehört zu den „im Rahmen der Verträge festgelegten Politikbereichen“ (Titel V des AEUV, insb. Art. 67, 75). Es ist daher kein Problem, die Notwendigkeit einer entsprechenden Kompetenzerweiterung zu begründen, zumal die Effektivität der Terrorismusbekämpfung heute oft internationale Regelungen sinnvoll erscheinen läßt. So kann ohne Zustimmung des Bundestages eine europäische Ermächtigungsgrundlage für Überwachungsmaßnahmen geschaffen werden, für die es in Deutschland keine Chance einer parlamentarischen Mehrheit gäbe. Und die EU-Regelung hätte zudem Vorrang nicht nur vor den einfachen innerstaatlichen Gesetzen, sondern auch vor dem Grundgesetz, mit der Konsequenz, daß die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht ausgeschaltet wäre.

Mit dem Demokratieprinzip ist es unvereinbar, ein Organ der Europäischen Union zu ermächtigen, solche Übertragungsakte in einem vom Bundestag nicht im voraus zu überschauenden Umfang vorzunehmen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil ausdrücklich festgestellt¹⁹⁴. Die Flexibilitätsklausel ermöglicht eine **uferlose und nicht voraussehbare Erweiterung der EU-Kompetenzen** zulasten der Mitgliedstaaten, weil ihr Anwendungsbereich durch die Kombination folgender Faktoren bestimmt wird: Zum einen durch die Ziele der Verträge, die so allgemein formuliert sind, daß sie praktisch alle Politikbereiche erfassen und keine rechtliche Eingrenzung ermöglichen, zum anderen dadurch, daß die „Politikbereiche“, im Rahmen derer die Flexibilitätsklausel Anwendung findet, jetzt nicht mehr sektoral wirtschaftlich begrenzt sind, sondern flächendeckend alle wichtigen Felder der Politik einschließlich der Sozialpolitik oder der Politik der inneren Sicherheit umfassen.

Somit verstößt auch die Flexibilitätsklausel gegen das Demokratieprinzip.

dd) Evolutivklausel für die Unionsbürgerschaft

Art. 25 Abs. 2 AEUV enthält eine Evolutivklausel für die Fortentwicklung der Unionsbürgerschaft. Dies ist ein Spezialfall eines vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens. Der Rat beschließt hier nach Zustimmung des Europäischen Parlaments. Wie im Falle des Art.

¹⁹⁴ BVerfGE 89, 155 (187, auch 194 f.).

48 Abs. 6 EUV tritt die Vertragsänderung „nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ in Kraft.

Es kann sich hierbei um weitreichende Änderungen handeln, die in die Struktur des Grundgesetzes massiv eingreifen könnten, etwa wenn der Rat auf die Idee käme, für Unionsbürger das Wahlrecht bei Wahlen zu den nationalen Parlamenten in ihrem jeweiligen Aufenthaltsstaat zu begründen, auch wenn sie nicht dessen Staatsangehörigkeit besitzen. Abgesehen davon, daß derartigen Änderungen die absolute Änderungssperre des Art. 79 Abs. 3 GG entgegenstünde, können Änderungen der Unionsverfassung jedenfalls nicht ohne Zustimmung durch den Bundestag in Form eines Zustimmungsgesetzes vorgenommen werden.

Es stellt sich hier insoweit die gleiche Problematik wie bei Art. 48 Abs. 6 EUV. Auf die zu dieser Vorschrift gemachten Ausführungen wird verwiesen (oben aa, → S. 103 ff.).

ee) Übergang zur gemeinsamen Verteidigung ohne parlamentarische Zustimmung

Entsprechendes gilt für die Evolutivklausel in Art. 42 Abs. 2 UAbs. 1 EUV, die den Übergang zu einer gemeinsamen Verteidigung auf Beschluß des Europäischen Rates ermöglicht. Auch diese Vorschrift wäre nur verfassungsmäßig, wenn durch eine Änderung des Grundgesetzes sichergestellt wäre, daß die entsprechende Vertragsänderung nur nach Zustimmung des Bundestages in Form eines Zustimmungsgesetzes in Kraft treten kann. Ich verweise auf die zu Art. 48 Abs. 6 EUV gemachten Ausführungen (oben aa, → S. 103 ff.).

ff) Beschlüsse über Eigenmittel der Union

Art. 311 AEUV ermächtigt die Union, sich mit den erforderlichen Finanzmitteln auszustatten. Hierzu erläßt nach UAbs. 3 der Rat einen Beschluß, mit dem das System der Eigenmittel der Union festgelegt wird. Die Vorschrift ermächtigt den Rat, in diesem Beschluß neue Kategorien von Eigenmitteln einzuführen. Dies könnten etwa auch Steuern sein, die den Bürgern der Union unmittelbar auferlegt werden. Derartige Beschlüsse haben vertragsändernden Charakter¹⁹⁵.

Für solche Beschlüsse ist zwar die Zustimmung der Mitgliedstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften erforderlich. Allerdings ist auch hier fraglich, ob sichergestellt ist, daß der Bundestag zustimmen muß. Zwar hat in der bisherigen Praxis der Bundestag den Eigenmittelbeschlüssen nach dem insoweit vergleichbaren Art. 269 EGV in Form eines Zustimmungsgesetzes zugestimmt. Ob diese Praxis dem Grundgesetz entspricht, ist angesichts des Wortlauts des Art. 59 Abs. 2 GG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber fraglich. Im Hinblick auf den Umstand, daß der neue Art. 311 AEUV eine umfangreichere Bedeutung als seine Vorgängervorschrift hat und im Hinblick auf die gravierenden Unklarheiten über die Erforderlichkeit und Zulässigkeit einer Zustimmung durch den Bundestag in Form eines Zustimmungsgesetzes

¹⁹⁵ Vgl. *Niedobitek*, in: Streinz (Hg.), EUV/EGV, 2003, Art. 269 EGV Rn. 11 m.w.N.

setzes ist auch hierzu eine Änderung des Grundgesetzes, die eine solche Zustimmung vorschreibt, erforderlich.

Die Problematik ist insoweit ähnlich wie bei Art. 48 Abs. 6 EUV. Auf die zu dieser Vorschrift gemachten Ausführungen wird verwiesen (oben aa, → S. 103 ff.).

gg) Konstituierung eines neuen Subjekts der demokratischen Legitimation ohne verfassunggebende Entscheidung

Wie in anderem Zusammenhang bereits erwähnt¹⁹⁶, tauscht der neue Art. 10 Abs. 2 EUV en passant das demokratische Subjekt aus, von dem die über das Europäische Parlament vermittelte Legitimation ausgeht:

Während bisher die Abgeordneten des Europäischen Parlaments von den Völkern der Mitgliedstaaten gewählt wurden und diese repräsentierten (Art. 189 f. EGV), bestimmt nach dem Vertrag von Lissabon jetzt Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 EUV:

„Die Bürgerinnen und Bürger sind auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten.“

Und Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 EUV formuliert noch deutlicher:

„Das Europäische Parlament setzt sich aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen.“

Hier konstituieren die Mitgliedstaaten ein neues Subjekt der demokratischen Legitimation der Europäischen Union: Der Vertrag von Lissabon bringt damit etwas hervor, was es bisher noch nicht gab – ein staatsvolkanaloges europäisches Unionsvolk als neues Subjekt der Unionsdemokratie. Während der demokratische Legitimationsstrang, der zum Europäische Parlament führt, bisher ebenso wie derjenige, der zum Rat führt, auf die Völker der Mitgliedstaaten zurückging, beim Rat sehr indirekt, beim Europäische Parlament durch Wahl seitens der Völker der Mitgliedstaaten direkt vermittelt, wird jetzt die Legitimation durch das Europäische Parlament auf eine neue Basis gestellt: Das Europäische Parlament repräsentiert nicht mehr die Völker der Mitgliedstaaten, sondern das Europäische Volk.

Die Legitimation der Europäischen Union durch das europäische Unionsvolk könnte nun in der Tat die Lösung aller Demokratiedefizite der Europäischen Union bringen. Davon war in anderem Zusammenhang schon die Rede. Allerdings würde dies voraussetzen, daß eine dem Demokratieprinzip entsprechende Wahl zum Europäischen Parlament auf der Basis der demokratischen Gleichheit stattfindet, also alle Bürger mit einer gleichgewichtigen Stimme an der Wahl teilnehmen. Die nach dem Vertrag von Lissabon immer noch geltende stark disproportionale Bevorzugung der Wähler und Kandidaten aus kleineren Staaten gegenüber denen aus größeren Staaten ließ sich rechtfertigen, solange das Europäische Parlament zum einen keine wesentliche Bedeutung für die Legitimation der europäischen Rechtsetzung hatte und zum anderen als föderale Vertretung der Völker der Mit-

¹⁹⁶ Oben im Abschnitt C.I.2. e bb (2), → S. 66 f.

gliedstaaten verstanden werden konnte. Wird das Europäische Parlament als Vertretung der Unionsbürgerschaft, also eines europäischen Unionsvolkes verstanden, ist die ungleiche Stimmgewichtung in krasser Weise demokratiewidrig (oben → S. 88).

Im vorliegenden Zusammenhang geht es um etwas anderes: Nach dem Grundgesetz geht alle in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt vom deutschen Staatsvolk aus (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG). Dieses ist das Subjekt der Demokratie. Das gilt auch für die europäische Hoheitsgewalt, die aufgrund der Übertragung von Hoheitsrechten in Deutschland ausgeübt wird. Das ist der wesentliche Grund dafür, daß nach wie vor der Legitimationsstrang über den Rat und den vom deutschen Staatsvolk indirekt demokratisch legitimierten deutschen Regierungsvertreter im Rat die größte Bedeutung für die Legitimation der Europäischen Union hat¹⁹⁷.

Wenn nun die Legitimation der europäischen Demokratie auf ein neues, ein anderes Subjekt gestützt werden soll, wenn also die in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt dann legitimatorisch nicht mehr – oder jedenfalls nicht mehr allein – vom deutschen Staatsvolk legitimiert wird, dann setzt dies eine verfassunggebende Entscheidung voraus, die neben dem deutschen Staatsvolk für die Zwecke der Ausübung nach Deutschland hineinwirkender europäischer Hoheitsgewalt, ein anderes Subjekt als Subjekt der demokratischen Legitimation anerkennt.

Die Auswechslung des demokratischen Legitimationssubjekts ist eine Fundamentalentscheidung. Die Entscheidung über das Subjekt der demokratischen Legitimation ist *die* Basisentscheidung der Demokratie überhaupt. Sie kann nur von dem Subjekt getroffen werden, das nach der Verfassung die Quelle der demokratischen Legitimation ist – in Deutschland also vom deutschen Volk in seiner Funktion als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt. Nur der *pouvoir constituant* ist in der Lage, die Legitimationsquelle zu wechseln, nicht irgendwelche konstituierten Gewalten. Diese sind der Legitimation bedürftig, die sie von einer bestimmten Legitimationsquelle ableiten – in Deutschland vom deutschen Staatsvolk – und können nicht über die Legitimationsquelle verfügen.

Im Vertrag von Lissabon wird das Legitimationssubjekt zwar nicht vollständig durch ein neues ersetzt, aber neben das bisherige Subjekt, neben die Völker der Mitgliedstaaten, wird gleichberechtigt ein anderes Subjekt, das Unionsvolk gestellt. Daß diese Änderung der Legitimationsgrundlage im Vertrag von Lissabon so vorgenommen wird, als handle es sich um nichts anderes als eine bloße Modernisierung des Layouts, und daß der Bundesregierung dieser Paradigmenwechsel der demokratischen Legitimation in Europa nicht einmal einer Erwähnung in ihrer Denkschrift zum Vertrages von Lissabon wert ist, läßt erkennen, mit welcher Wurstigkeit Legitimationsfragen in der politischen Klasse betrachtet werden.

Da es mit Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar ist, die Legitimation der in Deutschland ausgeübten Hoheitsgewalt maßgeblich auf ein anderes Subjekt als auf das deutsche Staatsvolk zu stützen, sondern infolge der Integrationsoffenheit des Grundge-

¹⁹⁷ Daß auch diese Legitimation spätestens seit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr funktioniert, wurde oben gezeigt, C.I.3. b, → S. 83 ff.

setz allenfalls geringfügige Modifikationen und legitimatorische Ergänzungen in Betracht kommen, ist der dargestellte Subjektwechsel mit dem Grundgesetz unvereinbar, zumal das Europäische Parlament jetzt keine untergeordnete Rolle für die Legitimation der Europäischen Union mehr spielt, sondern in der Rechtsetzung fast gleichberechtigt neben den Rat getreten ist.

Der Wechsel des Legitimationssubjekts beziehungsweise seine Ergänzung durch ein zweites Legitimationssubjekt ist zwar, wie bereits gesagt, nicht völlig ausgeschlossen, doch erforderte dies eine verfassunggebende Entscheidung des deutschen Staatsvolkes.

e) Ergebnis

Der Vertrag von Lissabon verstößt somit unter eine Reihe verschiedener Gesichtspunkte gegen das Demokratieprinzip:

- Die Rechtsetzungskompetenz des Bundestages wird ausgehöhlt und die vom Bundestag noch zu repräsentierende Staatsgewalt ist nicht mehr die eines noch den Anforderungen des Prinzips der souveränen Staatlichkeit genügenden Staates.
- Die Rechtsetzungskompetenzen werden in verfassungswidriger Weise vom Bundestag auf die Bundesregierung verlagert.
- Auf der Ebene der Europäischen Union ist die demokratische Legitimation von den Völkern der Mitgliedstaaten her über den Regierungsvertreter im Rat nicht mehr möglich.
- Der Legitimationsansatz über das Europäische Parlament scheitert daran, daß das Europäische Parlament seinerseits über keine demokratische Legitimation verfügt.
- Etliche Einzelbestimmungen des Vertrages von Lissabon verstoßen in spezieller Weise gegen das Demokratieprinzip. Dazu gehören insbesondere diejenigen Bestimmungen, die Änderungen der funktionellen EU-Verfassung (also des EUV und des AEUV) ohne Zustimmung durch den Bundestag ermöglichen, ebenso diejenigen, die den Übergang zu Mehrheitsentscheidungen im Rat ohne ausreichende Mitwirkung des Bundestages möglich machen. Vor allem die Kompetenzerweiterung der Europäischen Union mit Hilfe der „Flexibilitätsklausel“ ohne Zustimmung des Bundestages ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.
- Ein neues demokratisches Legitimationssubjekt wird ohne eine entsprechende verfassunggebende Entscheidung des deutschen Volkes neben das bisherige Subjekt gestellt.

4. Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip

Aus der Darstellung der Verstöße gegen das Demokratieprinzip im Hinblick auf die strukturell-institutionellen Demokratiedefizite der Europäischen Union (oben C.I.3. b aa, → S. 84 ff.) ist deutlich geworden, daß das institutionelle Arrangement der Europäischen Union nach dem Stand der Integrationsentwicklung, der mit dem Vertrag von Lissabon erreicht

worden ist, unter verschiedenen Aspekten auch mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz unvereinbar ist. Dieser Grundsatz gehört ebenfalls zu den gemäß Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 und 3 GG unabänderlichen Staatsstrukturprinzipen, so daß seine Mißachtung das Grundrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG beeinträchtigt. Hierzu nur ein paar knappe Hinweise:

- Die Bundesregierung hat über die europäische Ebene schwerpunktmäßig Rechtsetzungsfunktionen übernommen. Regierung und Gesetzgebung sind so in einem Organ vereint.
- Die Bundesregierung dominiert den Bundestag in der Rechtsetzungsfunktion. Als Teil des Rates der Europäischen Union setzt sie höherrangiges Recht, welches das vom Bundestag erlassene Recht verdrängt. Als Teil des europäischen Richtliniengesetzgebers erläßt sie Vorschriften, die der Bundestag dann ausführen muß; sie degradiert das Parlament, vor dem sie sich eigentlich zu verantworten hat, zum Ausführungsorgan ihrer eigenen Beschlüsse.
- Mit dem „Spiel über die Bande“ kann die Bundesregierung das Parlament umgehen und über die europäische Ebene Vorschriften durchsetzen, für die sie im Bundestag keine Mehrheit bekäme.
- Die Kontrolle der Regierung durch das Parlament und die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament werden durch die Intransparenz der europäischen Entscheidungsprozeduren außerordentlich erschwert.
- Auf der europäischen Ebene liegen die wesentlichen Gesetzgebungsfunktionen in den Händen der Exekutive (Rat und Kommission), wenn auch das Europäische Parlament jetzt an Bedeutung gewonnen hat.

Der frühere Bundespräsident und Bundesverfassungsgerichtspräsident *Roman Herzog* hat diese Probleme gemeinsam mit seinem Koautor *Lüder Gerken* dahingehend zusammengefaßt, daß die institutionellen Strukturen der EU an einer „faktischen Aufhebung der Gewaltenteilung“ litten und daß „die Gewaltenteilung als grundlegendes, konstituierendes Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung Deutschlands [...] für große Teil der für uns geltenden Gesetzgebung aufgehoben“ sei¹⁹⁸.

5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die deutsche Begleitgesetzgebung

a) Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die Begleitgesetzgebung zur Subsidiaritätsklage

Der Vertrag von Lissabon sieht die Möglichkeit der Erhebung einer Klage wegen Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes vor. Die Klagemöglichkeit steht den Mitgliedstaaten beziehungsweise – sofern das nationale Recht dies vorsieht – den nationalen Parlamenten oder Kammern dieser Parlamente zu (Art. 8 des Subsidiaritätsprotokolls).

¹⁹⁸ *Herzog / Gerken* (Fn. 102).

Die deutsche Begleitgesetzgebung (Entwurf zur Änderung des GG, BT-Drs. 16/8488, und Entwurf eines Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, BT-Drs. 16/8489) macht von dieser Möglichkeit in der Weise Gebrauch, daß der Bundestag auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder verpflichtet ist, die Klage zu erheben.

Politisch ist es sicherlich zu begrüßen, daß auf diese Weise die Rechte der parlamentarischen Minderheit gestärkt werden. So wie im innerstaatlichen Bereich eine Fraktion im Organstreit klagen kann, wenn sie meint, daß von einem anderen Staatsorgan, insbesondere von der Bundesregierung, die Rechte des Bundestages verletzt werden, kann jetzt eine Minderheit die Rechte des Bundestages verteidigen, die durch eine mit dem Subsidiaritätsgrundsatz unvereinbare europäische Gesetzgebung verloren zu gehen drohen.

Dieses berechnete Anliegen wird jedoch in einer Weise verwirklicht, die mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar ist:

Eine Minderheit kann den Bundestag verpflichten, Klage zu erheben, obwohl die große Mehrheit dies nicht will. Die Klage wird also nicht von der Minderheit erhoben, sondern vom Bundestag gegen seinen Willen. Dies ist mit dem demokratischen Mehrheitsprinzip nicht vereinbar und verstößt auch gegen das Prinzip der repräsentativen Demokratie. Das Volk wird vom Bundestag im ganzen nach Maßgabe des Mehrheitsprinzips repräsentiert. Wenn der Wille einer parlamentarischen Minderheit nach außen als der Wille des Parlaments dargestellt wird, verstößt dies gegen das demokratische Repräsentationsprinzip. Da das Demokratieprinzip zu den nach Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlichen Verfassungsprinzipien gehört, nützt es auch nichts, daß Art. 23 GG entsprechend geändert werden soll.

Nur damit nicht der Eindruck entsteht, mit dem oben dargestellten Monitum werde die minderheitenfreundliche Regelung politisch abgelehnt, sei dazu folgendes bemerkt:

Die hier als undemokratisch gerügte Regelung führt auch dazu, daß auf der anderen Seite im Verfahren vor dem EU-Gerichtshof der Wille der parlamentarischen Minderheit nicht mit Nachdruck verfochten werden wird. Denn die parlamentarische Minderheit führt nicht selbst den Prozeß; die Prozeßführung obliegt nach § 3 Abs. 5 des Begleitgesetzes dem Bundestag, der seinerseits durch den Bundestagspräsidenten handelt. Dadurch wird der positiv zu beurteilende Minderheitenschutz in der Praxis erheblich relativiert.

Eine Lösung, die diesen Nachteil vermeidet und zugleich mit dem Prinzip der repräsentativen Demokratie vereinbar ist, wäre durchaus möglich gewesen. Sie hätte wie folgt aussehen können:

Nicht der Bundestag wird verpflichtet, auf Antrag einer Viertels seiner Mitglieder zu klagen, sondern ein Viertel der Mitglieder erhält unmittelbar die Klageberechtigung. Diese Minderheit wird ermächtigt, die Rechte, die dem Bundestag nach § 8 des Subsidiaritätsprotokolls zustehen, prozeßstandschaftlich wahrzunehmen. Diese Regelung entspräche dem Recht, das innerstaatlich bezüglich der Antragsberechtigung der Fraktionen im Organstreit gilt.

Um eine solche verfassungskonforme Regelung im Begleitgesetz zu treffen, wäre es aber notwendig, daß die Bundesrepublik Deutschland vor Ratifikation des Vertrages von Lissabon zu § 8 des Stabilitätsprotokoll eine völkerrechtlich wirksame Erklärung abgibt, damit sichergestellt ist, daß Klagen parlamentarischer Minderheiten nicht vom EU-Gerichtshof als unzulässig abgewiesen werden. Eine solche Erklärung könnte etwa lauten:

»Unter Klagen, die nach Artikel 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit „entsprechend der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung von einem Mitgliedstaat im Namen seines Parlaments oder einer Kammer dieses Parla-

ments übermittelt werden“, sind auch Klagen zu verstehen, die im Namen einer Minderheit seines Parlaments übermittelt werden, wenn das nationale Recht dies vorsieht.«

b) Verstoß der Widerspruchsregelung zur Brückenklausel gegen das Demokratieprinzip

Nach Art. 48 Abs. 7 UAbs. 1 EUV kann der Europäische Rat beschließen, zur Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit überzugehen, wo bisher nach den Verträgen Einstimmigkeit vorgesehen ist. Ein solcher Beschluß kann zu erheblichen Einbußen an nationaler Souveränität und damit auch an Einflußmöglichkeiten der nationalen Parlamente führen. Die nationalen Parlamente haben die Möglichkeit, einen solchen Beschluß abzulehnen und so zu verhindern.

Das Ausführungsgesetz sieht hierzu vor, daß die Initiative abgelehnt wird, wenn der Bundestag dies beschließt, sofern es im Schwerpunkt um ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes geht (§ 4 Abs. 3 Nr. 1); bei im Schwerpunkt ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnissen der Länder¹⁹⁹ beschließt der Bundesrat (§ 4 Abs. 3 Nr. 2). In allen anderen Fällen, in denen also die Initiative im Schwerpunkt die konkurrierende Gesetzgebung betrifft oder in denen sich ein eindeutiger Schwerpunkt nicht feststellen läßt – und das werden die allermeisten Fälle sein –, können Bundestag und Bundesrat die Initiative nur ablehnen, wenn das jeweils andere Organ nicht widerspricht (§ 4 Abs. 3 Nr. 3). Der Bundestag kann in diesen Fällen den Übergang von der Einstimmigkeit zum Mehrheitsprinzip im Rat der EU nicht gegen den Willen des Bundesrates verhindern.

Auch diese Regelung ist mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar. Hier wird dem Bundestag durch das Begleitgesetz in einer äußerst weitreichenden Frage durch das Begleitgesetz die Entscheidungskompetenz genommen, die ihm nach dem Vertrag von Lissabon zusteht. Zumindest in den Fällen, in denen sich der Schwerpunkt auf die konkurrierende Gesetzgebung bezieht oder in denen sich ein Schwerpunkt nicht eindeutig feststellen läßt und es somit um den Übergang zu Mehrheitsentscheidungen in bezug auf Rechtsetzungsmaterien geht, die auch in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen, muß auch der Bundestag ein Widerspruchsrecht haben.

Selbst die alleinige Entscheidungskompetenz des Bundesrates dort, wo es um die schwerpunktmäßige Betroffenheit der ausschließlichen Landesgesetzgebung geht, ist mit dem Grundgesetz unvereinbar. Der Sache nach geht es bei Beschlüssen nach Art. 48 Abs. 7 EUV um Änderungen der EU-Verträge, für die normalerweise ein Zustimmungsgesetz erforderlich ist und die hier im vereinfachten Verfahren („Brückenklausel“) beschlossen werden. Die Rechte der nationalen Parlamente sollen dabei durch das Recht zur Ablehnung der Initiative gewahrt werden²⁰⁰. Die Rechte des Bundestages werden durch die Regelung des Begleitgesetzes großenteils beseitigt. Dies ist umso gravierender, als sich die im Wege der „Brückenklausel“ beschlossenen Vertragsänderungen innerstaatlich als Verfassungsänderungen (Einschränkung der Souveränität, Verlust der Möglichkeit, den Beschluß eines

¹⁹⁹ Zum Begriff *Oliver Sauer*, BayVBl. 2005, S. 316 (320).

²⁰⁰ Daß dies nicht ausreicht, wurde oben in anderem Zusammenhang dargelegt, → S. 106 ff.

für Deutschland verbindlichen Rechtsakts zu verhindern, der dem Willen des Bundestages beziehungsweise des Bundesrates widerspricht) auswirken. Daß solche Änderungen ohne Zustimmung und sogar gegen den erklärten Willen des Bundestages stattfinden können, ist mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar. Denn für Änderungen der Verträge zur Europäischen Union ist (ebenso wie für die Änderung von völkerrechtlichen Verträgen überhaupt) nach dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes die Zustimmung des Bundestages erforderlich. Das gilt ganz besonders dann, wenn diese Verträge materiell verfassungsändernden Charakter haben.

c) Übertragung von Entscheidungszuständigkeiten an den Europaausschuß

Nicht unproblematisch ist auch die Übertragung von Entscheidungskompetenzen an den Europaausschuß gemäß § 5 des Begleitgesetzes. Ausschüsse des Bundestages haben grundsätzlich die Funktion, Entscheidungen des Plenums vorzubereiten. Die Übertragung von weitreichenden Entscheidungsbefugnissen ist möglicherweise mit dem Prinzip der demokratischen Repräsentation nicht vereinbar.

Zwar wirken nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch die Ausschüsse an der Repräsentation des Volkes mit, in der Regel jedoch nur arbeitsteilig im Zusammenwirken mit dem Plenum. Entscheidungsbefugnisse können Ausschüssen nur ausnahmsweise für Angelegenheiten untergeordneter Bedeutung, keinesfalls aber für die Gesetzgebung eingeräumt werden. Dies gilt erst recht für den Abschluß oder die Änderung völkerrechtlicher Verträge und für Verfassungsänderungen sowie für alle Rechtsakte, die ihrer materiellen Wirkung nach zu Änderungen des Grundgesetzes oder der Unionsverträge führen.

So mag es mit diesem Prinzip noch vereinbar sein, wenn dem Europaausschuß die Wahrnehmung der Rechte des Bundestages im Rahmen der „Subsidiaritätsrüge“ gemäß § 2 des Begleitgesetzes eingeräumt wird. Unvereinbar mit dem Prinzip der repräsentativen Demokratie ist es jedenfalls, die Entscheidung über Beschlüsse, durch welche der Inhalt des primären Gemeinschaftsrechts, also der funktionalen Unionsverfassung, geändert wird, auf einen Ausschuß zu übertragen. Dies gilt erst recht, wenn solche Beschlüsse sich materiell auch als Änderungen des Grundgesetzes auswirken, wie das bei Beschlüssen gemäß der Brückenklausele der Fall ist.

Auch § 5 des Begleitgesetzes ist also insoweit mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Dasselbe gilt für die Änderung von Art. 45 GG durch Art. 1 Nr. 2 GG-ÄndG. Diese Bestimmung ist zu weit gefaßt. Sie dürfte zumindest das Widerspruchsrecht in bezug auf die Anwendung der Brückenklausele nicht einbeziehen.

Im übrigen ist die Formulierung der Änderung des Art. 45 GG anscheinend gedanklich auf diejenigen Rechte bezogen, die dann konkret im Begleitgesetz geregelt sind. Nach ihrem Wortlaut ist die Neufassung jedoch viel weiter. Sie umfaßt auch alle anderen Rechte, die dem Bundestag nach den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union zustehen. So gibt es einige Vorschriften in den Unionsverträgen, die für bestimmte Rechtsakte mit vertragsänderndem Charakter die Zustimmung der Mitgliedstaaten „im Einklang mit ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften“ erfordern (z.B. Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 Satz 3). So-

fern man annimmt, daß dem Bundestag nach dem Grundgesetz in diesem Zusammenhang die Rechte zustehen, die sich aus Art. 59 Abs. 2 GG beziehungsweise aus einer analogen Anwendung dieser Vorschrift ergeben²⁰¹, also die Zustimmung in Form eines Zustimmungsgesetzes erforderlich ist, ermächtigt jetzt der neugefaßte Art. 45 GG den Europaausschuß dazu, den Beschluß über dieses Zustimmungsgesetz zu erlassen. Das ist evident unvereinbar mit dem Prinzip der repräsentativen Demokratie.

Weiterhin muß bedacht werden, daß sich die Ermächtigung des neu gefaßten Art. 45 GG ja nicht auf den augenblicklichen Rechtszustand der Unionsverträge beschränkt. Es ist denkbar, daß den nationalen Parlamenten durch Änderungen der Verträge weitergehende Rechte eingeräumt werden, etwa als Ausgleich für weitere Hoheitsrechtsübertragungen.

Eine inhaltlich uneingeschränkte Ermächtigung, die Wahrnehmung aller Rechte, die dem Bundestag in den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union eingeräumt sind, einem Ausschuß zu übertragen, verstößt eindeutig gegen das Prinzip der repräsentativen Demokratie.

6. Ergebnis

Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon verstößt gegen unabänderliche Verfassungsgrundsätze i.S. von Art. 79 Abs. 3 GG, nämlich gegen den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit, gegen das Demokratieprinzip und gegen das Gewaltenteilungsprinzip; die Begleitgesetze verstoßen gegen das Demokratieprinzip. Diese Gesetze verletzen daher auch das Grundrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG auf Unterlassung solcher Verfassungsverstöße. Die Verfassungsbeschwerde ist somit wegen Verstoßes sowohl des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon als auch des GG-Änderungsgesetzes und des Begleitgesetzes gegen Art. 20 Abs. 4 GG begründet.

II. Verstoß gegen das Grundrecht des Staatsbürgers aus Art. 38 GG

1. Der subjektive Anspruch auf demokratische Legitimation gemäß Art. 38 GG

Nach der im Maastricht-Urteil entwickelten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verbürgt Art. 38 GG nicht nur das Wahlrecht und die Wahlrechtsgrundsätze, sondern auch den grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts: „Die Verbürgung erstreckt sich auch auf den grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts: Gewährleistet wird den wahlberechtigten Deutschen das subjektive Recht, an der Wahl des Deutschen Bundestages teilzunehmen und dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluß zu nehmen.“²⁰² Die Übertra-

²⁰¹ Das ist fraglich, aber eine solche Interpretation ist nicht ausgeschlossen, vgl. oben S. 103 ff.

²⁰² *BVerfGE* 89, 155 (171 f.).

gung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union berührt nach dieser Rechtsprechung den Sachbereich, auf den sich Art. 38 GG bezieht. Wird die für die Übertragung von Hoheitsrechten vom Grundgesetz mit Art. 79 Abs. 3 GG gezogene Grenze überschritten und werden Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen, die im Hinblick auf diese Grenze nicht hätten übertragen werden dürfen, so ist damit zugleich auch das Recht jedes wahlberechtigten Bürgers auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt gemäß Art. 38 GG verletzt²⁰³.

In der Konsequenz dieses Verständnisses von Art. 38 GG liegt es, die Schutzwirkung des Rechts auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt nicht nur dahingehend zu verstehen, daß der Gegenstand dieser demokratischen Legitimation nicht ausgehöhlt wird (durch Übertragung zu vieler Kompetenzen an die Europäische Union), sondern auch dahingehend, daß die Organisation der Hoheitsgewalt, an deren Legitimation der Einzelne nach Art. 38 GG teilzuhaben berechtigt ist, demokratischen Grundsätzen entspricht. Denn nur unter dieser Voraussetzung wird das Recht auf Teilhabe an einer *demokratischen* Legitimation der Hoheitsgewalt gewahrt. Dies gilt sowohl für die deutsche Staatsgewalt als auch für die europäische Hoheitsgewalt, an deren Legitimation der Wähler mittelbar über die Wahl zum Bundestag und von dort über die Regierungsvertreter im Rat der Europäischen Union teilhat. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil auch geprüft, ob das nach Art. 79 Abs. 3 GG unantastbare Legitimationsprinzip, daß die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und Befugnisse sich auf das Staatsvolk zurückführen läßt und grundsätzlich ihm gegenüber verantwortet werden kann, verletzt ist. Es hat im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 38 GG gesagt, daß ein hinreichend effektiver Gehalt an demokratischer Legitimation, ein bestimmtes Legitimationsniveau, erreicht werden müsse²⁰⁴. Und es hat dies dann nicht etwa nur für die Legitimation der deutschen Staatsgewalt geprüft, sondern gerade auch für die Legitimation der Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Europäische Union²⁰⁵.

Das Grundrecht aus Art. 38 GG ist somit einerseits dann verletzt, wenn die aus Art. 79 Abs. 3 GG resultierende Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten überschritten wird, und andererseits auch dann, wenn die deutsche Staatsgewalt oder die Hoheitsgewalt der Europäischen Union nicht hinreichend demokratisch legitimiert ist, nämlich im Hinblick auf Organisation und Entscheidungsverfahren nicht das vom Grundgesetz geforderte Legitimationsniveau erreicht.

Unter allen diesen Aspekten ist Art. 38 GG durch das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon verletzt, wie im folgenden zu zeigen ist.

²⁰³ Vgl. *BVerfGE* 89, 155 (172, 182); dazu bereits eingehend oben S. 77 ff.. Dort wurde auch betont, daß es nicht nur auf die Grenze der Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen ankommen kann, sondern daß auch die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten insgesamt – einschließlich Regierungs- und Verwaltungskompetenzen – unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation und somit auch des Art. 38 GG beachtet werden müssen (insbesondere im Text bei Fn. 147).

²⁰⁴ *BVerfGE* 89, 155 (182).

²⁰⁵ *BVerfGE* 89, 155 (182 ff.).

2. Zuständigkeitsverluste und Legitimationsdefekte der deutschen Staatsgewalt

Wie oben ausführlich dargelegt, führt der Vertrag von Lissabon dazu, daß die durch Art. 79 Abs. 3 GG bestimmten Grenzen der Übertragbarkeit von Hoheitsrechten überschritten werden (C.I.2. → S. 27-76) und daß die Aufgaben und Befugnisse des Deutschen Bundestages in mit dem Demokratieprinzip unvereinbarer Weise ausgehöhlt werden (C.I.3. a aa, → S. 77 ff.). Außerdem werden die Gesetzgebungskompetenzen in einer mit dem Demokratieprinzip unvereinbaren Weise vom Parlament auf die Regierung verlagert (C.I.3. a bb, → S. 82 f.).

Somit ist das Recht aus Art. 38 GG auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der deutschen Staatsgewalt durch das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon verletzt.

3. Mangelnde demokratische Legitimation der europäischen Hoheitsgewalt

Außerdem wird das Demokratiedefizit, unter dem die Hoheitsgewalt der Europäischen Union in institutioneller Hinsicht und im Hinblick auf ihre Entscheidungsverfahren leidet, durch den Vertrag von Lissabon verstetigt und verschärft. Die Verschärfung des Demokratiedefizits ergibt sich vor allem aus dem Kompetenzzuwachs, den die Europäische Union durch die Vergemeinschaftung der früheren „Dritten Säule“ erhalten hat. Die geringfügigen Verbesserungen (Erhöhung der Transparenz im Rat, Bürgerbegehren) können die Nachteile nicht kompensieren, die sich daraus ergeben, daß die immer noch sehr mangelhafte demokratische Legitimation auf immer mehr Sachgebiete erstreckt wird und sich jetzt auch auf Kerngebiete der Staatlichkeit wie die innere Sicherheit bezieht. Die Kompetenzzuwächse des Europäischen Parlaments können per saldo nicht als Gewinn an demokratischer Legitimation gewertet werden, weil einerseits der Zuwachs an Mitentscheidungsrechten des Europäische Parlaments im europäischen Gesetzgebungsverfahren einen entsprechenden Einflußverlust des Rates zur Folge hat und auf diese Weise derjenige Legitimationsstrang geschwächt wird, der noch am ehesten demokratische Legitimation vermitteln kann, und weil andererseits das Europäische Parlament selbst mangels demokratischer Wahl keine demokratische Legitimation besitzt.

Dies alles ist – zusammen mit weiteren Einzelheiten, insbesondere hinsichtlich der mangelnden demokratischen Legitimation der Rechtsetzung durch den Rat – oben bereits ausführlich darlegt und begründet worden (C.I.3. b aa-cc, → S. 84-101). Auf diese Darstellung wird verwiesen.

Es wurde auch bereits gezeigt, daß es nicht darauf ankommt, ob das Demokratiedefizit durch den Vertrag von Lissabon verschärft oder lediglich nicht beseitigt worden ist. Denn einer nicht hinreichend demokratisch legitimierten Union dürfen keine weiteren Hoheitsrechte übertragen werden, schon gar nicht auf einem so freiheitssensiblen Gebiet wie der inneren Sicherheit (dazu ausführlich C.I.3. c, → S. 101 f.).

Auch wegen der mangelnden demokratischen Legitimation der Europäischen Union verstößt der Vertrag von Lissabon somit gegen Art. 38 GG.

4. Spezielle Verstöße gegen das Demokratieprinzip im Vertrag von Lissabon

Wie oben ausführlich dargelegt, verstoßen verschiedene spezielle Regelungen des Vertrages von Lissabon gegen das Demokratieprinzip (C.I.3. d, → S. 102 ff.), insbesondere diejenigen Vorschriften, die zu einer Änderung der Unionsverträge ermächtigen, ohne daß der Bundestag dem in Form eines Zustimmungsgesetzes zustimmen muß. Alle diese mit dem Demokratieprinzip unvereinbaren Regelungen führen zugleich dazu, daß der einzelne Wähler nicht in der Weise an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt teilhaben kann, wie das Grundgesetz dies vorschreibt. Denn die Rechte des Bundestages zur Repräsentation des Staatsvolkes bei der Ausübung der Staatsgewalt, insbesondere bei der Änderung von für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Regelungen, werden durch diese Bestimmungen auf mit dem Demokratieprinzip unvereinbare Weise verkürzt.

Somit verletzen auch die im Kapitel C.I.3. d dargelegten Verstöße gegen das Demokratieprinzip das Recht aus Art. 38 GG.

5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die deutsche Begleitgesetzgebung

Die im Kapitel C.I.5. (→ S. 114 ff.) dargelegten Verstöße der Begleitgesetze gegen das Demokratieprinzip führen ebenfalls dazu, daß in bezug auf die dort erörterten Materien keine demokratischen Grundsätzen entsprechende Repräsentation des Volkes durch den Bundestag stattfinden kann.

- Wenn eine Minderheit bestimmen kann, wie der Bundestag entscheiden muß (→ S. 114 f.), geht insoweit die Staatsgewalt nicht mehr vom Volk und daher auch nicht mehr von den nach Art. 38 GG an der demokratischen Legitimation teilhabeberechtigten Wählern aus.
- Wenn dem Bundestag die Entscheidung darüber entzogen wird, ob Deutschland einer Änderung der Unionsverträge zustimmt, durch welche die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland und die Einflußmöglichkeiten des deutschen Vertreters im Rat nachhaltig gemindert werden (so die Regelung des Widerspruchsrechts bezüglich der „Brückenklausel“, → S. 116 f.), dann wird auch der Einzelne von der demokratischen Teilhabe an einer Entscheidung ausgeschlossen, die nach dem Demokratieprinzip ohne maßgebliche Beteiligung des Parlaments nicht getroffen werden darf.
- Wenn der Bundestag die Wahrnehmung der Befugnis, Entscheidungen von großer Tragweite zu treffen, insbesondere Entscheidungen über die Inhaltsänderung der Unionsverträge, auf einen Ausschuß verlagert, wird damit nicht nur das objektive Prinzip der repräsentativen Demokratie verletzt, sondern wird damit zugleich auch das Recht des Einzelnen, an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt teilzuhaben, in nicht zu rechtfertigender Weise beeinträchtigt. Schon mangels Öffentlichkeit der Ausschußsitzungen ist der Einzelne von der Legitimationsteilhabe in einem solchen Fall abgeschnitten. Sein Recht aus Art. 38 GG wird aber auch unter dem Aspekt beeinträchtigt, daß eine demokratische Teilhabe auch dann nicht gegeben ist, wenn das nach dem Grundgesetz erforderliche Legitimationsniveau dadurch unterschritten wird, daß bei

wesentlichen Entscheidungen das nach dem Grundgesetz zuständige Plenum des Bundestages auf die Wahrnehmung seiner Zuständigkeit verzichtet.

In allen diesen Fällen liegt somit ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 38 GG vor.

6. Ergebnis

Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon verstößt gegen den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit, gegen das Demokratieprinzip sowie gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz, also gegen Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 GG, und verletzt damit das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 20 Abs. 4 GG. Das GG-Änderungsgesetz und das Begleitgesetz verletzen dieses Grundrecht wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip.

Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon sowie das GG-Änderungsgesetz und das Begleitgesetz verletzen den Beschwerdeführer außerdem in seinem Grundrecht aus Art. 38 GG.

Die Verfassungsbeschwerde ist somit unter allen genannten Gesichtspunkten begründet.

D. Begründetheit der Organklage in der Hauptsache

Der Antrag im Organstreit ist begründet, wenn die Maßnahmen, gegen die der Antrag sich richtet, mit dem Grundgesetz unvereinbar sind und den Antragsteller in seinen Statusrechten als Abgeordneter aus Art. 38 GG verletzen.

1. Das Recht des Abgeordneten auf Beteiligung an der demokratischen Legitimation gemäß Art. 38 GG

Wie bereits dargelegt (C.II.1, → S. 118 f.), hat das Bundesverfassungsgericht das objektive Prinzip der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt in der Weise durch eine subjektivrechtliche Verbürgung ergänzt, daß der einzelne Wähler aufgrund seines Rechts aus Art. 38 GG nicht nur sein Wahlrecht und die Beachtung der Wahlrechtsgrundsätze einfordern kann, sondern auch den grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts: „Die Verbürgung erstreckt sich auch auf den grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts: Gewährleistet wird den wahlberechtigten Deutschen das subjektive Recht, an der Wahl des Deutschen Bundestages teilzunehmen und dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluß zu nehmen.“²⁰⁶

²⁰⁶ BVerfGE 89, 155 (171 f.).

Dies muß erst recht auch für die Bundestagsabgeordneten gelten, deren Status ebenfalls in Art. 38 GG geregelt ist. Als Vertreter des Volkes kommt ihnen in der parlamentarischen Demokratie eine zentrale Rolle für die demokratische Legitimation der Staatsgewalt zu. Werden die Aufgaben und Befugnisse des Bundestages durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union ausgehöhlt, dann berührt dies nicht nur die Möglichkeit des einzelnen Wählers, an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt mitzuwirken, sondern in noch viel größerem Maße die Möglichkeit des Abgeordneten, das Volk bei der Ausübung der Staatsgewalt zu repräsentieren und bei der Gesetzgebung sowie bei der Kontrolle der Regierung demokratische Legitimation hervorzubringen.

Wird die für die Übertragung von Hoheitsrechten vom Grundgesetz mit Art. 79 Abs. 3 GG gezogene Grenze überschritten und werden Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen, die im Hinblick auf diese Grenze nicht hätten übertragen werden dürfen, so ist damit zugleich nicht nur das Recht jedes wahlberechtigten Bürgers auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt, sondern auch das Statusrecht des Abgeordneten auf Mitwirkung an der demokratischen Legitimation gemäß Art. 38 GG verletzt.

Hinsichtlich der Konkretisierung der Grenzen der nach dem Grundgesetz erlaubten und daher die Mitwirkungsrechte des Abgeordneten in verfassungsmäßiger Weise schmälernden Übertragung von Hoheitsrechten kann auf das verwiesen werden, was oben bereits in bezug auf das Teilhaberecht des einzelnen Wählers gesagt wurde (C.II., → S. 120 i.V.m. C.I.3. a aa, → S. 77 ff. und C.I.2. a-c, → S. 27-47).

2. Der Verlust substantieller Aufgaben und Befugnisse des Bundestages

Daß der Bundestag durch Übertragung von Hoheitsrechten, insbesondere durch die Vergemeinschaftung der „Dritten Säule“ im Vertrag von Lissabon sowie durch die Kompetenz-Kompetenz, die die Europäische Union mit Hilfe der Flexibilitätsklausel erreicht hat, in seinen Kompetenzen in mit dem Demokratieprinzip unvereinbarer Weise ausgehöhlt worden ist beziehungsweise jedenfalls bei Anwendung der Flexibilitätsklausel ausgehöhlt werden kann und daß die Grenzen der nach dem Grundgesetz zulässigen Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union überschritten sind, ist oben ausführlich darlegt worden (C.I.3.a, → S. 77 ff., und C.I.2. e, → S. 49-76).

Daraus folgt (wie soeben im Abschnitt 1. gezeigt), daß auch die Mitwirkungsrechte des Bundestagsabgeordneten aus Art. 38 GG verletzt sind.

3. Spezielle Verstöße gegen das Demokratieprinzip im Vertrag von Lissabon

Wie oben ausführlich dargelegt, verstoßen verschiedene spezielle Regelungen des Vertrages von Lissabon gegen das Demokratieprinzip (C.I.3. d, → S. 102 ff.), insbesondere diejenigen Vorschriften, die zu einer Änderung der Unionsverträge ermächtigen, ohne daß der Bundestag dem in Form eines Zustimmungsgesetzes zustimmen muß. Alle diese mit dem Demokratieprinzip unvereinbaren Regelungen führen zugleich dazu, daß der einzelne Abgeordnete nicht in der Weise an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt teilhaben kann wie das Grundgesetz dies vorschreibt. Denn die Rechte des Bundestages zur Re-

präsentation des Staatsvolkes bei der Ausübung der Staatsgewalt, insbesondere bei der Änderung von für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Regelungen, werden durch diese Bestimmungen auf mit dem Demokratieprinzip unvereinbare Weise verkürzt.

Somit verletzen auch die im Kapitel C.I.3. d dargelegten Verstöße gegen das Demokratieprinzip das Recht aus Art. 38 GG.

4. Aushöhlung der Mitwirkungsrechte des Abgeordneten durch die deutsche Begleitgesetzgebung

Die im Kapitel C.I.5. (→ S. 114 ff.) dargelegten Verstöße der Begleitgesetze gegen das Demokratieprinzip führen ebenfalls dazu, daß in bezug auf die dort erörterten Materien keine demokratischen Grundsätzen entsprechende Repräsentation des Volkes durch den Bundestag stattfinden kann und daß der einzelne Abgeordnete somit insoweit auch nicht mehr an der demokratischen Legitimation teilnehmen kann.

- Wenn eine Minderheit bestimmen kann, wie der Bundestag entscheiden muß (→ S. 114 f.), geht insoweit die Staatsgewalt nicht mehr vom Volk und daher auch nicht mehr von den nach Art. 38 GG an der demokratischen Legitimation teilhabeberechtigten Wählern aus. Für den einzelnen Abgeordneten, der zur Mehrheit gehört, bedeutet dies, daß er gezwungen wird, als Angehöriger des Bundestages etwas mitzurepräsentieren, was dem Mehrheitswillen widerspricht, also an einer undemokratischen Repräsentation mitzuwirken.
- Wenn dem Bundestag die Entscheidung darüber entzogen wird, ob Deutschland einer Änderung der Unionsverträge zustimmt, durch welche die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland und die Einflußmöglichkeiten des deutschen Vertreters im Rat nachhaltig gemindert werden (so die Regelung des Widerspruchsrechts bezüglich der „Brückenklausel“, → S. 116 f.), dann wird auch jeder Abgeordnete von der demokratischen Teilhabe an einer Entscheidung ausgeschlossen, die nach dem Demokratieprinzip ohne maßgebliche Beteiligung des Parlaments nicht getroffen werden darf.
- Wenn der Bundestag die Wahrnehmung der Befugnis, Entscheidungen von großer Tragweite zu treffen, insbesondere Entscheidungen über die Inhaltsänderung der Unionsverträge, auf einen Ausschuß verlagert, wird damit nicht nur das objektive Prinzip der repräsentativen Demokratie verletzt, sondern wird damit zugleich auch das Recht des einzelnen Abgeordneten, an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt und an der Repräsentation des Volkes im Parlament teilzuhaben, in nicht zu rechtfertigender Weise beeinträchtigt. Bei Verlagerung der Entscheidung in einen Ausschuß kann er an der Repräsentation nur dann effektiv teilhaben, wenn er selbst diesem Ausschuß angehört. Es kann aber nicht jeder Abgeordnete dem Europaausschuß angehören. Eine effektive Mitwirkung jedes Abgeordneten an der Repräsentation des Volkes setzt voraus, daß jedenfalls bei wesentlichen Entscheidungen des Bundestages eine Beratung auch im Plenum stattfindet.

In allen diesen Fällen liegt somit ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 38 GG vor.

5. Ergebnis

Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon, das GG-Änderungsgesetz und das Begleitgesetz verstoßen gegen das Statusrecht des Bundestagsabgeordneten aus Art. 38 GG. Die Organklage ist daher begründet.

E. Gesamtergebnis

Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und die dazu ergangenen Begleitgesetze sind verfassungswidrig. Sowohl die Verfassungsbeschwerde als auch die Organklage sind begründet. Da der Vertrag von Lissabon mit der Ratifikation durch den Bundespräsidenten völkerrechtlich für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich würde, muß die Ratifikation bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache durch eine einstweilige Anordnung untersagt werden.

Der Prozeß der europäischen Integration hat die Grenze erreicht, die ihr unter dem Aspekt der souveränen Staatlichkeit sowie unter dem Aspekt des Demokratieprinzips vom Grundgesetz gesetzt sind. Diese Grenze darf mit dem Vertrag von Lissabon nicht überschritten werden. Dies bedeutet nicht, daß ein weiteres Fortschreiten in Richtung auf Vergemeinschaftung der Politik der inneren Sicherheit und der Außenpolitik bis hin zur Proklamation der Europäischen Union als Staat im völkerrechtlichen Sinne rechtlich überhaupt nicht möglich sei. Ein weiteres Voranschreiten auf diesem Weg, wie der Vertrag von Lissabon es vorsieht, setzt aber nicht nur eine wirklich demokratische Ausgestaltung der institutionellen Strukturen der Europäischen Union voraus. Sondern es verlangt auch eine verfassungsgebende Entscheidung des Volkes als des Subjekts der verfassungsgebenden Gewalt²⁰⁷. Die Überschreitung der vom Grundgesetz für die Übertragung von Hoheitsrechten gezogenen Grenzen ist den konstituierten Staatsorganen nicht erlaubt, auch nicht im Wege der Verfassungsänderung. Wie und auf welcher Grundlage das Volk als Subjekt des *pouvoir constituant* eine solche Entscheidung treffen könnte²⁰⁸, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

²⁰⁷ Vgl. z.B. *Peter M. Huber* (Fn. 127).

²⁰⁸ Vgl. z.B. *Peter M. Huber*, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 146 Rn. 16 f.; *Murswiek*, in: BK, Präambel Rn. 173 ff.; *Broß* (Fn. 36), S. 60; *Oliver Sauer*, Volksabstimmung über den Lissabonner Vertrag?, erscheint in: BayVBl. 2008, H. 16.

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Zitiert wird die konsolidierte Fassung.
BegleitG = Begleitgesetz	Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, BT-Drs. 16/8489
EUV	Vertrag über die Europäische Union i.d.F. des Vertrages von Lissabon. Zitiert wird die konsolidierte Fassung.
GG-ÄndG = GG-Änderungsgesetz	Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 23, 45 und 93), BT-Drs. 16/8488

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

A. Zur Zulässigkeit und zum vorläufigen Rechtsschutz

1. Die gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon sowie gegen die dazu ergangenen Begleitgesetze gerichtete Verfassungsbeschwerde ist zulässig.
2. Der Beschwerdeführer kann sich sowohl auf sein Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt gemäß Art. 38 GG berufen als auch auf sein Grundrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG.
3. Das Grundrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG garantiert nicht nur ein Widerstandsrecht für den Fall, daß die Grundlagen der Verfassung beseitigt zu werden drohen. Aus dieser Vorschrift ergibt sich auch ein dem Widerstandsrecht vorgelagertes Recht auf Unterlassung aller Handlungen, welche eine Widerstandslage auslösen würden, also ein Recht auf Unterlassung von Handlungen, welche die nach Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlichen Verfassungsgrundlagen ganz oder teilweise beseitigen würden. Dieses Recht kann mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden.
4. Eine auf das sich aus Art. 20 Abs. 4 GG ergebende Recht auf Unterlassung der Beeinträchtigung von durch Art. 79 Abs. 3 GG (im Unterschied zu dem in dieser Norm ebenfalls – und ausdrücklich – geregelten Widerstandsrecht) gestützte Verfassungsbeschwerde ist nicht subsidiär gegenüber Verfassungsbeschwerden, die auf andere Grundrechte gestützt werden.
5. Auch die Organklage eines Bundestagsabgeordneten, der sich darauf beruft, durch den Vertrag von Lissabon würden die Rechte und Befugnisse des Bundestages so ausgehöhlt, daß eine hinreichende demokratische Legitimation der deutschen Staatsgewalt nicht mehr möglich sei, ist zulässig.
6. Durch die Hinterlegung der Ratifikationsurkunde seitens des Bundespräsidenten würde der Vertrag von Lissabon für die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich verbindlich. Würde das Bundesverfassungsgericht dann später die Verfassungswidrigkeit des Vertrages feststellen, so wäre Deutschland trotz Unvereinbarkeit dieses Vertrages mit fundamentalen Prinzipien des Grundgesetzes an diesen Vertrag gebunden. Deshalb muß die Ratifikation bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache unterbleiben. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, die dem Bundespräsidenten die Ratifikation vorläufig untersagt, wäre zulässig und begründet.

B. Zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

I. Zu den Tatbestandsvoraussetzungen der betroffenen Grundrechte

7. Das Grundrecht auf Unterlassung der Beeinträchtigung der fundamentalen Verfassungsprinzipien (Art. 20 Abs. 4 GG) und das Grundrecht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt (Art. 38 GG), wie das Bundesverfassungsgericht es im Maastricht-Urteil entwickelt hat, überschneiden sich in ihren Tatbeständen: Bei-

de Grundrechte gewährleisten ein subjektives Recht auf Beachtung objektiver Verfassungsprinzipien. Diese Prinzipien sind bei beiden Grundrechten im wesentlichen identisch.

8. Art. 20 Abs. 4 GG garantiert ein Recht auf Widerstand gegen jeden, der es unternimmt, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen. Mit „verfassungsmäßiger Ordnung“ im Sinne dieser Bestimmung sind die fundamentalen Verfassungsprinzipien gemeint, die nach Art. 79 Abs. 3 GG jeder Verfassungsänderung entzogen sind. Dieses Recht zum – notfalls gewaltsamen – Widerstand setzt voraus, daß der einzelne zunächst ein Recht darauf hat, daß diejenigen Handlungen, die zum Widerstand berechtigen würden, unterlassen werden. Dieser Unterlassungsanspruch ist in Art. 20 Abs. 4 GG implizit enthalten. Er ist dann verletzt, wenn eines der objektiven Verfassungsprinzipien beseitigt oder dauerhaft beeinträchtigt wird, die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützt sind.
9. Zu den durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Prinzipien gehören nicht nur das Demokratieprinzip, das Rechtsstaats- und das Sozialstaatsprinzip, sondern auch der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland.
10. Aus Art. 79 Abs. 3 GG folgt auch, daß die Bundesrepublik Deutschland Hoheitsrechte an die Europäische Union nur unter der Voraussetzung übertragen darf, daß die Europäische Union den von dieser Vorschrift geschützten fundamentalen Verfassungsprinzipien entspricht; die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG konkretisiert diese sich aus Art. 79 Abs. 3 GG ergebenden Anforderungen. Folglich ist das Grundrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG auch dann verletzt, wenn Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen werden und diese nicht den Grundsätzen des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG genügt.
11. Das Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt (Art. 38 GG) gibt jedem wahlberechtigten Staatsbürger nicht nur das Wahlrecht und das Recht auf Beachtung der verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze, sondern auch einen subjektiven Anspruch darauf, daß die in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt demokratisch legitimiert ist. Dazu gehört nicht nur, daß der Gegenstand der demokratischen Legitimation nicht durch Übertragung zu vieler Hoheitsrechte auf die Europäische Union ausgehöhlt wird, sondern auch, daß die Organisation der Hoheitsgewalt, an deren Legitimation der Einzelne nach Art. 38 GG teilzuhaben berechtigt ist, demokratischen Grundsätzen entspricht.
12. Art. 38 GG ist unter dem Aspekt der Aushöhlung der Aufgaben und Befugnisse des Bundestages dann verletzt, wenn die Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union Hoheitsrechte die Grenzen überschreitet, die Art. 79 Abs. 3 GG der europäischen Integration unter dem Aspekt des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit setzt.
13. Art. 38 GG ist unter dem Aspekt mangelnder demokratischer Organisation der Staatsgewalt jedenfalls dann verletzt, wenn die Organisation und die Entscheidungsverfahren der deutschen Staatsgewalt auf Bundesebene nicht mehr den Anforderungen des Demokratieprinzips entsprechen. Entsprechendes muß aber auch für die europäische Ho-

heitsgewalt gelten, an deren Legitimation der Wähler mittelbar teilhat. Somit ergibt sich aus Art. 38 GG ein subjektives Recht auf Einhaltung des Demokratieprinzips sowohl auf Bundesebene als auch auf der Ebene der Europäischen Union.

14. Der Gewährleistungsgehalt des Grundrechts auf Unterlassung von Beeinträchtigungen der fundamentalen Verfassungsprinzipien gemäß Art. 20 Abs. 4 GG und der Gewährleistungsgehalt des Grundrechts auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Hoheitsgewalt gemäß Art. 38 GG sind demnach in folgender Hinsicht deckungsgleich: Beide Grundrechte sind verletzt, wenn die Organisation und das Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt in Deutschland oder in der Europäischen Union nicht dem Demokratieprinzip entsprechen; und beide Grundrechte sind verletzt, wenn die sich aus dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit ergebenden Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union überschritten werden. Demgegenüber führt die Verletzung der anderen durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsprinzipien nur zur Verletzung von Art. 20 Abs. 4 GG.

II. Zur Verletzung des Grundsatzes der souveränen Staatlichkeit

15. Mit der Vergemeinschaftung der Innen- und Justizpolitik durch den Vertrag von Lissabon ist die sektorale Begrenzung der Union auf vornehmlich wirtschaftsrelevante Politikfelder überwunden. Mit den Zuständigkeiten für die innere Sicherheit und die Strafverfolgung ist die Europäische Union mit ihren Kompetenzen in Kerngebiete der Staatlichkeit vorgedrungen.
16. Die Europäische Union wird mit dem Vertrag von Lissabon Völkerrechtssubjekt. Ihre Zuständigkeiten erstrecken sich auf praktisch alle Gebiete der Politik und ermöglichen es der Europäischen Union, auch auf der völkerrechtlichen Ebene wie ein Staat zu agieren. Dazu hat die Europäische Union einen außenpolitischen Apparat, der quasistaatlichen Charakter hat sowie weitreichende außenpolitische Kompetenzen.
17. Für die Rechtsetzung hat die Europäische Union jetzt flächendeckende, praktisch alle Bereiche der Politik abdeckende Kompetenzen. Soweit diese Kompetenzen aufgrund restriktiv formulierter Kompetenztitel im einzelnen nicht ausreichen, um Ziele der Union zu verwirklichen, kann die Union selbst ihre Kompetenzen mit Hilfe der Flexibilitätsklausel (Art. 352 AEUV) erweitern. Im Hinblick auf ihre nicht mehr auf die Wirtschaft beschränkten, sondern sich über vielfältige Politikbereiche erstreckenden Tätigkeitsfelder und im Hinblick auf ihre unbeschränkt weit formulierten Ziele, besitzt die Europäische Union mit der jetzt sozusagen universell anwendbaren Flexibilitätsklausel eine umfassende Kompetenz-Kompetenz. Auf diese Weise kann sie den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber praktisch überall dort verdrängen, wo er im Augenblick noch etwas zu sagen hat.
18. Dem Souveränitätsverlust der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber steht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht entgegen. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist nur noch ein formales Kompetenzverteilungsprinzip; materiell hat es keine effektiv begrenzende und daher keine die Souveränität der Mitgliedstaaten sichernde Funktion mehr, weil es jetzt flächendeckende Einzelermächtigungen in prak-

tisch allen Politikbereichen gibt, deren verbleibende Lücken mit Hilfe der Flexibilitätsklausel geschlossen werden können.

19. Das Recht der Union besitzt uneingeschränkten Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten, auch vor deren Verfassungsrecht; die „Solange“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die bisher noch eine Reservefunktion des Bundesverfassungsgerichts für den Schutz der Grundrechte gegen Rechtsakte der Europäischen Union sicherte, kann nach dem Vertrag von Lissabon nicht aufrechterhalten werden.
20. Der Gerichtshof der Europäischen Union, der sich als „Motor der Integration“ versteht, und in Kompetenzfragen praktisch immer zugunsten der Europäischen Gemeinschaft entschieden hat, beansprucht die Kompetenz-Kompetenz für die Entscheidung über die Frage, welche Kompetenzen der Europäischen Union zustehen. Nachdem die Europäische Union mit dem Vertrag von Lissabon nicht nur flächendeckende Rechtsetzungskompetenzen, sondern auch noch eine Kompetenz-Kompetenz zur Füllung aller verbliebenen Lücken erhalten hat, läßt sich die bisherige Position des Bundesverfassungsgerichts, daß es die Befugnis habe, bei „ausbrechenden“, also die Grenzen der Ermächtigung überschreitenden europäischen Rechtsakten die Unwirksamkeit dieser Akte für Deutschland festzustellen, nicht mehr aufrechterhalten.
21. Der Übergang zu Mehrheitsentscheidungen im Rat anstelle des früheren Einstimmigkeitsprinzips drängt den Einfluß der einzelnen Mitgliedstaaten zugunsten der Europäischen Union weiter zurück.
22. Das Subsidiaritätsprinzip als generalklauselartig formuliertes Kompetenzausübungsprinzip ist nicht geeignet, dafür zu sorgen, daß der Schwerpunkt der Rechtsetzung auf der Ebene der Mitgliedstaaten bleibt, zumal mit dem EU-Gerichtshof ausgerechnet der „Motor der Integration“ zum Wächter der Subsidiarität eingesetzt worden ist. Dieses Prinzip hätte einer konkreten Ausgestaltung in Form abschließender, begrenzter Kompetenzen oder negativer Kompetenzkataloge und eines unabhängigen Überwachungsorgans, etwa eines Kompetenzkonfliktgerichtshofs, bedurft.
23. Die Europäische Union hat sich mit dem Vertrag von Lissabon zu einer quasistaatlichen Organisation entwickelt, der alle Merkmale zukommen, die völkerrechtlich oder staatsrechtlich einen Staat auszeichnen – abgesehen davon, daß die Mitgliedstaaten sie nicht als Staat verstehen wollen und sie sich selbst nicht als Staat versteht. Das einzige, was ihr zur Staatlichkeit im völkerrechtlichen Sinne noch fehlt, ist, daß sie von den Mitgliedstaaten zum Staat proklamiert wird oder sie sich selbst zum Staat proklamiert.
24. Angesichts der Fülle der Kompetenzen, die der Europäischen Union übertragen worden sind und angesichts des entsprechenden Kompetenzverlusts der Mitgliedstaaten ist die Grenze dessen, was der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit an Übertragung von Hoheitsrechten noch zuläßt, jetzt überschritten. Ob die Europäische Union sich als „Staat“ bezeichnet oder nicht oder ob sie ein Staat im Sinne des Völkerrechts ist oder lediglich ein Völkerrechtssubjekt, das in staatsanaloger Weise auf der völkerrechtlichen Ebene agiert, ist insoweit irrelevant. Das Grundgesetz gibt eine materiell zu konkreti-

sierende Grenze für die Übertragung von Hoheitsrechten vor; ob sie überschritten ist, hängt nicht von äußerlichen Bezeichnungen und Symbolen ab. Andernfalls könnte die verfassungsrechtliche Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten einfach durch die Wahl des geeigneten Vokabulars umgangen werden.

III. Zur Verletzung des Demokratieprinzips durch den Vertrag von Lissabon

25. Durch die Aushöhlung der Aufgaben und Befugnisse des Bundestages, insbesondere durch die Verlagerung von Zuständigkeiten für die Innen- und Justizpolitik sowie – in Verbindung damit – durch die Flexibilitätsklausel, welche der Europäischen Union eine Kompetenz-Kompetenz verschafft, wird zugleich das Demokratieprinzip bezüglich der Ausübung der Staatsgewalt in Deutschland verletzt.
26. Diese Verlagerung von Rechtsetzungskompetenzen nach Brüssel verschafft zugleich der Bundesregierung gegenüber dem Parlament eine übermächtige Stellung. Der Bundestag ist weithin nur noch für den Vollzug von höherrangigem europäischem Recht zuständig, welches die Bundesregierung im Rat der Europäischen Union mit erlassen hat. So kann die Regierung – im Verbund mit den anderen europäischen Regierungen – dem Bundestag Vorschriften machen, die dieser gehorsam erfüllen muß. Dies ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.
27. Diese Konstellation führt schon bisher gelegentlich zu dem berühmten „Spiel über die Bande“: Kann ein Minister eine von ihm gewünschte Regelung in Deutschland nicht durchsetzen, regt er bei der Kommission den Erlass einer entsprechenden europäischen Richtlinie an. Wenn er sich mit seinen europäischen Fachkollegen einigt, beschließen sie eine EU-Richtlinie, die ohne großen Widerstand durch die Entscheidungsprozeduren läuft und von der nationalen Öffentlichkeit einschließlich des nationalen Parlaments erst dann richtig wahrgenommen wird, wenn sie bereits in Kraft ist.
28. Die Möglichkeiten dieses „Spiels über die Bande“ werden durch die Flexibilitätsklausel in Verbindung mit den neu hinzugewonnenen Rechtsetzungskompetenzen noch wesentlich verstärkt. Die Bundesregierung könnte jetzt beispielsweise, wenn sie zur Abwehr terroristischer Bedrohungen Überwachungsmaßnahmen durchsetzen will, die in Deutschland auf zu großen Widerstand im Parlament stoßen oder am Bundesverfassungsgericht scheitern, mit Hilfe der Flexibilitätsklausel dafür sorgen, daß sich die Europäische Union eine Kompetenzgrundlage für die Regelung derartiger Maßnahmen verschafft. So kann ohne Zustimmung des Bundestages eine europäische Ermächtigungsgrundlage für Überwachungsmaßnahmen geschaffen werden, für die es in Deutschland keine Chance einer parlamentarischen Mehrheit gäbe. Und die EU-Regelung hätte zudem Vorrang nicht nur vor den einfachen innerstaatlichen Gesetzen, sondern auch vor dem Grundgesetz, mit der Konsequenz, daß die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht ausgeschaltet wäre.
29. Die Europäische Union leidet unter einem strukturellen Demokratiedefizit. Dieses wird durch den Vertrag von Lissabon nicht verringert, sondern tendenziell verschärft.

30. Der Rat der Europäischen Union kann nicht mehr hinreichende, von den Völkern der Mitgliedstaaten abgeleitete demokratische Legitimität vermitteln. Dem stehen mangelnde Transparenz des Entscheidungsverfahrens und eine zu lange Kette von Vermittlungsschritten für die indirekte Ableitung der Legitimität entgegen. Vor allem aber wird die Legitimitätskette durch das jetzt als Regelfall zur Anwendung kommende Mehrheitsprinzip für die Ratsentscheidungen unterbrochen.
31. Aber auch die Anwendung des Einstimmigkeitsprinzips ist unter Aspekten der demokratischen Legitimation nicht zu rechtfertigen, weil einmal beschlossene Rechtsakte nicht mehr aufgehoben werden können, selbst wenn eine große Mehrheit dies will, solange nur ein einziger Staat an dem Rechtsakt festhalten will. Daher genügt das Einstimmigkeitsprinzip nur dann dem Demokratieprinzip, wenn es durch geeignete Regeln ergänzt wird, die dieses Problem lösen, beispielsweise durch Verfallsdaten für die beschlossenen Rechtsakte.
32. Eine entsprechende Problematik weist die Regelung von materiellen Politikgehalten im primären Gemeinschaftsrecht auf.
33. Das Demokratiedefizit der Europäischen Union läßt sich nicht dadurch beseitigen, daß man dem Europäischen Parlament größere Kompetenzen gibt, solange das Europäische Parlament selbst nicht demokratisch legitimiert ist. Dies ist solange nicht der Fall, wie es nicht auf der Basis demokratischer Gleichheit gewählt wird.
34. Die Europäische Union könnte auf eine demokratische Basis gestellt werden, wenn die europäischen Völker sich zu einem europäischen Unionsvolk konstituierten, welches nach dem Prinzip der gleichen Wahl und der Stimmrechtsgleichheit das Europäische Parlament wählte; der Rat müßte die Rolle einer Staatenkammer übernehmen. Eine solche Lösung wäre freilich nur möglich, wenn die Völker der Mitgliedstaaten dem kraft ihrer verfassunggebenden Gewalt zustimmten. In Deutschland jedenfalls wäre eine verfassunggebende Entscheidung des Volkes nötig; eine Verfassungsänderung reichte nicht aus.
35. Ob das mit dem Grundgesetz unvereinbare Demokratiedefizit der Europäischen Union erst durch den Vertrag von Lissabon hervorgebracht worden ist oder schon früher vorhanden war, ist für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes unerheblich. Durch den Vertrag von Lissabon werden jedenfalls neue Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen, und das Grundgesetz läßt die Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union nicht zu, wenn diese nicht demokratischen Grundsätzen entspricht. – Entsprechendes gilt übrigens auch für den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit: Sollte die Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten, die das Grundgesetz setzt, schon früher überschritten worden sein, dürfen jedenfalls keine neuen Hoheitsrechte mehr übertragen werden.
36. Etliche Einzelbestimmungen des Vertrages von Lissabon verstoßen in spezieller Weise gegen das Demokratieprinzip. Dazu gehören insbesondere diejenigen Bestimmungen, die Änderungen der funktionellen EU-Verfassung (also des EUV und des AEUV) ohne Zustimmung durch den Bundestag ermöglichen, ebenso diejenigen, die den Übergang

zu Mehrheitsentscheidungen im Rat ohne ausreichende Mitwirkung des Bundestages möglich machen. Vor allem die Kompetenzerweiterung der Europäischen Union mit Hilfe der „Flexibilitätsklausel“ ohne Zustimmung des Bundestages ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.

37. Der Vertrag von Lissabon konstituiert ein neues Legitimationssubjekt, das Unionsvolk als Gesamtheit der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, das jetzt gleichberechtigt neben die Völker der Mitgliedstaaten als Legitimationsquelle der Europäischen Union gestellt wird. Dazu hätten die Völker der Mitgliedstaaten gefragt werden müssen.

III. Verstöße der deutschen Begleitgesetzgebung gegen das Demokratieprinzip

38. Auch die Begleitgesetze zum Vertrag von Lissabon – das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes und das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union – sind unter verschiedenen Aspekten mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.

39. Dies gilt besonders für die Übertragung sehr weitreichender Entscheidungsrechte an den Europaausschuß, der durch diese Gesetze ermächtigt wird, anstelle des Bundestagsplenums über die Zustimmung zu EU-Beschlüssen zu treffen, die ihrem materiellen Gehalt nach die EU-Verträge ändern und sich auch in Deutschland verfassungsändernd auswirken.

40. Das deutsche Begleitgesetz nimmt dem Bundestag für weite Bereiche die Möglichkeit, sich mit einem Veto gegen ein Beschluß des Europäischen Rates zu wehren, durch den für eine bestimmte Materie der Übergang vom Einstimmigkeits- zum Mehrheitsprinzip bei Rechtsetzungsakten des Rates angeordnet wird. Die Möglichkeit derart weitreichender Änderungen des primären Gemeinschaftsrechts gegen den Willen des Bundestages ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.

IV. Ergebnis zur Verfassungsbeschwerde

41. Die Verfassungsbeschwerde ist wegen Verletzung des Beschwerdeführers in seinen Grundrechten aus Art. 20 Abs. 4 GG und aus Art. 38 GG begründet.

C. Zur Begründetheit der Organklage

42. Auch die Organklage ist begründet. Der Antragsteller als Bundestagsabgeordneter wird durch das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und durch die Begleitgesetze in seinem Statusrecht aus Art. 38 GG verletzt.

43. Das Recht des Abgeordneten auf Mitwirkung an der Repräsentation des Volkes wird durch die Aushöhlung der Aufgaben und Befugnisse des Bundestages sowie durch eine Reihe spezieller Vorschriften des Vertrages von Lissabon verletzt.

44. Auch die Begleitgesetze verletzen das Recht des Abgeordneten auf Mitwirkung an der Repräsentation des Volkes. Dies gilt insbesondere für die Verlagerung wesentlicher Entscheidungsbefugnisse in einen Ausschuß, dem der Abgeordnete nicht angehört.

D. Schlußbemerkung

45. Der Prozeß der europäischen Integration hat die Grenze erreicht, die ihr unter dem Aspekt der souveränen Staatlichkeit sowie unter dem Aspekt des Demokratieprinzips vom Grundgesetz gesetzt sind. Das heißt nicht, daß die weitere Verdichtung der europäischen Integration für immer ausgeschlossen ist. Die vom Grundgesetz gesetzte Grenze darf aber nur überschritten werden, wenn zuvor das Volk als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt mit einer verfassunggebenden Entscheidung den Weg dazu frei macht.