

Eine »europafeindliche« Kontinuität? Zum Politikverständnis der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

ROBERT CHR. VAN OOYEN

Mit seiner Maastricht-Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den Rahmen der europäischen Integration abgesteckt. Obwohl es 1993 zum Ergebnis gekommen war, den Maastricht-Vertrag (noch) für verfassungskonform zu erklären, blieb die Entscheidung wegen des hierin formulierten nationalstaatlichen Souveränitätsvorbehalts umstritten. Dies nicht zuletzt, weil die vorhergehende »Solange II-Entscheidung« von 1986 als integrationsfreundlich wahrgenommen worden war: Das Gericht hatte im Ergebnis seine zentrale Europa-Entscheidung »Solange I« von 1974 aufgehoben, die – seinerzeit im Senat höchst umstritten und sehr knapp – noch zugunsten eines nationalstaatlichen Souveränitäts- und Prüfungsvorbehalts ausgefallen war.¹ Bei der an einer Grundrechtsproblematik erörterten »Gretchenfrage« nach dem Vorrang von Verfassungs- oder EG-Recht hatte das BVerfG mit »Solange II« jetzt dem sekundären Gemeinschaftsrecht grundsätzlich Vorrang vor der Verfassung eingeräumt, also vor allem der mit direktem »Durchgriff« auf die nationale Rechtsordnung versehenen EG-Verordnung. Das Gericht war der Auffassung, für die Prüfung von EG-Recht nicht mehr zuständig zu sein, solange insbesondere der Europäische Gerichtshof (EuGH) einen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistete.² Es blieb zwar mit dem Wörtchen »solange« noch eine Hintertür offen, jedoch eher theoretischer Natur. Die Formulierung schien eher der Kompromissbildung innerhalb des BVerfG geschuldet, die zweite große Europa-Entscheidung nicht noch einmal in einer regelrechten Kampfabstimmung, sondern einstimmig zu fallen. Die Maastricht-Entscheidung war daher in Teilen als Rückschritt hinter »Solange II« begriffen worden, zumal das BVerfG sich nun ausdrücklich (wieder) für zuständig erklärte, EG-Recht am Verfassungsrecht zu prüfen, wenn auch

1. Vgl. BVerfGE 37, 271 – Solange I und die viel »europafreundlichere« abweichende Meinung.

2. Vgl. BVerfGE 73, 339 – Solange II.

in einem sogenannten »Kooperationsverhältnis« mit dem EuGH. Dieses wurde zwar selbst in den noch folgenden Entscheidungen (etwa zum »Bananenmarkt« 2000)³ nicht näher geklärt, führte jedoch zum Konflikt mit dem EuGH, der sich durch die deutsche »Extrawurst« als »Hüter« der Einheitlichkeit des EG-Rechts mehr als bloß provoziert fühlen musste.

Inzwischen hat sich nicht nur personell ein Generationswechsel beim Gericht vollzogen: Seinerzeit einflussreiche Richterpersönlichkeiten wie Ernst-Wolfgang Böckenförde und Paul Kirchhof, deren Staats- und Demokratieverständnisse einem strikten liberal-konservativen, national ausgerichteten Etatismus verpflichtet waren, sind längst ausgeschieden. Mit der Kassation des Europäischen Haftbefehlsgesetzes folgte 2005 dann ein weiteres wichtiges Urteil, und nun liegt mit »Lissabon« die aktuelle Grundsatzentscheidung vor. Dies ist Anlass genug, das Europaverständnis des Zweiten Senats des im Regierungssystem machtvollen BVerfG neuerlich einer Prüfung zu unterziehen.

Rückblick: Hüter von Staat und Volk – die Maastricht-Entscheidung

Souveräner Staat im europäischen Staatenverbund

Mit dem Maastricht-Vertrag wurden nicht nur die zweite und dritte Säule eingeführt, um die Zusammenarbeit in den Bereichen Außen- und Sicherheitspolitik bzw. Justiz und Inneres zu erweitern. Der Vertrag sah eine Reihe von Kompetenzübertragungen vor, von denen die Währungshoheit zweifelsfrei die wichtigste war. Um Tendenzen vorzubeugen, den Integrationsprozess als abgehoben erscheinen zu lassen, wurde zudem das »Europa der Bürger« durch eine neue Unionsbürgerschaft gestärkt. Parallel hierzu erfolgten Verfassungsänderungen, vor allem die Einfügung des recht detailliert gerateten Europa-Artikels (Art. 23), der die eher allgemein formulierte, bisherige verfassungsrechtliche Grundlage (Art. 24 I) ablöste. Die gegen »Maastricht« eingereichten Verfassungsbeschwerden monierten, gestützt auf das Wahlrecht (Art. 38), ein »Legitimationsdefizit« und somit einen Verstoß gegen das selbst durch Verfassungsänderung nicht antastbare Demokratieprinzip. Dabei würden, so

3. Vgl. BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung.

die Dramatisierung, fast 80 Prozent des Wirtschaftsrechts und 50 Prozent überhaupt aller deutschen Gesetze ohnehin schon durch das EG-Recht festgelegt bzw. mitbestimmt. Mit »Maastricht« ergäbe sich jetzt auch noch ein dynamischer Automatismus, der durch die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz (= Souveränität) in eine stetige Kompetenzzusammenfassung mündete – und zwar unumkehrbar, bis der von den Bürger/innen gewählte Bundestag in seinen Legislativkompetenzen völlig entleert und damit das Wahlrecht ein Witz wäre. Zugleich würde diese »Entdemokratisierung« durch »Entstaatlichung« auf der europäischen Ebene nicht aufgefangen, da das seit 1979 ebenfalls direkt gewählte Europaparlament (EP) in seiner Legislativgewalt immer noch die schwächere Kammer gegenüber dem aus Regierungsvertretern bestehenden (Minister-)Rat bliebe.

Das BVerfG hielt dies jedoch für unbegründet, indem es zunächst einmal auf das weiterhin geltende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verwies, das »keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union begründet und die Inanspruchnahme weiterer Aufgaben und Befugnisse (...) von Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen abhängig gemacht, mithin der zustimmenden Entscheidung der nationalen Parlamente vorbehalten wird« (BVerfGE 89, 155, 181 – Maastricht). In Bezug auf die Problematik demokratischer Legitimation und Kontrolle von politischer Macht folgte hieraus, dass die Kompetenzen »des Deutschen Bundestages noch nicht in einer Weise entleert (werden), die das Demokratieprinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärt, verletzt« (BVerfGE 89, 155, 181). So weit so gut – der Fall wäre damit erledigt gewesen. Allenfalls perspektivisch ließe sich angesichts des Demokratiedefizits im Kompetenzverhältnis der europäischen Institutionen für die Zukunft eine Stärkung des EP anmahnen, so dass »die demokratischen Grundlagen der Union schritthaltend mit der Integration ausgebaut werden (...)« (BVerfGE 89, 155, 213).

Doch das BVerfG konnte es sich nicht verkneifen, (wieder einmal) grundsätzlich zur Qualität europäischer Integration »staatsphilosophisch« Position zu beziehen. Wie schon beim ersten großen Europa-Urteil von 1974 (»Solange I«) wurde die Ausübung »echter« Hoheitsgewalt durch die EU kategorisch bestritten. Eine auch in der weiteren Rezeption kontrovers diskutierte, zentrale Stelle der Entscheidung lautete: »Die Bundesrepublik Deutschland ist somit auch nach dem Inkrafttreten des Unions-Vertrags Mitglied in einem Staatenverbund, dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und im deut-

schen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann. Deutschland ist einer der ›Herren der Verträge‹, die ihre Gebundenheit an den ›auf unbegrenzte Zeit‹ geschlossenen Unions-Vertrag (Art. Q EUV) mit dem Willen zur langfristigen Mitgliedschaft begründet haben, diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben könnten. Geltung und Anwendung von Europarecht in Deutschland hängen von dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes ab. Deutschland wahrt damit die Qualität eines souveränen Staates aus eigenem Recht und den Status souveräner Gleichheit mit anderen Staaten im Sinne des Art. 2 Nr. 1 der Satzung der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (...)« (BVerfGE 89, 155, 190).

Damit war die Katze aus dem Sack: Hatte sogar »Solange I« diese Deutlichkeit noch vermieden und an Stelle der Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 GG von einer bloßen Öffnung der nationalen Rechtsordnung für Europarecht gesprochen – die umgekehrte Möglichkeit, nämlich die einer Schließung, zwar nicht expressis verbis aber so zumindest angedeutet –, so lässt sich der Allmachtsanspruch staatlicher Souveränität, die in der Denktradition Hegels alles mit einem souveränen Federstrich auch wieder beenden kann, kaum radikaler formulieren. Im »Staatenverbund« des Maastricht-Beschlusses sinkt das Europarecht auf die Stufe des Völkerrechts zurück, das in dieser Deutung – wie bei Hegel – als bloß »äußeres Staatsrecht« begriffen wird. Bleibt zu ergänzen, dass die Entscheidung maßgeblich von der Staatstheorie der Richter Böckenförde und Kirchhof geprägt wurde, die sich beide ausdrücklich als »Etatisten« begreifen und im Falle Böckenfördes auch als »Schmittianer« (vgl. m. w. N. van Ooyen 2005 und 2009a). Mit Blick auf das im Urteil formulierte sog. »Kooperationsverhältnis« zwischen EuGH und BVerfG, in dem sich das BVerfG die »Endkontrolle« vorbehielt, wurde daher geurteilt: »Das ist (...) nur Konsequenz eines als fortbestehend betrachteten deutschen Letztentscheidungsrechts in zentralen Bereichen – ›Souveränität‹, wie sie im Ausnahmefall hervortritt« (Lerche 2001: 23).

Staatsvolk als homogene politische Einheit

Dieser Deutungszusammenhang des hypostasierten Nationalstaats erhärtet und verschärft sich zusätzlich, wenn man die Ausführungen zum »Staatsvolk« prüft. Trotz des sogenannten Durchgriffs des EG-Rechts

wurde im Hinblick auf den Integrationsprozess die Existenz eines europäischen »Staatsvolks« verneint (BVerfGE 89, 155, Leitsatz Nr. 8). Das Gericht erkannte zwar an, dass die Unionsbürgerschaft zwischen den Bürgern/innen der EU ein gemeinsames, besonderes Band begründete. Aber offensichtlich reichte dies nicht aus, um Bürger/in zu sein – aber nicht deshalb, weil mit »Maastricht« bloß das Wahlrecht zum EP und das Kommunalwahlrecht, nicht aber das zu den nationalen Parlamenten nun nach dem Wohnortprinzip erfolgen sollte. Denn das BVerfG interpretierte die Unionsbürgerschaft als einen aus der Staatsangehörigkeit der Mitgliedsstaaten bloß *abgeleiteten* Status (BVerfGE 89, 155, 159f bzw. 182). Nicht nur, dass die aus demokratischer Sicht provozierende Bedeutung des Wortes »Staatsangehörigkeit« erst gar nicht als problematisch erfasst wurde, suggeriert es »doch die Meinung, der Bürger ›gehöre‹ dem Staat an oder er gehöre gar dem Staat«; im »politischen Gemeinwesen« aber »gibt es nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert«, und »darum darf bei der Grundlagenfrage nach der Verbindung konkreter Bürger mit ihrer ›Res publica‹ nicht primär vom ›Staat‹ die Rede sein« (Häberle 1999: 725). Vielmehr muss es wohl an »Integration« zu »wirklicher«, »echter« politischer Einheit mangeln, die das Gericht dann auch prompt auf die berüchtigte Phrase der »Homogenität des Volkes« ausführen ließ:

»Vermitteln die Staatsvölker – wie gegenwärtig – über die nationalen Parlamente demokratische Legitimation, sind mithin der Ausdehnung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom demokratischen Prinzip her Grenzen gesetzt. Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (vgl. hierzu H. Heller 1971 421, 427 ff.), rechtlichen Ausdruck zu geben« (BVerfGE 89, 155, 186).

Unnötig zu sagen, dass der vermeintliche Bezug auf den sozialdemokratischen Weimarer Staatslehrer Heller im Original echter Carl Schmitt ist (m. w. N. van Ooyen 2009b). In verfassungsgeschichtlicher Perspektive ist zudem darauf hingewiesen worden, dass dieser Zusammenhang gerade für die Reichsgründung 1866/71 gar nicht galt. Denn hier »ging die formale und rechtliche Einigung der umfassenden Bildung des Nationalbewusstseins voraus. Durchaus folgerichtig gab es anfangs keine

Reichsstaatsangehörigkeit, sondern allein die Staatsangehörigkeit der Bundesstaaten« (Korioth 2003: 138f).

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

Wenngleich der Maastricht-Entscheidung eine gewisse Eleganz nicht abzuspochen ist: Das Gericht kam ja mit einer europafeindlichen Argumentation (bloß »Staatenverbund«, kein »Volk«, nur »Wirtschaftsgemeinschaft« usw.) schließlich zu dem europafreundlichen Ergebnis, dass der Vertrag verfassungskonform war, weil gerade deshalb das Demokratiedefizit nicht so gravierend und folglich (noch) hinnehmbar wäre. Dieses Festhalten an »Souveränität des Staates« und »Volk« als homogene politische Einheit verhindert aber gleichwohl, den Prozess der europäischen Integration mit den Mitteln der Verfassungslehre adäquat zu erfassen (dagegen z. B. Häberle 2009). Dominiert nun dieses Konzept von »souverän-staatlich« vermittelter »Volksdemokratie« (Bryde 1994) weiterhin das verfassungsgerichtliche Europaverständnis? Schon in einer Entscheidung zur Wirkung der Urteile des Straßburger Menschenrechtsgerichtshofs (EGMR) 2004 tauchte der etatistische Souveränitätsvorbehalt des »Staatswillenspositivismus« (Brunkhorst 2003) wieder auf;⁴ deutlicher jedoch 2005 bei der Prüfung zum EU-Haftbefehl.

4. Vgl. BVerfGE III, 307 – EGMR-Würdigung.

Kein Demokratie-Verstoß, da keine »Entstaatlichung«: die EU-Haftbefehl-Entscheidung

Seit »Maastricht« und den Folgeverträgen von Amsterdam/Nizza wurde der Auf- und Ausbau eines »Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« forciert, mit verstärkter polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit durch Europol und Eurojust. 2002 erließ der Rat den Rahmenbeschluss zu einem europäischen Haftbefehl, der durch Gesetz des Bundestags umgesetzt werden sollte. Ziel ist die Europäisierung der Strafverfolgung, so dass bei bestimmten Taten eine Auslieferung auch ohne Vorliegen beiderseitiger Strafbarkeit erfolgt. Hiergegen wurden früh Bedenken formuliert (Herdegen 2004: 413), gleichwohl lässt der Rahmenbeschluss nationale Spielräume zu, indem die Vollstreckung im Einzelfall dann doch abgelehnt werden kann. Aus deutscher Sicht ist bedeutsam, dass zuvor das absolute Auslieferungsverbot für Deutsche gerade wegen der internationalen Strafgerichtsbarkeit und der europäischen Integration durch Verfassungsänderung gelockert worden ist, sofern rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt bleiben (Art. 16 II GG).

Gegen den EU-Haftbefehl ergab sich eine Verfassungsbeschwerde eines deutsch-syrischen Bürgers, um dessen Auslieferung Spanien wegen mutmaßlicher Mitgliedschaft bei Al Qaida ersuchte. Deutsche Behörden hatten keine Ermittlungen geführt, da die Tat zeitlich noch vor der neu eingeführten Strafbarkeit der Mitgliedschaft in einer *ausländischen* terroristischen Vereinigung lag.

Das BVerfG erklärte das EU-Haftbefehlsgesetz in wenig zimperlicher Weise insgesamt für nichtig.⁵ Es wies dabei aber das mit »Maastricht« vorgetragene Argument eines Legitimationsdefizits des EU-Haftbefehls deutlich zurück, obwohl es zunächst einen gewagten, aber durchaus im Sinne des Klägers liegenden untrennbaren Zusammenhang von Staatsangehörigkeit, Auslieferungs-, Ausbürgerungsverbot und Demokratie konstruierte: Denn das Auslieferungsverbot gründe auch darauf, dass »die nationalsozialistische Diktatur (...) vor allem diejenigen Deutschen

5. Gegen scharfen Widerspruch und Sondervoten im Senat: Die »Nichtigerklärung des Europäischen Haftbefehlsgesetzes steht mit dem verfassungs- und unionsrechtlichen Gebot, Verletzungen des Vertrags über die Europäische Union möglichst zu vermeiden, nicht im Einklang. Der Senat setzt sich in Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften«; abweichende Meinung Richter Gerhardt (BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl, Rdnr. 184, zitiert nach: www.bundesverfassungsgericht.de).

jüdischen Glaubens (...) aus dem Schutz der deutschen Staats- und Volkszugehörigkeit formalrechtlich (...) verdrängte und vertrieb«, sowie auf einer »seit der französischen Revolution gemeineuropäische[n] Überzeugung, dass Bürger nur in einer statusrechtlich gesicherten Weise ihre politische und zivilrechtliche Rechtsstellung genießen können« (ebd., Rdnr. 66 und 67). Gewagt war das in doppelter Hinsicht: Es ist nicht nur demokratie- und verfassungstheoretisch strittig, ob Staatsbürgerschaft und Demokratie überhaupt zwingend einen Zusammenhang bilden. Immerhin hatte das BVerfG selbst in seinem Urteil zum »Ausländerwahlrecht« 1990 die Plausibilität modernerer, »normativ-staatstheoretischer« Konzepte von Demokratie einräumen müssen, die z. B. beim Wahlrecht nicht auf die Staatsbürgerschaft, sondern auf die »Norm- und Herrschaftsunterworfenheit« der Menschen rekurrieren. Zugleich ist dieser, in einer vagen Gesamtschau einfach postulierte Kontext historisch falsch: Das Auslieferungsverbot lässt sich schon in der Weimarer Verfassung, zum Teil auch in der Kaiserzeit, nachweisen (Anschütz 1933: 541) – und zwar selbst hinsichtlich seiner Ausnahme einer Auslieferung von Kriegsverbrechern nach dem Versailler Vertrag.⁶ So hätte das BVerfG verfassungsgeschichtlich genau entgegengesetzt argumentieren müssen, nämlich für eine spätestens seit Weimar bekannte Auslieferung Deutscher zwecks internationaler Strafverfolgung. Gleiches gilt für die zweite Behauptung: »Dass eigene Staatsangehörige nicht ausgeliefert werden, lässt sich weder aus der Natur der ›Beziehung des Bürgers zu einem freiheitlichen demokratischen Gemeinwesen‹ ableiten, noch gibt es eine ›seit der französischen Revolution gemeineuropäische Überzeugung‹, die ihn stützte. Unter anderem in Staaten des angelsächsischen Rechtskreises, denen wir Freiheit und Demokratie verdanken, gilt dieser Grundsatz nicht« – so die abweichende Meinung der Richterin Lübke-Wolff (BVerfGE 113, 273, Rdnr. 156).

Nachdem das BVerfG sich zu diesem staatsfixierten Zusammenhang bekannt hatte, räumte es dann in einer argumentativen Wende die demokratietheoretischen Einwände schnell und lapidar wieder beiseite – und zwar mit derselben etatistischen Sicht der europäischen Integration. Denn die »Einschränkung des (...) Auslieferungsverbots Deutscher [führt] (...) nicht zu einer Entstaatlichung der vom Grundgesetz verfassten Rechtsordnung«; es »wird damit das Institut der Staatsbürgerschaft weder aufgehoben noch substantiell entwertet oder durch eine europä-

6. Vgl. Art. 112 WRV sowie Art. 178 WRV im Kontext mit Art. 228 Versailler Vertrag.

ische Unionsbürgerschaft ersetzt, so dass deren Bedeutung für das Demokratieprinzip des Grundgesetzes hier keiner Erörterung bedarf«. Schließlich sei die »Unionsbürgerschaft (...) ein abgeleiteter und die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit ergänzender Status« (BVerfGE 113, 273, Rdnr. 74) und es handle »sich bei der Einschränkung des Auslieferungsschutzes auch nicht um den Verzicht auf eine bereits für sich genommene essentielle Staatsaufgabe« (BVerfGE 113, 273, Rdnr. 75).

Also: Gerade *weil* die europäische Integration den offensichtlich nicht aufgebaren Kern nationaler Souveränität nicht substantiell berührt und somit (noch) keine »Entstaatlichung« vorliegt, bleibt das Demokratieprinzip des Grundgesetzes unangetastet; nur deshalb sind die nicht voll demokratisch legitimierten Institutionen und Entscheidungsprozesse der EU hinnehmbar. Schon in einer für die Verfassungskonformität von »Maastricht« zentralen Stelle hatte das BVerfG genau so das »Demokratieproblem« weggezaubert, indem es den (*staats*)rechtlichen Prüfungsmaßstab einfach »verschob«: »Die Wahrnehmung von Hoheitsgewalt durch einen Staatenverbund wie die Europäische Union gründet sich auf Ermächtigungen souverän bleibender Staaten, die im zwischenstaatlichen Bereich regelmäßig durch ihre Regierungen handeln (...). Sie ist daher primär gouvernemental bestimmt (...) auch der Erlass europäischer Rechtsnormen darf (...) in größerem Umfang bei einem von Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten, also exekutiv besetzten Organ, liegen, als dies im staatlichen Bereich verfassungsrechtlich hinnehmbar wäre« (BVerfGE 89, 155, 186f).

Sicher, wer wollte z. B. an die völkerrechtlich-legislativen Entscheidungen des UN-Sicherheitsrats denselben Maßstab demokratischer Legitimation anlegen wie bei Gesetzesbeschlüssen des Parlaments. Nur: Mit dieser Auffassung stuft das Gericht den Prozess der Integration auf die Lehre von den Staatenverbindungen des 19. Jahrhunderts zurück. Und hier gibt es dann nur zwei Möglichkeiten: entweder souveräner Nationalstaat und bloß völkerrechtlicher, europäischer Staatenbund (bzw. internationale Organisation) oder souveräner europäischer Staat mit deutschem Gliedstaat. Freilich, die besondere, ja gerade jenseits des Konzepts des souveränen Staates liegende Form europäischer Integration wird man mit dieser Begrifflichkeit der tradierten Staatslehre und ihrer groben dualistischen Unterscheidung in Staats- und Völkerrecht kaum erfassen können. Und die Tatsache, dass weder das EP noch – faktisch – der Bundestag maßgeblichen politischen Einfluss auf die Rahmenbeschlüsse ausüben, erscheint dann gar nicht mehr als Problem.

In Karlsruhe nichts Neues: die Lissabon-Entscheidung

Unter dem zuständigen Berichterstatter des Zweiten Senats, Richter Di Fabio, der schon das Verfahren zum EU-Haftbefehl federführend innehatte, setzt sich diese »Maastricht-Linie« nun weiter fort: manchmal in der Diktion etwas abgeschwächt, was die problematischen Schmittschen Implikationen der »Homogenität des Volkes« anlangt, bisweilen jedoch auch im Ton sogar noch etwas schärfer und konkreter, nämlich hinsichtlich der Souveränität des Staates, seiner unverzichtbaren »Kernstaatlichkeit« und der »Demokratie«, die es notfalls gegen ein Europa ohne Volk und »echter« parlamentarischer Repräsentation – auch unter Rechtsbruch – durchzusetzen gilt (s. u.). Darüber kann die vom Senat in Ergänzung des älteren Begriffs der Völkerrechtsfreundlichkeit neu eingeführte plakative Formel von der Europafreundlichkeit der Verfassung (BVerfGE – Lissabon, Rdnr. 225)⁷ ebenso wenig hinwegtäuschen wie das auf den ersten Blick »europafreundliche« Ergebnis. Beides hat aber wohl selbst die Qualitätspresse in der unmittelbaren Berichterstattung zu einer fast ausnahmslos positiven Bewertung verführt, und zwar gerade bezüglich des Verständnisses von Demokratie: So kommentierte euphorisch die *SZ* »Europäische Sternstunde« – »ein ›Yes, we can‹-Urteil (...) aber nur, wenn wir den Willen des Volkes beachten« (Heribert Prantl, 30.6.09); ähnlich die *FAZ*: »Weckruf aus Karlsruhe« – »Wer mehr europäische Integration will, muss erst das Volk fragen« (Reinhard Müller, 1.7.09). Diese Diktion setzt allerdings voraus, dass man Demokratie und Parlamentarismus trennt, dabei das eine hochjubelt – das andere kleinredet, genauer: den Volkswillen gegen den europäischen Parlamentarismus in Stellung bringt. Das knüpft nicht nur an problematische Traditionen Weimarer Republikverächter an, die eine wahre »volonté générale« permanent gegen das mühsame »Klein-Klein« parlamentarisch-parteilichter Kompromissbildung in Stellung brachten. Es ist auch mit Blick auf die Wertkonservativität des Berichterstatters eine erstaunliche Verkehrung, weil es sich traditionell eher umgekehrt verhält und von gemäßigt-konservativer Seite die Rationalität parlamentarischer Demokratie gegen Plebiszite verteidigt wird – mit Ausnahme wohl der »Volksouveränität durch acclamatio« in der Verfassungslehre des Parlamentarismusverächters Carl Schmitt.

7. BVerfGE – 2 BvE 2/08 u. a.; zitiert nach der Internetfassung: www.bundesverfassungsgericht.de.

Skeptisch gegenüber dem Jubel stimmte allerdings schon, wenn ausgerechnet der frühere Berichterstatter der Maastricht-Entscheidung, Paul Kirchhof, sogleich frohlockt: »Vereinigte Staaten von Europa wird es nicht geben« (FAZ 1.7.09). In einem Lokalblatt Hannovers sah man daher weitaus klarer: »Das Urteil (...) greift die verbreitete Europaskepsis auf (...). Der europäischen Idee aber haben die Richter keinen Gefallen getan. (...) Europa ist für die Verfassungsrichter eher ein notwendiges Übel. (...) Das europäische Parlament ist jedenfalls kein Hoffnungsträger für die Juristen. (...) Immer neue Argumente finden die Verfassungsrichter gegen eine europäische Demokratie. (...) Demokratie ist (...) die Demokratie des Nationalstaats (...). Dem eigentlich zuständigen europäischen Gerichtshof misstrauen [sie] (...). Wie die europäische Demokratie handhabbarer und attraktiver wird, (...) [hier] hat das gestrige Urteil wenig zu bieten. Noch schlimmer: Es scheint die Verfassungsrichter gar nicht zu interessieren (...). Auch die jetzt angeordnete Stärkung des Bundestags betrifft nur die Kontrolle von Kompetenzübertragungen. Wie der Bundestag die tägliche EU-Politik besser begleiten kann, dazu schweigen die Richter« (Christian Rath, HAZ 1.7.09).

Deutlich, wenngleich mit ganz anderer, nämlich positiver Bewertung, formulierte es etwas später auch der frühere Mitarbeiter Di Fabios, Frank Schorkopf: Das Gericht habe »die sich verfestigenden Zweifel an der politischen Gestaltung Europas auf[genommen] und bremst das Bewegungsmoment der Integration« (FAZ 16.7.09). Bleibt zu fragen, ob das – nach der vom Gericht selbst vertretenen Demokratietheorie – denn überhaupt die Aufgabe eines Verfassungsgerichts sein kann und eine so wesentliche Sache nicht vielmehr dem »Volk« oder zumindest seinen direkt gewählten Vertretern vorbehalten sein müsste. Es sei denn, man wandelte das geflügelte Wort zur Verfassung aus der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Courts ab: »The democracy is what the judges say it is.« Daher bemerkte der Göttinger Verfassungsjurist Christoph Möllers zu Recht: »Was ein Parlament ist, entscheiden die Richter – unverdientes Lob: das Lissabon-Urteil (...) kann Demokratiefreunde nicht freuen« (FAZ 16.7.09).

Dass das BVerfG in seiner neuen großen Europa-Entscheidung grundsätzlich in den bisherigen Mustern verharret, hat zunächst einmal auch mit den von »rechts« (insbesondere der Abgeordnete Gauweiler) und »links« (Fraktion Die Linke) eingereichten Klagen gegen die abgespeckte Version des Verfassungsvertrags zu tun. Denn auch hier gibt es zumindest in der großen Linie nicht wirklich etwas Neues, sondern vor

allem nur weitere Variationen der bekannten Argumente, die ihrerseits wiederum im Wesentlichen auf die Begründungsmuster von »Maastricht« zurückgreifen, zum Teil auch auf die in der »EU-Haftbefehl-Entscheidung« herausgehobene Rolle des Strafrechts als staatlicher Kernsubstanz und auf die ältere »Solange-Problematik«. Es sind also die üblichen Verdächtigen: das Überstimmen nationaler Positionen durch Mehrheitsbeschlüsse, die Gewaltenteilung, der Schutz nationaler Grundrechtsstandards⁸, vor allem aber: das Demokratiedefizit, die Entstaatlichung, die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz (Souveränität). Hinzu kommen u. a.: ein aus der Rechtsprechung des BVerfG entlehntes Argument zum Parlamentsvorbehalt bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr, das aber schnell entkräftet wird, da die Außen- und Sicherheitspolitik durch »Lissabon« nicht supranationalisiert, sondern mögliche EU-Kampfeinsätze nach Meinung des BVerfG nicht anders als bei der NATO unter nationalem Souveränitätsvorbehalt verbleiben würden. Außerdem: die besondere Problematik der unterschiedlich ausgestalteten Verfahren einer Vertragsänderung, die vor allem im sogenannten Brückenverfahren vorsehen, Einstimmigkeits- in Mehrheitsbeschlüsse umzuwandeln und zwischenstaatliches in supranationales Recht zu überführen. Dies nimmt das BVerfG sehr ernst, so dass am Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung des Bundestags die deutschen Begleitgesetze zu »Lissabon« schließlich scheitern.

Variiert werden musste aus Sicht der Kläger das Argument »Demokratie«. Denn ein Legitimationsdefizit konnte mit Blick auf die durch »Lissabon« nunmehr fast gleichgewichtige Machtfülle von EP und Rat so einfach nicht mehr postuliert werden. Jetzt wurde daher bei der Zusammensetzung des Europaparlaments auf einmal ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 38 GG) moniert, da kleine Staaten überrepräsentiert sind. Somit ergäbe sich eine Verletzung des Prinzips »one man – one vote«, das im deutschen Wahlrechtsverständnis den gleichen Zählwert und auch den gleichen Erfolgswert beinhaltet sowie zum Kern des geschützten Demokratieprinzips zählt. Streng genommen ist das natürlich richtig, jedoch beim EP nicht einfach Ergebnis von Willkür, sondern folgt nach dem derzeitigen Stand der Integration bloß aus der Natur der Sache – andernfalls müsste man das EP etwa in der Größe des chinesischen Volkskongresses einrichten (mit rund 1 000 Ab-

8. Außerdem: »Wettbewerbsradikalität« und vermeintlich fehlende europäische Sozialstaatlichkeit.

geordneten allein für Deutschland) oder aber Kleinstaaten wie Malta so gut wie gar keinen Abgeordneten mehr zubilligen. Beim Sitzverteilungsschlüssel geht es eben um einen – demokratischen – Kompromiss aus Bürger- und Staatenrepräsentation, flankiert von verkomplizierenden Streitereien nationaler Empfindlichkeiten («Wieso haben die Deutschen mehr Sitze?»). Nun kann man das puristisch als verfassungswidrig bewerten. Bemerkenswert bleibt aber: Bei »Maastricht« spielte das Problem der Wahlrechtsgleichheit weder auf Seiten der Kläger noch in der Begründung des BVerfG überhaupt eine Rolle. Und an anderer Stelle hat uns das BVerfG immer wieder gezeigt, dass vom strengen Prinzip der Wahlgleichheit auch mal abgewichen werden darf – freilich nur bei ganz wichtigen, sachlichen Gründen: So ist das erhebliche, weil millionenfache Unter-den-Tisch-Fallen von Zweitstimmen bei der Bundestagswahl infolge der Fünf-Prozent-Sperrklausel vor dem Hintergrund der Funktionsfähigkeit eines parlamentarischen Regierungssystems mit Verhältniswahlssystem trotzdem verfassungskonform – obwohl eigentlich ein krasser Verstoß gegen den gleichen Erfolgswert und die faire Repräsentation. Grundsätzlich wird ja auch das im anglo-amerikanischen Raum übliche Mehrheitswahlssystem nicht als unvereinbar mit dem Grundgesetz angesehen, obwohl es den Erfolgswert per definitionem verzerrt.

Jetzt aber bläst das BVerfG bei »Lissabon« dieses Argument in seiner bekannten staatstheoretischen Trinitätslehre von nationaler Demokratie, Staatlichkeit und Souveränität auf. Fast gewinnt man den Eindruck, es hätte das Argument auch selbst gesucht, wenn es nicht schon vorgetragen worden wäre, um endlich etwas in der Hand zu haben, das sein Festhalten am Konzept souveräner Nationalstaatlichkeit noch plausibel machen kann. Und so kann das Gericht in weiten Teilen den Klägern sogar folgen, um dann trotzdem – wie schon bei »Maastricht« – sich schließlich gegen sie zu wenden. Es ergibt sich nämlich wieder, dass »wahre« Demokratie sich letztlich nur in staatlicher Form manifestieren kann:

»Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben« (BVerfGE – Lissabon, Leitsatz 1).

Und weil die EU eben kein Staat ist, hat sie auch kein souveränes Staatsvolk, sondern nur Unionsbürger und folglich bloß ein Hilfsparlament der Völker. Aber genau deshalb muss es da auch nicht so demokratisch zugehen wie in einem richtigen Staat, so dass der Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit (noch) hinnehmbar bleibt: »Als Vertretungsorgan der Völker in einer supranationalen und als solche von begrenztem Einheitswillen geprägten Gemeinschaft kann und muss es in der Zusammensetzung nicht den Anforderungen entsprechen, die sich auf der staatlichen Ebene aus dem gleichen politischen Wahlrecht aller Bürger ergeben« (BVerfGE – Lissabon, Rdnr. 271).

Freilich gilt die Verfassungskonformität dann nur unter der Bedingung, dass die staatlichen »Kernaufgaben« bei der Bundesrepublik verbleiben oder aber eben ein europäischer Staat durch ein europäisches Volk in einem verfassungsgebenden »Schöpfungsakt« gegründet würde. Denn das »Grundgesetz ermächtigt (...) nicht, durch einen Eintritt in einen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des Deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands aufzugeben« (ebd., Rdnr. 228). Diese Formulierung zeigt auch, wie weit das BVerfG hier von der ursprünglichen Idee einer offenen Finalität des Integrationsprozesses entfernt ist, die Walter Hallstein noch 1969 ganz selbstverständlich sogar mit dem Begriff des »unvollendeten Bundesstaats« beschreiben konnte. Es ist jedoch nicht Karlsruhe allein – in der Öffentlichkeit dominiert generell ein Zerrbild, und selbst in der seriösen Presse ist von der »Hydra von Brüssel« (*FAZ* 29.6.09) die Rede, deren Köpfe natürlich abzuschlagen sind. Bleibt zu fragen, warum das BVerfG dies als »Hüter des Volkes« selbst tun will und die Frage nach der »Offenheit« nicht einfach dem politischen Raum, und damit den Bürger/innen in Wahlen – oder auch Anti-Europa-Protesten – überlassen will.

Auffallend ist, wie häufig und beschwörend in der Entscheidung das Wort »Souveränität« fällt – allein in den Leitsätzen schon mehrfach. Über »Maastricht« hinaus legt das BVerfG jetzt aber auch gleich mal noch eine Definition vor, was genau die Kernaufgaben nicht aufgebbarer souveräner Staatlichkeit ausmachen. Das ist nicht nur für eine parlamentarische Demokratie äußerst ungewöhnlich, weil das, was von den Bürgern/innen als politisch wichtig erachtet wird, idealtypisch gesprochen, sich in einer pluralistischen Gesellschaft erst als Prozess einer offenen politischen Willensbildung »a posteriori« ergibt (Ernst Fraenkel). Es spiegelt sich in dieser Beschreibung darüber hinaus das Bild des liberalen »Nachtwächterstaats« wider, weil das BVerfG »echte« Staatlichkeit auf

Polizei, Militär, Steuern und Finanzen sowie Strafrecht und natürlich die Staatsbürgerschaft reduziert. Das ergibt die klassischen Ressorts des 19. Jahrhunderts – und damit es nicht ganz so auffällt, kommen ein bisschen »Sozialstaat« und »Kultur« noch dazu (vgl. ebd., Rdnr. 252).

Die höchst problematische, antipluralistische Formulierung des »homogenen Volkes« aus »Maastricht« findet sich in dieser Deutlichkeit zwar nicht mehr bzw. wird entschärft durch interpretationsoffenerer Beschreibungen der »kulturellen, historischen und sprachlichen Vorverständnisse« (ebd., 249). Dafür steht der Berichterstatter Di Fabio natürlich auch, der als insoweit echter *National-Liberaler* weitaus stärker am Begriff der individuellen Freiheit orientiert ist – und das in der Auseinandersetzung um die innere Sicherheit mit seinem Eintreten für Bürgerrechte auch unter Beweis gestellt hat. Das souveräne »Austrittsrecht« wird dagegen, soweit im Vergleich zu »Maastricht« überhaupt noch möglich, noch deutlicher akzentuiert (vgl. ebd., Rdnr. 329f), obwohl dies mit der erstmaligen Verankerung des Austrittsverfahren im Lissabon-Vertrag (Art. 50 EUV) ja überflüssig ist. In ebenso drastischer Weise wird formuliert, was im Falle einer Normenkollision notfalls zu tun ist, um die kernstaatliche Identität – und damit die Demokratie – zu schützen: das europäische Recht eben einfach »ausnahmsweise« mal nicht anwenden (vgl. ebd. 340). Selten hat ein höchstes Gericht so offen zum Bruch des Grundsatzes »pacta sunt servanda« aufgerufen. Man führe sich vor Augen, welches rechtspolitische Signal hiermit an Parlament und Regierung gegeben wird, und es bleibt zu hoffen, dass man sich auf diese »Rechtsbruchklausel« nicht auch in Bayern beim nächsten »Kruzifix-Streit« berufen wird. Das alles korrespondiert schließlich mit einem wiederum schärferen Ton gegenüber dem wohl eigentlichen Adressaten der Botschaft, zu dem das BVerfG sein konfliktreiches Verhältnis weiter pflegt: Denn von dem seinerzeit schon als Affront empfundenen »Kooperationsverhältnis« mit dem EuGH ist gar nichts mehr zu lesen. Das Verfassungsgericht lässt keinen Zweifel, wer in diesen Dingen die Letztentscheidungskompetenz hat, schon allein weil es die Qualität der europäischen Rechtsordnung eher ins Völkerrecht stuft denn in ein »Bundesstaatsrecht« (vgl. ebd., 333ff). »Europafreundlichkeit« mag man daher dem Grundgesetz unterstellen, dem BVerfG in dieser Hinsicht wohl kaum.

Ist die Staatstheorie des BVerfG »europafeindlich«?

Eine solch pointierte Fragestellung einfach zu bejahen, hieße, sich dem Verdacht undifferenzierter Pauschalierung auszusetzen. Schließlich, so ließe sich anführen, sind die Entscheidungen seit »Solange I« vom Ergebnis aus betrachtet nicht wirklich gegen den Integrationsprozess gewesen.⁹ Im Maastricht-Beschluss, der seinerzeit durchaus als letzter Warnschuss gegenüber Parlament und Regierung hinsichtlich des europäischen »Demokratiedefizits« interpretiert wurde, ließ das Gericht den Vertrag schon genauso als verfassungskonform passieren wie jetzt »Lissabon« – auch wenn auf einfachgesetzlicher Ebene ein »bisschen« nachgebessert werden muss. Zwischen »Maastricht« und »Lissabon« wies das BVerfG zudem alle Beschwerden ab, sei es die der Hamburger Fruchthändler gegen die »berühmte« Bananenmarktordnung und deren europarechtliche Handelsrestriktionen gegenüber den »Chiquitas«, sei es die, die sich mit einem »Grundrecht auf DM« gegen die schon mit »Maastricht« eröffnete tatsächliche Einführung des Euros richteten. Bei der Kassation des EU-Haftbefehlgesetzes ließe sich schließlich anführen, dass es hier im Kern gar nicht um den supranationalen, sondern bloß um den völkerrechtlichen Teil der »Dritten Säule« ging. Fast gewinnt man daher den Eindruck, das Gericht hat Angst vor der eigenen Courage; es baut in seinen großen Europa-Entscheidungen – polemisch formuliert – zwar regelmäßig einen staatstheoretischen »Popanz« auf, um dann angesichts der geballten Zweidrittel-Mehrheitsverhältnisse in Bundestag und Bundesrat den jeweiligen Integrationsschritt doch »durchzuwinken«. Oder politikwissenschaftlich formuliert: Das BVerfG ist eben keine »Gegenregierung«. Dies nicht nur, weil es vor allem eine weiche »Deutungsmacht« hat (Vorländer 2006), sondern weil es sich – wenn man sich konsequent auf seine demokratietheoretische Argumentation einlässt – natürlich im Verhältnis zum deutschen und europäischen Parlament permanent des eigenen »Legitimationsdefizits« bewusst sein muss – gibt es doch noch nicht einmal öffentliche »hearings« wie bei der Richternominierung des amerikanischen Supreme Courts.

Trotzdem, die Europa-Entscheidungen des BVerfG so zu begreifen, hieße dann auch, sich dessen spezifische Sicht von Europa zu eigen zu machen. So beinhaltet die zugespitzte Fragestellung schon selbst die Antwort: Die Staatstheorie des BVerfG ist »europafeindlich«, weil sie

9. Selbst »Solange I« endete von der Sache her in der Zurückweisung der Klage.

Staatstheorie ist. Diese setzt die Begrifflichkeit des souveränen Staates in Naturzustand der anarchischen Staatenwelt ebenso voraus wie ein Verständnis von Demokratie, das sich allein aus der nationalstaatlich definierten politischen Einheit »Volk« herleitet. »Nation«, »Staat«, »Volk« und »Souveränität« sind dabei in der deutschen Staatslehre ein problematisches, weil antipluralistisches und etatistisches Amalgam eingegangen. Und von hier aus lässt sich der Prozess der europäischen Integration nur mit dem Dualismus von Staatenbund und Bundesstaat begreifen. Das heißt: Entweder ist die EU einschließlich ihrer supranationalen Bereiche letztendlich doch bloß ein völkerrechtlicher Staatenbund, dann bedarf es auch keiner weiteren, jenseits des Nationalstaats liegenden demokratischen Legitimation. Es verbietet sich dann aber auch Ausbau und Vertiefung der Integration über das Maß hinaus, bei dem die nationalstaatlichen Befugnisse substanziell »entleert« würden, so die vom Verfassungsgericht bei »Maastricht« und »Lissabon« betonte, unzulässige »Entstaatlichung« des souveränen »Kernstaats«. Unter diesen Bedingungen bleiben der europäischen Integration enge Grenzen gesetzt, die zudem immer wieder unter staatlichen Souveränitäts- und verfassungsgerichtlichen Prüfungsvorbehalt gestellt werden (müssen). Oder aber die Europäische Union ist selbst schon ein sich auf ein »Gesamtvolk« stützender souveräner (Bundes-)Staat – was allerdings den utopischen »großen Wurf« einer Gründung der »Vereinigten Staaten von Europa« voraussetzte.

Dieses dualistische Verständnis von Staats- und Völkerrecht projiziert das BVerfG schon seit den »Solange-Entscheidungen« auf den Prozess der europäischen Integration – und muss dabei zwangsläufig die besondere postnationale, polykratische und pluralistische Natur der neuen europäischen Rechtsordnung und Gesellschaft permanent verfehlen. Auch wenn das Gericht natürlich kein monolithischer Block ist und es offensichtlich immer wieder »europäischere« Auffassungen einzelner Richter/innen gibt, so bleiben diese jedoch in der Minderheit.

Mit dem Solange I-Beschluss erkannte das BVerfG zwar an, dass es sich bei dem mit »Durchgriff« ausgestatteten sekundären Gemeinschaftsrecht um etwas Neues jenseits von Staats- und Völkerrecht handeln muss. Gegen eine weitaus adäquatere und modernere Minderheitsmeinung im eigenen Senat, die diese neue Form supranationaler Integration einfach als eine vom Grundgesetz gewollte, nicht rückholbare Übertragung von Hoheitsrechten begriff, zog es jedoch hieraus nicht die Konsequenz, sondern verharrte in der tradierten Sichtweise. So gesehen blieb dann

selbst die europafreundliche »Solange II-Entscheidung« in dieser etatistischen Spur, indem man am Souveränitätsvorbehalt festhielt. Seit »Maastricht« wird dieses Verständnis als »Trinitätslehre« von Souveränität, Staat und bisweilen sogar »homogener« »Volksdemokratie« explizit und bis zum offenen Affront gegen europäische Institutionen formuliert.

Das »europafreundliche« Diktum der Verfassungskonformität des Maastricht- bzw. Lissabon-Vertrags entpuppt sich dabei als bloßes Ergebnis eines tief in der deutschen Staatslehre verwurzelten Vorbehalts gegen Formen supranationaler Zusammenarbeit, die das Konzept des Nationalstaats transzendieren, ohne dabei eine neue Staatlichkeit entstehen zu lassen. Denn nur weil die europäische Integration letztlich auf den bloßen »Staatenverbund« souveräner Staaten zurückgestutzt bzw. die Substanz deren »Kernstaatlichkeit« nicht durch »Entstaatlichung« angetastet wird, mit der bloß abgeleiteten Unionsbürgerschaft gerade kein »Staatsvolk« begründet, das EP eben kein »echtes« Parlament darstellt usw., scheint dem Gericht das am nationalen Maßstab des Demokratieprinzips gemessene »Legitimationsdefizit« überhaupt hinnehmbar – sei es wie im Falle von »Maastricht« hinsichtlich der schwächeren Stellung des EP, sei es wie im Falle von »Lissabon« hinsichtlich der Problematik der Gleichheit der Wahl.

Alternative verfassungs- und demokratietheoretische Konzepte, die den Bürgerbegriff etwa an der Normunterworfenheit orientieren (sog. »normative Staatstheorie« z. B. in der Folge Kants), werden dabei gar nicht mehr diskutiert. Dies, obwohl sich gerade hiermit die Besonderheit und Dynamik der europäischen Integration viel besser erfassen ließe als mit der Sicht einer »staatlich vermittelten Volksdemokratie« und dem neu kreierten Begriff des »Staatenverbunds«, der nur umso stärker die Hilflosigkeit tradierter staatsrechtlicher Konzepte verrät. Nach »Maastricht« setzte sich dieses Verständnis von Staat, Demokratie und Souveränität mit dem EU-Haftbefehl in der Variation völkerrechtlicher Bezüge ohne Bruch weiter fort, indem ein untrennbarer Zusammenhang von »Staatsangehörigkeit«, »Auslieferungsverbot« und »Demokratie« einfach postuliert wurde. »Lissabon« hat daran gar nichts geändert, allenfalls Akzente etwas verschoben: weniger »Homogenität des Volkes«, dafür im Ton noch mehr »Souveränität« und zugleich die »wahren« Aufgaben des Staates festgelegt. Trotz des seit »Maastricht« erfolgten vollständigen Richterwechsels erweist sich diese *Staatstheorie* offenkundig als besonders hartnäckig.

Zudem sei daran erinnert: Souveränität als »ursprüngliche Herrschermacht«¹⁰ – schöpferisch und sich selbst erschaffend – ist kein »Rechtsbegriff«; es ist ein ursprünglich theologischer Begriff für die Allmacht Gottes, der nicht auf die von Menschen eingesetzten politischen Institutionen passt. »Souveränität« des »Staates« bzw. des »Volkes« ist daher ein Fall von politischer Theologie. Kaum ein anderer Staatsrechtler hat genau das erkannt – als der Theoretiker des »Ausnahmestands« Carl Schmitt.

Schließlich fällt auch auf: Das Ganze ist ein sehr »deutsches Ding« – und zwar nicht nur, was die besondere Art der Substanzbegriffe »Souveränität« – »Staat« – »Demokratie« anlangt. Während z. B. in England »souverän« das Parlament entscheidet, in den Niederlanden und Frankreich auch schon mal die Bürger/innen direkt, bemühen wir in Deutschland am Ende wie in allen Lebenslagen als »Ersatzkaiser-Ersatz«: die Gerichte. Und dort wird dann über 30 Jahre, kafkaesk in einem nie endenden Prozess, dasselbe wieder und wieder durch den »Wolf gedreht«: Was ist Europa, wer ist souverän, hat EG-Recht Vorrang usw., vor allem aber, welches Gericht entscheidet? – mit den nahezu identischen Ergebnissen des »Ja, aber«. Warten wir also ab, die nächste Europa-Entscheidung des BVerfG als »Hüter des Staates« wird kommen.

Literatur

- Anschütz, Gerhard (1933): *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Aufl. (Nachdr.), Bad Homburg.
- Brunkhorst, Hauke (2003): »Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus«, in: *Leviathan* 31: 362–381.
- Bryde, Brun-Otto (1994): »Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie«, in: *SuS* 5: 305–330.
- Häberle, Peter (1999): »Staatsbürgerschaft« als Thema einer europäischen Verfassungslehre; in: K. H. Kästner u. a. (Hrsg.), Festschrift Martin Heckel. Tübingen: Mohr Siebeck: 725–737.
- (2009): *Europäische Verfassungslehre*, 6. Aufl. Baden-Baden: Nomos.
- Heller, Hermann (1971): *Politische Demokratie und Soziale Homogenität*, Gesammelte Schriften.
- Herdegen, Matthias (2004): *Europarecht*, 6. Aufl. München: Beck.
- Jellinek, Georg (1914): *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin.

10. Vgl. den vom Berichterstatter Richter Di Fabio bemühten Altmeister liberal-etatischer Staatslehre: Georg Jellinek (1914): 180 f, 183.

- Korioth, Stefan (2003): »Europäische und nationale Identität«, in: VVDStRL, 62: 118–155.
- Lerche, Peter (2001): *Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen* München: Bayerische Akademie der Wissenschaften.
- van Ooyen, Robert Chr. (2005): *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- (2009a): *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos (i. E.).
 - (2009b): »Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft: Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft«, in: M. Llanque, (Hrsg.): *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität: das politische Denken Hermann Hellers*. Baden-Baden: Nomos (i. E.).
- van Ooyen/Möllers (Hrsg.) (2006): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* Wiesbaden: vs Verlag.
- Vorländer, Hans (2006): »Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts«, in: van Ooyen/Möllers (ebd.): 185–199.