

An das
Bundesverfassungsgericht
Postfach 1771,
76006 Karlsruhe

**Verfassungsbeschwerde
gegen das Zustimmungsgesetz zum
Lissaboner Vertrag**

Verfassungsbeschwerde von

1. Dr. Diether Dehm, MdB
2. u.a. (siehe Anlagen)

- Beschwerdeführer -

Gliederung

A.	ANTRAG	3
B.	ZULÄSSIGKEIT DER VERFASSUNGSBESCHWERDE	5
C.	BEGRÜNDETHEIT DER VERFASSUNGSBESCHWERDE	10
I.	Menschliche Würde als gleichgewichtiges Abwägungsgut im Wertesammelsurium der Verträge	10
II.	Demokratieprinzip und das Niveau der Legitimation europäischer Entscheidungen	15
1.	Erforderlichkeit der Legitimation Europäischer Politik	15
a)	Prüfungsmaßstab	15
b)	Hoheitliche Gewalt	16
c)	Subjekt der Legitimation	20
2.	Niveau der Legitimation in der Europäischen Union	24
a)	Vereinigter Wille der Völker und Parlamentsvorbehalt	24
b)	Wesentliche Entscheidungsbefugnisse der Europäischen Union	26
c)	Legitimation durch die nationalen Parlamente	28
d)	Legitimation durch die europäischen Institutionen	37
III.	Demokratieprinzip und Offenheit der konstitutionellen Grundlagen	46
1.	Das demokratische Prinzip wechselnder Mehrheiten	46
2.	Marktradikale Ordnung und Substanzverlust der Demokratie	49
3.	Die Beschränkung der demokratischen Gestaltung des Sozialstaates	52
IV.	Legitimation im Prozess der Entstehung einer neuen Hoheitsgewalt	55

A. Antrag

Prof. Dr. Andreas Fisahn

Universität Bielefeld
Postfach 10 01 31
D-33501 Bielefeld

Tel.: 049/ +521/106 4384

e-mail: andreas.fisahn@uni-bielefeld.de

An das

Bundesverfassungsgericht

Postfach 1771,

76006 Karlsruhe

24. Juni 2008

Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum Lissaboner Vertrag

Verfassungsbeschwerde von

1. Dr. Diether Dehm, MdB
2. u.a., siehe Anlage

- Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigter:

Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld
(Vollmacht anliegend)

gegen das Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007
Bundestagsdrucksache 16/8300, Zustimmungsgesetz zum Lissaboner Vertrag.

Antrag

Es wird beantragt festzustellen, dass das Zustimmungsgesetz zum Lissaboner Vertrag
Bundestagsdrucksache 16/8300 unvereinbar mit dem Grundgesetz ist und die Kläger in
ihren Rechten aus Art. 38 GG verletzt.

Enger, den 23.6.2008

Andreas Fisahn

B. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Gemäß Art. 93 I Nr. 4 a GG kann die Verfassungsbeschwerde von jedermann mit der Behauptung erhoben werden, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 IV , 33, 38, 101, 103 und 104 GG enthaltenen Rechte verletzt zu sein.

Im vorliegenden Fall liegt eine Verletzung der Rechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 I GG vor. Danach werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.

Mit dem Zustimmungsgesetz zum Lissaboner Vertrag wird nicht einer der Wahlrechtsgrundsätze verletzt, aber in die Substanz der demokratischen Wahl eingegriffen, nämlich dann, wenn der Wahlakt, inhaltlich entleert, zu einem rein formalen Akt ohne reale Konsequenzen für die politischen Entscheidungen wird. Kurz: wenn das demokratische Verfahren mit dem Zustimmungsgesetz inhaltsleer wird oder zumindest in seiner Bedeutung so reduziert wird, dass der Gehalt des Demokratieprinzips in Art. 20 GG so angetastet wird, dass möglicherweise auch die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG tangiert ist.

In der Maastricht-Entscheidung des BVerfG vom 12. Oktober 1993 hat das Gericht diesen Zusammenhang anerkannt und die Verfassungsbeschwerde für zulässig erklärt. Der Beschwerdeführer hatte sich mit der Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum Maastricht Vertrag der EU gewendet, mit dem u.a. der Weg in den einheitlichen europäischen Binnenmarkt und die Währungsunion beschränkt wurde.

Das Gericht formuliert dort: „Art. 38 GG verbürgt nicht nur, dass dem Bürger das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag zusteht und bei der Wahl die verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze eingehalten werden. 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. In dieser Hinsicht bedarf das Recht allerdings der näheren

Bestimmung. Sie ist vorliegend nur insoweit notwendig, als die Ausübung von Hoheitsgewalt durch supranationale Organisationen im Rahmen der Verwirklichung eines vereinten Europas (Art. 23 GG) in Frage steht. Gibt der Deutsche Bundestag Aufgaben und Befugnisse auf, insbesondere zur Gesetzgebung und zur Wahl und Kontrolle anderer Träger von Staatsgewalt, so berührt das den Sachbereich, auf den der demokratische Gehalt des Art. 38 GG sich bezieht. Im Blick auf die Europäische Union und die ihr zugehörigen Gemeinschaften ermächtigt Art. 23 GG den Bundesgesetzgeber, unter den dort genannten Voraussetzungen der Europäischen Union die eigenständige Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen bis zur Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG einzuräumen (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG). Diese Verfassungsbestimmung ist vom verfassungsändernden Gesetzgeber eigens für die europäische Integration und deren Fortgang geschaffen worden. Sie bestimmt insoweit auch den Gewährleistungsinhalt des durch Art. 38 GG begründeten Rechts. Art. 38 GG schließt es im Anwendungsbereich des Art. 23 GG aus, die durch die Wahl bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und Einflussnahme auf deren Ausübung durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu entleeren, dass das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird.“¹

Das Recht eines Beschwerdeführers aus Art. 38 GG könne demnach verletzt sein, wenn die Wahrnehmung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages so weitgehend auf ein von den Regierungen, d.h. der Exekutive, gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaften übergeht, dass die nach Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG unverzichtbaren Mindestanforderungen demokratischer Legitimation der dem Bürger gegenübertretenden Hoheitsgewalt nicht mehr erfüllt werden. Das Gericht hat damit auf die Entleerung des demokratischen Prinzips abgestellt, wenn Hoheitsgewalt seitens der EU dem Bürger gegenüber ausgeübt wird, ohne dass diese ausreichend demokratisch legitimiert ist.

Es ist nicht zu bezweifeln, dass die Europäische Union Hoheitsgewalt ausübt. Die Gesetzgebung verpflichtet die Mitgliedsstaaten oder die einzelnen Bürger direkt. Der Anteil der europäisch überformten Gesetzgebung wurde im Maastricht-Urteil auf 80%

¹ BVerfGE 89, 155 [172].

im Bereich des Wirtschaftsrechts und 50% mit Blick auf alle deutschen Gesetze geschätzt. Heute dürfte der Anteil höher liegen. Mit dem Lissaboner Vertrag erhält die Union weitere Kompetenzen insbesondere im Bereich Inneres, Justiz und Außenpolitik. Unter anderem soll Europol mit operativen Befugnissen ausgestattet werden.

Die Kompetenzregelungen sind auch deshalb erweitert, weil der Lissaboner Vertrag – insofern verdient er die Bezeichnung Verfassung – Regelungen zur Erweiterung der Europäischen Kompetenzen enthält, die über das Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung, auch wenn dieses formal noch gilt, hinaus weisen. Der Vertrag enthält in Art. 48 VI EUV Regelungen zu Vertragsänderungen, die Regelungen einer Verfassung zur Verfassungsänderung entsprechen; für andere Bereiche sieht Art. 352 AEUV eine Kompetenz zur Befugnisweiterung vor, die im Maastricht-Vertrag noch nicht existierte.

Die Union weist weiterhin ein Defizit demokratischer Legitimation aus. Im Bereich der Gesetzgebung sehen die Kompetenzregelungen des Vertrages weiter vor, dass wichtige Gesetze nur durch den Rat beschlossen werden, wobei die Mehrheitsregelungen unterschiedlich sind. Der Rat ist wie die Kommission nur als Exekutive legitimiert. Wesentliche Entscheidungen müssen nach der Rechtsprechung des BVerfG und einhelliger Auffassung in der Literatur² durch das Parlament legitimiert werden. Das geschieht in der Union nur unzureichend. Wo das Europäische Parlament im Verfahren der Mitentscheidung den Rechtsakten zustimmen muss, fehlt es insofern an demokratischer Legitimation, als erstens die Repräsentation nicht nach dem Prinzip „one man one vote“ erfolgt, also das Gebot der Gleichheit der Wahl nicht verwirklicht ist. Die legitimierende Funktion des Parlaments ist zweitens deshalb beschränkt, weil es kein Initiativrecht hat.

Der Vertrag unterläuft das Demokratieprinzip auch insofern, als wichtige Bereiche dem politischen Prozess in einer Weise vorgeschrieben werden, die eine Änderung der politischen Richtung verunmöglicht. Während das Grundgesetz mit Blick auf die Wirtschaftsverfassung offen ist, wird die Europäische Union über Zielbestimmungen

²

BVerfGE 47, 46 (79); 108, 282 (311); Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hg.) Grundgesetz II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnr. 113 ff; Schnapp, in: Münch/ Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20, Rnr. 56; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 509; Stein/ Frank, Staatsrecht § 20 II. 6. je m.w.N.

und Detailnormierungen sowie über die extensive Auslegung der Grundfreiheiten in ihrer wirtschaftspolitischen Ausrichtung so stark festgelegt, dass eine andere wirtschaftspolitische Konzeption bei veränderten Mehrheiten nicht durchzusetzen wäre. Der demokratische Prozess wird damit sinnentleert, die demokratische Spielregel, wonach die Minderheit Mehrheitsentscheidungen akzeptiert, soweit sie faktisch in der Lage bleibt, selbst Mehrheit zu werden und ihre politischen Konzeptionen durchzusetzen, wird aufgehoben. Die Substanz des demokratischen Mehrheitsprinzips verliert ihre Bedeutung.

Soweit bei der Übertragung von Hoheitsrechten nicht die gleichen Maßstäbe an das Legitimationsniveau anzulegen sind wie innerhalb der Nationalstaaten, hat sich die Situation insoweit geändert, als Maastricht offensichtlich als Übergangsstadium geplant war und auch nur einen Übergang zur Vertiefung der Union darstellte. Mit dem Verfassungsgebungsprozess wurde implizit anerkannt, dass sich die Entwicklung der Union einem vorläufigem Endpunkt genähert hat. Dafür spricht auch, dass grundlegende Weiterentwicklungen in Richtung einer demokratischen Union im erweiterten Europa auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Die Erweiterung bei gleichzeitig dominanter Stellung des Rates, d.h. der nationalen Einzelinteressen, steht einer in der Qualität relevanten Entwicklung der Union in Richtung demokratischer Legitimation der Ausübung von Hoheitsgewalt entgegen. Wenn aber ein vorläufiger Abschluss der Entwicklung absehbar erreicht ist, ist es begründungsbedürftig, warum das Niveau demokratischer Legitimation so weit hinter das der Mitgliedstaaten zurückfallen darf.

Damit ist auch das Rechtsschutzbedürfnis begründet. Es geht formal um erhebliche Änderungen zum Vertrag von Maastricht. Inhaltlich stellen sich neue Fragen und Probleme, weil Maastricht als Schritt in Richtung weitere Vertiefung gedacht war, Absichten in diese Richtung heute aber fehlen. Zudem hat sich die Bedeutung der Union für die Ausübung von Hoheitsgewalt gegenüber den einzelnen Bürgern seit Maastricht fühlbar erhöht.

Mit dem Zustimmungsgesetz ist der Bürger selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen, weil nach der Ratifizierung des Vertrages eine Einforderung demokratischer Teilhabe gemäß Art. 38 i.V.m Art. 20 GG kaum noch möglich sein wird. Die Beschwerdeführer sind in ihren Rechten aus Art. 38 GG verletzt, weil die Wahrnehmung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages so weitgehend auf ein

von den Regierungen gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaften übergeht, dass die nach Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG unverzichtbaren Mindestanforderungen demokratischer Legitimation der dem Bürger gegenüberstehenden Hoheitsgewalt nicht mehr erfüllt werden.

Weiter werden die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Unantastbarkeit der Menschenwürde verletzt, indem das Recht aus Art. 1 I GG durch die europäischen Verträge in der Auslegung des EuGH in seiner Substanz eingeschränkt wird. Der Schutz der Menschenwürde wird zu einem mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten abwägbaren Recht.

Grundsätzlich ist es zulässig, die Verletzung der Rechte aus Art. 1 I GG mittels einer Verfassungsbeschwerde zu rügen, der Schutz der menschlichen Würde wird insofern vom BVerfG zumindest wie ein Grundrecht behandelt und Beschwerden, die sich auf eine Verletzung des Art. 1 I GG berufen, für zulässig erachtet, soweit die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind.³

Eine Beschwerdebefugnis unmittelbar gegen ein Gesetz setzt voraus, dass der Beschwerdeführer durch die angegriffene Norm selbst, gegenwärtig und unmittelbar in Grundrechten betroffen ist.⁴ Dazu müssen die Vorschriften keines weiteren Vollzugsakts bedürfen, der die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändert, was auch dann anzunehmen ist, wenn dieser gegen einen denkbaren Vollzugsakt nicht oder nicht in zumutbarer Weise vorgehen kann.⁵ Wenn der Gehalt des Schutzes der Menschenwürde europarechtlich relativiert wird, bedarf es grundsätzlich eines Vollzugsaktes der europäischen Gemeinschaft, damit diese Relativierung gegenüber den Beschwerdeführern wirkt. Allerdings wird in diesen Fällen der Rechtsschutz der Beschwerdeführer, der vor dem Bundesverfassungsgericht zu erlangen wäre, zumindest problematisch, weil es um die Auslegung von Europarecht geht. Der EuGH wiederum hat – wie zu zeigen ist – an der Relativierung der Menschenwürde einen gewichtigen Anteil, so dass von dieser Seite keine ausreichender Schutz zu erwarten ist. Den Beschwerdeführern kann so gegen einen Vollzugsakt möglicherweise nicht

³ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. 75.

⁴ BVerfGE 1, 97 [101 ff.]; 100, 313 [354].

⁵ BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [306 f.].

mehr effektiv vorgehen, so bleibt nur die Verletzung seiner Rechte durch das Zustimmungsgesetz schon jetzt im Wege der Verfassungsbeschwerde zu rügen.

Die Verfassungsbeschwerde ist also insgesamt zulässig.

C. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

I. Menschliche Würde als gleichgewichtiges Abwägungsgut im Wertesammelsurium der Verträge

Die Beschwerdeführer werden in ihrem Recht aus Art. 1 GG verletzt, weil die menschliche Würde als höchstes Rechtsgut der Verfassung, das unverfügbar und unantastbar ist, mit dem EU-Vertrag zu einem Recht neben anderen Rechten, d.h. zu einem abwägbaren Rechtsgut wird. Die Aussage in Art. 1 GG „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ wird von der Rechtsprechung und im Schrifttum weitgehend einhellig in dem Sinne verstanden, dass die Würde nicht abwägungsfähig, nicht verfügbar, als höchstes Rechtsgut der Verfassung schlichtweg nicht antastbar ist. Dieses Abwägungsverbot hat das BVerfG mehrfach explizit formuliert: „So muss die Meinungsfreiheit stets zurücktreten, wenn die Äußerung die Menschenwürde eines anderen antastet. Dieser für die Kunstfreiheit ausgesprochene Grundsatz beansprucht auch für die Meinungsfreiheit Geltung, denn die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig.“⁶ Aus der Stellung und Bedeutung des Art. 1 GG als Wurzel der Grundrechte und höchstem Rechtsgut folgt konsequent, dass die Würde des Menschen etwas Unverfügbares sein muss.⁷ Sie darf weder durch den Staat angetastet werden, noch darf der Rechtsträger auf sie verzichten. So formuliert auch das BVerwG: „Die Würde des Menschen ist ein objektiver, unverfügbarer Wert auf dessen Beachtung der Einzelne nicht wirksam verzichten kann.“⁸

Schließlich ergibt sich aus dem System der Grundrechtsdogmatik mit Blick auf die Würde des Einzelnen eine staatliche Schutzpflicht, die das BVerfG ebenfalls regelmäßig betont. Dem Staat sei es im Hinblick auf die Menschenwürde einerseits untersagt,

⁶ BVerfGE 93, 266 [293]; 75, 369 [380].

⁷ BVerfGE 45, 187 [229].

⁸ BVerwGE 64, 274 [279].

durch eigene Maßnahmen unter Verstoß gegen das Verbot der Missachtung der menschlichen Würde in Grundrechte einzugreifen. Andererseits erwachse für den Staat auch eine Schutzpflicht. Diese Schutzpflicht gebiete es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor die Grundrechte jedes Einzelnen zu stellen; d.h., sie auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen Dritter zu bewahren. Ihren Grund hat auch diese Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet.⁹ In der Literatur wird diese Auffassung von der Bedeutung der Menschenwürde überwiegend geteilt und ebenfalls betont, dass Wortlaut, Systematik und historischer Ursprung des Art. 1 GG dem Staat erstens eine Schutzpflicht auferlegen¹⁰ und zweitens jeden Eingriff in den Schutzbereich verfassungswidrig ist und die Frage, ob dieser ausnahmsweise legitim sei, falsch gestellt ist.¹¹

Da Art. 1 GG der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG unterliegt, darf er selbst nicht durch verfassungsänderndes Gesetz geändert oder abgeschafft werden. Aus der Garantie des Art. 79 III GG folgt weiter, dass der Bundesgesetzgeber durch Übertragung von Hoheitsrechten, nach Art. 23 I GG die Gemeinschaftsorgane von der Bindung an die Art. 1 I GG nicht freistellen kann, das BVerfG vielmehr zu prüfen hat, inwieweit durch das Vertragsrecht und seine Auslegung und Anwendung die Bindungen des Art. 1 I GG gelockert oder gar gelöst werden.

Die Union erkennt zwar mit der Grundrechtecharta den Schutz der menschlichen Würde als subjektives Recht der Unionsbürger an. Der Gehalt des Rechtes wird jedoch in der Rechtsprechung des EuGH in der Weise ausgelegt, dass die Unantastbarkeit aufgegeben und die Würde somit zu einem abwägbaren Rechtsgut wird. Die Schutzpflicht, die sich aus Art. 1 III GG ergibt, verpflichtet die Bundesrepublik jedoch, die Unantastbarkeit der Menschenwürde auch in der Europäischen Gemeinschaft zu

⁹ BVerfG, BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. 120; BVerfGE 46, 160 [164]; 49, 89 [142]; 88, 203 [251].

¹⁰ Kunig in: von Münch/ Kunig, Art. 1 GG, Rdnr. 25 und 30; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Rn. 22 und 74.

¹¹ Kunig in: von Münch/ Kunig, Art. 1 GG, Rdnr. 25; Starck, in: v. Mangoldt/ Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 1 Rn. 30; Jarass in: Jarass/ Pieroth, Art. 1 GG, Rn. 10.

garantieren. Weil mit dem Zustimmungsgesetz die Relativierung des Würdeschutzes in der Union nicht begegnet wurde, verstößt er gegen das Grundgesetz.

Die Grundrechtecharta der Union, die nach dem Verfassungsvertrag verbindlich werden soll, enthält in Art. 1 Formulierungen, die denjenigen des Grundgesetzes sehr ähnlich sind. Dort heißt es: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.“ Die Grundrechtecharta folgt jedoch einer anderen Systematik als das Grundgesetz. Die Schranken werden nicht im Rahmen der einzelnen Grundrechte normiert, vielmehr findet sich am Ende der Charta in Art. 52 I eine allgemeiner Gesetzesvorbehalt, der wiederum durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit beschränkt wird. Systematisch lässt sich der Gesetzesvorbehalt auch als Schranke gegenüber Art. 1 GR-Charta lesen. Die Kommentierung des Konvents zu Art. 1 GR-Charta kann vor dem deutschen Hintergrund in dem Sinne verstanden werden, dass auch der Europäische Grundrechtsschutz die Unabwägbarkeit und Unverfügbarkeit der Menschenwürde impliziert; zwingend ist ein Verständnis der Kommentierung in diesem Sinne aber nicht. Dagegen verweist die Kommentierung¹² zu Art. 52 I GR-Charta auf die ständige Rechtsprechung des EuGH zur Einschränkung von Grundrechten zugunsten der wirtschaftlichen Grundfreiheiten in der Union. Nach gefestigter Rechtsprechung könne die Ausübung dieser Rechte, „insbesondere im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation, Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der diese Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet.“¹³ Diese Rechtsprechung des EuGH, nach der Grundrechte mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten abgewogen werden, betrifft inzwischen nicht nur das Streik- und Versammlungsrecht oder die Meinungsfreiheit, sondern explizit auch die Menschenwürde.

In der ersten einer Kette von Entscheidungen wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob der freie Warenverkehr die Versammlungs- und Meinungsfreiheit beschränken könne. Im Ausgangsfall hatte eine österreichische Bürgerinitiative zum Schutz der

¹² Art. 52 in http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_de.pdf.

¹³ EuGH, Urteil vom 13. April 2000, Rs. C-292/97, Randnr. 45.

Alpen eine Versammlung auf der Brenner Autobahn beantragt. Diese wurde genehmigt, worauf ein Transportunternehmer die Republik Österreich auf Schadensersatz verklagte. Der EuGH urteilte, die Ausübung der Versammlungs- und Meinungsfreiheit könne „Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den mit den Beschränkungen verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die geschützten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet.“¹⁴ Zu diesen Zielen der Gemeinschaft gehöre auch die Warenverkehrsfreiheit. Im konkreten Fall kam der EuGH aber noch zu dem Ergebnis, dass die Genehmigung der Demonstration auf der Brenner Autobahn rechtmäßig war, d.h. die Versammlungsfreiheit der Warenverkehrsfreiheit in der Abwägung vorgeht.

In einem folgenden Fall musste der EuGH über das Verbot eines sog. Laserdromes in Bonn entscheiden. Die Stadt hatte die Genehmigung verweigert, weil das „Spiel“ gegen die Menschenwürde verstoße. Das BVerwG legte dem EuGH die Frage vor, ob eine Untersagung mit Europarecht vereinbar ist, wenn sie sich auf nationales Verfassungsrecht stützt. Der EuGH formulierte sibyllinisch: „Somit ist das Ziel, die Menschenwürde zu schützen, unzweifelhaft mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, ohne dass es insoweit eine Rolle spielt, dass in Deutschland dem Grundsatz der Achtung der Menschenwürde die besondere Stellung eines selbstständigen Grundrechts zukommt.“ Die Menschenwürde ist hier keineswegs höchstes Rechtsgut, so dass es geboten ist, die Dienstleistungsfreiheit einzuschränken. Die Entscheidung akzeptiert vielmehr, dass in Deutschland der Menschenwürde ein besonders hoher Schutz eingeräumt wird, den sie offenbar in anderen und der Europäischen Rechtsordnung nicht hat, und aus diesem Grund im Einzelfall die Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt werden kann.¹⁵ Damit wird implizit der Weg geebnet, die Menschenwürde mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Union abzuwägen.

Entsprechend hat sich der EuGH in einem Urteil aus dem Jahre 2007 auch selbst interpretiert. Der Gerichtshof habe entschieden, wird dort ausgeführt, „dass die

¹⁴ EuGH, Urteil v. 12.6.2003, Rs. C- 112/99, Rn.88.

¹⁵ EuGH v. 14.1.0.2004, Rs. C – 36/02.

Ausübung der dort betroffenen Grundrechte, nämlich der Meinungs- und Versammlungsfreiheit sowie der Menschenwürde, nicht außerhalb des Anwendungsbereichs der Bestimmungen des Vertrags liegt und dass sie mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss.“¹⁶

Wenn die Ausübung der Menschenwürde mit den durch den Vertrag geschützten Rechten in Einklang zu bringen ist und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss, bleibt von der besonderen Stellung, d.h. von ihrer Unantastbarkeit im oben ausgeführten Sinne nicht viel übrig. Im Ergebnis kommt der EuGH im Falle Viking zu einer Abwägung zwischen dem grundrechtlich verbürgten Streikrecht und der Niederlassungsfreiheit, die er aber offen lässt und dem vorlegenden Gericht überantwortet. Bei der zitierten Formulierung zur Abwägung der Menschenwürde handelt es sich nicht um einen Ausrutscher, sie wurde vielmehr bestätigt und in der Entscheidung Laval wörtlich wiederholt.¹⁷ Im konkreten Fall bleibt der EuGH nicht bei seiner Zurückhaltung, sondern prüft selbst die Verhältnismäßigkeit von Streiks mit dem Ziel, dass eine lettische Firma in Schweden Löhne in Höhe der schwedischen Tarifverträge zahlt. Er hält einen solchen Streik für einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit.

Diese Auslegung der menschlichen Würde degradiert sie zu einem Recht unter verschiedenen Rechten, wozu nicht nur Grundrechte, sondern auch die wirtschaftlichen Grundfreiheiten gehören. Die Würde geht unter in einem Sammelsurium unterschiedlicher Werte aus den europäischen Verträgen. In der spezifischen vom EuGH entwickelten Dogmatik zum Verhältnis von Würde, Grundrechten und Wirtschaftsfreiheiten wird es irrelevant, dass sie für unantastbar erklärt wurde. Sie wird abgewogen mit niedrig rangigen Rechtsgütern wie der Dienstleistungsfreiheit. Kurz: die Würde weicht den wirtschaftlichen Interessen – und hier nicht nur faktisch, sondern normativ.

Der Bundesgesetzgeber kannte diese Rechtsprechung zur Bedeutung der menschlichen Würde im Kontext der Europäischen Rechte und hat dennoch das Zustimmungsgesetz

¹⁶ EuGH v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, Rn. 46.

¹⁷ EuGH v. 18.12.2007, Rs. C – 341/05, Rn. 94.

zum Lissaboner Vertrag verabschiedet. Damit hat er gröblich seine Schutzpflichten verletzt. Er hätte angesichts dieser Rechtsprechung vertragliche Klarstellungen einfordern müssen, hat darauf aber verzichtet. Damit wird gegen Art. 79 III i.V.m. Art. 1 I GG verstoßen, weil der Gehalt des Schutzes der Menschenwürde über den Umweg des Europarechts relativiert wird. Die Beschwerdeführer werden dadurch unmittelbar in ihren Rechten verletzt, weil ihr unantastbarer und uneingeschränkter Schutz der Würde nun zur Disposition der europäischen Rechtsprechung steht und mit den Grundfreiheiten abgewogen werden wird.

II. Demokratieprinzip und das Niveau der Legitimation europäischer Entscheidungen

1. Erforderlichkeit der Legitimation Europäischer Politik

a) Prüfungsmaßstab

Prüfungsmaßstab ist der Gewährleistungsinhalt des Art. 38 I GG. Nach der Vorschrift werden nicht nur die Wahlrechtsgrundsätze gewährleistet, sondern gleichzeitig ein subjektives Recht normiert, durch die Wahl an der Legitimation von Staatsgewalt teilzunehmen und auf deren Ausübung Einfluss zu gewinnen. Das verbietet es, dieses Recht durch die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 GG so zu entleeren, dass das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 III i.V.m. Art. 20 I und II GG für unantastbar erklärt, verletzt wird. Das Demokratieprinzip ist verletzt, weil die demokratischen Grundlagen der Union nicht schritthaltend mit der Integration der Mitgliedstaaten ausgebaut wurden, vielmehr die europäische Institutionen- und Kompetenzordnung in der Zusammenschau mit der Erweiterung der Union einer lebendigen Demokratie auf europäischer wie auf nationaler Ebene entgegen stehen.

Dabei soll nicht verkannt werden, dass das Grundgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten der Bundesrepublik an zwischenstaatliche Einrichtungen mit Art. 24 GG nicht nur legitimiert, sondern dem Wortlaut, etwa durch die Verbindlichkeitserklärung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts, und dem Geiste nach eine Eingliederung Deutschlands in die völkerrechtliche Gemeinschaft einfordert, was verständlich ist, nachdem Deutschland die Regeln des Völkerrechts barbarisch missachtet und durch den Austritt aus dem Völkerbund 1933 sowie durch seine Aggressionspolitik diesen faktisch irrelevant werden ließ. Durch den 1992 neu eingefügten Art. 23 GG anerkennt die Verfassung außerdem ausdrücklich, dass eine weitergehende Übertragung von

Hoheitsrechten im Rahmen der europäischen Integration erfolgen darf und wünschenswert ist.

Die Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten werden durch die Unantastbarkeit des Demokratieprinzips in Art. 79 III i.V.m 20 I GG markiert. Die Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG hat ihren Ursprung ebenfalls in der deutschen Geschichte, d.h. sie ist Antwort auf die vollständige Zerstörung der Weimarer Verfassung in der nationalsozialistischen Diktatur. Die Bedeutung der Ewigkeitsklausel und des Demokratieprinzips kann heute aber nicht nur in der Abwehr von Partei- oder Personendiktaturen gesehen werden. Gegen diese alten Formen der Barbarei ist die Einbindung in die Europäische Union ein geeignetes Mittel, das allerdings mit anderen, neuen Problemen verbunden ist. Die gegenwärtige Gefahr liegt in einer Entleerung des demokratischen Prozesses, von dem nur noch eine formale Hülle übrig bleibt, indem faktische und formale Entscheidungskompetenzen in einem bisher ungekannten Maße auf Komplexe ökonomischer und politischer Eliten verschoben werden.

b) Hoheitliche Gewalt

Das in Art. 20 I GG normierte Demokratieprinzip verlangt, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und fordert, dass die spezifischen Organe des Staates und deren Hoheitsakte durch das Volk legitimiert werden. Bei der Übertragung von Hoheitsrechten, wie sie Art. 23 GG vorsieht, entsteht notwendig das Problem, dass die Hoheitsakte der Organisation, auf welche die Hoheitsrechte übertragen worden sind, also diejenigen der EU, nicht allein durch das Staatsvolk der Bundesrepublik legitimiert werden können, auch wenn sie die Lebensbedingungen in der Bundesrepublik wesentlich bestimmen und Grundrechte der Bürger in der Bundesrepublik einschränken. Selbstverständlich muss ein gleichberechtigtes Recht der anderen Staatsvölker angenommen werden, die Hoheitsakte der EU, die „gegen“ sie wirken, die für die Bundesrepublik wie für die anderen Staaten verbindlich sind, zu legitimieren. Hier unterscheidet sich die Konstruktion nicht von einem Bundesstaat. Denn selbstverständlich müssen in der Bundesrepublik die Staatsvölker aller Bundesländer in gleicher Weise an der Legitimation der Staatsgewalt des Bundes beteiligt werden.

Wenn man voraussetzt, die EU sei kein Staat, habe nicht den Charakter eines Staates, so können Zweifel entstehen, auf welche Weise die Legitimation europäischer Hoheitsakte erfolgen kann. Dazu ist es notwendig, sich des Sinns des Postulats

demokratischer Legitimation, wie es im Grundgesetz formuliert wurde, zu vergewissern. „Die Gesetzgebende Gewalt,“ formuliert Kant in der „Metaphysik der Sitten“ in nicht übertroffener Klarheit, „kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen. Denn, da von ihr alles Recht ausgehen soll, so muss sie durch ihr Gesetz schlechterdings niemand unrecht tun können. Nun ist es, wenn jemand etwas gegen einen anderen verfügt, immer möglich, dass er ihn dadurch unrecht tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt (denn *volenti non fit iniuria*).“¹⁸ Die Notwendigkeit demokratischer Legitimation gründet im zentralen Prinzip der Aufklärung, nämlich der Selbstbestimmung. So wie der Einzelne sich selbst durch seinen eigenen Willen kein Unrecht zufügen kann, kann es eine Gemeinschaft, eine durch eigenen Beschluss vereinigte Personenvielzahl nicht, wenn sie mittels allgemeiner Gesetze über sich selbst beschließt. Wenn die demokratische Legitimation der Hoheitsgewalt, die über den Gesetzgeber vermittelt wird, es ausschließen soll, dass dem Einzelnen Unrecht geschieht, so wird die gleichursprüngliche Bedeutung von Demokratie und Rechtsstaat sichtbar. Der Gedanke wirft selbstverständlich unterschiedliche, weiter gehende Probleme auf, etwa die der Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips, die hier aber zurückgestellt werden können, weil sie sich für den Nationalstaat wie für die EU in gleicher Weise stellen.

Die Legitimation hoheitlicher Gewalt, die den einzelnen Bürger in seinen Rechten verletzen kann, ihm Unrecht zufügen kann, ist notwendig unabhängig von der Organisationsebene einer solchen Gewalt. Anders formuliert: die Möglichkeit, allgemein verbindliche Entscheidungen zu treffen, die – eben wegen ihrer Allgemeinverbindlichkeit – für und gegen jeden Einzelnen wirken, bedarf der Legitimation unabhängig von der Frage, in welcher Organisationsform oder auf welcher Organisationsebene diese allgemein verbindlichen Entscheidungen getroffen werden. Dann folgt, dass unabhängig vom rechtlichen Charakter der Europäischen Union, unabhängig von der Frage, ob sie als Staat, Staatenverbund¹⁹, Bund von Staaten und

¹⁸ Kant, *Metaphysik der Sitten*, § 46.

¹⁹ Oppermann, *Von der Gründungsgemeinschaft zur Mega-Union*, in: *DVBl* 2007, 329 (330) mit Bezug auf Kirchhof, *Die rechtliche Struktur der EU als Staatenverbund*, in: Bogdandy, A. v. (Hrsg.): *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin [u. a.] 2003, S.893 ff.

Völkern²⁰ als Herrschaftsverbund²¹ oder anders zu charakterisieren ist, die Ausübung von Hoheitsgewalt der Union einer demokratischen Legitimation in dem Sinne bedarf, dass die Gesetzgebung dem vereinigten Willen des Volkes oder der Völker zukommt. Das Erfordernis demokratischer Legitimation hoheitlicher Entscheidungen der Europäischen Union wurde im Maastricht-Urteil anerkannt. Es müsse „eine vom Volk ausgehende Legitimation und Einflussnahme auch innerhalb eines Staatenverbundes gesichert“ sein²², womit gleichzeitig formuliert wurde, dass das Erfordernis demokratischer Legitimation unabhängig von der Organisationsebene und –form der Hoheitsgewalt erforderlich ist. Die Organisationsebene hat allerdings Einfluss auf die Form, in der demokratische Hoheitsgewalt herzustellen ist.

Vorausgesetzt ist dabei, dass durch die Europäische Union Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Im Maastricht Urteil wird kurz und knapp festgestellt, dass die EU hoheitliche Aufgaben wahrnimmt und dazu hoheitliche Befugnisse ausübt.²³ Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung wird das Vorbringen des Klägers zitiert, wonach der damalige Präsident der Kommission Jacques Delors meinte, dass nahezu 80 % aller Regelungen im Bereich des Wirtschaftsrechts durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt und nahezu 50 % aller deutschen Gesetze durch das Gemeinschaftsrecht veranlasst seien. Neuerdings kamen Roman Herzog und Lüder Gerken, gestützt auf Zahlen des BMJ, zu dem Ergebnis: 84 % der deutschen Gesetze stammten aus Brüssel, nur 16 Prozent originär aus Berlin.²⁴ Diese Zahlen werden inzwischen – wohl zu Recht – methodologisch angezweifelt und im Ergebnis bestritten. Moravcsik / Töller kommen zu dem Ergebnis, dass – was offensichtlich ist – die einzelnen Gesetzgebungsbereiche unterschiedlich stark betroffen sind, insgesamt jedoch ca. 34,5 % der deutschen

20 Tsatsos, Die Europäische Unionsgrundordnung im Schatten der Effektivitätsdiskussion, in: EuGRZ 2000, S.517 ff.

21 Wolf, Herrschaft in Zeiten der Entgrenzung. Die Europäische Union als Herrschaftsverbund, in: Aden (Hrsg.), Herrschaftstheorien und Herrschaftsphänomene, Wiesbaden 2004, S. 177.

22 BVerfGE 89, 155 [184].

23 BVerfGE 89, 155 [184].

24 Herzog / Gerken, Europa entmachtet uns und unsere Vertreter, Die Welt 17.2.2007, http://www.welt.de/dossiers/eu-macht/article720463/Europa_entmachtet_uns_und_unsere_Vertreter.html.

Gesetzgebung auf einen europäischen Impuls zurück geht.²⁵ Das WZB präsentiert Studien, die ebenfalls betonen, dass die europäische Impulsgebung in den Politikbereichen unterschiedlich stark sei, beschränken sich deshalb auf das Verkehrsrecht mit dem Ergebnis, dass die Impulsgebung in den Legislaturperioden – auch das ist unmittelbar einleuchtend – unterschiedlich stark ausgeprägt ist und im Verkehrsrecht zwischen ca. 45 und ca. 66 % schwanke.²⁶ Dabei kann man trefflich darüber streiten, was mit einer Impulsgebung gemeint ist. Die Umweltgesetzgebung dürfte zu 100 % in dem Sinne europäisch überformt sein, dass in allen Gesetzen europäische Vorgaben umgesetzt sind, gleichzeitig finden sich daneben auch originär deutsche Anteile. Über Gewicht und Bedeutung der europäischen Hoheitsgewalt lassen sich so weder quantitativ noch qualitativ einigermaßen exakte Aussagen machen.

Erfassen lässt sich jedoch der Kompetenzzuwachs der Europäischen Union. Seit Maastricht und weitreichend mit dem Lissaboner Vertrag ist insbesondere der Bereich der Innen- und Justizpolitik, die dritte Säule im Maastricht Vertrag, in dem Sinne vergemeinschaftet worden, dass die Entscheidungsmechanismen integriert wurden und im Lissaboner Vertrag sich mit den übrigen Kompetenzbereichen oder den Politiken der Union im Vertrag über die Arbeitsweise der Union (AEUV) wiederfinden, mit dem ein einheitlicher Rechtsrahmen für den „gesamten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ geschaffen wurde. Durch die Integration des Bereichs der PJZS in den AEUV wurde diese auf ein deutlich höheres Niveau gehoben, weil durch die Integration in den AEUV dessen Rechtsinstrumente (legislative Verordnungen, Richtlinien) nun im Bereich des Raumes der Freiheit usw. anzuwenden sind, also als Rechtsakte der EU und nicht als intergouvernementale Vereinbarungen wirken.

Gegenüber den geltenden Verträgen, die schon deutlich über Maastricht hinausgingen, weist der Lissaboner Vertrag weitere Kompetenzzuwächse auf Seiten der Europäischen Union auf. Dazu gehören Kompetenzen im Bereich des Datenschutzes (Art.16 AEUV), der Einführung eines EU-Grenzschutzsystems, der Normierung einheitlicher Asylvorschriften, der Integration von Drittstaatsangehörigen, des Erlasses von Regeln zur gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsurteilen, der Vereinheitlichung von

²⁵ Moravcsik / Töller, Brüssel regiert nicht Deutschland, Financial Times Deutschland vom 10.2.2007.

²⁶ Plehwe, Zahlenpolitik, WZB Mitteilungen, September 2007, Heft 117, S. 7 ff.

Straftatbeständen und der Kriminalprävention, der verstärkten polizeilichen Zusammenarbeit und der Einrichtung einer europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 AEUV), des Schutzes geistigen Eigentums, der Förderung der menschlichen Gesundheit (Art. 168 AEUV), der Forschungspolitik, der Energie, des Tourismus, des Katastrophenschutzes, der Verwaltungszusammenarbeit (Art. 197 AEUV), der humanitären Hilfe, restriktive Maßnahmen gegen natürliche und juristische Personen z.B. zur Terrorbekämpfung (Art. 215 AEUV), der Festlegung eines mehrjährigen Finanzrahmens, der Errichtung einer Verteidigungsagentur und der Verteidigungspolitik, der Festlegung von Straftaten und Strafen in allen Politikbereichen, um EU Recht durchzusetzen (Art. 83 II AEUV).

So lässt sich folgern, dass für die Union im Vergleich zu den geltenden Verträgen und erst recht im Vergleich zu Maastricht eine deutliche Ausweitung der Kompetenzen zu verzeichnen ist, die keinen Zweifel daran zulassen, dass die Union durch allgemein verbindliche Entscheidungen in unterschiedlichen Formen dem Bürger gegenüber hoheitlich auftritt. Der Ausweitung der Kompetenzen müsste eine schritthaltende Erweiterung oder Vertiefung der demokratischen Legitimation entsprechen, was – wie zu zeigen ist – nicht der Fall ist. Aus der Blickrichtung des Bundestages führt die Übertragung der Kompetenzen zu einem Verlust von Kontroll- und Entscheidungsbefugnissen, die auf europäischer Ebene nicht kompensiert werden und über so den demokratischen Prozess in einem Maße aushöhlen, das mit Art. 20 GG nicht mehr vereinbar ist.

c) Subjekt der Legitimation

Nun lässt sich bestreiten, dass die hoheitliche Gewalt der Union durch die europäischen Völker oder die Bevölkerung der Union legitimiert werden kann, woraus folgen würde, dass eine demokratische Organisation der Union nicht möglich ist, nicht angestrebt werden kann und nicht Maßstab einer Kontrolle des Zustimmungsgesetzes am substanziellen Gehalt der demokratischen Legitimation ist. Die Legitimation der hoheitlichen Gewalt der Union könnte dann nur über die nationalen Völker bzw. deren Repräsentativorgane, d.h. über die Parlamente, vermittelt werden.

Dagegen ließe sich einwenden, dass demokratische Legitimation in Europa nicht analog der nationalstaatlichen Legitimation zu denken sei, weil kein europäisches Volk existiere oder weil es keine europäische Öffentlichkeit gebe. Der Demokratie

vorausgesetzt wird in der ersten Sichtweise das Volk als souveräne Einheit, als eine Einheit, die dem demokratischen Willensbildungsprozess voraus liegt und durch ein hohes Maß an Homogenität zu kennzeichnen ist. Die homogene Einheit ist in dieser Konstruktion erforderlich, um aus den Willen der Vielzahl einen einheitlichen Staatswillen zu bilden. Diese Sichtweise basiert letztlich auf einem vordemokratischen und metaphysischen Begriff des Volkes, da in einer säkularisierten, modernen Gesellschaft Homogenität faktisch ausgeschlossen ist und normativ nicht gewünscht sein kann, mündet sie doch konsequent zu Ende gedacht in Gleichförmigkeit oder – wo diese nicht a priori vorhanden ist – in Gleichschaltung. Ein modernes, pluralistisches und europäisches Verständnis der demokratischen Legitimation muss ausgehen von unterschiedlichen Interessen, Weltbildern, Religionen und Kulturen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, die im demokratischen Prozess zusammengeführt werden und in allgemein verbindlichen Entscheidungen münden. Mit Kant lässt sich „Volk“ unter Akzeptanz von Differenzen definieren als „eine Menge von Menschen“, die keineswegs rassistisch, ethnisch oder konfessionell homogen sein müssen, sondern sich gerade wegen ihrer Heterogenität den Rechtsgesetzen und der Verfassung unterwerfen. Mit dem mystifizierenden Volksbegriff, der Volk als homogene Einheit hypostasiert, werden soziale Auseinandersetzungen negiert, der Andere, Fremde im Zweifel ausgegrenzt und die Demokratie in ihr Gegenteil verkehrt, weil die Willenseinheit an den Anfang des Prozesses gestellt wird.

Davon zu unterscheiden ist eine Sichtweise, die die Existenz einer Öffentlichkeit, eines umfassenden pluralen Diskussionsprozesses zur Voraussetzung lebendiger Demokratie macht. Demokratie ist danach „vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig, wie einer ständigen freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen verformt. Dazu gehört auch, dass die Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt ausübenden Organe und die jeweils verfolgten politischen Zielvorstellungen allgemein sichtbar und verstehbar sind, und ebenso, dass der wahlberechtigte Bürger mit der Hoheitsgewalt, der er unterworfen ist, in seiner Sprache kommunizieren kann.“²⁷ Letzteres kann – führt man sich multilinguale Demokratien wie die Schweiz oder

²⁷ BVerfGE 89, 155 [185].

Kanada vor Augen – nicht bedeuten, dass Voraussetzung einer lebendigen Demokratie eine einheitliche Sprache ist.

Sichergestellt werden muss die Kommunikationsmöglichkeit, um die es in der Union aber nicht allzu schlecht bestellt ist. Problematisch ist eher die Frage, inwiefern eine demokratische Öffentlichkeit besteht, die die Politik der Organisationsebene, d.h. der Europäischen Union zum Gegenstand der politischen Auseinandersetzungen macht. Auch hier sind Fortschritte in dem Sinne erkennbar, dass die Bedeutung politischer Entscheidungen ins öffentliche Bewusstsein gerückt ist, wie man an den Diskussionen um die Verfassung, die Dienstleistungs- oder Hafenerichtlinie erkennen kann.

Dennoch ist – zumindest in Deutschland – eine Dominanz der nationalen Ebene in dem Sinne erkennbar, dass die politischen Auseinandersetzungen entlang der politischen Farbenlehre sich um die nationale Politik und die deutschen politischen Akteure drehen. Das heißt umgekehrt, dass die Akteure auf europäischer Ebene kaum bekannt sind, geschweige denn, dass sie den politischen Farben zugeordnet werden und Auseinandersetzungen um europäische Politiken entlang der politischen Farbenlehre verlaufen. Ohne eine halbwegs funktionierende Öffentlichkeit muss es aber einen Mangel an demokratischer Willensbildung und Kontrolle geben.

Allerdings kann es nicht überzeugen, das Vorhandensein einer demokratischen Öffentlichkeit zur Vorbedingung demokratischer Willensbildung zu machen. Die demokratische Öffentlichkeit entsteht und wächst mit der demokratischen Willensbildung, die abhängig ist von den institutionellen Bedingungen. Demokratische Öffentlichkeit hat selbst zur Voraussetzung, dass das institutionelle Gefüge der Hoheitsgewalt um den politischen Konflikt herum strukturiert ist, mit dem politische Unterschiede in den Mittelpunkt der Auseinandersetzungen gestellt werden. Die Zentralität des politischen Konflikts erst erlaubt eine demokratische Willensbildung und Öffentlichkeit, da nun mit Gründen und Gegengründen für die politischen Richtungen, Weltbilder oder auch nur um pragmatische politische Entscheidungsfindungen geworben werden kann und so ein öffentlicher Diskurs entsteht. Die gesellschaftlichen Konflikte müssen durch die gesellschaftliche Konstitution selbst als politische Konflikte konstituiert werden, um strukturelle Minderheiten auszuschließen. Im Bereich des politischen Konflikts existiert die Unterstellung von Gleichheit im Sinne von gleichen Teilhaberechten und mehr oder weniger gleichwertigen Meinungen. Strukturelle Minderheiten werden erzeugt, wenn nicht politische Konflikte, sondern beispielsweise

religiöse, ethnische oder auch nationale Konflikte im Zentrum der Auseinandersetzungen stehen. Die Minderheit hat dann keine Chance, Mehrheit zu werden, was friedliche und gleiche Teilhabe an Entscheidungen ausschließt. Die rechtlichen Garantien sind in den existierenden nationalen Verfassungen darauf angelegt, strukturelle Minderheiten auszuschließen, indem Diskriminierungen für unzulässig erklärt werden und abweichende politische Meinungen mit Rechten abgesichert werden. Im Einflussbereich der rechtlichen Regelungen der gesellschaftlichen Grundordnung liegt es, die Zentralität des politischen Konfliktes zu institutionalisieren oder zumindest institutionell zu unterstützen.

Eine europäische Öffentlichkeit existiert auch deshalb nur rudimentär, weil die europäischen Institutionen nicht auf den politischen Konflikt ausgerichtet sind, sondern auf den Ausgleich nationaler Interessen. Diese werden in den nationalen Öffentlichkeiten gewonnen, so dass eine Diskussion um die Ausrichtung europäischer Politik, d.h. um politische Richtungsentscheidungen in Europa nicht stattfinden kann. Das Argument, wonach eine europäische Öffentlichkeit Voraussetzung europäischer Demokratie ist, zäumt das Pferd von hinten auf, weil Demokratie eine der Voraussetzungen ist, um eine lebendige, diskutierende Öffentlichkeit zu erzeugen. Solange europäische Politik institutionell darauf angelegt ist, abseits der Öffentlichkeit verhandelt zu werden, kann diese nicht entstehen. Die Diagnose, dass eine europäische Öffentlichkeit unterentwickelt ist, kann nicht zu dem Schluss führen, dass auf europäischer Ebene Demokratie nicht möglich oder entbehrlich ist.

Erforderlich ist vielmehr ein Arrangement der europäischen Institutionen um den politischen Konflikt herum und nicht um nationale Interessen. Die Institutionenordnung muss ihren Teil dazu beitragen, dass die politischen Farben um Mehrheiten ringen und nicht nationale Interessen gegeneinander stehen und ausgehandelt werden. Dann besteht die Chance, dass sich eine europäische Öffentlichkeit auch über einzelne Schlaglichter wie die genannten hinaus entwickelt. Ob politische oder andere Konflikte im Mittelpunkt stehen, hängt z.B. davon ab, ob die Spitze der Exekutive nach politischen Gesichtspunkten ausgewählt und besetzt werden kann, ob also Personen für politische Richtungen stehen und so den Meinungsstreit repräsentieren und plastisch werden lassen. Es hängt von der Transparenz des politischen Entscheidungsprozesses ab und vom Zugang der unterschiedlichen Foren des öffentlichen Diskurses auf die institutionellen Entscheidungsträger. Solange der Rat das

zentrale Gesetzgebungsorgan ist, wird die öffentliche Meinungsbildung zwangsläufig so stark gefiltert, dass eine Orientierung der Meinungsbildung auf die europäische Entscheidungsfindung unwahrscheinlich wird.

All dies zeigt, dass die Existenz einer lebendigen politischen Öffentlichkeit nicht zur Voraussetzung demokratischer Legitimation durch die Völker Europas gemacht werden kann. Positiv formuliert heißt dies, dass die Völker Europas Subjekt demokratischer Legitimation sein können. Das heißt neben der Legitimation über die nationalen Parlamente kann und muss die hoheitliche Gewalt in Europa über das Europäische Parlament demokratisch legitimiert werden. So hat das BVerfG im Maastricht-Urteil anerkannt, dass dem Europäischen Parlament eine die demokratische Legitimation „stützende Funktion“ zukomme, die sich verstärken ließe, wenn es nach einem in allen Mitgliedstaaten übereinstimmenden Wahlrecht gewählt würde und sein Einfluss auf die Politik und Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften wüchse.²⁸

2. Niveau der Legitimation in der Europäischen Union

a) Vereinigter Wille der Völker und Parlamentsvorbehalt

Demokratische Legitimation muss bei wesentlichen Entscheidungen durch das Parlament hergestellt werden. Nicht ausreichend ist bei solchen wesentlichen Entscheidungen eine abgeleitete Form der Legitimation durch die Exekutive. Dieser Grundsatz wurde sehr früh entwickelt und wird als Wesentlichkeitstheorie weitgehend akzeptiert. Sehr früh entwickelte das BVerfG die Lehre vom Parlamentsvorbehalt gleichsam aus dem Wortlaut der Grundrechte, wenn es etwa feststellt: „Der Gesetzgeber darf sich seines Rechtes, die Schranken der Freiheit zu bestimmen, nicht dadurch begeben, dass er mittels einer vagen Generalklausel die Grenzziehung im einzelnen dem Ermessen der Verwaltung überlässt.“²⁹ In einem folgenden Schritt wird der Parlamentsvorbehalt aus dem Gedanken der Gewaltenteilung, das an dieser Stelle allerdings eher rechtsstaatlich verstanden wird, entwickelt. Dieser gebietet es, dass die Exekutive - jedenfalls im Bereich der Eingriffsverwaltung - auf die Ausführung der Gesetze beschränkt bleibe und der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung

²⁸ BVerfGE 89, 155 [186].

²⁹ BVerfGE 6, 32 [42].

die der staatlichen Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und dies nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlässt. Das Gesetz müsse die Tätigkeit der Verwaltung inhaltlich normieren.³⁰ Dann wird der Parlamentsvorbehalt aus dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit entwickelt, aus dem das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgt, das den Gesetzgeber verpflichtet, im Bereich der Grundrechtsausübung die der staatlichen Gestaltung offenliegende Rechtssphäre selbst abzugrenzen.³¹

Im Jahre 1972 formulierte das Gericht den Grundsatz, dass der Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluss auf den Inhalt administrativer Entscheidungen nicht gänzlich preisgeben darf. Das folge sowohl aus dem Prinzip des Rechtsstaats wie aus dem der Demokratie. „Fordert das eine, die öffentliche Gewalt in allen ihren Äußerungen auch durch klare Kompetenzordnung und Funktionentrennung rechtlich zu binden, so dass Machtmissbrauch verhütet und die Freiheit des Einzelnen gewahrt wird, so gebietet das andere, dass jede Ordnung eines Lebensbereichs durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane muss zurückgeführt werden können.“³² Wenige Jahre später erläutert das Gericht, dass der Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung aus Art. 20 III GG sich „insbesondere mit der Erkenntnis auch seiner demokratischen Komponente, in den letzten Jahren gewandelt“ habe, weshalb „der Gesetzgeber verpflichtet ist, - losgelöst vom Merkmal des ‚Eingriffs‘ - in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.“³³ Das Prinzip der demokratischen Legitimation hoheitlicher Gewalt durch die Normierung administrativen Handelns hält Einzug in die juristische Dogmatik und wird dem Rechtsstaatsprinzip nun gleichgestellt. Beide verbieten, dass der Gesetzgeber sich der Entscheidung über wesentliche Fragen begibt und diese der Administration

³⁰ BVerfGE 20, 150 [157 f].

³¹ BVerfGE 34, 165 [192 f].

³² BVerfGE, 33, 125 [158]

³³ BVerfGE 49, 89 [126].

überträgt.³⁴ Mit dem neuen Gewicht der demokratischen Legitimation administrativer Entscheidungen wird auch das Charakteristikum einer wesentlichen Entscheidung erweitert. Wesentlich sind Entscheidungen „wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger, insbesondere auf ihren Freiheitsbereich und ihren Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung.“³⁵ Über den Grundrechtsbezug gerät auch die Bedeutung der Entscheidungen für die Lebensverhältnisse der Bürger in den Fokus des Vorbehalts parlamentarischer Entscheidungen. Letztlich wird mit der Kombination von Rechtsstaat und Demokratie als Begründung des Parlamentsvorbehalts wieder Kants Überlegung reformuliert, dass nur der vereinigte Wille des Volkes als Gesetzgeber es ausschließe, dass dem Einzelnen Unrecht geschieht.

Soweit die genannten Staatsstrukturprinzipien, die beide der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG unterfallen, betroffen sind, müssen die in dieser Rechtsprechung zum Ausdruck kommenden Grundsätze als Maßstab für die Legitimation der Hoheitsbefugnisse der Europäischen Union herangezogen werden. Das heißt, wesentliche Entscheidungen müssen von parlamentarischen Repräsentativorganen getroffen werden. Dagegen reicht es nicht aus, dass solche Entscheidungen auf eine abgeleitete demokratische Legitimation, auf die sich der Rat berufen kann, zurück geführt werden.

b) Wesentliche Entscheidungsbefugnisse der Europäischen Union

Die oben erörterten Schätzungen zur quantitativen Überformung nationaler Rechtsakte durch europäisches Recht deuten – auch wenn man den niedrigeren Schätzungen folgt – darauf hin, dass die Union Kompetenzen hat, wahrnimmt und wahrnehmen wird, die grundrechtsrelevante Regelungen beinhalten und/ oder die allgemeinen Lebensverhältnisse wesentlich prägen und gestalten. Dazu gehören bisher offensichtlich die wirtschaftspolitischen Kompetenzen, die weitreichende Auswirkungen auf die Lebensweise und im Einzelfall auf die Berufsfreiheit und das Eigentum der Bürger in der Bundesrepublik haben. Die Union besitzt gemäß Art. 114, 115 AEUV die

³⁴ BVerfGE 61, 260 [275]; 83, 130 [142]; 108, 282 [311].

³⁵ BVerfGE 48, 89 [127].

Befugnis, Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Herstellung und zum Funktionieren eines gemeinsamen Marktes zu erlassen. Diese schon bestehende Kompetenz hat zusammen mit den sog. wirtschaftlichen Grundfreiheiten, den Diskriminierungsverboten und den Beihilferegelungen weitreichende Folgen für die wirtschaftspolitischen Regulierungen der Mitgliedstaaten. Deren Wirtschaftspolitik veränderte sich nicht zuletzt aufgrund der europäischen Rechtsetzung vom regulierten Wettbewerb einer sozialen Marktwirtschaft mit aktiver Industriepolitik zu einer weitgehend wirtschaftsliberalen Politik der Privatisierung und Deregulierung.

Die Rechtsetzungsbefugnisse der Union gehen mit dem Lissaboner Vertrag weit über die Kompetenzübertragung im Bereich einer weit verstandenen Wirtschaftspolitik hinaus und erfassen mit der Justiz- und Innenpolitik, der Asyl- und Einwanderungspolitik, Verkehrs-, Bildungs-, Sozial-, Gesundheits-, Energie- und Umweltpolitik, mit unterschiedlich weitreichenden Kompetenzen, sowie der Festlegung auf eine gemeinsame Außen- und Verteidigungspolitik fast alle wesentlichen Bereiche des gesellschaftlichen Lebens, die in unterschiedlicher Intensität und in unterschiedlichen Konstellationen auch für die Grundrechtsverwirklichung relevant sind. Im selben Maße werden umgekehrt die Rechtssetzungsbefugnisse des Bundestages eingeschränkt. Aufgrund der weitreichenden Kompetenzen kann nur exemplarisch auf die Bedeutung der Regelungen hingewiesen werden. Die schon bestehenden Kompetenzen von Europol, die das Einholen, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen von Informationen umfassen, betreffen in vielen Fällen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Die Justizgrundrechte sind tangiert, wenn gemäß Art. 88 II b) AEUV Europol in Zukunft auch die Kompetenz zur Koordinierung, Organisation und Durchführung von Ermittlungen und von operativen Maßnahmen hat oder gemäß Art. 86 AEUV die Europäische Staatsanwaltschaft gegebenenfalls in Verbindung mit Europol zuständig ist für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben.

Im Bereich der Umweltpolitik betrifft die verpflichtende Ausweisung von europäischen Schutzgebieten nach qualitativen Kriterien auf der Grundlage der FFH-Richtlinie mögliche Eigentumsrechte wie die Umsetzung der Feinstaubrichtlinie, wonach

Fahrverbote für stark belastete Zonen verhängt werden können, die die Fortbewegungsfreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit betrifft. Wenn die Beispiele auch beinahe beliebig erweitert werden könnten, lässt sich doch auch schon jetzt sicher feststellen, dass die Union mit Kompetenzen ausgestattet wird, über die Wesentliches im Sinne der Relevanz für Grundrechte oder allgemeine Lebensverhältnisse geregelt werden kann. Dann bedarf es für solche Regelungen einer parlamentarischen Legitimation, während eine abgeleitete Legitimation über Zustimmungsakte der Administration nicht ausreichend ist.

c) Legitimation durch die nationalen Parlamente

(1) Mangelnde Bestimmtheit der Einzelermächtigung

Die Hoheitsgewalt der Europäischen Union wird nicht auf einem ausreichenden Niveau durch die nationalen Parlamente legitimiert. Legitimation könnte mittels der begrenzten Einzelermächtigung hergestellt werden. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wird in Art. 5 II EUV in folgender Weise beschrieben: Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten. So könnte man folgern, dass die nationalen Parlamente die Ausübung der Hoheitsgewalt mittels des Primärrechts, das dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung unterliegt, programmieren und so legitimieren. Das setzt voraus, dass die Aufgaben der Europäischen Union und die zu ihrer Wahrnehmung eingeräumten Befugnisse dadurch in einer hinreichend voraussehbaren Weise normiert werden, damit das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung im obigen Sinne eingehalten wird.³⁶

Diese Schlussfolgerung ist mit Blick auf die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse der Union nicht überzeugend. Das Argument würde nur zutreffen, wenn die materiellen Politiken der Union im Primärrecht so exakt vorgezeichnet wären, dass nur noch die administrative Umsetzung eben dieser Vorgaben bleibt. Im Kontext der Diskussion um den Einfluss der Europäischen Rechtsetzung auf die nationale Gesetzgebung gab es

³⁶ BVerfGE 89, 155 [181].

immerhin insofern exakte Zahlen, als festgestellt wurde, dass in den Jahren 1998 bis 2004 insgesamt 18167 EU-Verordnungen und 750 EU-Richtlinien erlassen wurden.³⁷ Eine derart intensive Rechtssetzungstätigkeit lässt es nicht zu, die Ausübung von hoheitlichen Kompetenzen über das Prinzip der Einzelermächtigung durch die Zustimmung der nationalen Parlamente zu dieser Ermächtigung zu legitimieren. Zwar ist das geltende Primärrecht wie der Lissaboner Vertrag in seinen Zielbestimmungen und politischen Festlegungen erheblich detaillierter als das GG in dem Sinne, dass er konkrete politische Richtungsentscheidungen trifft. Dennoch wird das Wesentliche nicht oder nicht alles, was wesentlich ist, über die konstitutionelle Grundlage der Union geregelt.

Das unterscheidet das europäische Primärrecht von den meisten völkerrechtlichen Verträgen, in denen regelmäßig Ziel und Mittel der in einem bestimmten Politikfeld ähnlich exakt wie in Parlamentsgesetzen bestimmt werden, so dass für den Fall, dass Hoheitsgewalt an suprastaatliche Institutionen übertragen wurde, diese nur im Rahmen der bestimmten Ermächtigung in dem Sinne handeln können, dass die vertraglichen Bestimmungen „vollzogen“ werden. Davon unterscheiden sich deutlich die Ermächtigungen im europäischen Primärrecht, das zwar auch Ziele und einen Rahmen für die europäische Politik festschreibt, innerhalb dieses Rahmens den europäischen Institutionen einen normativen Spielraum einräumt. So ist es durchaus angemessen, das europäische Primärrecht als Verfassung zu charakterisieren, die Kompetenznormen enthält, selten jedoch „vollzugsfähige“, abstrakt allgemeine Rechtsnormen. Deshalb ist nicht anzunehmen, dass die Rechtsakte der Union, mit denen in Grundrechte der Bürger eingegriffen werden, durch die nationalen Parlamente ausreichend legitimiert sind.

Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten 2006/24/EG liefert dafür ein anschauliches Beispiel. Im Jahre 1997 lehnte die Regierung Kohl den Vorstoß des Bundesrates, eine Verpflichtung der Dienstleister, Telekomdaten zu speichern, und einer Ermächtigung der Polizeibehörden, diese Daten abzufragen, ab, weil sie verfassungsrechtliche Bedenken hatte.³⁸ Der 15. Deutsche Bundestag hat in

³⁷ Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Alfred Hartenbach auf eine Frage des Abgeordneten Johannes Singhammer, BT-Drs. 15/5434 v. 6. Mai 2005, Nr. 21.

³⁸ Prantl, Der Terrorist als Gesetzgeber, S. 103.

einem am 17. Februar 2005 gefassten Beschluss eine Mindestspeicherfrist und damit die anlasslose Speicherung von Verkehrsdaten auf Vorrat ausdrücklich abgelehnt. Er hat die Bundesregierung aufgefordert, sich auch auf EU-Ebene in diesem Sinne zu verhalten.³⁹ Die Richtlinie 2006/24/EG zur Vorratsdatenspeicherung wurde am 15. März 2006 verabschiedet. Als Kompetenzgrundlage wurde Art. 95 EGV benannt, der Harmonisierungen im Bereich des Binnenmarktes erlaubt. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu treffen, dass die Anbieter von Telekomdiensten die Verbindungsdaten für mindestens sechs Monate speichern. Diese Richtlinie wurde mit dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung⁴⁰ in der Bundesrepublik umgesetzt.

Das Beispiel zeigt erstens, dass die Kompetenznormen der Verträge sehr weit ausgelegt werden können, die Einzelermächtigung die Hoheitsbefugnisse der Union nur unzureichend beschränkt und die einzelnen Rechtsakte nicht hinreichend legitimiert. Zweitens zeigt das Beispiel, wie in einem Bereich, der in die Grundrechte der Telekommunikationsteilnehmer eingreift⁴¹, das genaue Gegenteil einer Legitimierung durch das nationale Parlament geschieht. Der Wille des Deutschen Bundestages wurde mittels der europäischen Rechtsetzung umgangen. Die Regierung hat in diesem Fall gleichsam „über Bande gespielt“ und den Grundrechtseingriff, gegen den sich der Bundestag ausgesprochen hatte, auf dem Umweg über die Europäische Union eingeführt. Herzog / Gerken beschreiben das Phänomen folgendermaßen: „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 Bereitwilligkeit. Das EU-Vorhaben durchläuft dann den üblichen Gesetzgebungsprozess. Am Ende entscheidet der Ministerrat darüber. In dem sitzt aber im Regelfall genau dasjenige Ministerium,

³⁹ Beschluss der Bundestagsdrucksache 15/4597 Plenarprotokoll 15/157, Seite 14733.

⁴⁰ BTDrucks 16/5846, S. 2.

⁴¹ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.3.2008.

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 eingebunden, wie es für Rechtsakte auf nationaler Ebene selbstverständlich ist und wie es die Verfassungen der Mitgliedstaaten eigentlich vorschreiben.⁴² Von einer Legitimation vermittelt des nationalen Parlaments kann keine Rede sein. Und diese Möglichkeit, „über Bande zu spielen“, ist in der Kompetenzordnung des Lissaboner Vertrages weiterhin angelegt, also die Möglichkeit, den Willen des legitimierenden Repräsentationsorgans zu umgehen.

Nun ließe sich noch argumentieren, die Legitimation erfolge im Falle europäischer Richtlinien durch das nationale Parlament, wenn es die Vorgaben der Richtlinie in nationales Recht umsetzt. Dieses Argument ist aber schon deshalb unzureichend, weil europäische Verordnungen dann diese Form der Legitimation nicht erhalten. Von Legitimation kann weiter nur dann gesprochen werden, wenn dem Bundestag eine Wahl bleibt, d.h. die Möglichkeit besteht, die Richtlinie umzusetzen oder es eben nicht zu tun. Die Wahl besteht zwar formal, in einem rechtsstaatlichen Gebilde kann man aber kaum annehmen, dass Legitimation dadurch herzustellen ist, dass ein staatliches Organ rechtlich verbindliche Vorgaben bewusst missachtet. Hinzu kommen die durch im Vertrag vorgesehenen und die vom EuGH rechtsschöpferisch geschaffenen Sanktionsmechanismen. Wenn sich die Mitgliedstaaten vorbehalten, jeweils souverän über die Verbindlichkeit der Europäischen Rechtsakte und möglicherweise auch über die Sanktionen zu entscheiden, wäre dies das Ende der Europäischen Union, nicht die Beseitigung ihres Demokratiedefizits.⁴³

Auch über das Verfahren der Subsidiaritätsrüge nach dem Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit wird kein ausreichendes Legitimationsniveau durch den Bundestag und die nationalen

⁴² Herzog / Gerken, ebenda.

⁴³ BVerfGE 113, 273 [336] – abweichende Meinung Lübke-Wolff.

Parlamente hergestellt und es ist nicht geeignet, eine hinreichende Substanz von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages zu bewahren. Erstens haben die nationalen Parlamente nur ein Recht, Gesetzgebungsakte zu rügen, zweitens beschränkt sich die Möglichkeit, diese zu rügen, auf den Einwand, sie würden der Subsidiaritätsklausel nicht entsprechen. Nicht möglich ist dagegen, ein Gesetzesvorhaben einfach deshalb zu rügen, weil es politisch unerwünscht ist. Die europäische Dienstleistungsrichtlinie beispielsweise, gegen die es breiten Widerstand auch seitens der nationalen Parlamente gab, wäre von dem Verfahren wohl nicht erfasst. Drittens führen die Rügen nur dazu, dass die Kommission gemäß Art. 7 III Protokoll Nr.2 überprüft, ob sie an ihrem Vorschlag festhalten will. Wenn dies der Fall ist, müssen die Gesetzgebungsorgane der Union die Stellungnahmen der Mehrheit der nationalen Parlamente im Gesetzgebungsverfahren berücksichtigen, d.h. sie sind rechtlich nicht daran gebunden. Die Mehrheit der nationalen Parlamente hat keine Entscheidungsbefugnis. Schließlich ist auch die über die Änderung der Art. 23, 45 und 93 GG und Art. 8 des Protokolls Nr.2 vorgesehene Möglichkeit der Subsidiaritätsklage vor dem Europäischen Gerichtshof kein Mittel, um Legitimation zu vermitteln. Die Entscheidungskompetenz liegt bei der Jurisdiktion, nicht beim Repräsentativorgan.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die nationalen Parlamente nach den vorhandenen Regelungen des Lissaboner Vertrages kein ausreichendes Legitimationsniveau für europäische Hoheitsakte herstellen.

(2) Vertragserweiterung ohne nationale Parlamente

Die begrenzte Einzelermächtigung der Union, stellte das BVerfG im Maastricht Urteil fest, begründe eine ausreichende demokratische Legitimation. Dagegen könne nicht eingewendet werden, dass die Union mit Art. F III Maastricht Vertrag eine Kompetenz-Kompetenz erlange. Denn so das Gericht: „Gegen die Begründung einer Kompetenz-Kompetenz der Union durch Art. F Abs. 3 EUV spricht bereits, dass der Unions-Vertrag an keiner Stelle den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien erkennbar werden lässt, mit der Union ein selbstständiges Rechtssubjekt zu gründen, das Träger eigener Kompetenzen sein soll. Die Union besitzt nach Auffassung der Bundesregierung weder im Verhältnis zu den Europäischen Gemeinschaften noch zu den Mitgliedstaaten eine

gesonderte Rechtspersönlichkeit.“⁴⁴ Anders nun die explizite Regelung durch den Lissaboner Vertrag. Art. 47 EUV erklärt in der Fassung des Lissaboner Vertrags ohne Umschweife: „Die Union besitzt Rechtspersönlichkeit.“

Wichtiger für die Bewertung der Legitimation durch die nationalen Parlamente ist aber ein Vergleich der Regelung des Art. F III Maastricht Vertrag mit den neuen Regelungen. In der genannten Vorschrift heißt es nur: „Die Union stattet sich mit den Mitteln aus, die zum Erreichen ihrer Ziele und zur Durchführung ihrer Politiken erforderlich sind.“ Der Maastricht Entscheidung ist darin zu folgen, dass aus dieser Bestimmung kaum eine Kompetenz-Kompetenz abgeleitet werden kann. Der Lissaboner Vertrag enthält aber deutlich weitergehende Regelungen, die eine demokratische Legitimation der Übertragung von Hoheitsgewalt durch Einzelakte problematisch erscheinen lässt. In Art. 352 AEUV ist die Möglichkeit normiert, Kompetenzen zu dynamisieren – die sog. Flexibilisierungsklausel. Durch die Flexibilisierungsklausel wird der Rat ermächtigt, einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften zu erlassen, wenn ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich erscheint, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen und in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind. Da inzwischen fast alle wesentlichen Politikbereiche in den Politiken normiert werden, ermöglicht diese Vorschrift Kompetenzerweiterungen auch dort, wo Befugnisse bisher nicht vorgesehen sind. Hinzu kommt die vom Rat in Anspruch genommene und vom EuGH bestätigte Annexkompetenz, nach der es gestattet sein soll, die Durchsetzung der europäischen Maßnahmen mittels Strafnormen zu sichern.⁴⁵

Faktische Kompetenzerweiterungen finden weiter über die offene Methode der Koordinierung statt. Mit dem sog. Bologna-Prozess, der zu einer Orientierung des Hochschulsystems am us-amerikanischen System geführt hat, wurde – anerkannt mit der Lissabon-Strategie – ein informelles Element der Entscheidungsfindung eingeführt, das, wie man am Bologna-Prozess sehen kann, sehr weitreichende Folgen hat, faktisch

⁴⁴ BVerfGE 89, 155 [195].

⁴⁵ EuGH Rs. C-176/03; Rs. C-440/05; dazu: Braum, wistra 2006, 121; Kaijafa-Gbandi, ZIS 2006, 523; Kubiciel, NSTZ 2007, 136; Sugmann Stubs/ Jäger, KritV 2008, 57.

sehr effektiv ist und die europäischen Mitgliedstaaten einem enormen Veränderungsdruck aussetzt, auch wenn rechtlich keine verbindlichen Entscheidungen getroffen werden. Die Kommission hat diese Form der Entscheidungsfindung als offene Methode der Koordinierung oder als offene Koordinierungsmethode bezeichnet. Im Weißbuch zum Regieren in Europa wird die Methode in folgender Weise definiert: „Die ‚offene Koordinierungsmethode‘ wird fallweise angewandt. Sie fördert die Zusammenarbeit, den Austausch bewährter Verfahren sowie die Vereinbarung gemeinsamer Ziele und Leitlinien von Mitgliedstaaten, die manchmal wie im Falle der Beschäftigung und der sozialen Ausgrenzung durch Aktionspläne von Mitgliedstaaten unterstützt werden. Diese Methode beruht auf einer regelmäßigen Überwachung der bei der Verwirklichung dieser Ziele erreichten Fortschritte und bietet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, ihre Anstrengungen zu vergleichen und aus den Erfahrungen der anderen zu lernen.“⁴⁶ Klarer wird die Funktionsweise der offenen Koordinierungsmethode im Glossar von Eufis beschrieben: „Die Europäische Kommission legt Leitlinien für einen bestimmten Politikbereich (z.B. Beschäftigung, Armut) mit jeweils genauem Zeitplan für die Verwirklichung der in ihnen gesetzten kurz-, mittel- und langfristigen Ziele fest. Die EU-Mitgliedstaaten erstellen sogenannte ‚Nationale Aktionspläne (NAPs)‘, die von der Kommission gesammelt und auf Grundlage von quantitativen und qualitativen Indikatoren ausgewertet werden. Auf diese Weise findet ein Benchmarkingprozess statt, in dem die verschiedenen Politikpraktiken der Mitgliedstaaten verglichen werden und die EU-Mitglieder voneinander lernen können. Die Offene Methode der Koordinierung kann in Politikfeldern angewendet werden, in denen die Kommission nur über eine eingeschränkte Kompetenz verfügt und die vorwiegend im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten bzw. ihrer regionalen Gebietskörperschaften liegen.“⁴⁷

Mit der offenen Koordinierungsmethode werden die Entscheidungskompetenzen der nationalen Parlamente – auf Bundes- oder Länderebene – formell nicht angetastet. Die Parlamente setzen in formalen Prozessen die rechtlich unverbindlich formulierte Politik um. Die Methode lässt sich charakterisieren als formalisierter informaler Prozess, da,

⁴⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Europäisches Regieren – ein Weißbuch (Brüssel 2001), S. 28.

⁴⁷ <http://www.eufis.de/eu-glossar.html?&type=0&uid=222&cHash=ca3cae5a45>.

anders als bei vielen unter der erkennbaren Oberfläche ablaufenden informalen Einflusssträngen auf allgemein verbindliche Entscheidungen, hier über die Koordinierung durch die Kommission und die Beschlussfassung auf Ebene des Ministerrates ein formalisiertes Element hinzutritt, das nur insofern informal bleibt, als es keine Kompetenzen gibt und die Entscheidung nicht verbindlich ist. Aber auch durch einen solchen formalisierten informalen Prozess kann die Substanz demokratischer Entscheidungsfindung ausgehöhlt werden, weil der Prozess der Entscheidungsfindung überdeterminiert wird, womit gemeint ist, dass er nicht zwingend vorherbestimmt, aber doch faktisch einem so hohen Druck ausgesetzt wird, dass andere Entscheidungen kaum möglich sind. Die parlamentarische Beratung kann nicht mehr entlang der Fragestellung laufen, ob die in der offenen Koordinierungsmethode vereinbarte Politik richtig und vernünftig ist, sie wird vielmehr überlagert von der Frage, ob man aus der Reihe der europäischen Staaten sinnvoller Weise ausscheren soll. Die wirkliche Entscheidungsfindung findet dann wesentlich in der Kommission und im Rat statt, also in exekutiven oder administrativen Institutionen. Die lebendige Demokratie wird eingeschnürt, durch Benchmarking-Prozesse, die von außen vorgegeben werden und im übrigen dem Ansatz ökonomischen Effizienzkriterien verpflichtet und nicht von Kriterien der praktischen Vernunft bestimmt sind.

Im genannten Weißbuch wird expliziert, welche Funktion und Bedeutung diese Methode in Zukunft haben soll. „In Bereichen wie der Beschäftigungs-, der Sozial- und der Einwanderungspolitik steht sie neben dem programmbezogenen und dem legislativen Konzept. In anderen Bereichen, in denen wenig Spielraum für legislative Lösungen besteht, bringt sie einen europäischen Zusatznutzen, beispielsweise bei der Festlegung künftiger Ziele für die Bildungssysteme der Mitgliedstaaten.“⁴⁸ Sie führt nach der Intention zu einer Europäisierung politischer Entscheidungen, wo mit den Kompetenzen auch die demokratische Legitimation fehlt.

Neu ist im Lissaboner Vertrag ein vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren gemäß Art. 48 VI EUV, der vorschreibt: „Der Europäische Rat kann einen Beschluss zur Änderung aller oder eines Teils der Bestimmungen des Dritten Teils des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erlassen. Der Europäische Rat beschließt

⁴⁸

Kommission, ebenda.

einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments und der Kommission sowie, bei institutionellen Änderungen im Währungsbereich, der Europäischen Zentralbank. Dieser Beschluss tritt erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft.“ Die Änderung bedarf der Zustimmung der Mitgliedstaaten. Anders als im ordentlichen Änderungsverfahren, das in Art. 48 IV EUV bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die Vertragsänderungen ratifizieren müssen, ist im vereinfachten Änderungsverfahren nur eine Zustimmung der Mitgliedsstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften vorgesehen. Beim vereinfachten Änderungsverfahren fehlt also die Ratifikationsklausel. Dies sei, urteilte das BVerfG zur Erweiterung des Nato-Vertrages, „ein Indiz gegen den Vertragscharakter“.⁴⁹ Auch wenn völkerrechtliche Verträge in der Bundesrepublik der Zustimmung des Bundestages bedürfen, könnte in Zukunft auf dessen Zustimmung verzichtet werden mit dem Hinweis darauf, die Änderung betreffe nicht die politischen Beziehungen des Bundes und die Bundesgesetzgebung, unterfalle nicht der Ratifikationsklausel und sei deshalb nur eine Fortentwicklung⁵⁰ der bestehenden Europäischen Verträge. Zu bedenken ist überdies, dass Rückwirkungen auf die Bundesrepublik und die demokratische Legitimation der Union auch dann auftreten, wenn in anderen Mitgliedsstaaten bei einem vereinfachten Änderungsverfahren auf die Zustimmung der Parlamente verzichtet wird. Es kann zumindest politischer Druck auf die Abgeordneten des Bundestages entstehen, den europäischen Partnern zu folgen. Das vereinfachte Änderungsverfahren darf gemäß Art. 48 VI UA 3 EUV nicht zu einer Ausdehnung der der Union „übertragenen Zuständigkeiten“ führen. Der Begriff der Zuständigkeiten an dieser Stelle ist zumindest auslegungsbedürftig. Er lässt sich auch so verstehen, dass keine neuen Zuständigkeiten für Politikbereiche eingeführt werden dürfen, wohl aber die Befugnisse – so die ansonsten gebräuchliche Wortwahl – innerhalb der Politikbereiche, für die die Union zuständig ist, geändert werden können. Hier ist der Weg zu einer Kompetenz-Kompetenz offen.

⁴⁹ BVerfG 2 BvE 6/99, Urteil des Zweiten Senats vom 22. November 2001, Absatz-Nr. 134, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699.html.

⁵⁰ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 22. November 2001 - 2 BvE 6/99, Rnr. 152.

Das erscheint nicht an sich verfassungsrechtlich problematisch; problematisch ist, dass diese potenzielle Kompetenz-Kompetenz keine ausreichende demokratische Legitimation mehr für sich in Anspruch nehmen kann. Sie ist weder national noch europäisch ausreichend demokratisch legitimiert.

d) Legitimation durch die europäischen Institutionen

(1) Die Legitimation des Rates

Der Rat als das zentrale europäische Gesetzgebungsorgan kann nur beschränkte Legitimation vermitteln, da er aus Vertretern der Exekutive zusammengesetzt ist. Das Demokratieprinzip gebietet es aber, dass wesentliche Entscheidungen, die in vielen Gesetzgebungsakten vermutet werden können, durch das Parlament als Repräsentation des Volkes verabschiedet wird. Nun heißt dies nicht, dass die Vertreter der nationalen Regierungen an der Gesetzgebung und anderen Entscheidungen nicht teilnehmen dürfen. Die bundesstaatliche Verfassung der Bundesrepublik zeigt vielmehr, dass die Ergänzung der parlamentarischen Gesetzgebung durch Mitentscheidungs- oder Einspruchrechte der Ländervertreter als Machtbegrenzung fungieren kann und überdies spezifische regionale Interessen eingebracht werden können. Gerade das unterscheidet den Entscheidungsprozess in einer Ländervertretung wie dem Bundesrat aber von derjenigen im Parlament und muss – neben der nur mittelbaren Legitimation durch das Volk – zu dem Ergebnis führen, dass der Rat als Gesetzgebungsorgan nur unzureichend Legitimation vermitteln kann.

Der Prozess der staatlichen Willensbildung und die im demokratischen Staat entscheidende Rückkoppelung zwischen Staatsorganen und Volk erschöpft sich nicht in dem nur in Abständen wiederkehrenden Akt der Wahl des Parlaments.⁵¹ Die staatliche Willensbildung lässt sich in der Demokratie vielmehr beschreiben als Prozess, in den die unterschiedlichen Meinungen, Weltanschauungen und Interessen des Volkes einfließen. Willensbildung des Volkes und Willensbildung in den Staatsorganen, so entschied das BVerfG wiederholt, vollziehen sich in vielfältiger und tagtäglicher Wechselwirkung. Politisches Programm und Verhalten der Staatsorgane wirken unablässig auf die Willensbildung des Volkes ein und sind selbst Gegenstand der

⁵¹ BVerfG 85, 254 [285].

Meinungsbildung des Volkes; Meinungen aus dem Volk, sehr häufig vorgeformt und gestaltet vor allem in den politischen Parteien, aber auch z. B. über Verbände und über Massenmedien, wirken auf die Willensbildung in den Staatsorganen ein.⁵² Diese Wechselwirkung zwischen Willensbildung innerhalb und außerhalb der staatlichen Institutionen lässt es ebenso wenig zu, die legitimierende Funktion des Parlaments auf Akte der Übertragung von Hoheitsbefugnissen zu reduzieren, wie den demokratischen Prozess insgesamt auf den Wahlakt zu beschränken. Das ergibt sich aus der Lehre vom Parlamentsvorbehalt für wesentliche Entscheidungen. Dem Akt der parlamentarischen Entscheidung geht die eigentliche parlamentarische Arbeit voraus; nämlich die Prozesse, denen das Parlament seinen Namen verdankt, die Prozesse der demokratischen Beratung und Entscheidungsfindung, die in den Sternstunden des Parlaments im Plenum stattfindet, meist jedoch anerkanntermaßen in die Arbeit der Ausschüsse vorverlagert wird.⁵³ Für diese beratende, prozesshafte Entscheidungsfindung werden die Abgeordneten vom Grundgesetz mit einer Reihe von Rechten ausgestattet⁵⁴, die es erlauben, dass der Repräsentation in dem Sinne Rechnung getragen wird, dass die unterschiedlichen politischen Auffassungen, Weltanschauungen oder Interessen des Volkes – über Parteien und Parlament gefiltert – bei der Willensbildung repräsentiert werden, in die staatliche Willensbildung einfließen und so für die in der Demokratie entscheidende Rückkoppelung zwischen Staatsorganen und Volk Sorge tragen.

Das Prinzip der Repräsentation und der Beratung führt idealtypisch dazu, dass Interessen ausgeglichen werden, Kompromisse zwischen unterschiedlichen Interessen ermittelt werden oder über den Austausch von Argumenten und Gegenargumenten richtige, d.h. vernünftige, im allgemeinen Interesse liegende Lösungen gefunden werden. Diese idealtypische Vorstellung der staatlichen Willensbildung in der parlamentarischen Beratung hat zur Voraussetzung, dass erstens die unterschiedlichen Vorstellungen in der Bevölkerung sich einigermaßen im Parlament abbilden oder doch zumindest von den Abgeordneten aufgegriffen werden und unterschiedliche

⁵² BVerfGE 44, 125 [139 f].

⁵³ BVerfGE 44, 308 [317].

⁵⁴ BVerfGE 80, 188 [218] m.w.N.

Gesichtspunkte zur Sprache kommen. Zweitens ist eine idealtypische Entscheidungsfindung im obigen Sinne ausgeschlossen, wenn sich strukturelle Minderheiten herausbilden, indem Fragen nicht entlang politischer Konflikte, sondern vorgegebener struktureller Merkmale wie Religionszugehörigkeit, Stand oder eben Nationalität diskutiert werden.

Der Rat als Vertretung nationaler Interessen und Positionen kann diese, dem Parlament zugeordneten Funktionen nur unzureichend erfüllen und deshalb nur in beschränktem Ausmaß Legitimität für europäische Hoheitsakte vermitteln. Der Rat ist erstens nicht Repräsentativorgan, d.h. die Willensbildung des Volkes wird so stark gefiltert und schon personell reduziert, dass die dem Parlament zukommende beratende Funktion nur eingeschränkt wahrgenommen werden kann. Der zusätzliche Filter wird in doppelter Weise erzeugt: Erstens findet sich die nationale Opposition im Rat nicht wieder. Unterschiedliche politische Richtungen können dann allenfalls von unterschiedlichen Regierungsvertretern repräsentiert werden, was aber zu vergleichsweise willkürlichen Ergebnissen führt und den Grundsätzen gleicher Repräsentation nicht entsprechen kann. Zweitens kommen wechselnde politische Mehrheiten in den europäischen Völkern höchst vermittelt zum Ausdruck, nämlich erst dann, wenn die jeweiligen Regierungen abgewählt wurden. Der Rat ist deshalb – ähnlich wie der Bundesrat – eher eine Vertretung der besonderen nationalen Interessen, was in den Beratungen auch regelmäßig zum Ausdruck kommt, wenn etwa um CO₂-Begrenzungen für KFZ gestritten wird oder um die Subventionierung des Weinbaus usw. Dann aber geht es nicht um den argumentativen Streit unterschiedlicher politischer Meinungen, sondern um den Ausgleich nationaler Interessen, die es zumindest möglich machen, dass strukturelle Minderheiten entstehen, solange der Rat das zentrale Gesetzgebungsorgan ist. Kurz: Ein aus der Exekutive der Nationalstaaten zusammengesetztes Gremium wie der Rat kann parlamentarische Entscheidungen kontrollieren und aus dem spezifischen Blickwinkel nationaler Interessen korrigieren, aber nicht in dem Sinne ersetzen, als die Legitimation, die über die parlamentarische Beratung erzeugt wird, durch den Rat als zentrales Gesetzgebungsorgan vermittelt werden könnte. Der Rat ist in einem demokratischen Europa denkbar als zweite Kammer, nicht jedoch als zentrales Gesetzgebungsorgan. So meinen auch Herzog / Gerken: „Hierzu hätte der Rat, zumindest im Bereich der Gesetzgebung, zu einer zweiten Kammer im Sinne eines

klassischen Zwei-Kammer-Systems weiterentwickelt werden müssen – einer Kammer, die zwar einer sachwidrigen Zentralisierung Einhalt gebietet, jedoch nicht selbst eine treibende Kraft für sachwidrige Zentralisierung darstellt, indem sie national nicht durchsetzbare Partikularinteressen über die Europäische Union durchsetzt.“⁵⁵

(2) Legitimation von Grundrechtseingriffen durch das Europäische Parlament

Das Europäische Parlament könnte die europäischen Hoheitsakte in ausreichendem Maße legitimieren. Die Bedingungen wurden im Maastricht-Urteil in folgender Weise formuliert: „Bereits in der gegenwärtigen Phase der Entwicklung kommt der Legitimation durch das Europäische Parlament eine stützende Funktion zu, die sich verstärken ließe, wenn es nach einem in allen Mitgliedstaaten übereinstimmenden Wahlrecht gemäß Art. 138 Abs. 3 EGV gewählt würde und sein Einfluss auf die Politik und Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften wüchse.“⁵⁶ Der Einfluss des Parlaments auf die Rechtsetzung der Europäischen Union ist zwar gewachsen, dennoch bleibt der Rat das zentrale Rechtssetzungsorgan. Mit dem Lissaboner Vertrag wurde das Verfahren der Mitentscheidung verallgemeinert, das Verfahren der Zusammenarbeit wurde abgeschafft und ersetzt durch ein „besonderes Gesetzgebungsverfahren“. Damit wird die Mitentscheidung, die zukünftig ordentliches Gesetzgebungsverfahren heißt, aber nicht zum Regelverfahren. Es finden sich in den einzelnen Politikbereichen Sondervorschriften, die Einstimmigkeit oder qualifizierte Mehrheiten des Ministerrates und keine Mitwirkung oder nur ein Anhörungsrecht des Parlaments vorsehen. Die Zahl der Verfahren, die nur eine Anhörung des Parlaments vorsehen, ist auch nach dem Vertrag von Lissabon hoch. Die quantitative Verteilung ist etwas unübersichtlich. Nach eigener Zählung gibt es ca. 80 Verfahren der ordentlichen Gesetzgebung. Die Mitwirkung des Parlaments in Form der bloßen Anhörung lässt sich ca. 60 mal zählen, nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren sollen Entscheidungen in ca. 35 Fällen getroffen werden. Wie genau zu verfahren ist, wird in den jeweiligen Kompetenznormen unterschiedlich geregelt. In der Mehrheit der Fälle des besonderen Gesetzgebungsverfahrens entscheidet der Rat nach Anhörung des Parlaments. Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen der Rat einstimmig mit

⁵⁵ Herzog / Gerken, ebenda.

⁵⁶ BVerfGE 89, 155 [186].

Zustimmung des Parlaments entscheidet oder der Rat den Entscheidungen des Parlaments zustimmen muss, was insbesondere Fragen der Selbstorganisation des Parlaments etwa nach Art. 223 III AEUV betrifft. Quantitativ ergibt sich eine Stärkung des Parlaments in dem Sinne, dass das Mitentscheidungsverfahren ausgedehnt wurde. Dennoch bleibt der Rat das zentrale Gesetzgebungsorgan, was daran ersichtlich ist, dass es wohl kein Verfahren gibt, in dem das Parlament nach Anhörung des Rates entscheidet. Der Rat entscheidet darüber hinaus in wichtigen Fragen durch Rechtsakte mit allgemeiner Geltung, die abstrakt allgemeine Regelungen enthalten, ihre Ermächtigung im Primärrecht haben und so in der Regel nicht in gleichem Maße parlamentarisch legitimiert sind wie beispielsweise Rechtsverordnungen in Deutschland.

Abgesehen von diesen quantitativen Aspekten ist darauf abzustellen, ob der Rat wesentliche Entscheidungen, über die in Grundrechte der Bürger eingegriffen wird, ohne Zustimmung des Parlaments treffen kann. Auch hier lässt sich feststellen, dass der Rat das zentrale Gesetzgebungsorgan bleibt und wesentliche Rechtsakte ohne parlamentarische Legitimation erlassen kann. Dazu gehören etwa die Kompetenzen für die operative Zusammenarbeit zwischen Polizei und Zoll der Mitgliedstaaten und ihre Befugnisse in anderen Mitgliedsstaaten gemäß Art. 87 III, 89 AEUV, zur Verhängung restriktiver Maßnahmen gegen natürliche und juristische Personen z.B. zur Terrorbekämpfung gemäß Art. 215 II AEUV, zur Harmonisierung indirekter Steuern gemäß Art. 113 AEUV, für Maßnahmen im Familienrecht mit grenzüberschreitendem Bezug gemäß Art. 77 III AEUV, für Richtlinien, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken gemäß Art. 115 AEUV oder im Bereich der Umweltpolitik Vorschriften steuerlicher Art, zur Raumordnung und zur Wasserbewirtschaftung sowie zur Energieversorgung gemäß Art. 192 II AEUV. In all diesen Bereichen sind Regelungen zwar nicht grundsätzlich, aber doch in vielen Fällen mit Eingriffen in die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger verbunden. Die Legitimation durch das Parlament fehlt.

Als neue Kompetenztitel enthält der Lissaboner Vertrag im Bereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine Anzahl von neuen Kompetenznormen, die mit tiefgreifenden Eingriffen in die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger verbunden sind. So sollen gemäß Art. 83 Abs. 1 AEUV durch Richtlinien „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten“ geschaffen werden. Diese Mindestvorschriften sollen sich

auf „besonders schwere Kriminalität“ mit „grenzüberschreitende(r) Dimension“ beziehen. Als solche Kriminalitätsbereiche nennt Art. 83 Abs. 1 (II) AEUV dann aber neben dem Terrorismus, dem Menschenhandel und dem illegalen Drogenhandel auch die „Computerkriminalität“: Unter diesem unscharfen Begriff lässt sich unschwer eine große Anzahl alltäglicher Betrugsdelikte mit Hilfe des Internets erfassen, die häufig durchaus „grenzüberschreitend“ erfolgen, jedoch keineswegs zu den besonders schweren Straftaten zu rechnen sind.

Besonders bedenklich ist auch die Ermächtigung des Rates, durch Beschluss weitere Kriminalitätsbereiche zu bestimmen, für die solche europäischen Mindestvorschriften erlassen werden können, Art. 83 Abs. 1 (III). Darüber hinaus ermächtigt Art. 75 AEUV zum Erlass von Verordnungen zur Terrorismusbekämpfung, die einen „Rahmen für Verwaltungsmaßnahmen in Bezug auf Kapitalbewegungen und Zahlungen, wozu das Einfrieren von Geldern, finanziellen Vermögenswerten oder wirtschaftlichen Erträgen gehören kann,“ schaffen sollen. Mit solchen Ermächtigungen greift das neue Primärrecht der Europäischen Union nachhaltig in den Kernbereich des Rechtsstaatsprinzips ein, zu dem insbesondere die Schaffung von Straftatbeständen nach Maßgabe des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) und des Gebotes der Normenklarheit⁵⁷ gehört. Diese Schutzgewährleistungen des deutschen Grundgesetzes drohen durch die neuen Ermächtigungen für EU-Organe im Vertrag von Lissabon auf der Strecke zu bleiben, denn es ist kaum gesichert, dass die unmittelbar rechtsverbindlichen EU-Verordnungen zur Terrorismusbekämpfung nach Art. 75 AEUV angesichts der äußerst vagen Umschreibungen in diesem Vertragsartikel den aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 in Verb. mit Art. 28 Abs. 1 GG) folgenden Geboten der Tatbestandsbestimmtheit und Normenklarheit des deutschen Verfassungsrechts hinreichend gerecht werden.

Weiter enthält der Vertrag Bestimmungen sowohl zu Eurojust als Koordinierungsstelle bei der Verfolgung schwerer Kriminalität (Art. 85 AEUV) als auch zum Aufbau einer europäischen Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union (Art. 86 AEUV). Europol soll künftig nicht nur mit der Erhebung, Speicherung, Verarbeitung und dem Austausch personenbezogener Daten,

⁵⁷ BVerfG v. 03.03.2004; BVerfGE 110, 33 (53 f.); NJW 2004, 2213 ff.

sondern auch mit der „Koordinierung, Organisation und Durchführung von Ermittlungen und von operativen Maßnahmen“ betraut sein, Art. 88 Abs. 2 AEUV. Mit der Schaffung solcher polizeilichen Eingriffskompetenzen wird jedoch nicht nur der Grundrechtsschutz tangiert, auch die in der bundesrepublikanischen Ordnung angelegte Machtverteilung zwischen Bund und Ländern wird unterminiert, da die Polizeikompetenz der Länder einer Zentralisierung staatlicher Machtmittel in Form der Polizei entgegen wirken sollte. Die Dezentralisierung des Polizeiwesens gehört zu den fundamentalen Weichenstellungen bei der Schaffung des deutschen Grundgesetzes, die auf eine Entscheidung der Westalliierten zurückgeht (vgl. den „Polizeibrief“ vom 14. April 1949).⁵⁸ Zentrale Sicherheitsbehörden des Bundes (wie das BKA und der Bundesgrenzschutz, jetzt Bundespolizei) sollten die auf bestimmte Aufgaben begrenzte Ausnahme sein, die Ausübung polizeilicher Befugnisse durch entsprechende Länderbehörden dagegen die Regel.⁵⁹ Mit der Ausweitung der Aufgaben von Europol u.a. auf die Durchführung „operativer Maßnahmen“, also auch von (Zwangs-) Maßnahmen gegenüber Bürgern durch Art. 88 Abs. 2 AEUV, entsteht demgegenüber eine Gemengelage im Handeln der Länderpolizeien in der Bundesrepublik Deutschland, des BKA sowie von Europol. Dies ist nicht nur im Hinblick auf die Vornahme schwerwiegender Grundrechtseingriffe durch verschiedenartige hoheitsrechtlich handelnde Instanzen und die damit verbundenen Schwierigkeiten effektiven Rechtsschutzes bedenklich, sondern auch im Hinblick auf die Aushöhlung der originären Länderzuständigkeit für die Erfüllung polizeilicher Aufgaben. Die föderalistische Struktur der Bundesrepublik Deutschland, zu der ganz wesentlich auch die grundsätzliche Zuständigkeit der Bundesländer für das Polizeiwesen zählt, untersteht ebenso wie Demokratie und Rechtsstaat dem Schutz der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG. Die Aushöhlung dieser Struktur durch die neuen Polizeikompetenzen für Institutionen der EU nach dem Vertrag von Lissabon berührt mithin den änderungsfesten Kern der deutschen Verfassungsordnung. Die genannten Vertragsbestimmungen sind deshalb mit Art. 79 Abs. 3 GG, der gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG auch für Änderungen der vertraglichen Grundlagen der EU gilt, nicht vereinbar.

⁵⁸ Roggan/Kutscha, Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, S. 79; Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, RdNr. A 75.

⁵⁹ BVerfG v. 28.01.1998; BVerfGE 97, 198 ff.; NJW 1998, 1381 ff.

(3) Demokratische Legitimation und gleiche Repräsentation im EP

Demokratische Legitimation über das Europäische Parlament würde weiter bedeuten, dass dem demokratischen, (in allen Demokratien akzeptierten) Prinzip der Wahlrechtsgleichheit gefolgt wird. Eine demokratische Repräsentation setzt voraus, dass das Prinzip der Gleichheit aller Stimmen gilt. Dies soll auch nach dem Vertrag von Lissabon im Europäischen Parlament nicht der Fall sein. Der Vertrag sieht in Art. 14 II EUV vor: „Das Europäische Parlament setzt sich aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen. Ihre Anzahl darf 750 nicht überschreiten. Die Bürgerinnen und Bürger sind im Europäischen Parlament degressiv proportional, mindestens jedoch mit sechs Mitgliedern je Mitgliedstaat vertreten. Kein Mitgliedstaat erhält mehr als 96 Sitze.“

Malta hat ca. 380.000 Einwohner und sechs Abgeordnete. Die Bundesrepublik hat ca. 82 Mio. Einwohner und 96 Sitze. In Malta würden ca. 6300 Einwohner von einem Abgeordneten vertreten, in der BRD sind es ca. 854000 Einwohner, die von einem Abgeordneten vertreten würden. Dabei geht es nicht um einen unterschiedlichen Erfolgswert der Stimmen, wie er beim Mehrheitswahlrecht auch eintreten kann. Vielmehr normiert der Vertrag eine strukturell ungleiche Repräsentation der europäischen Völker. Nun lässt sich einwenden, dass der Stand der europäischen Integration verstanden als Zusammenwachsen der Völker insbesondere nach den umfangreichen Erweiterungen es noch nicht zulässt, eine gleiche Repräsentation einzuführen, weil die kleineren Staaten ansonsten mit sehr wenigen eigenen Abgeordneten vertreten sein würden. Das Prinzip der degressiven Proportionalität ist in einer sich entwickelnden staatlichen Gemeinschaft wie der EU richtig und unvermeidbar, aber es markiert Grenzen der demokratischen Legitimation des Europäischen Parlaments. Das Problem liegt hier wie bei anderen Fragen der Parlamentsrechte in der eingeschränkten demokratischen Reformbereitschaft. Mit dem Lissaboner Vertrag wurden keine Schritte in Richtung Wahlrechtsgleichheit eingeleitet, vielmehr wurde die mit dem Nizza-Vertrag bestehende Ungleichheit verstärkt, und es fehlt jeder rechtliche und auch politische Hinweis darauf, dass die gleiche Repräsentation Ziel der Europäischen Union sein wird.

Die Rechte des Europäischen Parlaments sind insoweit beschränkt, als ihm gemäß Art. 17 II EUV grundsätzlich das Recht fehlt, eigene Gesetzesinitiativen zu starten. Das Recht der Gesetzesinitiative – ein Kernrecht der Legislative – liegt bei der Kommission.

Diese wird als Spitze der Exekutive zwar vom Parlament gewählt, aber auch hier liegt gemäß Art. 17 VII EUV das Vorschlagsrecht beim Rat, der die politischen Mehrheiten im Europäischen Parlament bei der Auswahl der Kandidaten des Kommissionspräsidenten berücksichtigen soll. Die Praxis zeigt aber, dass eher die politischen Farben der nationalen Regierungen den Ausschlag bei der Auswahl der Mitglieder der Kommission bestimmend sind. Das Vorschlagsrecht liegt auch mit Blick auf die Mitglieder der Kommission nach dem Lissaboner Vertrag beim Rat.

Der Konvent hatte in seinem ursprünglichen Vorschlag ein anderes Verfahren vorgesehen. Gemäß Art. 26 II des Verfassungsentwurfs des Konvents sollte jeder durch das Rotationssystem bestimmte Mitgliedstaat eine beide Geschlechter berücksichtigende Liste von drei Personen erstellen, die er für geeignet erachtet, das Amt eines Europäischen Kommissars auszuüben. Der gewählte Präsident sollte die dreizehn Europäischen Kommissare aufgrund ihrer Kompetenz, ihres Engagements für Europa und ihrer Gewähr für Unabhängigkeit benennen, indem er aus jeder Vorschlagsliste eine Person auswählt. Der Präsident und die als Mitglieder des Kollegiums benannten Persönlichkeiten einschließlich des künftigen Außenministers der Union sowie die als Kommissare ohne Stimmrecht benannten Persönlichkeiten sollten sich dann gemeinsam dem Zustimmungsvotum des Europäischen Parlaments stellen.⁶⁰ Dieser Vorschlag hätte erstens zu einer Stärkung des Parlaments und des Kommissionspräsidenten gegenüber dem Rat geführt, zugleich wäre aber auch die politische Verantwortlichkeit der Kommission deutlicher geworden, während die politischen Farben jetzt hinter der nationalen Delegation verschwinden. Dieser Schritt der beschränkten Demokratisierung wird im Lissaboner Vertrag nicht mitgegangen.

Das Europäische Parlament vermittelt nicht in dem Umfang demokratische Legitimation, wie es dem von Art. 79 III i.V.m 20 I GG geforderten Demokratieprinzip entsprechen würde. Es legitimiert weder die Europäische Kommission in ausreichendem Maße, noch entspricht das Niveau der Legitimation Europäischer Rechtsakte dem vom Demokratieprinzip geforderten und dem von den entwickelten demokratischen Staaten akzeptierten Niveau demokratischer Gesetzgebung.

⁶⁰

<http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.de03.pdf>.

III. Demokratieprinzip und Offenheit der konstitutionellen Grundlagen

1. Das demokratische Prinzip wechselnder Mehrheiten

Demokratie lässt sich nicht nur kennzeichnen über die Legitimation der Staatsgewalt. Zum demokratischen Prozess gehört – weitgehend unbestritten – der Wettbewerb um die politische Macht, also das Wechselspiel von Minderheit und Mehrheit. Als Demokratie lässt sich eine Gesellschaftsordnung kennzeichnen, die mit der Wahl – zumindest auch – einen Mechanismus geschaffen hat, über den politische Mehrheiten, politische Konzeptionen und politische Entscheidungsträger auf eine friedliche, unblutige Weise abgelöst oder gewechselt werden können. Die Meinungsfreiheit ist konstitutives Element der Demokratie unter der Voraussetzung, dass unterschiedliche Meinungen existieren und der demokratische Prozess auch ein Wettstreit dieser Meinungen ist, ein Wettstreit der Meinungen um Zustimmung, die in politische Mehrheiten mündet. Der demokratische Wettstreit um die Zustimmung von Mehrheiten ist natürlich nicht Selbstzweck. Die Meinung der Mehrheit muss sich in Politik umsetzen lassen, d.h. veränderte Mehrheiten müssen die Chance zu einer veränderten Politik eröffnen. Dieses Prinzip wechselnder Mehrheiten und wechselnder politischer Konzeptionen muss weiter auf einer Zeitachse gedacht werden. Gegenwärtige Mehrheiten dürfen die politische Entscheidungsfindung zukünftiger Mehrheiten normativ nicht überdeterminieren. Thomas Jefferson hat dies radikal so formuliert: „Each generation has a right to choose for itself the form of government it believes the most promotive of its own happiness. ... A solemn opportunity of doing this every 19 or 20 years should be provided by the constitution.“⁶¹

Moderner ausgedrückt: Ihr Lebensentwurf darf den neuen Generationen nicht durch die Gründungsväter und –mütter für alle Zeiten vorgeschrieben werden. Dieser radikal-demokratische Anspruch muss offensichtlich abgewogen werden mit der Notwendigkeit, die konstitutionellen Grundlagen einer Gesellschaft gegen taktische Manöver aktueller Mehrheiten zu sichern, d.h. mit dem Schutz der Teilhaberechte aktueller Minderheiten. Dennoch ist festzuhalten, dass die demokratische Teilhabe der Bürger zwingend mit dem Anspruch verbunden ist, Einfluss zu nehmen auf die Frage, „wie wollen wir leben?“, also auf die Politik.

⁶¹

Jefferson, Democracy (selected and arranged by S. Padover, New York 1969), S. 104.

Die demokratische Idee fordert also, dass die konstitutionellen Grundlagen in Form der europäischen Verträge, des europäischen Primärrechts, einen Rahmen zur Verfügung stellen, innerhalb dessen unterschiedliche Politiken verfolgt werden und unterschiedliche Entwürfe zur Gestaltung der Gesellschaft verwirklicht werden können. Eine demokratische Konstitution kann deshalb nur mit Blick auf die demokratischen Regeln Festlegungen treffen und nicht selbst Antwort auf die Frage geben, was besonders förderlich für die Verwirklichung des Glücks ist – wie Jefferson es formuliert hat. Die Bürgerinnen und Bürger sollen ihre Konflikte auf der Grundlage der konstitutionellen Regeln austragen und ihre politischen Vorstellungen im Rahmen dieses grundlegenden Vertrages verfolgen. Dazu muss die prinzipielle Chance bestehen, dass der Einzelne innerhalb der gesellschaftlichen Verfasstheit seinen individuellen Lebensentwurf verwirklichen kann, ihm müssen Freiheitsrechte eingeräumt werden, um sein Leben individuell zu gestalten, und es folgt ein Anspruch auf demokratische Teilhabe, weil der individuelle Lebensentwurf vom gesellschaftlichen Entwurf abhängig ist. Aus der individuellen, liberalen Sichtweise auf die Grundregeln einer gesellschaftlichen Ordnung folgt, dass diese den Einzelnen so viele Rechte und Mitwirkungsmöglichkeiten einräumen, dass sie deren Regeln akzeptieren und auf Gewaltanwendung verzichten. Teilhabe- und Freiheitsrechte begründen gleichsam eine Option auf die Zukunft. Sie gestatten den einzelnen Bürgerinnen und Bürgern, ihre Zukunft nach ihrer Façon zu gestalten; sie eröffnen so zunächst auf der individuellen Ebene einen Spielraum in die Zukunft, dann aber auch auf der gesellschaftlichen Ebene, weil die individuellen Möglichkeiten von den gesellschaftlichen Bedingungen abhängig sind. Aus individueller Sicht müssen die vertraglichen Grundregeln einer gesellschaftlichen Ordnung eine offene Zukunft normieren, in der sich der Einzelne entfalten kann.

Aus einer pluralistisch-kollektiven Sicht lassen sich die konstitutionellen Grundlagen einer gesellschaftlichen Ordnung als Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Anschauungen, Konzeptionen und Interessen der gesellschaftlichen Gruppen charakterisieren; ein Kompromiss, der es ihnen ermöglicht, auf den Einsatz von Gewalt zu verzichten und ihre Interessensgegensätze oder Konflikte innerhalb des legalen Rahmens, den normativen Spielregeln der Gesellschaft austragen. Das kann nur funktionieren, wenn diese konstitutionellen Grundlagen einen Raum für solche Konflikte offen halten, einen Raum, unterschiedliche Vorstellungen von Gesellschaft,

unterschiedliche politische Konzeptionen zu verfolgen mit der Chance, sie politisch umzusetzen. Was bedeutet, dass eine Aussicht der politischen Minderheit besteht – gewaltlos – zur politischen Mehrheit werden zu können. Es umfasst das gegenseitige Übereinkommen, bei wechselnder Mehrheit Beschlüsse der neuen Mehrheit zu akzeptieren und umgekehrt von Repressionen gegen die Minderheit abzusehen. Rechtsstaatlich abgesicherte Demokratie in diesem Sinne ist ohne Zweifel ein zivilisatorischer Fortschritt, da beide Seiten auf Gewaltanwendung verzichten können.

Aus der pluralistisch-kollektiven Sicht folgt weiter, dass die gesellschaftlichen Gruppen ihr nicht zustimmen können, wenn die Verfassung mit strukturellen Minderheiten lebt oder diese sogar konstituiert. Wenn für die jeweilige Minderheit keine oder wenig Chancen bestehen, ihre Position einzubringen, hat sie keine Veranlassung, dem Gesellschaftsvertrag zuzustimmen. Strukturelle Minderheiten können aber auch durch Festlegungen der Verfassung entstehen, die es unmöglich machen, die individuellen oder kollektiven Interessen, Wertvorstellungen und Präferenzen in der so konstituierten Gesellschaft mit der Chance einzubringen, sie zu verwirklichen. Um strukturelle Minderheiten zu vermeiden, muss die politische Auseinandersetzung ins Zentrum gestellt werden. Die Zentralität der politischen Auseinandersetzung verschiebt zumindest die Blickrichtung auf Fragen, bei denen strukturelle Minderheiten nicht a priori festgelegt sind. Das heißt: Die Institutionen einer demokratischen Gesellschaft müssen um die Zentralität des politischen Konflikts arrangiert sein. Letzteres, das wurde schon gezeigt, ist im Falle der europäischen Institutionenordnung nicht der Fall. Gegenwärtig führt die Unerkennbarkeit politischer Konfliktlinien nur zu politischer Apathie in Form von Wahlenthaltungen bei den Wahlen zum Europäischen Parlament. Die Dominanz des nationalen Interessenausgleichs birgt aber immer die Gefahr, den gefundenen konstitutionellen Kompromiss aufzugeben, insbesondere wenn die europäische Integration nur in Form der von Europa erzwungenen Vermarktlichung aller gesellschaftlichen Bereiche den Bürgerinnen und Bürger Europas entgegen tritt. Das Demokratieprinzip kann also auch dann zur leeren Hülle werden, wenn der Spielraum für einen politischen Richtungswechsel über die normativen Grundlagen der gesellschaftlichen Ordnung, d.h. über das Europäische Primärrecht beseitigt oder zu eng geschnürt wird.

2. Marktradikale Ordnung und Substanzverlust der Demokratie

Der Lissaboner Vertrag normiert eine Marktordnung entsprechend einer wirtschaftsliberalen Orthodoxie, die abweichenden politischen Konzeptionen für die Zukunft ausschließen. Er ist insofern nicht zukunfts offen. Die wirtschaftspolitischen Festlegungen finden sich auch schon im Maastricht-Vertrag. Der Lissaboner-Vertrag unterscheidet sich deshalb vom Maastricht-Vertrag, weil dieser einen Weg in die Währungsunion eröffnete, aber keinen Endzustand markierte, während der Lissaboner Vertrag deutlich als Abschluss des bisherigen Integrationsprozesses konzipiert ist. Diese Festlegung auf eine marktradikale Ordnung, auf eine marktradikale Wirtschaftspolitik, die andere politische Konzeptionen, selbst eine Reregulation der Finanzmärkte oder eine Rückkehr zu einer von Keynes inspirierten Wirtschaftspolitik ausschließt, durchzieht den gesamten Vertrag, kennzeichnet seinen Charakter und findet sich in den unterschiedlichsten Formen, die hier exemplarisch darzulegen sind.

Scheinbar harmlos kommt Art. 64 II AEUV daher, wonach im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern beschlossen werden sollen. Dabei wird der Zielkorridor allerdings gleich formuliert als „Bemühungen um eine möglichst weitgehende Verwirklichung des Zieles eines freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern.“ Auch wenn man der Konzeption eines europäischen Binnenmarktes als eine Form der europäischen Integration folgt, befinden sich nach der Diskussion um Probleme der Globalisierung und die Herrschaft der Finanzmärkte Ansätze, die eine Reregulierung der Finanzmärkte befürworten, nicht mal mehr in einer gesellschaftlich randständigen Position. Die sog. Heuschrecken sind nur über Finanzmarktregulationen, die immer mit Einschränkungen des Kapitalverkehrs verbunden sind, zu kontrollieren. Das gilt schon auf europäischer und erst recht auf internationaler Ebene. Gleichsam eine Ewigkeitsgarantie für international deregulierte Finanzmärkte hält dann Art. 64 III AEUV bereit: „Abweichend von Absatz 2 kann nur der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments Maßnahmen einstimmig beschließen, die im Rahmen des Unionsrechts für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittländern einen Rückschritt darstellen.“ Wirkliche Optionen für einen politischen Richtungswechsel werden damit in so starkem Maße erschwert, dass der Kern demokratischer Meinungs- und Willensbildung betroffen ist.

Der Lissaboner Vertrag verpflichtet politische Entscheidungen auf die offene Marktwirtschaft, auch wenn der Verweis auf den freien und unverfälschten Wettbewerb als Zugeständnis Sarkozy's an die Kritiker am Verfassungsvertrag aus den Zielbestimmungen der EU gestrichen wurde. Art. 4 Verfassungsentwurf (VVE), der die Zielbestimmung enthielt, wird jetzt Art. 119 AEUV, also unter die Wirtschafts- und Währungspolitik subsumiert, und verpflichtet die Union auf den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“.

Die „offene Marktwirtschaft“ findet sich in weiteren Vorschriften: Nach Art. 120 AEUV handeln die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft „im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und halten sich dabei an die in Artikel 119 genannten Grundsätze.“ Art. 127 AEUV lautet: „Das EZB handelt im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und hält sich dabei an die in Artikel 119 genannten Grundsätze.“ Das EZB wird im gleichen Artikel nicht auf wirtschaftliches Gleichgewicht oder Vollbeschäftigung, sondern einseitig auf Preisstabilität verpflichtet, was Ausdruck einer wirtschaftspolitischen Konzeption ist, über die sich trefflich streiten lässt. Diese marktradikale wirtschaftspolitische Konzeption findet sich inhaltlich im Verbot der Beihilfen, das staatliche und regionale Industrie- und Strukturpolitik grundlegend präjudiziert und gegenüber wirtschaftspolitischen Konzeptionen, wie sie in der Bundesrepublik noch in den 1970er Jahren verfolgt wurden, einen radikalen Paradigmenwechsel darstellt, der über das Primärrecht dem demokratischen Meinungskampf entzogen ist.

Das Zusammenspiel unterschiedlicher Normen des Lissaboner Vertrages legt die Gemeinschaft und auch die Mitgliedstaaten auf eine angebotsorientierte Wirtschaftspolitik fest, d.h. es schließt den politischen Wechsel z.B. zu einer nachfrageorientierten Wirtschaftspolitik aus, die jedenfalls in anderen westlichen Staaten die gleiche wissenschaftliche Reputation hat wie sie die liberale Orthodoxie und die wirtschaftspolitische Praxis nach dem Zweiten Weltkrieg auch in der Bundesrepublik geprägt hat. Zu diesen wirtschaftspolitischen Festlegungen gehört die schon erwähnte Festlegung auf die Preisstabilität, die für die Mitgliedstaaten mit dem Defizitkriterium (des Art. 126 II AEUV i.V.m. mit Art. 1 des Protokolls Nr. 12) einer Politik des Defizit-Spendings enge Grenzen setzt oder z.B.

Zukunftsinvestitionsprogramme mit dem Ziel, die Arbeitslosigkeit zu verringern, von der Einhaltung der Haushaltsdisziplin abhängig macht. Das gleiche gilt für die Union, die über die Beschränkung auf die Eigenmittel der Union gemäß Art. 311 AEUV keine antizyklische Wirtschaftspolitik betreiben kann. Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine solche Politik sinnvoll ist oder nicht, es kommt darauf an, dass politische Richtungen, die für eine solche Politik optieren, in der Lage sein müssen, diese umzusetzen, wenn sie dafür die politischen Mehrheiten erlangen. Das schließen die gegenwärtigen Regelungen aus, womit der demokratische Prozess sinnentleert wird.

Die Union legt sich auf Wettbewerb und Privatisierung von unterschiedlichen Netzen der Infrastruktur und Daseinsvorsorge fest. Gemäß Art. 170 AEUV trägt die Gemeinschaft zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur bei. Geregelt wird in der Vorschrift aber auch der Modus, wie das geschehen soll. In Absatz zwei heißt es nämlich: „Die Tätigkeit der Gemeinschaft zielt im Rahmen eines Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte auf die Förderung des Verbunds und der Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze sowie des Zugangs zu diesen Netzen ab.“ Auch hier lässt sich trefflich darüber streiten, ob eine Politik des Wettbewerbs und der Privatisierung im Rahmen offener Märkte der Versorgung der Bevölkerung dient, die Verkehrsleistungen verbessert oder nur preiswerter macht. Der Streit um die Privatisierung der Bahn zeugt von den unterschiedlichen Konzeptionen, sie ist aber letztlich nur konsequent im Rahmen der Durchsetzung wettbewerbsorientierter europäischer Verkehrsmärkte.

Dabei ergibt sich die Vermarktlichung nicht zwangsläufig aus der Integration der Union, aus dem Ziel, einen gemeinsamen Binnenmarkt herzustellen. Einer der größeren Integrationsprozesse, der auch der Herstellung eines gemeinsamen Marktes diene, war die Gründung des Deutschen Reiches von 1871. Diese war aber keineswegs mit einer Privatisierung und Marktöffnung im Bereich des Eisenbahnverkehrs, sondern mit einer Verstaatlichung der bis dato weitgehend privaten – insbesondere süddeutschen – Bahnen verbunden. Der gemeinsame Markt wurde verwirklicht, auch wenn Art. 41 Reichsverfassung von 1871 es erlaubte, dass Eisenbahnen zum Zweck der Verteidigung „unbeschadet der Landeshoheitsrechte, für Rechnung des Reichs angelegt oder an

Privatunternehmer konzessioniert⁶² werden konnten und die weiteren Vorschriften nicht auf Wettbewerb, sondern auf eine angemessene Versorgung angelegt waren. Die Entscheidung für Infrastrukturnetze im Rahmen eines Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte entspringt nicht den Bedürfnissen oder Notwendigkeiten der europäischen Integration, nicht einmal der Herstellung eines gemeinsamen Marktes, sondern ist eine politische Festlegung, die im gesellschaftlichen Diskurs inzwischen hoch umstritten ist. So werden im Ergebnis die Entscheidungsspielräume der zukünftigen Politik in so hohem Maße einschränkt, dass im Kontext aller wirtschaftspolitischen Festlegungen der Kernbereich des demokratischen Verfahrens, das politische Richtungswechsel erlauben muss, betroffen ist.

Letztlich gefährdet eine derart starre Ausrichtung den Integrationsprozess selbst, der in seinen Anfängen auch den Charakter einer Einbindung Deutschlands in die europäischen Demokratien hatte, also neben der europäischen Verständigung auch die demokratische Entwicklung Europas zum Ziel hatte. Der Integrationsprozess wird gefährdet, weil bei einer anderen politischen Ausrichtung als derjenigen, die jetzt im Lissaboner Vertrag festgeschrieben wird, nur der offizielle oder gleichsam verdeckte Ausstieg aus der Union als politische Alternative bleibt.

3. Die Beschränkung der demokratischen Gestaltung des Sozialstaates

Mit der verbindlichen Festlegung der EU auf eine wettbewerbsorientierte „offene Marktwirtschaft“ wird der Spielraum für eine demokratische, sozialpolitische Gestaltung, wie ihn das deutsche Grundgesetz eröffnet und mit dem Sozialstaatsprinzip einfordert, empfindlich eingeschränkt. Wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach festgestellt hat, enthält das Grundgesetz keine Festlegung auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung.⁶³ „Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keinesfalls aber die allein mögliche. ... Daher ist es verfassungsrechtlich ohne Bedeutung, ob das Investitionshilfegesetz im Einklang mit der bisherigen Wirtschafts- und Sozialordnung steht und ob das zur

⁶² http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/18710416_germaniaImpero_ted.pdf.

⁶³ BVerfG v. 01.03.1979; BVerfGE 50, 290 [336 f.]; NJW 1979, 699 ff.

Wirtschaftslenkung verwandte Mittel ‚marktkonform‘ ist“.⁶⁴ Damit hat das Bundesverfassungsgericht den Versuchen, eine normative Gewährleistung marktwirtschaftlicher Strukturen in das Grundgesetz „hineinzulesen“, eine deutliche Absage erteilt.⁶⁵ In der Tat eröffnet u. a. die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG dem Staat die Möglichkeit zu grundlegenden Eingriffen in die Wirtschaftsordnung mit dem möglichen Ziel der Herstellung von mehr sozialer Gerechtigkeit. Diese normative Zielvorgabe für staatliches Handeln ergibt sich immerhin aus dem Sozialstaatspostulat, das in den Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG verankert ist. Zwar belässt das Sozialstaatsprinzip, wie das Bundesverfassungsgericht wiederholt feststellte, dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum. Es verpflichtet ihn jedoch, „für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze zu sorgen“.⁶⁶

Der Marktradikalismus wird außer durch die Zielvorgaben auch durch strukturelle Entscheidungen des Lissaboner Vertrages zementiert. Der Vertrag sieht umfangreiche Kompetenzen der Union in allen wirtschaftspolitischen Fragen vor, dazu gesellen sich weitreichende Kompetenzen in Bereichen, die als staatliche Gewährleistung des oder als Vorleistungen für das Marktsystem bezeichnet werden können. Dazu gehört die Regelungsbefugnis im Bereich der infrastrukturellen Netze ebenso wie die Regulierung ökologischer Standards. Damit werden nicht nur die Voraussetzungen der Marktwirtschaft geschaffen oder gesichert, sondern diese Bereiche der Konkurrenz weitgehend entzogen. Niedrige Umweltstandards sind innerhalb der Europäischen Union kein Standortargument, da sich die Staaten – trotz Abweichungsmöglichkeit nach oben – weitgehend an den europäischen Vorgaben orientieren. Wo die Standards gleich oder ähnlich sind, ergibt sich in diesem Bereich keine Konkurrenzsituation der Standorte, Regionen oder Mitgliedstaaten untereinander.

Anders sieht es dagegen im Bereich des Steuerrechts und der sozialen Sicherung aus. Für beide Politiken hat die Union nur eine sehr beschränkte Kompetenz. Im Steuerrecht können nur indirekte Steuern über einstimmige Regelungen festgelegt werden, was nicht geschehen ist. Die Systeme der sozialen Sicherung liegen weitgehend in der

⁶⁴ BVerfG v. 20.07.1954; BVerfGE 4, 7 [18].

⁶⁵ vgl. Stein/Frank, Staatsrecht, § 45 I.

⁶⁶ BVerfG v. 27.04.1999; BVerfGE 100, 271 [284]; NJW 1999, 3033 ff.

Verantwortungskompetenz der Mitgliedstaaten. Wenn die Union sich selbst über den Wettbewerb definiert und in anderen wirtschaftlich relevanten Bereichen die Tendenz besteht, annähernd gleiche Regelungen zu treffen, muss der politisch verantwortete Wettbewerb als Standortwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich des Steuerrechts und der sozialen Sicherung mit Auswirkungen auf das Lohngefüge stattfinden. Und eben dieser Wettbewerb ist zu beobachten als rat race um niedrigere Steuersätze und um den Abbau sozialer Sicherung. Diese Politik ist nicht nur Zufall oder Ausdruck des politischen Willens, vielmehr gibt es durch das europäische Primärrecht strukturelle Vorentscheidungen, die eine solche Politik als alternativlos erscheinen lässt, auch wenn ihr die Bevölkerung bei Umfragen in der Regel nicht zustimmt. Auch auf diese Weise wird der demokratische Willensbildungsprozess überdeterminiert und führt zu einer Krise der Repräsentation, bei der die Volksvertretung sich immer öfter gezwungen fühlt, Entscheidungen zu treffen, die von den Vertretenen mit vergleichsweise klaren Mehrheiten abgelehnt werden.

Auch das Streikrecht als Errungenschaft der abhängig Beschäftigten soll nach jüngsten Urteilen des Europäischen Gerichtshofes nur noch dann gelten, wenn durch dessen Wahrnehmung die Niederlassungsfreiheit (jetzt Art. 49 AEUV) oder der freie Dienstleistungsverkehr in der Union (jetzt Art. 56 AEUV) nicht übermäßig eingeschränkt werden.⁶⁷ Damit werden Abwehrmaßnahmen von lohnabhängig Beschäftigten gegen Lohndumping z. B. in Gestalt des Ausflaggens von Schiffen in Billiglohnländer oder des Unterlaufens von Tarifverträgen erheblich erschwert. Der Europäische Gerichtshof postuliert einen Geltungsvorrang des Gemeinschafts- bzw. des Unionsrechts selbst gegenüber nationalstaatlichem Verfassungsrecht.⁶⁸ Unter dieser Prämisse kann erwartet werden, dass der Geltungsanspruch der „Ewigkeitsklausel“ nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG missachtet werden wird. Die Klausel dürfte dabei für den Europäischen Gerichtshof ohne Belang sein – so wie er bereits den damaligen Art. 12 a Abs. 4 Satz. 2 GG ignorierte, wonach Frauen bei den Streitkräften keinen Dienst mit der Waffe leisten durften.⁶⁹ Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es deshalb nicht hinnehmbar,

⁶⁷ EuGH v. 11.12.2007, Rs. C-438/05; EuZW 2008, 246 ff.; EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-341/05.

⁶⁸ EuGH v. 15.07.1964, Slg. 1964, 1251 [1270].

⁶⁹ EuGH v. 11.01.2000; NJW 2000, 497 ff.

dass das Sozialstaatsprinzip des deutschen Grundgesetzes entgegen Art. 79 Abs. 3 in Verb. m. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG durch den Vertrag von Lissabon der konkreten Gefahr ausgesetzt wird, durch angeblich „wettbewerbsfördernde“ europäische Rechtssetzung und Rechtsprechung ausgehebelt zu werden.

IV. Legitimation im Prozess der Entstehung einer neuen Hoheitsgewalt

Nun lässt sich einwenden, dass der hier angelegte Maßstab zu streng ist, die europäischen Institutionen und Entscheidungsprozesse nicht am Niveau demokratischer Legitimation in den nationalstaatlichen europäischen Demokratien gemessen werden dürfen, weil die europäische Integration ein Prozess ist, in dessen Verlauf eine Hoheitsgewalt entsteht, die im Prozess der Integration einer Erweiterung oder eines Anhebens des Niveaus demokratischer Legitimation bedarf. Ähnlich hat das Gericht im Maastricht-Urteil argumentiert, dass im Prozess der Integration das Demokratieprinzip nur in unterschiedlichem Maße verwirklicht werden kann. Weil im Staatenverbund die Mitgliedstaaten souverän bleiben und eigenständig ihre Politik und diejenige des Staatenverbundes legitimierten, dürfe der Erlass europäischer Rechtsnormen - unbeschadet der Notwendigkeit einer demokratischen Kontrolle der Regierungen - in größerem Umfang bei einem von Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten, also exekutiv besetzten Organ, liegen, als dies im staatlichen Bereich verfassungsrechtlich hinnehmbar wäre.⁷⁰ Umgekehrt muss jedoch gelten, dass eine zunehmende Integration der Union, d.h. die Übertragung weiterer Hoheitsrechte mit einer Stärkung der demokratischen Teilhabe auf der Ebene der Union verbunden sein muss. „Entscheidend ist,“ formulierte das Gericht in der Maastricht-Entscheidung, „dass die demokratischen Grundlagen der Union schritthaltend mit der Integration ausgebaut werden und auch im Fortgang der Integration in den Mitgliedstaaten eine lebendige Demokratie erhalten bleibt.“⁷¹ Ob im Übergang von Maastricht zum Lissaboner Vertrag ein entsprechend schritthaltender Ausbau der demokratischen Legitimation, der eine lebendige Demokratie sichert, erfolgt ist, lässt sich angesichts der weiter bestehenden, oben diskutierten Demokratiedefizite nur anhand der Frage beantworten, welches Entwicklungspotenzial in Richtung Stärkung der demokratischen Teilhabe der Vertrag

⁷⁰ BVerfGE 89, 155 [187].

⁷¹ BVerfGE 89, 155 [186, 213].

hat und inwieweit eine Erweiterung der lebendigen Demokratie auf der europäischen Agenda steht.

Ein Blick auf die „internen Politiken“ der Union im Dritten Teil des AEUV zeigt, dass es kaum Politikbereiche gibt, für welche die Union keine Kompetenzen besitzt oder über die Flexibilisierungsklausel erhalten könnte. Die Kompetenzen liegen dabei nur in wenigen Fällen ausschließlich bei der Union, in der Regel besteht eine Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten, die den Mitgliedstaaten mehr oder weniger umfassende Kompetenzen belässt. Eine solche Verteilung ist aber geradezu charakteristisch für eine bundesstaatliche Ordnung und rechtfertigt es angesichts der Fülle und Intensität der europäischen Kompetenzen nicht mehr, grundsätzlich das Niveau demokratischer Legitimation für die Europäische Union gegenüber dem historisch erreichten Niveau demokratischer Teilhabe in den nationalen Demokratien zu senken. Zum Teil gehen die Kompetenztitel der Europäischen Union über diejenigen des Bundes in der bundesstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik hinaus, worauf Art. 23 VI GG hinweist. Während es in Deutschland keine Bundeskompetenz für die Kulturförderung gibt, normiert Art. 167 V AEUV eine Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Kulturförderung für die Union. Ähnliches gilt für die Bildung, insbesondere die berufliche Bildung (Art. 166 AEUV).

Die geringe Zahl, Dichte, Intensität oder Wesentlichkeit der europäischen Hoheitsbefugnisse rechtfertigt ein Absenken des Niveaus demokratischer Legitimation inzwischen nicht mehr. Es lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass die Union nicht als Staat charakterisiert wird, denn unklar bleibt die positive Bezeichnung des gegenwärtigen Zustandes. Das kommt zum Ausdruck, wenn Dieter Simon formuliert: „Was immer die EU ist – sicher ist sie kein Staat.“⁷² Statt von einem Staat wird der Charakter der Union in der neueren Entwicklung als „Staatlichkeit“ bezeichnet. „Staatlichkeit“ bedeutet im Unterschied zum ‚Staat‘, dass viele Merkmale des (europäischen) Nationalstaates im System europäischer Institutionen weniger scharf ausgeprägt sind.“⁷³ Unklar bleibt auch, was aus der Bestimmung als Nicht-Staat folgt. Offenbar folgt daraus nicht, dass Europas normative Grundordnung nicht durch eine

⁷² Simon, Verfassungspatriotismus auf Europäisch, Blätter für deutsche und internationale Politik 7/2007, S. 820.

⁷³ Altvater/ Mahnkopf, Konkurrenz für das Empire, Münster 2007, S. 86.

Verfassung bestimmt werden könnte. Und es folgt nicht, dass europäische Macht nicht zu kontrollieren und demokratisch zu legitimieren wäre. Dies wurde im Maastricht-Urteil explizit formuliert. Streiten könnte man nur über das Niveau der erforderlichen demokratischen Legitimation, das wiederum hat aber wenig damit zu tun, wie Europa, was immer es ist, genannt wird, sondern es hat etwas mit den Kompetenzen und der Relevanz europäischer Entscheidungen für die Freiheit und das Zusammenleben der Bürgerinnen und Bürger Europas zu tun.

Das allenthalben festgestellte Demokratiedefizit lässt sich als Defizit nur feststellen, wenn es mit Blick auf die eingeräumten Befugnisse unzureichend ist, dem eigentlich zu fordernden Niveau der Legitimation nicht (mehr) entspricht. Zu rechtfertigen ist das Defizit dann nur noch, wenn man die Europäische Integration als nicht abgeschlossenen Prozess begreift, der mit einer zunehmenden Demokratisierung verbunden ist. Dies ist jedoch aus zwei unterschiedlichen Gründen beim Lissaboner Vertrag problematisch. Normativ kennzeichnet der Versuch der Verfassungsgebung, der in die Verfassung des Lissaboner Vertrages mündete, einen vorläufigen Abschluss eines Prozesses. Faktisch hat der Prozess der Erweiterung einschließlich der Anerkennung einer Vielzahl neuer Kleinststaaten, die nun in die Union drängen oder schon aufgenommen wurden, den Prozess der Demokratisierung zumindest erschwert und steht, weil eine Einigung vieler immer schwieriger ist als der Konsens unter wenigen, einer Überwindung der Demokratiedefizite voraussichtlich auch in Zukunft im Wege.

Die Vorlage eines Verfassungsentwurfes symbolisierte gleichsam den Abschluss eines Integrationsprozesses, der in einem neuen Gründungsakt münden sollte, der Europäischen Verfassung. Eine Verfassung ist als grundlegende Ordnung bzw. Gesellschaftsvertrag darauf angelegt, Kontinuität der gesellschaftlichen und politischen Beziehungen zu garantieren. Die Verfassung ist gleichsam Symbol für die Kontinuität einer gesellschaftlichen Ordnung, die erst mit einer neuen Verfassung durchbrochen wird. Die Verträge von Maastricht oder auch von Nizza zeugen jedoch von einem „Selbstbewusstsein“ des Übergangs, sie machen explizit deutlich, dass sich Europa in einem Prozess der nicht abgeschlossenen Integration befindet und die Verträge folglich nur Bausteine in diesem Prozess sind. Im Maastricht-Urteil wird explizit auf die stufenweise Einführung der Währungsunion als Garant für die Mitentscheidungsrechte der nationalstaatlichen Parlamente gewertet. Das BVerfG resümiert: „Im Ergebnis

unterwirft sich die Bundesrepublik Deutschland mit der Ratifikation des Unions-Vertrags somit nicht einem unüberschaubaren, in seinem Selbstlauf nicht mehr steuerbaren ‚Automatismus‘ zu einer Währungsunion; der Vertrag eröffnet den Weg zu einer stufenweisen weiteren Integration der Europäischen Rechtsgemeinschaft, der in jedem weiteren Schritt entweder von gegenwärtig für das Parlament voraussehbaren Voraussetzungen oder aber von einer weiteren, parlamentarisch zu beeinflussenden Zustimmung der Bundesregierung abhängt.“⁷⁴ Der prozesshafte Charakter der Integration zu diesem Zeitpunkt wird hier sehr deutlich und rechtfertigte es, das Niveau der Legitimation normativ in Relation zum Prozess der Integration zu konstruieren.

Dieser Impetus, das Selbstbewusstsein der handelnden Akteure, sich in einem Prozess zu befinden, der zur Vertiefung und erweiterten Teilhabe führen muss, findet sich auch im Nizza-Vertrag. In der 23. Erklärung zur Zukunft der Europäischen Union wird ausdrücklich auf den nicht abgeschlossenen Prozess der Integration hingewiesen und eine Verbesserung der demokratischen Grundlagen der Union gefordert. Wörtlich heißt es in der Erklärung: „3. Nachdem die Konferenz somit den Weg für die Erweiterung geebnet hat, wünscht sie die Aufnahme einer eingehenderen und breiter angelegten Diskussion über die Zukunft der Europäischen Union. Im Jahr 2001 werden der schwedische und der belgische Vorsitz in Zusammenarbeit mit der Kommission und unter Teilnahme des Europäischen Parlaments eine umfassende Debatte fördern, an der alle interessierten Seiten beteiligt sind: Vertreter der nationalen Parlamente und der Öffentlichkeit insgesamt, das heißt Vertreter aus Politik, Wirtschaft und dem Hochschulbereich, Vertreter der Zivilgesellschaft usw. Die Bewerberstaaten werden nach noch festzulegenden Einzelheiten in diesen Prozess einbezogen. 4. Im Anschluss an einen Bericht für seine Tagung in Göteborg im Juni 2001 wird der Europäische Rat auf seiner Tagung in Laeken/Brüssel im Dezember 2001 eine Erklärung annehmen, in der geeignete Initiativen für die Fortsetzung dieses Prozesses enthalten sein werden.“⁷⁵

⁷⁴ BVerfGE 89, 155 [203 f].

⁷⁵ Nizza Vertrag, 23. Erklärung zur Zukunft der Union.

Dieser Erklärung entsprechend wurde in Laeken der Verfassungskonvent unter dem Vorsitz Giscard d'Estaings aus der Taufe gehoben und eine Erklärung verfasst, die von der Absicht zeugt, den institutionellen Rahmen der Union neu zu gestalten und die demokratischen Grundlagen zu stärken. Dem Konvent wurde mit auf den Weg gegeben, nach Lösungen zu suchen, um die demokratischen Defizite der Union auszugleichen. So heißt es in der Erklärung: „Die Europäische Union bezieht ihre Legitimität aus den demokratischen Werten, für die sie eintritt, den Zielen, die sie verfolgt, und den Befugnissen und Instrumenten, über die sie verfügt. Das europäische Projekt bezieht seine Legitimität jedoch auch aus demokratischen, transparenten und effizienten Organen. Auch die einzelstaatlichen Parlamente leisten einen Beitrag zu seiner Legitimierung. In der im Anhang zum Vertrag von Nizza enthaltenen Erklärung zur Zukunft der Union wurde darauf hingewiesen, dass geprüft werden muss, welche Rolle ihnen im europäischen Aufbauwerk zukommt. In einem allgemeineren Sinne ist zu fragen, welche Initiativen wir ergreifen können, um eine europäische Öffentlichkeit zu entwickeln. Als Erstes stellt sich gleichwohl die Frage, wie wir die demokratische Legitimation und die Transparenz der jetzigen Organe stärken können - eine Frage, die für die drei Organe gilt. Wie lassen sich die Autorität und die Effizienz der Europäischen Kommission stärken? Wie soll der Präsident der Kommission bestimmt werden: vom Europäischen Rat, vom Europäischen Parlament oder - im Wege direkter Wahlen - vom Bürger? Soll die Rolle des Europäischen Parlaments gestärkt werden? Sollen wir das Mitentscheidungsrecht ausweiten oder nicht? Soll die Art und Weise, in der wir die Mitglieder des Europäischen Parlaments wählen, überprüft werden? Ist ein europäischer Wahlbezirk notwendig oder soll es weiterhin im nationalen Rahmen festgelegte Wahlbezirke geben? Können beide Systeme miteinander kombiniert werden? Soll die Rolle des Rates gestärkt werden? Soll der Rat als Gesetzgeber in derselben Weise handeln wie in seiner Exekutivfunktion? Sollen im Hinblick auf eine größere Transparenz die Tagungen des Rates - jedenfalls in seiner gesetzgeberischen Rolle - öffentlich werden? Soll der Bürger besseren Zugang zu den Dokumenten des Rates erhalten? Wie können schließlich das Gleichgewicht und die gegenseitige Kontrolle zwischen den Organen gewährleistet werden? Eine zweite Frage, ebenfalls im Zusammenhang mit der demokratischen Legitimation, betrifft die Rolle der nationalen Parlamente. Sollen sie in einem neuen Organ - neben dem Rat und dem Europäischen

Parlament - vertreten sein? Sollen sie eine Rolle in den Bereichen europäischen Handelns spielen, in denen das Europäische Parlament keine Zuständigkeit besitzt?"⁷⁶

Dieser Aufbruch im Prozess der Europäischen Integration wird auch in der viel beachteten Rede des damaligen deutschen Außenministers Fischer deutlich, die dieser am 12. Mai 2000 in der Humboldt-Universität in Berlin hielt. Der Außenminister entwickelte die Perspektive einer Europäischen Föderation, was für ihn nichts geringeres hieß „als ein europäisches Parlament und eine ebensolche Regierung, die tatsächlich die gesetzgebende und die exekutive Gewalt innerhalb der Föderation ausüben. Diese Föderation wird sich auf einen Verfassungsvertrag zu gründen haben.“⁷⁷ Der Verfassungsvertrag erscheint hier als der konstitutive Akt zur Neugründung einer demokratischen föderativen Europäischen Union.

Der Entwurf des Verfassungsvertrages, den der Konvent am 18. Juli 2003 vorlegte, wurde in der von der Regierungskonferenz veränderten Form in den Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden abgelehnt, wobei das demokratische Defizit in der öffentlichen Diskussion, die diesen Abstimmungen vorausging, einen zentralen Kritikpunkt ausmachte. Der anschließend ausgerufenen Denkprozess wurde aber keineswegs genutzt, um weitere Schritte in Richtung einer demokratischen Fundierung der Verfassung zu unternehmen. Vielmehr wurden kosmetische Veränderungen vorgenommen, indem beispielsweise die Hymne und Fahne sowie die Bezeichnung „Verfassung“ gestrichen wurde, ansonsten wurde der nämliche Inhalt vorgelegt und in Lissabon unterzeichnet. Das ändert selbstverständlich nicht den Charakter der in Lissabon unterzeichneten Verträge. Sie normieren eine Verfassung für die Europäische Union. Das Grundgesetz ist eine Verfassung, auch wenn sie einen anderen Namen trägt und man könnte Art. 22 GG streichen und hätte es selbstverständlich weiter mit einer Verfassung zu tun. Verfassungen legen – regelmäßig erschwert reversibel – fest, wie eine Gesellschaft auf sich selbst einwirken und nach welchen Regeln sie soziale Auseinandersetzungen und politische Konflikte austragen will und mit welchen grundlegenden Rechten die Mitglieder der Gesellschaft

⁷⁶ Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, S. 4 f.

⁷⁷ Fischer, "Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration", Rede am 12. Mai 2000 an der Humboldt-Universität in Berlin, <http://www.europa-reden.de/fischer/frame.htm>.

ausgestattet sind. Die Lissaboner Verträge stellen ein Ensemble von Verfahren, Institutionen und Kompetenzverteilungen dar, mit dem bestimmt wird, wie kollektiv verbindliche Entscheidungen getroffen werden. Kurz: Es ist – etwas despektierlich – eine Betriebsanleitung für die EU – und als solche lassen sich Verfassungen auch charakterisieren.⁷⁸ Die Europäischen Verträge sind also keine punktuelle Verabredung einer gemeinsamen Politik mehr, sondern eine Verfassung. Der Brüsseler Beschluss aus 2007, die neuen konstitutionellen Grundlagen der Union nicht mehr Verfassung zu nennen, kann den Charakter des Regelwerks nicht ändern.

Der Lissaboner Vertrag lässt sich so – auch wenn der Name geändert wurde – als die gemäß Art. 51 EUV auf unbegrenzte Zeit geltende Verfassung der Union charakterisieren. Das Informationsbüro des Europäischen Parlaments für Deutschland nennt den Lissaboner Vertrag richtigerweise weiterhin Verfassungsvertrag: „2009 könnte der neue Reformverfassungsvertrag in Kraft treten“, heißt es in einer Erläuterung der Entwicklung des Vertragswerkes.⁷⁹ Und anders als im bisherigen Prozess deutet nichts darauf hin, dass diese europäische Verfassung ein Übergangsstadium im Prozess des Anhebens des Niveaus demokratischer Legitimation innerhalb der Union darstellen soll. Gerade die formale Ausgliederung der Grundrechtecharta macht deutlich, dass zumindest auf absehbare Zeit weitere Schritte in Richtung einer demokratischen Vertiefung der Union nicht mehr zu erwarten sind und somit der Verfassungsprozess an sein Ende gekommen ist. Auch die Berliner Erklärung vom 25. März 2007⁸⁰, abgegeben anlässlich des 50 Jahrestages der römischen Verträge, zeugt keineswegs vom Willen und Mut, die entstandene Krise der Europäischen Integration durch eine Vertiefung und einen Ausbau der Demokratie, der dann eher nachholend als schritthaltend wäre, zu überwinden.

Das politisch unrühmliche Ende des Aufbruchs in eine demokratische Europäische Union, der am Anfang dieses Jahrtausends stand und in einer Verfassung mündet, die nicht öffentlich diskutiert und vom Volk nicht abgestimmt werden soll, hat seine

⁷⁸ Frankenberg, G., Die Verfassung der Republik, Baden Baden 1996, S.16 – hier finden sich weitere, elaboriertere Begriffsbestimmungen der Verfassung.

⁷⁹ <http://www.europarl.de/parlament/vorstellung/geschichte.html>; http://www.europa-waehlt.de/aktuell/themen_des_monats/RKOktober_2007.html?a=print.

⁸⁰ Dokumentiert in: Blätter für deutsche und internationale Politik 5/2007, S. 628.

Ursache sicher auch in der hastigen Osterweiterung der Union. Die Abstimmung und Konsensfindung zwischen einer größeren Zahl von Akteuren ist offensichtlich schwieriger als bei einer kleineren Zahl von Beteiligten; das gilt erst recht dann, wenn die unterschiedlichen historischen und kulturellen Hintergründe der Beteiligten nun für jeden sichtbar auch die politische Handlungsweise bestimmen. Der Lissaboner Vertrag lässt sich auch als Abschluss eines Prozesses verstehen, der schon 1995 eingesetzt hat, dessen zentrales Anliegen es war, eine Antwort auf die Erweiterung der Gemeinschaft zu finden. Dieses Anliegen wurde schon in der Erklärung des Europäischen Rates von Madrid im Jahre 1995 formuliert. Dort heißt es: „Der Europäische Rat hat die Herausforderungen ermittelt, denen sich die Mitgliedstaaten der Union bei der Vorbereitung Europas auf das 21. Jahrhundert zu stellen haben. Wir müssen in den kommenden fünf Jahren die Anpassung des Vertrags über die Europäische Union erfolgreich zum Abschluss bringen,“ und: „Die Staats- bzw. Regierungschefs haben erkannt, dass die institutionellen Reformen eine Kernfrage der Konferenz werden müssen, damit die Effizienz, die Demokratie und die Transparenz der Union verbessert werden.“⁸¹ Die Erweiterung musste zu einer Anpassung des institutionellen Gefüges insofern führen, als effektive und einfachere Entscheidungsstrukturen gefordert wurden. Das so definierte Problem wurde in den Verträgen von Amsterdam und Nizza in einer nicht ausreichenden Weise gelöst. So stellten Belgien, Frankreich und Italien fest, dass auf Grundlage der Ergebnisse der Regierungskonferenz der Vertrag von Amsterdam nicht der vom Europäischen Rat von Madrid bekräftigten Notwendigkeit entspricht, wesentliche Fortschritte bei der Stärkung der Organe zu erzielen.⁸² Der Vertrag von Nizza war eher Ausdruck einer Krise in der Entscheidungsfindung und keine Lösung der selbst gestellten Aufgabe, so dass in der Konsequenz der Konvent einberufen wurde, um Reformvorschläge für die Union zu erarbeiten. Nach knapp 15 Jahren endet dieser Prozess im Lissaboner Vertrag, der mit einer Ausweitung der Kompetenzen der Union verbunden ist, ohne dass die Demokratisierung mit dieser Schritt gehalten hat. Angesichts der auf diesem Weg aufgetretenen Schwierigkeiten kann nicht damit gerechnet werden, dass der Lissaboner Vertrag ein

⁸¹ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/00400-C.D5.htm.

⁸² http://ec.europa.eu/comm/igc2000/dialogue/info/practical/support/element/references/method/method_de.pdf.

Übergangsstadium im Prozess der Ausweitung demokratischer Legitimation der Europäischen Union sein wird.

In der Präambel des Vertrages von Lissabon⁸³ heißt es denn auch folgerichtig: „In dem Wunsch, den mit dem Vertrag von Amsterdam und dem Vertrag von Nizza eingeleiteten Prozess, mit dem die Effizienz und die demokratische Legitimität der Union erhöht und die Kohärenz ihres Handelns verbessert werden sollen, **abzuschließen**,“ (Hervorhebung A.F.) sind die Mitgliedstaaten überein gekommen, die geltenden Verträge zu ändern. Weiter fehlt es auf der Ebene der europäischen Regierungen gegenwärtig weitgehend an Akteuren, von denen anzunehmen wäre, dass sie dieses Anliegen ernstlich und mit dem Weitblick der Gründungsfiguren der EWG verfolgen würden.

So muss davon ausgegangen werden, dass der Prozess der demokratischen Fundierung der Europäischen Union zu einem zumindest vorläufigen Ende gekommen ist. Dann aber müssen das Niveau der demokratischen Legitimation europäischer Hoheitsakte dem von Art. 79 III i.V.m. Art. 20 I GG geforderten Niveau demokratischer Legitimation entsprechen. Dies ist jedoch aus den gezeigten Gründen nicht der Fall. Die Verfasstheit der Europäischen Union entspricht mit Blick auf die lebendige Demokratie eher der des deutschen Reiches von 1871 als der des Grundgesetzes.

Das Zustimmungsgesetz ist aus den dargelegten Gründen verfassungswidrig. Es beeinträchtigen die Beschwerdeführer in ihren Rechten auf demokratische Teilhabe, soweit sie durch Art. 38 GG verfassungsrechtlich geschützt werden.

⁸³

ABl. C 306 v. 17. Dezember 2007, S. 5.