Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/3280

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:

Mein Zeichen: L 204
Meine Nachricht vom:

Bearbeiter: Heiko Voß

Telefon (0431) 988-1022
Telefax (0431) 988-1037
parlamentsdienst@landtag.ltsh.de

23. Juni 2008

An den
Vorsitzenden des Innen- und Rechtsausschusses
Herrn Werner Kalinka, MdL
im Hause

Organstreitverfahren und Verfassungsbeschwerde wegen der Verletzung des Grundgesetzes durch das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon sowie des Zustimmungsgesetzes zum EU-Reformvertrag

Sehr geehrter Herr Kalinka,

in der Anlage beigefügt übersende ich Ihnen die Ablichtung eines Schreibens des Vorsitzenden des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juni 2008 – Aktenzeichen 2 BvE 2/08, 2 BvR 1010/08 und 2 BvR 1022/08 mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Ich bitte, die Angelegenheit in Ihrem Ausschuss zu beraten und dem Landtag eine Beschlussempfehlung zuzuleiten.

Mit freundlichen Grüßen

Martin Kayenburg

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT
Zweiter Senat
- Der Vorsitzende -

- 2 BvE 2/08 -
- 2 BvR 1010/08 -
- 2 BvR 1022/08 -

(Bei Antwort bitte angeben)

Karlsruhe, 18. Juni 2008
Durchwahl 9101-201

1. Landtag von Baden-Württemberg
vertreten durch den Präsidenten
Haus des Landtags
Konrad-Adenauer-Straße 3
70173 Stuttgart

2. Bayerischer Landtag
vertreten durch den Präsidenten
81627 München

3. Abgeordnetenhaus von Berlin
vertreten durch den Präsidenten
10111 Berlin-Mitte

4. Landtag Brandenburg
vertreten durch den Präsidenten
Postfach 60 10 64, 14410 Potsdam

5. Bremische Bürgerschaft
vertreten durch den Präsidenten
Haus der Bürgerschaft
Postfach 10 69 09, 28069 Bremen

6. Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg
vertreten durch die Präsidentin
Postfach 10 09 02, 20006 Hamburg

7. Hessischer Landtag
vertreten durch den Präsidenten
Postfach 32 40, 65022 Wiesbaden

8. Landtag Mecklenburg-Vorpommern
vertreten durch die Präsidentin
Schloß Schwerin
Lennéstraße 1, 19053 Schwerin

9. Niedersächsischer Landtag
vertreten durch den Präsidenten
Postfach 44 07, 30044 Hannover

Dienstgebäude: Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe
Postfach 1771, 76006 Karlsruhe
Telefon 0721/9101- 0 - Telefax 0721/9101-382

10. Landtag Nordrhein-Westfalen
vertreten durch den Präsidenten
Haus des Landtags
Postfach 10 11 43, 40002 Düsseldorf

11. Landtag Rheinland-Pfalz
vertreten durch den Präsidenten
Postfach 30 40, 55028 Mainz

Schleswig-Holsteinischer Landtag
23.06.2008 09:16
Eingl.: Anl.:
LP | L | L1 | L2 | L3

12. Landtag des Saarlandes
vertreten durch den Präsidenten
Postfach 10 18 33, 66018 Saarbrücken

13. Sächsischer Landtag
vertreten durch den Präsidenten
Postfach 12 07 05, 01008 Dresden

14. Landtag von Sachsen-Anhalt
vertreten durch den Präsidenten
Postfach 19 69, 39094 Magdeburg

15. Schleswig-Holsteinischer Landtag
vertreten durch den Präsidenten
Landeshaus
Postfach 71 21, 24171 Kiel

16. Thüringer Landtag
vertreten durch die Präsidentin
Postfach 9 41, 99019 Erfurt

I. Verfahren über den Antrag im Organstreitverfahren festzustellen,

dass das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABl EU 2007 C 306/01) und die Begleitgesetze, nämlich das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BTDrucks 16/8488) und das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestags und des Bundesrats in Angelegenheiten der Europäischen Union (BTDrucks 16/8489), gegen das Grundgesetz verstoßen, insbesondere gegen Artikel 2 Absatz 1 GG, Artikel 20 Absatz 1 und 2 GG, Artikel 38 Absatz 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 GG sowie Artikel 23 Absatz 1 GG, und deswegen nichtig sind

Antragsteller: [redacted]

- Bevollmächtigte: 1. Prof. Dr. Karl Albrecht Schachtschneider,
Hubertusstraße 6, 90491 Nürnberg,

2. Prof. Dr. Dietrich Murswiek,
Lindenaustraße 17, 79199 Kirchzarten -

Antragsgegner: 1. Bundespräsident, Bundespräsidialamt,
Spreeweg 1, 11010 Berlin,

2. Deutscher Bundestag, vertreten durch den Präsidenten,
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,

3. Bundesregierung, vertreten durch die Bundeskanzlerin,
Bundeskanzleramt, Willy-Brandt-Straße 1, 10557 Berlin

u n d Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

u n d Antrag auf andere Abhilfe

- 2 BvE 2/08 -,

II. Verfassungsbeschwerde

des Herrn [redacted]

- Bevollmächtigte: 1. Prof. Dr. Karl Albrecht Schachtschneider,
Hubertusstraße 6, 90491 Nürnberg,

2. Prof. Dr. Dietrich Murswiek,
Lindenaustraße 17, 79199 Kirchzarten -

gegen a) das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABl EU 2007 C 306/01),

b) das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BTDrucks 16/8488),

c) das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestags und des Bundesrats in Angelegenheiten der Europäischen Union (BTDrucks 16/8489)

u n d Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

u n d Antrag auf andere Abhilfe

- 2 BvR 1010/08 -,

III. Verfassungsbeschwerde

des Herrn [redacted]

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Tempel & Kollegen,
Sternstraße 21, 80538 München -

gegen das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag
vom 13. Dezember 2007

u n d Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

- 2 BvR 1022/08 -

Anl.: je 1

Anliegende Abdrucke der Antrags- und Beschwerdeschrift vom 23. Mai 2008 des Herrn [redacted] im Organstreit- und Verfassungsbeschwerdeverfahren und der Beschwerdeschrift vom 12. Mai 2008 des Herrn [redacted] im Verfassungsbeschwerdeverfahren werden übermittelt. Es wird anheim gestellt, zu den Verfahren im Allgemeinen bis zum 31. Juli 2008 und zu dem Antrag auf einstweilige Anordnung bis zum 30. Juni 2008 Stellung zu nehmen und etwaige Stellungnahmen in 30 Stücken einzureichen.

Prof. Dr. Voßkuhle
Vizepräsident

Beglaubigt

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

(Heid)
Regierungsamtmann

Tempel & Kollegen
Rechtsanwälte

2 BvR 1022/08

Tempel & Kollegen Rechtsanwälte · Sternstraße 21 · 80538 München

An
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3

D-76131 Karlsruhe

kein Faxeingang

Bundesverfassungsgericht
Eing. 23.05.08 10-11
3 Doppel Bd.
1 Anlage Doppel

Rechtsanwalt
Karl-Heinz Tempel
Auch Fachanwalt für Arbeitsrecht

Rechtsanwalt
Andreas Baue

Rechtsanwalt
Christian Langgartner

Sternstraße 21
80538 München
Telefon 089/45 22 20 0
Telefax 089/45 22 20 20
e-mail: info@ra-tempel.de
www.ra-tempel.de

2 BvR + eA

Datum 12.05.2008

Ihr Zeichen

Unser Zeichen 06324-08/14/rt/cl

Eingang auf G 2: 16,50 €
26. Mai 2008

Verfassungsbeschwerde

Unter Vorlage einer auf uns lautenden Vollmacht legen wir im Namen und im Auftrag von

Herrn [redacted]

[redacted]

[redacted] **München**

Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007, das am 24. April 2008 vom Deutschen Bundestag verabschiedet wurde und der Bundesrat zugestimmt hat, ein.

Im Namen und im Auftrag unseres Mandaten stellen wir die

Anträge:

festzustellen, dass das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007, welches der Deutsche Bundestag am 21. April 2008 verabschiedet hat und dem der Bundesrat zugestimmt hat, den Kläger in seinen Rechten aus Art. 38 GG verletzt und das Zustimmungsgesetz für nichtig zu erklären.

Begründung:

Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG entscheidet das Bundesverfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit einer Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechten verletzt zu sein.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007, das am 24. April 2008 vom Deutschen Bundestag verabschiedet wurde und dem er Bundesrat zugestimmt hat, ist begründet.

Im Folgenden werden der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung zitiert, wie sie durch den Vertrag von Lissabon (VvL) festgelegt und in der von der Europäischen Union mit Datum vom 17. Dezember 2007 in deren Amtsblatt veröffentlicht wurden. Die in Klammern zitierten Ziffern beziehen sich auf die zukünftig geplante Zählweise.

Teil 1:
Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers ist zulässig, weil der Antragsteller als Bürger durch das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007 in seinem grundrechtsähnlichen Recht auf Vertretung durch den Deutschen Bundestag aus Art. 38 GG selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt wird.

A) Beschwerdegegenstand

Das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007, das am 24. April 2008 vom Deutschen Bundestag verabschiedet wurde und dem er Bundesrat zugestimmt hat, ist ein zulässiger Beschwerdegegenstand im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.

Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde kann gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG „jeder Akt der öffentlichen Gewalt" sein. Darunter fallen auch Legislativakte, also auch Gesetze.[1]

---

[1] Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Stand 2007, Art. 93 GG, Rdnr. 69; v. Mangold Klein Starck; GG. Kommentar, Band 3, 5. Auflage, Art. 93 I Nr. 4a, Rdnr. 175.

Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass auch Zustimmungsgesetze für völkerrechtliche Verträge im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde überprüft werden können.[2] Auch die herrschende Meinung in der Literatur vertritt diese Meinung.[3]

Da das Grundgesetz eine präventive Kontrolle nicht kennt, muss das zu prüfende „Recht" schon existent sein. Abzustellen ist insofern nicht auf den beliebigen datierten Zeitpunkt des Inkrafttretens, sondern auf den Zeitpunkt der Verkündung.
Eine wichtige Ausnahme bilden die Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen im Sinne von Art. 59 Abs. 2 GG. Bei einem Ratifikationsgesetz kann unmittelbar nach der Gesetzesverkündung eine völkerrechtliche Bindung, unabhängig von der Verfassungsrechtslage, herbeigeführt werden. Könnte das Zustimmungsgesetz erst nach diesem Zeitpunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung unterworfen werden, bestünde die Gefahr, dass ein völkerrechtlich verbindlicher Vertrag vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wird. Daher soll die Überprüfung zum frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgen. Auch in diesem Fall soll aber die Einmischung des Gerichts in den Prozess der Meinungsbildung des Gesetzgebers vermieden werden. Daher kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens Bundestag und Bundesrat, anders als sonst aber schon vor der Ausfertigung und Verkündung erhoben werden.[4]

Allerdings hindert der Umstand, dass die völkerrechtliche Verbindlichkeit des Vertrages eingetreten ist, die Erhebung der Verfassungsbeschwerde nicht.[5]

B) Beschwerdebefugnis

Antragsberechtigt ist jede Person, die in einer solchen Weise behauptet durch einen Akt der öffentlichen Gewalt verletzt zu sein, dass die Rechtsverletzung nach ihrem Vorbringen als möglich erscheint. Der Beschwerdeführer muss selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.[6]

---

[2] BVerfGE 84, 113,
[3] Beispielhaft: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 2. Auflage 2005, § 90 Rdnr. 54; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Auflage 2006, Rdnr. 147.
[4] BVerfGE 1, 411 ff.; 24, 53 f..
[5] BVerfGE 6, 295; Beda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Ein Lehr- und Handbuch, 2. Auflage 2001, Rdnr. 489.
[6] Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 93, Rdnr. 67; v. Mangold Klein Starck; a.a.O., Art. 93 I Nr. 4a, Rdnr. 178.

Dem Beschwerdeführer steht auch die notwendige Beschwerdebefugnis zu, da er substantiiert darlegen kann, dass er durch den angegriffenen Hoheitsakt in dem verfassungsbeschwerdefähigen Recht aus Art. 38 GG selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt sein könnte.[7]

I. Mögliche Verletzung des Art. 38 GG

1. Umfang des Schutzbereichs

Art. 38 Abs. 1 und 2 GG gewährleisten den wahlberechtigten Deutschen das subjektive Recht, an der Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages teilzunehmen.[8] Durch den Wahlakt geht die Staatsgewalt vom Volke aus. Der Bundestag übt sodann Staatsgewalt als Organ der Gesetzgebung aus, das zugleich den Bundeskanzler wählt und die Regierung kontrolliert (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG). Art. 38 GG verbürgt nicht nur, dass dem Bürger das Wahlrecht zum deutschen Bundestag zusteht und bei der Wahl die verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätze 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.

Der Deutsche Bundestag ist das einzige oberste Staatsorgan, dessen Mitglieder vom Volk unmittelbar gewählt werden. Dieser Umstand sichert ihm eine zentrale Funktion sowohl im demokratischen Legitimationszusammenhang als auch im System der staatlichen Willensbildung und Entscheidungsfindung. Der Bundestag ist das „besondere Organ" der Gesetzgebung durch welches das Volk (unter anderem) die Staatsgewalt ausübt.[9] Rechtsakte durch die Europäische Union müssen ebenfalls durch den Deutschen Bundestag legitimiert werden.

Das ist aber nur möglich, wenn die Zuständigkeiten und Befugnisse der Europäischen Union so eingeschränkt und begrenzt sind, dass Sie von dem vom Volk legitimierten Bundesorgan, dem Bundestag, überschaubar, kontrollierbar und poli-

---

[7] BVerfGE 28, 17 (19); BVerfGE 52, 303 (327); BVerfGE 65, 227 (232 f.).
[8] BVerfGE 47, 253; BVerfGE 89, 155.
[9] Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 38 Rdnr. 30.

tisch verantwortet werden können und somit dem Grundsatz des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen.

Gibt der deutsche Bundestag Aufgaben und Befugnisse auf, insbesondere zur Gesetzgebung und zur Wahl und Kontrolle von Staatsgewalt anderer, so berührt das den Sachbereich, auf den der demokratische Gehalt des Art. 38 GG sich bezieht. Gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG ist der Europäischen Union die eigenständige Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen bis zur Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG einzuräumen. 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 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1, 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird.[10]

2. Mögliche Verletzung

Das Recht des Beschwerdeführers aus Art. 38 GG kann demnach verletzt sein, wenn die Wahrnehmung der Kompetenz des Deutschen Bundestages so weitgehend auf ein von den Regierungen gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaft übergeht, dass die nach Art. 20 Abs. 1, 2 GG i.V.m. Art. 79 III GG unverzichtbare Mindestanforderung demokratischer Legitimation der dem Bürger gegenübertretende Hoheitsgewalt nicht mehr erfüllt werden.[11]

Im Rahmen der Begründetheit wird dargelegt, dass das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007 die Möglichkeiten einer demokratischen Einflussnahme bei Ausübung der Staatsgewalt so stark vermindert, dass das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag gemäß Art. 38 GG in nicht zu rechtfertigender Weise beschränkt wird. Insbesondere werden wichtige Hoheitsrechte in einer Weise auf die Europäische Union übertragen, dass dabei das demokratische Prinzip in weiten Teilen entleert wird: Dem deutschen Bundestag werden wesent-

[10] BVerfGE 89, 155; Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 38 Rdnr. 135.
[11] BVerfGE 89, 155

liche Rechte entzogen, die dem Parlament eines demokratischen Staates zukommen. Diese werden zum größten Teil auf die Europäische Kommission und auf das politische und Sicherheitspolitische Komitee übertragen. Beide werden nicht gewählt, auch nicht nur von einer gewählten Volksvertretung bestimmt. Vielmehr geschieht ihre Auswahl und Arbeit unter wesentlicher Beteiligung von Lobbygruppen der Wirtschaft.

Dabei handelt es sich vor allem um folgende Punkte:

a) Durch die Überführung der früher intergouvernemental strukturierten Politikfelder der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen sowie der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik in die „Gemeinschaftsmethode" - nach bislang geltendem Verständnis von den Europäischen Gemeinschaften - werden die betroffenen Regelungsgegenstände zu zweifelsfrei vorrangigem Recht geadelt. Die neu geformte Europäische Union wird durch die Einführung des normalen Gesetzgebungsverfahrens gerade im Bereich der PJZS in die Lage versetzt, unmittelbar höchst grundrechtssensibles Recht zu setzen. Durch die Öffnung der Herrschaftsausübung in den genannten Bereichen werden ganz typische staatseigene Rechte abgegeben. Der Bürger kann - wie in der Begründetheit auszuführen sein wird - durch seine Wahlen zum Bundestag keinen oder nur noch äußerst geringen Einfluss nehmen auf die Rechtssetzung und Rechtsausübung in diesen so essentiellen Bereichen der inneren und äußeren Sicherheit im weiten Sinne.

b) In Art. 2 Nummer 12 des Vertrags von Lissabon, auf welchen sich das Zustimmungsgesetz vom 13. Dezember 2007 bezieht, werden der Europäischen Union neue Kompetenzen übertragen. In den Verträgen werden die Politikbereiche aufgeteilt in Bereiche, für die die Union die ausschließliche Zuständigkeit besitzt, in solche, für die sie eine geteilte Zuständigkeit hat, und solche, bei denen die Mitgliedstaaten die alleinige Zuständigkeit behalten. Gegenüber Art. 3 Abs. 1 des bisher gültigen EG-Vertrages formuliert Art. 2 Nummer 19 des Vertrags von Lissabon folgende neue Zuständigkeiten der Union:

   aa) Die Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, neuer Art. 2b (3) Abs. 1c AEUV.

bb) Der Union wird ferner gemäß Art. 2 b (3) Abs. 2 AEUV die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte zugeschrieben, wenn der Abschluss einer solchen Übereinkunft in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen ist, oder wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder soweit er gemeinsame Regeln beeinträchtigt oder deren Tragweite verändern könnte. Durch diese endgültige Kodifizierung der AETR-Rechtsprechung des EuGH[12] hat die Union, genauer die Kommission, unter der „Aufsicht" des Rates, das umfassende Recht, internationale Verträge sämtlichen Politikbereichen abzuschließen. Überragende Bedeutung kommt hierbei der Tatsache zu, dass diese abgeleitete Kompetenz nun auch für die nunmehr supranationalisierten Bereiche PJZS und GASP gilt.

cc) Zu den neuen geteilten Zuständigkeiten zählen:

aaa) Der Politikbereich des territorialen Zusammenhalts (neuer Art. 2 c (4) Abs. 2 lit. c) AEUV), sowie der Energiepolitik Art. 2c (4) Abs. 2 lit. i) AEUV.

bbb) Von herausragender Bedeutung ist die Statuierung einer echten Unionszuständigkeit für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, also die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, geregelt im neuen Art. 2 c (4) Abs. 2j AEUV.

dd) Gemäß Art. 2 a (2) Abs. 3 AEUV, 2 d (5) AEUV ist eine Koordination der Mitgliedstaaten im Bereich der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik vorgesehen, die die Union festlegt. Zum einen verrät schon der Wortlaut, dass das europäische Engagement in diesen Bereichen an Bedeutung zunehmen soll: Im bisher gültigen Art. 3 Abs. 1 lit. i des EG-Vertrages hieß es: „Die Förderung der Koordinierung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verstärkung ihrer Wirksamkeit durch die Entwicklung einer koordinierten Beschäftigungsstrategie". In der neuen Formulierung (Art. 2d Abs. 2 AEUV) heißt es dagegen: „Die Union trifft Maßnahmen zur Koordinierung der

[12] EuGH 22/70, Slg. 1971, 263

Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, insbesondere durch die Festlegung von Leitlinien dieser Politik". Von einer „Verstärkung der Wirksamkeit" ist keine Rede mehr, vielmehr soll der Union nicht mehr eine Unterstützungs-, sondern eine Lenkungsfunktion zukommen. Zum anderen ist nicht zu klären, um was für eine Art von Kompetenz es sich nun handelt. Wie in der Begründetheit auszuführen sein wird, kann man in diesem Zusammenhang durchaus von einer quasi-geteilten Kompetenz der Union ausgehen. Die Auslegung, wonach die Europäische Union vorrangig tätig werden kann, ist durchaus denkbar. Dabei ist problematisch, wie weit nun „Koordinierung" und „Unterstützung" gehen mag.

ee) Auch die Tätigkeit der Union als „Koordinatorin, Unterstützerin oder Ergänzerin" in den in Art. 2 e (6) AEUV genannten Bereichen, insbesondere in den Bereichen Industrie und Verwaltungszusammenarbeit erscheint nicht mehr nur als empfehlende Unterstützung, sondern als Leitlinienvorgabe: Art. 3 Abs. 1 lit. m) des EG-Vertrages regelte bisher nur die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit, während nach dem neuen Art. 2e AEUV explizit Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung und Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten ermöglicht werden.

Wenn auch einzelne Kompetenzübertragungen im Vergleich zu den bisher geltenden Verträgen nur marginal erscheinen, so sind doch bestimmte Punkte gerade im Zusammenhang mit der Aufgabe der Säulenstruktur von herausragender Bedeutung, denn durch sie wird das Legitimationsprinzip nach Art. 38 GG sinnentleert, wie in der Begründetheit herauszustellen sein wird.

c) Entscheidend für die Abgabe der Hoheitskompetenzen der deutschen Gesetzgebungsorgane ist schließlich auch die Errichtung der so genannten „Flexibilitätsklausel" in Art. 308 AEUV. Durch diese wird die Erweiterung der Kompetenzen der Union im Rahmen ihrer Tätigkeitsfelder unter Umständen ermöglicht. Wegen der Unbestimmtheit, die dieser Regelung inne wohnt, ist nicht klar, wie weit die Hoheitsrechtsübertragung in diesem Bereich reicht. Sie kommt deshalb einem „Einfallstor" für die Abgabe von Hoheitsrechten gleich.

Mit der Erweiterung der Kompetenzen der Union, insbesondere der Aufgabe der alten Säulenstruktur und dem Abkehr von einer normalen völkerrechtlichen Vertragsordnung durch den Vertrag von Lissabon, nimmt die Europäische Union mehr und mehr die Gestalt eines Bundesstaates an. Das wäre tragbarer, wenn sie wenigstens die elementarsten demokratischen Prinzipien verwirklichen würde und somit eine mittelbare Legitimation der europäischen Staatsgewalt denkbar wäre. Dies ist aber, wie in der Begründetheit ausgeführt werden wird, tatsächlich nicht der Fall.

Von einer Verletzung des Art. 38 GG durch die Abgabe essentieller Hoheitsrechte kann ausgegangen werden.

II. Betroffenheit

Der Beschwerdeführer ist durch das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007 selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

1. Selbstbetroffenheit

Der Beschwerdeführer muss „selbst" in seinen Rechten verletzt sein. Eine „Popularklage" kennt die Verfassungsbeschwerde nicht.[13]

Der Beschwerdeführer ist durch das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007 in seinem Grundrecht auf Vertretung durch die Vertreter des ganzen Volkes aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG beeinträchtigt und verletzt.
Gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG sind die Abgeordneten des Deutschen Bundestages Vertreter des ganzen Volkes. Dieses grundrechtsähnliche Recht vermittelt dem Volk als Träger der Staatsgewalt und somit auch jedem **einzelnen** Bürger das Recht, mit dem zuständigen Bundesorgan, dem Deutschen Bundestag, der durch das deutsche Volk legitimiert wird, die Gesetzgebung durchzuführen. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG schützt das ganze Volk und daher korrespondiert dem eine Verfassungsbeschwerdefähigkeit eines einzelnen Bürgers und somit auch dem Beschwerdeführer.

---

[13] Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 93 Rdnr. 67; v. Mangold Klein Starck, a.a.O., Art. 93, Rdnr. 183.

2. Gegenwärtige Betroffenheit

Die Beschwerdebefugnis setzt des Weiteren eine gegenwärtige Betroffenheit voraus. Der Beschwerdeführer muss schon und noch betroffen sein.[14] Bei Handlungen, die erst in der Zukunft Rechtswirkungen entfalten, genügt aber, dass die Beeinträchtigung gewiss ist.[15] Da völkerrechtliche Verträge nur schwer revidierbar sind, können Vertragsgesetze - wie im Normenkontrollverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG - schon vor Verkündung mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.[16] Bei einem Ratifikationsgesetz kann unmittelbar nach der Gesetzesverkündung eine völkerrechtliche Bindung, unabhängig von der Verfassungsrechtslage, herbeigeführt werden.

Könnte das Zustimmungsgesetz erst nach diesem Zeitpunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung unterworfen werden, bestünde die Gefahr, dass ein völkerrechtlich verbindlicher Vertrag vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wird. Daher soll die Überprüfung zum frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgen. Auch in diesem Fall soll aber die Einmischung des Gerichts in den Prozess der Meinungsbildung des Gesetzgebers vermieden werden. Daher kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens Bundestag und Bundesrat, anders als sonst aber schon vor der Ausfertigung und Verkündung erhoben werden.[17]

Durch die Änderungen des Unionsvertrages wird dem Beschwerdeführer gegenwärtig - nämlich sofort ab der Gültigkeit des Vertragswerks - das Recht auf politische Teilhabe genommen, indem Hoheitsrechte noch mehr an die Europäische Union übertragen werden. Diese führt dazu, dass dem einzelnen Bürger, als Teil des ganzen Volkes im Sinne des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG die Einflussmöglichkeiten entzogen werden. Somit kommt es zu einer gegenwärtigen und rechtswidrigen Aufspaltung einer demokratischen Legitimation und einer Ausführung von Hoheitsrechten durch die Organe der Europäischen Union. Auch wird eine Heilung dieser Aufspaltung nicht durch ein auf der europäischen Ebene direkt vom „Unionsvolk" legitimiertes europäisches Organ herbeigeführt, da dem Europäischen Parlament auch im Vertrag von Lissabon zu wenig Rechte eingeräumt werden und

---

[14] v. Mangold Klein Starck, a.a.O., Art. 93, Rdnr. 184.
[15] v. Mangold Klein Starck, a.a.O., Art. 93, Rdnr. 184.
[16] v. Mangold Klein Starck, a.a.O., Art. 93, Rdnr. 184; BVerfGE 1, 411 ff.; 24, 53 f..
[17] S.o. zum Beschwerdegegenstand.

es ebenfalls keine genügende demokratische Legitimation besitzt. Der Vertrag von Lissabon schafft noch mehr als der alte EG-Vertrag einen gegenwärtigen Bundesstaat mit Aufgabe einer möglichen Einflussnahme des einzelnen Bürgers.

3. Unmittelbare Betroffenheit

Der Beschwerdeführer muss schließlich behaupten und behaupten können, unmittelbar verletzt zu sein. Das in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Subsidiarität zu sehende Erfordernis der Unmittelbarkeit erlangt lediglich bei der Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde eigenständige Bedeutung.[18]
Es ist nicht erfüllt, wenn der angegriffene Akt der öffentlichen Gewalt „zu seiner Durchführung rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis eines besonderen, vom Willen der vollziehenden Gewalt beeinflussten Vollziehungsakts bedarf, also nicht - wie es bei sog. self-executing Normen der Fall ist - ohne einen weiteren vermittelnden Akt in den Rechtskreis des Beschwerdeführers einwirkt."[19] Der Beschwerdeführer muss also geltend machen, gerade durch die angegriffene Rechtsnorm und nicht erst durch ihren Vollzug in seinen Rechten verletzt zu sein.[20]

Durch das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007 schafft der deutsche Gesetzgeber erst die Möglichkeit, dass die Änderungen der unionalen Verträge in Deutschland in Kraft treten können. Hierdurch verliert der Beschwerdeführer unmittelbar und ohne weiteren notwendigen Vollzugsakt den vollen Umfang des ihm gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG zustehenden Einflusses. Das Gesetz greift unmittelbar in das Wesensgehalt des Wahlprinzips des Art 38 Abs. 1 GG und daher in die durch den Wähler und somit auch durch den Beschwerdeführer demokratische Legitimation der deutschen Gesetzgebung ein. Dem Beschwerdeführer wird somit unmittelbar sein ihm nach Art. 38 Abs. 1 GG zustehendes Recht auf Wahl des einzig wirklich legitimierten Gesetzgebungsorgans für Deutschland genommen.

Der Beschwerdeführer ist somit selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

---

[18] v. Mangold Klein Starck, a.a.O., Art. 93, Rdnr. 185.
[19] v. Mangold Klein Starck, a.a.O., Art. 93, Rdnr. 185; BVerfGE, 1, 97, 102; BVerfGE 90, 128, 135 f..
[20] v. Mangold Klein Starck, a.a.O., Art. 93, Rdnr. 185; BVerfGE, 16, 147, 158; 68, 287, 300; 109, 279, 306.

Teil 2:
Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, da das Zustimmungsgesetz zum EU-Reformvertrag vom 13. Dezember 2007, das am 24. April 2008 vom Deutschen Bundestag verabschiedet wurde und dem er Bundesrat zugestimmt hat, gegen Art. 38 GG verstößt.

Das Bundesverfassungsgericht prüft die Einräumung von Hoheitsbefugnissen an die nunmehr alleinig bestehende Europäische Union am Maßstab des Gewährungsinhalts des Art. 38 GG.[21]

A) Schutzbereich des Art. 38 GG

Über den traditionellen Schutzbereich der subjektiv-rechtlichen Gewährleistung des Wahlrechts hinaus hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Maastricht-Urteil diese Rechtsverbürgung auf den grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts erstreckt.[22] Den wahlberechtigten Deutschen werde das subjektive Recht garantiert, an der Wahl des Deutschen Bundestages teilzunehmen, dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf der Bundesebene mitzuwirken und auf Ihre Ausübung Einfluss zu nehmen. Dies entspricht dem originären Verständnis von der repräsentativen Demokratie. Somit umfasst Art. 38 GG nicht nur die Gewährleistung des Rechts der geheimen, gleichen und direkten Wahl, sondern auch das Recht, die Staatsgewalt zu legitimieren.

B) Eingriff in den Schutzbereich des Art. 38 GG

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 38 GG liegt dann vor, wenn das Zustimmungsgesetz, das die deutsche Rechtsordnung für die unmittelbare Geltung und Anwendung der konsolidierten Verträge öffnet, die demokratische Gewährleistung des Art. 38 GG schmälert.

Das ist dann der Fall, wenn durch die Konkretisierung und Erweiterung der Zuständigkeiten der Unionsorgane der wahlberechtigte Bürger und somit der Beschwerdeführer seinen in Art. 38 GG verbürgten Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt nicht mehr geltend machen kann: Die weitreichende Kompetenzübertragung auf die Union durch den Vertrag von Lissabon beschneidet das Recht der Legitimierung der deutschen Staatsge-

---

[21] BVerfGE 89, 155.
[22] Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 38 Rdnr. 145; BVerfGE 89, 155 (171 f.); BVerfGE 97, 350 (368 f.).

walt durch die Bundestagswahl, da dem Bundestag entscheidende Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht genommen werden.

Streng genommen entzieht jede Übertragung der Hoheitsrechte der Bundesrepublik Deutschland auf eine andere zwischenstaatliche Organisation den Einfluss des Bundesbürgers, der nur den Bundestag wählen kann, auf die Legitimierung und Ausübung der Staatsgewalt. Es liegt ein Eingriff in die Gewährleistung der Teilnahme an der Staatslenkung im Sinne des Art. 38 GG vor.

C) Keine Rechtfertigung des Eingriffs wegen Überschreitung der Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs.1 S. 3 GG

Das Grundgesetz steht unter dem Einfluss der stärker werdenden europäischen Einbindung der Bundesrepublik Deutschland, die geschichtlich bedingt und weltweit außergewöhnlich ist. Um dem Rechnung zu tragen, wird Art. 38 GG durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG näher konkretisiert. Er ist in diesem Kontext als „verfassungsimmanente Schranke" des vorbehaltlosen Grundrechts des Art. 38 GG anzusehen.

Durch diese so genannte Integrationsermächtigung erlaubt das Grundgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union, aber eben nur im Rahmen der Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG, wie Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG am Ende ausdrücklich klarstellt. Nach dieser so genannten Ewigkeitsgarantie ist eine Änderung des Grundgesetzes, bei der insbesondere ein in Art. 1 und 20 GG niedergelegter Grundsatz berührt wird, unzulässig. Infrage steht hier die Verletzung des Demokratieprinzips. Im Anwendungsbereich des Art. 23 GG, also bei Fragen der europäischen Integration, schließt Art. 38 GG es aus, die durch die Wahl des Bundestages bewirkte Legitimation von Staatsgewalt auszuhöhlen. Ist die Einflussnahme auf die Ausübung der Staatsgewalt durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnisse des Bundestages wesentlich minimiert, ist das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt.[23] Nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts[24] ist das sich aus Art. 38 GG ergebene Recht des Wählers dann verletzt, wenn die Wahrnehmung der Kompetenz des Bundestages so weitgehend auf ein von der Regierung gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaft übergeht, dass die nach Art. 20 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3

[23] Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 38 Rdnr. 146.
[24] BVerfGE 89, 155, 156.

GG unverzichtbaren Mindestanforderungen demokratischer Legitimation der dem Bürger gegenübertretenden Hoheitsgewalt nicht mehr erfüllt werden kann.[25]
Von Demokratie im Sinne der Herrschaft des Volkes, wie sie Art. 20 GG meint und Art. 38 Abs. 1 GG schützt, kann dann nicht mehr die Rede sein, wenn der Einzelne durch seine Wahl zum Bundestag nicht mehr Einfluss nehmen kann auf die Ausgestaltung des Staatssystems.

Wie oft entgegengehalten wird, ist die Hoheitsrechtsübertragung im Rahmen des Art. 23 GG nichts Neues: Durch die Zustimmung zu den europäischen Vertragswerken wurden Hoheitsrechte durch die Bundesrepublik Deutschland auf die Europäischen Gemeinschaften, die supranationale Säule der Europäischen Union, übertragen. Dies war auch, wie das Bundesverfassungsgericht 1993 festgestellt hat, verfassungskonform. Gleichzeitig hat das Gericht aber ausdrücklich die Grenzen der Grundgesetzkonformität statuiert, nämlich die Bedeutungslosigkeit der eigenen, nicht nur europäisches Recht umsetzenden Bundestagsentscheidungen.

Schon jetzt, zu Zeiten der Geltung der alten Rechtslage sprechen die Zahlen für sich: Von den 23 000 Gesetzen und Verordnungen, die von 1998 bis 2004 den Bundestag passierten, sind 80 % der Vorlagen aus Brüssel gekommen, von denen 90 % in den Bundestagsausschüssen nicht einmal zur Beratung aufgerufen worden waren.[26] Wohl nicht zu Unrecht beklagte ein Bundestagsabgeordneter, dass der Bundestag nur noch der Papierkorb der EU sei.[27]
Durch die Kompetenzausdehnung, die der Vertrag von Lissabon vorsieht, wird diese Situation nur noch verschlimmert.

Die Schwelle zur Bedeutungslosigkeit der originären deutschen Gesetzgebungszuständigen wird durch den Vertrag von Lissabon überschritten: In großer Anzahl wurden im Vertrag von Lissabon neue Kompetenzen der Union geschaffen und bereits bestehende Kompetenzen ausgeweitet, sodass eine die beeinflussbare Macht des Bundestages merklich geschrumpft ist.

Somit ergibt sich, wie im Folgenden noch darzulegen ist, der Verstoß gegen Art. 38 GG schon dadurch, dass das Zustimmungsgesetz zu einer so weitreichenden Hoheitsrechts-

---

[25] Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 38 Rdnr. 146.
[26] Rupp, Grundgesetz und Europäischer Verfassungsvertrag, JZ 2005, 741, 744.
[27] Zitiert von Rupp, Grundgesetz und Europäischer Verfassungsvertrag, JZ 2005, 741, 744.

übertragung führt, die das Legitimationsrecht der Staatsgewalt zu einer leeren Gewährleistung macht.

Selbst wenn – von anderen, hier nicht zu diskutierenden Problemen abgesehen - man darüber hinaus davon ausgehen würde, dass eine weitreichende Hoheitsrechtsübertragung den Kernbereich des Art. 38 GG noch nicht verletzt, da die Hoheitsrechtsausübung der europäischen Organe mittelbar über die nationalen Parlamente legitimiert sei, so kann dies nicht mehr nach dem Vertrag von Lissabon geltend gemacht werden: Trotz der nun homogeneren Verteilung der Stimmrechte der einzelnen Mitgliedstaaten, ist nach wie vor keine gleiche Wahl gewährleistet.

Somit ist im Folgenden darzulegen, inwiefern zu viele Hoheitsrechte auf die Union übertragen werden (unter I.) und warum selbst die mittelbare Legitimation durch die nationalen Parlamente scheitert (unter II.).

I. Überschreitung des Art. 23 GG durch Abgabe nationaler Hoheitsrechte

1. Die Aufhebung der Säulenstruktur

Ohne zunächst auf Kompetenzübertragungen im Einzelnen genauer einzugehen, lässt schon ein Blick auf die Vertragskonstruktion das Ausmaß der Hoheitsrechtsübertragung erahnen: Zwar wurden die beiden alten Verträge, der EUV und EGV, „lediglich" modifiziert, allerdings verbirgt sich hinter den scheinbar nur modernisierten Verträgen eine völlig neue Architektur: Die gravierendste Veränderung, die der Vertrag von Lissabon mit sich bringt, ist die Aufhebung der Säulenstruktur:

Nach Art. 1 Abs. 3 des bislang geltenden EUV sind Grundlage der EU einerseits die Europäischen Gemeinschaften[28], andererseits die mit dem EUV eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit: GASP[29] und PJZS. Entgegen der nur vereinzelt vertretenen Auffassung von der einheitlichen Rechtsordnung von Gemeinschafts- und Unionsrecht[30] geht die herrschende Meinung von der „Tempelkonstruktion"[31] der EU aus: Die gemeinsamen Bestimmungen des EUV beherbergen als Dach die EG und die EAG als supranationale erste Säule und die zwei intergouvernementalen, also herkömmlich völkerrechtlich ausgestalteten Säulen

[28] Heute EG, EAG.
[29] Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, Art. 11 ff. EUV in der Fassung des Vertrags von Nizza.
[30] So v.a. von Bogdandy/Nettesheim, Die Verschmelzung der EG in der EU, NJW 2005, 2324 ff..
[31] Emmert, Europarecht, § 4 Rdnr. 33.

GASP und PJZS:[32] Während das EG-Recht der ersten Säule gegenüber den Mitgliedstaaten supranationale Durchschlagskraft entfaltet lässt[33], hatten sich die Mitgliedstaaten die Hoheitskompetenzen für die im EUV geregelten Politiken der anderen beiden Säulen bis dato vorbehalten. Das Recht der Europäischen Union, und somit sowohl die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen als auch die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, bezweckt die politische Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, war also bislang angelegt als Kooperationsplattform in einem Feld der klassischen Souveränitätsausübung[34] eines Staats. Die bisherige Union im Sinne des EUV in der Fassung des Vertrags von Nizza besitzt als völkerrechtlicher Bund nicht den Status eines staatsähnlichen Verbands.[35] Während die Akte der Gemeinschaftsorgane der Gemeinschaft zuzurechnen sind, sind die Handlungen im Bereich der GASP und PJZS den Mitgliedstaaten und nicht der EU zuzuschreiben, die weder Völker- noch Privatrechtsfähigkeit besitzt.[36] Die Zusammensetzung der handelnden Organe, die nicht institutionell verschmolzen sind,[37] ist dementsprechend im EUV und EGV extra geregelt. Diese Fakten verbieten es bisher, die Union als einheitlich handelnde Rechtsperson zu qualifizieren.[38]

Durch den Vertrag von Lissabon wird gemäß Art. 46a (47) EUV der Europäischen Union nun eine einheitliche Rechtspersönlichkeit verliehen. Damit erhält, wie später zu erläutern sein wird, sämtliches europäisches Recht, ob Vertragstext oder abgeleitet, supranationalen Charakter. Die Mitgliedstaaten übertragen also in diesem Zusammenhang sämtliche eigenen Gestaltungsrechte. Aktionen in allen Bereichen, in denen die Verträge der Union eine Kompetenz verleihen, werden nun der Union zugerechnet und nicht mehr den einzelnen Mitgliedstaaten.
Zwar wies die Praxis längst in die Richtung der „Verssupranationalisierung" der Rechtsakte in zweiter und dritter Säule - man denke nur an die weitreichenden Folgen, die die Durchführung des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl bzw. die Umsetzung der UN-Sicherheitsratsresolutionen mit sich brachten:[39]

---

[32] Hierzu ausführlich: Pechstein, Die Justitiabilität des Unionsrechts, EuR 1999,1,1; auch Herdegen: Völkerrecht, § 1 Rdnr. 8, 9.
[33] Dazu: Koenig/Haratsch, Europarecht Rdnr.. 13 ff.; im Deutschen Recht ist dieses „Einfallstor" Art. 23 GG.
[34] So auch Di Fabio, Die „Dritte Säule" der Union, DÖV, 1997, 89, 90.
[35] Vgl. hierzu Pechstein/Koenig, Die Europäische Union, Rdnr. 478; diese beachtet nicht v. Bogdandy.
[36] Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rdnr. 950; ausführlich auch Pechstein/Koenig Rdnr. 101.
[37] Streinz, Der Vertrag von Amsterdam, EuZW, 1998, 137, 140.
[38] So aber v. Bogdandy, NJW 1995, 2324, 2327.
[39] Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl BVerfG, NJW 2005, 2289.
Urteil im Fall Yusuf. EuG, Urteil vom 21.09.2005, EuZW, 672.

Im letzten Fall wurden aufgrund eines europäischen Rechtsanwendungsbefehls bspw. Konten mutmaßlicher Terroristen eingefroren.[40] Zwar übten die Mitgliedstaaten hier die exekutive Gewalt pro forma selbst aus, aber eben nur aufgrund des europäischen Beschlusses. Mittelbar hatte die Union also auch in den intergouvernementalen Bereichen den Mitgliedstaaten den Entscheidungsspielraum und somit die eigentliche Hoheitsgewalt genommen.

Die vertragliche Überführung der Politiken bestätigt und „legalisiert" diese Entwicklung. Zum einen löst sie aber damit nicht die gravierenden Rechtsschutzprobleme, die durch die mangelnde Zuständigkeit des EuGH in diesen Bereichen aufgetreten sind,[41] und denen man nicht durch eine Neuregelung im VvL begegnet ist.[42] Zum anderen kommt die Übertragung der Hoheitsrechte in diesem Bereich dem Ausverkauf ureigenster staatlicher Befugnisse gleich. Dies wird im Folgenden noch näher erläutert und konkretisiert.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass schon der Blick auf das Gesamtkonzept der Konsolidierung des EUV und des EGV zum AEUV durch den VvL erahnen lässt, dass Art. 38 GG verletzt ist.

2. Die Übertragung von Hoheitsrechten im Einzelnen

Im Folgenden soll im Einzelnen dargestellt werden, welche Kompetenzen an die Europäische Union durch den VvL übertragen werden. Dabei soll insbesondere auf die Fragen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen sowie auf die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik eingegangen werden.

Zum einen ist hierbei die Ausdehnung der Kompetenzen im Rahmen des AEUV zu analysieren. Darüber hinaus ist Konsolidierung des EUV und die damit verbundene Zuständigkeitsverschiebung zu untersuchen.

a) Neue Kompetenzen nach dem AEUV

Unterschieden wird in Art. 2a (2) AEUV zwischen ausschließlichen Art. 2 b (3) AEUV und geteilten Art. 2 c (4) AEUV Zuständigkeiten und Koordinations- und

---

[40] Fall Darkazanli, BVerfG, NJW 2005, 2289.
[41] Genaue Analyse: Müller-Dohle, Probleme des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen im Bereich der Dritten Säule, sowie Mayer, Probleme des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union bzw. ihrer Mitgliedstaaten im Vollzug von Beschlüssen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, LMU München, 2006.
[42] Dazu unten unter 2 a) bb) aaa) und 2 b).

Ergänzungsfunktionen Art. 2 d (5) und 2 e (6) AEUV, eingefügt gemäß Art. 2 Ziffer 12 VvL. Art. 2a (2) AEUV erläutert die unterschiedliche Reichweite dieser Kompetenzen.

aa) Ausschließliche Zuständigkeiten

Die ausschließlichen Zuständigkeiten obliegen alleine der Union, vergleichbar den ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundesgesetzgebers nach dem GG.

aaa) Währungspolitik

Art. 2b (3) Abs. 1 lit. c) AEUV statuiert nun die ausschließliche Zuständigkeit der EU im Bereich der Währungspolitik.

bbb) Abschluss internationaler Übereinkünfte

Art. 2b (3) Abs. 2 AEUV sieht eine ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte vor, wenn der Abschluss in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen ist, wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder soweit er gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte. Art. 2b (3) AEUV, eingefügt nach Art. 2 Ziffer 12 VvL übernimmt unverändert den Text von Art. I-13 EUVV. Konkretisiert ist diese Befugnis in Art. 188 lit. I (216) ff. AEUV (inhaltlich übernommen von I-323 EVV).

Diese Regelung ist eine Reaktion der Vertragsparteien auf die so genannte AETR-Rechtsprechung[43] des EuGH. Demnach verfügt die Union auch ohne primärrechtliche Ermächtigung über die Befugnis, völkerrechtliche Verträge abzuschließen, wenn sie die entsprechende Innenkompetenz für den betroffenen Politikbereich besitzt. Die Rechtsprechung verfolgt dabei das Ziel, dass die Mitgliedstaaten nicht befugt sein sollen, durch völkerrechtliche Vereinbarungen die Wirksamkeit des Unionsrechts zu beeinträchtigen.[44] Durch die Auflösung der Säulenstruktur gilt dieser Grundsatz allerdings nun auch für die PJZS und die GASP. Durch dieses Instrument sollte der Union „das Tätigwerden in einer globalisierten Welt (...), insbesondere wenn es um die externe

[43] EuGH 22/70, Slg. 1971, 263
[44] Vgl. Fischer, Der Europäische Verfassungsvertrag, S. 431.

Dimension interner Politiken und innenpolitischen Handelns geht", erleichtert werden.[45]

Über den Verlust der Befugnisse in den Politikfeldern PJZS und GASP innerhalb der Union hinaus, folgt somit aus Art. 188 lit. l (216) AEUV auch noch die Kompetenz über diese Regelungsinhalte nach außen hin.

Anders als die vertraglich festgelegten und somit vom Zustimmungsgesetz ausdrücklich umfassten „Innenkompetenzen" sind diese annexen Außenkompetenzen im völkerrechtlichen Verkehr nicht klar zu definieren.

Problematisch ist aber, dass nicht bestimmt genug ist, wann denn die Union die entsprechende Innenkompetenz hat und wann nicht. Bei der PJZS handelt es sich beispielsweise um eine geteilte Zuständigkeit. Wann hat in diesen Fällen die Union also überhaupt die Innenkompetenz? Wie später zu erläutern sein wird, hat die Union auch bei den geteilten Kompetenzen einen äußerst weiten Spielraum. Aber gerade die Undurchsichtigkeit der vertraglichen Regelungen macht deutlich, wie unvorhersehbar der Verlust der Hoheitsrechte in diesen Bereichen ist.

Hinzu kommt, dass die gewählten Formulierungen in Art. 2b (3) Abs. 2 AEUV, der „Aufgabennorm" und Art. 188 l (216) AEUV, der „Befugnisnorm", nicht identisch sind. Dies wird zu Auslegungsdivergenzen und Schwierigkeiten führen.[46]

Während die Festlegung der ausschließlichen Zuständigkeit im Bereich der Währungspolitik nur konsequent ist und die logische Fortsetzung des Ablaufplans des alten Art. 4 EGV darstellt, ist die Verleihung der ausschließlichen Kompetenz zum Abschluss internationaler Übereinkünfte bedenklich. Faktisch hat damit die

[45] Schlussbericht der AG „Außenpolitisches Handeln", CONV 459/02, S. 15.
[46] Vgl. auch Calliess in Calliess/Ruffert, Verfassung der Euopäischen Union, Art. I-13, Rn. 17 m.w.N..

Kommission „unter Aufsicht des Rates" das alleinige Recht, internationale Verträge in den Bereichen abzuschließen, die auch nur entfernt etwas mit den Innenkompetenzen, insbesondere Wirtschaft und Außenpolitik zu tun haben.

bb) Neue geteilte Zuständigkeiten

Schon die Benennung als „geteilte Zuständigkeiten" erweist sich bei genauerem Betrachten als hohle Phrase: Hierunter fallen nämlich die alten konkurrierenden Kompetenzen: Bei diesen setzt sich die Unionsrechtssetzung sowohl wegen des Vorrangs des Unionsrechts als auch wegen des Peremptionsprinzips durch, Art. 2a (2) Abs.2 S.2 AEUV, nach dem die Mitgliedstaaten kompetenziell gesperrt sind, soweit die Union von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.

Zu beachten ist, dass der Geltungsbereich der geteilten Zuständigkeiten der EU nicht abschließend normiert ist: Art. 2 c (4) Abs. 2 AEUV spricht in diesem Zusammenhang von „Hauptbereichen" der Zuständigkeit. Dies impliziert, dass es sich um eine umfassende Auffangkategorie handelt für all die Bereiche, die keiner Zuständigkeitskategorie eindeutig zugeordnet werden können.

„Geteilt" bedeutet in Wahrheit also, dass die Mitgliedstaaten nur subsidiär tätig werden können. Mangels abschließenden Charakters des Katalogs in Art. 2c (4) AEUV kann davon ausgegangen werden, dass versteckt andere Politikbereiche existieren, die ebenfalls als geteilte Zuständigkeiten ausgelegt werden.

Im Folgenden sollen die Tätigkeitsfelder analysiert werden, bei denen sich bedeutende Änderungen in Form von Kompetenzausdehnungen ergeben haben.

aaa) Wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Zusammenhalt

Die geteilte Zuständigkeit im Bereich des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts in Art. 2c (4) Abs. 2 lit. c) AEUV, die in Art. 158 (174) ff. AEUV weiter konkretisiert ist, entspricht grundsätzlich den Regelungen in Art. 158 ff. EGV zum „wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt". Allerdings wurde

sie gegenüber den Vertragsbestimmungen um den „territorialen Zusammenhalt" ergänzt. Auch ist zu beachten, dass dieses Politikfeld bei den geteilten Zuständigkeiten geregelt wurde und nicht etwa - wie vielleicht besser passend - bei den ergänzenden Maßnahmen. Insbesondere das Schlagwort des „territorialen Zusammenhalts" erscheint sehr unspezifisch und wenig griffig: Diese Formel deutet die europäische Verbundenheit in ihrer ganzheitlichen Stellung an, mit ihrer sozioökonomischen und kulturellen, ja sogar philosophischen Bedeutung.[47] Indem nun aber eine geteilte Zuständigkeit geschaffen wurde, besteht für die Union die Möglichkeit, diese unspezifischen Begriffe mit Leben zu füllen. Man denke nur an die oben erwähnte AETR - Rechtsprechung, die aus jedem auch nur angedeuteten Tätigkeitsbereich der Union eine Kompetenz hergeleitet hat.

bbb) Energiepolitische Fragen

Die Zuständigkeit für den Erlass von Regelungen im Bereich der Energie wurde neu eingefügt. Diese Neuerung stammt schon aus dem Entwurf des Verfassungsvertrags. Art. I-14 EVV. Konkretisiert wird die Befugnis in Art. 176 a (194) ff. AEUV. Bislang wurde auf Art. 308 EGV, bzw. wettbewerbs- und umweltrechtliche Regelungen, Art. 95 EGV, die Auffangnorm im Bereich des Binnenmarkts, oder Regelungen zu den transeuropäischen Netzen zurückgegriffen, um in diesem Feld tätig werden zu können. Nach Art. 176a (194) Abs. 2 AEUV verfügt die Union über die Gesetzgebungszuständigkeit bzgl. der Maßnahmen, die der Verwirklichung der in Abs. 1 genannten Ziele dienen.[48] Angesichts der vagen Zielvorgaben in Art. 176a (194) Abs. 1 AEUV sind diese Gesetzgebungszuständigkeiten sehr weitgehend,[49] auch wenn UAbs. 2 insofern Einschränkungen trifft, als das Recht der Mitgliedstaaten, die Nutzung seiner Energieressourcen, die Wahl der Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung weiterhin selber bestimmen kann: Jedoch handelt es sich

[47] So auch Fischer, Der Vertrag von Lissabon, S. 309 unten.
[48] Siehe dazu Trüe, JZ 2004, 779.
[49] Vgl. auch Classen, GYIL 46 (2003), 323, 351.

hierbei um sehr grobe Überbegriffe - der Spielraum des Unionsgesetzgebers, die Maßnahme, die er aufgrund der genannten Vorschriften erlässt, nicht unter diese national vorbehaltenen Kategorien zu subsumieren, ist sehr groß: Einzelmaßnahmen der Union können entscheidende Folgen für die Mitgliedstaaten haben und deren eigenen Vorstellungen widersprechen, auch wenn sie nicht oder nicht entscheidend die Wahl der Energieressourcen etc. betrifft.

ccc) Die PJZS

Die entscheidenste Neuerung im Bereich der geteilten Zuständigkeiten stellt wie erwähnt die Erhebung der PJZS zu einer supranationalen Kooperationsform dar. Gemäß Art. 2c (4) Abs. 2 lit. j AEUV wird der Union gemäß Art. 69 lit. f (87) ff. AEUV die Zuständigkeit verliehen. Anders als die GASP, die nach wie vor im EUV verortet bleiben wird, wird die PJZS ausdrücklich in den ehemals unbestritten supranational konzipierten EGV, nun AEUV überführt. Gegenstand der PJZS ist die europäische Zusammenarbeit zur effektiveren Kriminalitäts- und insbesondere Terrorismusbekämpfung, zur Bekämpfung des Menschenhandels und der Straftaten gegenüber Kindern, des Drogen- und Waffenhandels, der Korruption sowie des Betrugs.[50]

Während die Mitgliedstaaten im Bereich der bis jetzt geltenden „ersten Säule" der Europäischen Gemeinschaften früh eng kooperierten und Hoheitsrechte Schritt für Schritt abgaben, wurde der Bereich der inneren Sicherheit schon immer als Kernbereich nationaler Souveränität gewertet. Erst durch die zunehmende Gefährdung der nationalen Sicherheit durch den Terrorismus in den 70er Jahren wurde im Rahmen der EPZ eine europäische Kooperation eingeleitet und Arbeitsgruppen z.B. in den Bereichen justizieller Zusammenarbeit und Zollverwaltungen gebildet.[51] Der Vertrag von Maastricht[52] fasste schließlich die Ergebnisse dieser Vorarbeiten in einem rechtlichen Rahmen in Form der ZBJI erst-

---

[50] Vgl. ausführlich Satzger in Streinz: EUV/EGV, Kommentar, Art. 29 EUV Rn. 8 ff..
[51] So Satzger in Streinz, EUV/EGV, Art.29 EUV Rdnr. 2.
[52] Unterzeichnet am 7.2.1992, in Kraft getreten am 1.11.1993.

malig als „intergouvernementale" Dritte Säule zusammen. Die Tatsache, dass das Bestreben, die Außen-, Sicherheits-, Innen- und Justizpolitik auch in den EG-Vertrag aufzunehmen,[53] in den Maastricht-Verhandlungen gescheitert ist, weil einige Mitgliedstaaten auch nach 20 Jahren mehr oder weniger intensiver Zusammenarbeit nicht bereit waren, ihre Souveränität auf diesem Gebiet urstaatlicher Kompetenz abzugeben, zeigt die Sensibilität und staatsrechtliche Bedeutung der rechtlichen Einordnung der PJZS.

Der rechtliche Rahmen von Maastricht wurde schließlich durch den Vertrag von Amsterdam[54] grundlegend modifiziert und fortentwickelt: Die Bereiche Asylpolitik, Außengrenzen und Einwanderungspolitik, sowie die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen wanderten in das Gemeinschaftsrecht, Art. 61 ff. EGV. Im EUV verblieben – absichtlich nicht vergemeinschaftet - die Politiken der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen und fokussierten so die dritte Säule auf das Strafrecht.[55]

In der folgenden Zeit nahm die strafrechtliche Zusammenarbeit weiter an Bedeutung zu: Bereits 1999, beim Zusammentreffen des Europäischen Rates in Tampere beschäftigten sich die Staats- und Regierungschefs ausschließlich mit den Themen Justiz und Inneres.[56] Die Ereignisse des 11. September 2001 riefen eine neue Dimension der Aktivität auf dem Gebiet der PJZS auf den Plan.[57]

Der Vertrag von Nizza[58] führte zu Änderungen in der dritten Säule lediglich in Form der Aufnahme von Eurojust, der bereits existierenden Stelle für justizielle Zusammenarbeit, in den Wortlaut des Vertragstextes. Art. 34 II EUV nennt die wichtigsten derzeit noch gültigen rechtlichen Handlungsformen, konstituiert nach der

---

[53] So das Eingeständnis des damaligen Bundeskanzlers Kohl, zitiert bei Akmann, Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres als „3.Säule" des Maastrichter Unionsvertrages, JA 1994, 49, 52.
[54] Unterzeichnet am 2.10.1997, in Kraft getreten am 1.5.1999.
[55] Müller-Graff in: Hummer, Die europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, S. 259, 264.
[56] Insgesamt zur dynamischen Entwicklung im Bereich Justiz und Inneres: Monar, The Dynamics of Justice and Home Affairs: Laboratories, Driving Factors and Costs, Journal of Common Market Studies 2001, 747 ff..
[57] Vgl. hierzu bspw. die Pressemitteilung 12019/01 über die außerordentliche Ratssitzung vom 20.9.2001.
[58] Unterzeichnet am 26.2.2001, in Kraft getreten am 1.2.2003.

h.M. jedoch keinen numerus clausus[59]: So kann der Europäische Rat in Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs gemäß Art. 4 II EUV Gemeinsame Standpunkte, Rahmenbeschlüsse, Beschlüsse und Übereinkommen[60], aber auch andere Maßnahmen wie Entschließungen und Empfehlungen annehmen, denen aber mangels vertraglicher Ermächtigung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen normative Außenwirkung fehlt.[61]

Gemeinsame Standpunkte bringen eine gemeinsame politische Überzeugung der Staaten und einen entsprechenden Handlungswillen zum Ausdruck.[62]

Übereinkommen, Beschlüsse, Rahmenbeschlüsse und Entschließungen können konkrete Fragen aus dem gesamten Bereich der PJZS als Unionssekundärrecht[63] regeln, wobei (Rahmen-)Beschlüsse als schnell wirksame Handlungsalternativen zum langwierigen Ratifizierungsverfahren der Übereinkommen nach völkerrechtlichen Regeln eingeführt wurden.[64] Beschlüsse dienen grundsätzlichen Kooperationsfragen[65], regeln z.B. Finanzierungsprogramme oder die Einrichtung von Eurojust und kommen ohne das nationalverfassungsrechtliche Erfordernis der gesetzlichen Umsetzung aus. Rahmenbeschlüsse dienen hingegen der Rechtsangleichung, sind deshalb in nationales Gesetzesrecht umzusetzen und regeln bereichsspezifisches materielles Strafrecht nach Art. 31 I lit. e) EUV und darüber hinaus Strafverfahrensrecht.[66]

Weil die EU bis zum Vertrag von Lissabon keine Kompetenz hat, unmittelbar materielles Strafrecht zu setzen, wurde nach dem Grundsatz „nullum crimen sine lege" die Schaffung eines reinen „europäischen Strafgesetzes" vermieden,[67] indem die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung die Wahl der Form und der Mittel haben. Bedeutende Rahmenbeschlüsse sind z.B. der Rahmenbe-

---

[59] Vgl. Wasmeier in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag Bd. 1, Art. 34 EU, Rdnr. 26.
[60] Auch mit Drittstaaten und internationalen Organisationen nach Art. 24, 38 EUV.
[61] Wasmeier in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag Bd. 1, Art. 34 EU, Rdnr. 26.
[62] So z.B. der Gemeinsame Standpunkt vom 25. Oktober 1996 betreffend Unterstützungs- und Informationsprogramme im Grenzvorbereich.
[63] Vgl. Streinz, Europarecht, Rdnr. 5.
[64] Wasmeier in: von der Groeben/Schwarze Art. 34 EU Rdnr. 21.
[65] Wasmeier in von der Groeben/Schwarze, Art. 34 Rdnr. 16.
[66] Wasmeier in von der Groeben/Schwarze, Art. 34 Rdnr. 7.
[67] Wasmeier in von der Groeben/Schwarze, Art. 34 Rdnr. 8; Schünemann, Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene, ZRP 2003, 185, 188 mit weiteren Erläuterungen in Fn. 28.

schluss zur Terrorismusbekämpfung, zur Bekämpfung des Menschenhandels, zur Stellung des Opfers im Strafverfahren und zum europäischen Haftbefehl.
Eine dieser Handlungsformen hat sich bereits vor der Geltung der Änderungen durch den Vertrag von Lissabon aus einer rein intergouvernementalen Zusammenarbeit emanzipiert: Rahmenbeschluss, Art. 34 EUV, und Richtlinie, Art. 249 EGV, sind - bis auf den Ausschluss der unmittelbaren Wirksamkeit - fast wortgleich geregelt und greifen durch ihre Umsetzungsverpflichtung direkt in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ein. So unterliegt die nach dem Vertrag von Nizza derzeit noch gültige PJZS, anders als zu Zeiten der EPZ, viel stärker dem Kohärenzgebot zur Vermeidung unabgestimmter, widersprüchlicher, einander konterkarierender Maßnahmen in den verklammerten Politikbereichen.[68]

Zur Überwindung der Säulenstruktur fasst der Lissabonner Vertrag die gesamte Justiz- und Innenpolitik zusammen und überführt die intergouvernementale Zusammenarbeit offiziell zur „Gemeinschaftsmethode".[69] Inhaltlich wurden alle wesentlichen Vorhaben übernommen, die schon im Entwurf des Verfassungsvertrages vorgesehen waren. Nun stehen nicht mehr die völkerrechtlichen Rechtssetzungsmöglichkeiten wie oben erläutert zur Verfügung, sondern das ordentliche Gesetzgebungsverfahren findet auch im Bereich der PJZS Anwendung: Art. 69 f. AEUV (Art. 87 AEUV). Somit wurde die Zusammenarbeit im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" definitiv von allgemeinem Völkerrecht zu supranationalem Recht konvertiert, das überstaatlichen Geltungsanspruch erhebt und kraft Vertrags Vorrang vor dem nationalen Recht hat. Nun steht dem europäischen Gesetzgeber der ganze Kanon der verschiedenen Rechtsetzungsformen offen. Die bislang eindeutig dem Völkerrecht zuzuordnenden durchsetzungsschwachen Rechtsakte wie Beschlüsse o-

[68] So zurecht Streinz, EuZW 1998, 137, 140 m.w.N..
[69] Siehe Fischer, Der Europäische Verfassungsvertrag, S. 372; Streinz/Ohler/Herrmann, Die neue Verfassung für Europa, S.105.

der Empfehlungen - sieht man einmal vom Rahmenbeschluss ab - weichen nun Verordnungen und Richtlinien.

Besonders gravierend ist aber, dass nach dem Vertrag von Lissabon für die Union eine eigenständige Kompetenz zur Setzung materiellen Strafrechts geschaffen wird: Art. 69b AEUV (Art. 83 AEUV), der gemäß Art. 2 Ziffer 67 VvL eingefügt wird übernimmt den Text von Art. III-271 EVV. Er sieht eine Rechtssetzungskompetenz vor für Fälle besonders schwerer Kriminalität vor. Dass dieser Bereich von erheblicher Grundrechtsrelevanz ist,[70] ist offensichtlich. Auch wenn man die enger werdende Zusammenarbeit im Bereich der Innensicherheit bei einem „Europa ohne Grenzen" für notwendig erachten mag, so erscheint die Schaffung einer Kompetenz zur Strafrechtssetzung doch als eine revolutionäre Aufgabe von Hoheitsrechten.

Wie sich aus der geschichtlichen Entwicklung der PJZS und dem langen Ringen der Mitgliedstaaten bei der Europäisierung dieses Bereichs deutlich erkennen lässt, geht es hier um einem Kernbestand staatlicher Hoheitsgewalt, denn nichts verkörpert stärker die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, als das Recht, materielles Strafrecht zu gestalten und prozessual durchzusetzen. Der Aufschrei im Zusammenhang mit dem Urteil zum Europäischen Haftbefehl macht deutlich, dass die Abgabe des unmittelbaren Einflusses auf die politische Gestaltung von ganz essentieller Bedeutung ist. Durch die Abgabe der Kompetenzen in diesem Bereich läuft die Bundesrepublik sogar Gefahr, ihr Staatssystem unabsehbar zu verrücken. Die Tatsache, dass die Entwicklung hin zur „Versupranationalisierung" der PJZS in den letzten Jahren ohnehin unaufhaltsam eingesetzt hat, was insbesondere der Erlass ganz weitreichender Rahmenbeschlüsse wie dem zum Europäischen Haftbefehl und die EuGH-Rechtsprechung im Fall Pupino[71] zeigen, rechtfertigt noch lange nicht, sie nun bindend festzuschreiben. Während diese Entwicklung bislang nur vom EuGH

[70] Streinz/Ohler/Herrmann, Die neue Verfassung für Europa, 2005, S. 107.
[71] EuGH EuZW 2005, 433.

getragen und somit nicht mehr vom Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik zum Vertrag von Nizza gedeckt war, entmachtet sich die Bundesrepublik durch die Zustimmung zum Lissabonner Vertrag nun selbst.

Zwar würden nach der Vereinheitlichung des Unionsrechts die allgemeinen Bestimmungen für Gesetzgebung und Rechtsschutz und die Pflicht zur grundrechtlichen Kontrolle auch für die PJZS gelten.
Dennoch ist der vorgesehene Rechtsschutz des Einzelnen vollkommen unzureichend: So kann der Betroffene beispielsweise gegen einen ihm gegenüber erlassenen Europäischen Haftbefehl nach wie vor nicht vor dem EuGH vorgehen: Eine Grundrechtsklage gegen Rechtsakte der Union, sofern sie den Kläger unmittelbar und gegenwärtig in Grundrechten verletzen, gibt es auch nach dem Vertrag von Lissabon nicht. Im Gegensatz dazu seien im deutschen Recht die Rechtsbehelfe im Straf- und Verwaltungsverfahren, sowie die Verfassungsbeschwerde genannt.
Somit ist in diesem Bereich auch das Rechtsstaatsprinzip verletzt, da ein effektiver und gleicher Rechtsschutz nicht gewährleistet ist. Selbst wenn man die Übertragung der Hoheitsrechte in diesem Bereich für nicht essentiell befinden würde, so käme eine mittelbare Legitimation über das deutsche Parlament deswegen nicht in Betracht, weil die Weiterübertragung von Kompetenzen, bei der das Rechtsstaatsprinzip verletzt ist, nie zu einer ausreichenden demokratische Legitimation führen kann.

Entscheidend ist aber, dass die Übertragung der Kompetenzen im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen die Ausübung der Hoheitsgewalt und Ausgestaltung der Regelungsinhalte unerträglich minimiert. Dadurch, dass es sich hierbei nach Art. 2c (4) AEUV nur um eine geteilte Zuständigkeit handelt, ergibt sich nichts anderes: Gemäß Art. 2 a (2) Abs. 2 AEUV besitzen demnach zwar neben der Union auch die Mitgliedstaaten noch die Kompetenz zum Erlass von Rechtsakten in dem betroffenen Bereich - allerdings nur soweit die Union

nicht selbst tätig geworden ist. Diese bloß hilfsweise Kompetenz ist sehr unbedeutend: Bedenkt man, dass die EG bereits jetzt Tausende von Rechtsakten aller Art erlässt, so wird die neu kreierte Union in diesem neuen Kompetenzfeld wohl nichts anderes tun. Eine eigenständige mitgliedstaatliche Kompetenz gibt es somit faktisch nicht mehr.

ddd) Öffentliche Gesundheit

Die Möglichkeit des Erlasses von Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Gesundheit, angefangen vom Sicherheitsstandard bestimmter Medikamente oder der Beobachtung von Epidemien etc., wurde neu geschaffen durch die Kompetenznorm des Art. 2 c (4) Abs. 2 lit. k), genauer geregelt in Art. 152 (168) ff. AEUV.

Gerade im Bereich der geteilten Kompetenzen bringt der Vertrag von Lissabon entscheidende Neuerungen mit sich. Im Bereich der Energie- und Gesundheitspolitik wurden neue Gesetzgebungskompetenzen geschaffen und somit noch mehr Gesetzgebungsbefugnisse der Bundesrepublik Deutschland genommen. Von besonderer Bedeutung ist aber die Veränderung im Bereich der PJZS.
In diesen Bereichen kann der Wähler somit durch die Wahl zum deutschen Bundestag keinerlei Einfluss mehr nehmen auf die Legitimation der Hoheitsgewaltsausübung. Da es sich aber gerade bei der PJZS um ganz essentielle Fragen handelt, wird Art. 38 GG in nicht zu rechtfertigender Weise verletzt.

cc) Gegenstand der Koordinierung nach Art. 2d AEUV

In Art. 2d (5) AEUV wird der Union eine Zuständigkeit im Bereich der Wirtschafts-, Sozial- und Beschäftigungspolitik zugewiesen. Da diese Kompetenz zwischen der geteilten Zuständigkeit und den bloßen Ergänzungsmaßnahmen Platz gefunden hat, definiert sie sich eigentlich lediglich nach ihrem Gegenstand. Eine eigene Art der Kompetenzzuweisung kann hierin nicht gesehen werden. Auch deshalb wurde diese Kategorie im Schrifttum stark kritisiert.[72] Besonders verwunderlich ist deshalb, dass die Vertragsparteien dies nach dem Verfassungsentwurf nicht geändert haben. Art. 2d (5) AEUV wird gemäß Art. 2 Ziffer 12 VvL eingefügt und übernimmt unverändert den Text von Art. I-15 EUVV.

---

[72] Calliess in Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-15 Rn. 2 m.w.N..

Nach Art. 2c (4) Abs. 1 AEUV sollen aber all jene Bereiche der geteilten Zuständigkeit angehören, die der Union außerhalb der Art. 2 b und 2 c (3 und 4) AEUV übertragen werden. Daraus könnte man schlussfolgern, dass die in Art. 2 d (5) AEUV genannten Bereiche den geteilten Zuständigkeiten zugeteilt werden müssten. Gerade aus diesem konzeptionellen Widerspruch leiten einige Stimmen in der Literatur die Sonderstellung her.[73] Jedenfalls ist eine Auslegung als geteilte Kompetenz oder „quasi geteilte Kompetenz" durch Literatur und Rechtsprechung denkbar. Dies hätte zur Folge, dass zwar inhaltlich die Rechtslage in den Fragen der Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik nach dem Vertrag von Lissabon im Wesentlichen derjenigen des Vertrags von Nizza entspricht,[74] aber ein weiterer Handlungsspielraum eröffnet ist: Eben nicht nur im Wege der Koordination, sondern der vorrangigen „Richtlinienkompetenz".

dd) Weitere Kompetenzen im Bereich der Unterstützung oder Ergänzung, Art. 2e (6) AEUV

Art. 2e (6) AEUV dient mit seinen Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen quasi als Auffangbecken.[75] Er übernimmt den Inhalt des Art. I-17 EVV. Inhaltlich geht es um Fragen der Gesundheit, Industrie, Kultur, des Tourismus, der Fragen von Bildung, Jugend und Sport, des Katastrophenschutzes, sowie der Verwaltungszusammenarbeit. Auffallend ist, dass einige dieser Fragen bereits bei den geteilten Zuständigkeiten in Art. 2c (4) AEUV geregelt sind.

Die Reichweite der unionalen Ermächtigungen in diesem Bereich ist umstritten. Während einige im Schrifttum davon ausgehen, dass die Zuständigkeiten ausschließlich bei den Mitgliedstaaten verbleiben,[76] geht ein anderer Teil davon aus, dass die Union sehr wohl über eine begrenzte Kompetenz in diesem Bereich verfügt.[77] Aus der Tatsache, dass die Union in diesem Bereich auch bindende Rechtsakte erlassen darf, wird gefolgert, dass die Mitgliedstaaten in ihrer Zuständigkeit soweit begrenzt sind, wie weit die Regelung der Union reicht.[78] Auch wenn die Union im Einzelfall über keine entsprechende Kompetenz verfü-

---

[73] Ludwigs, ZEuS 2004, 211, 235.
[74] Calliess in Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-16 Rdnr.. 5-8.

[75] Vgl. Calliess in Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-12 Rdnr. 24.
[76] Wuermling, EuR 2004, 216, 223.
[77] Krebber, EuGRZ 2004, 592, 593.
[78] Craig, ELR 2004, 323, 336.

ge, könnten die Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Einbindung in die EU nicht mehr so handeln wie sie wollten, selbst wenn sie die Kompetenz besäßen.[79] Auch wenn keine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften bewirkt werden soll und dies dadurch untermauert wird, dass dies nicht durch die Inanspruchnahme der Flexibilitätsklausel umgangen werden darf, Art. 308 (353) Abs. 3 AEUV, so führen Koordinierungsmaßnahmen doch zu „faktischem Zwang" und somit zur Veränderung der Rechtslage. Somit erscheint Art. 2 e (6) AEUV doch als Norm der „quasi" geteilten Zuständigkeiten.[80] Wie geartet die Kompetenz der Union auch immer sein mag, jedenfalls wird den Mitgliedstaaten ein großer Teil der Einflussmöglichkeiten genommen.

b) Die neuen Kompetenzen im konsolidierten EUV

aa) Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik

Die GASP erscheint nicht in Art. 2a (2) ff. AEUV im Kompetenzkatalog. Wegen der diversen Sonderregelungen, die für sie gelten, sind sie wohl als Kompetenzen sui generis anzusehen.[81]

Wie erwähnt, versteckt sich hinter den nach wie vor im EUV verorteten Regeln zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik eine ganz weitreichende Neuerung.

Erstens wird das Primärrecht und somit auch die abgeleiteten Rechtsakte „vergemeinschaftet" im ursprünglichen Sinne, d.h. auf eine supranationale Struktur erhoben. Zweitens erhält die GASP ein „Gesicht": Durch den VvL wird das Amt des „Hohen Vertreters" eingeführt – die Repräsentanz der außenpolitischen Fragen wird den Ministern der Mitgliedstaaten entzogen, Art. 9e (18) Abs. 2 EUV.

Die Regelungen finden sich in Titel V des konsolidierten EUV, Art. 10a (21) ff. EUV. Anders als im Entwurf des Verfassungsvertrags, in dem die neue Dimension schon beim Blick auf die Konzeption des Vertragswerks offenbar geworden ist, verbirgt sich diese verfassungspolitisch so bedeu-

---

[79] Krebber, EuGRZ 2004, 592, 594.
[80] So ähnlich Calliess in Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-12 Rdnr. 27.
[81] Streinz/Ohler/Herrmann, Die neue Verfassung für Europa, S. 73, durch die inhaltliche Übernahme der EVV-Vorschriften in den VvL auch hier noch gültig.

tende Regelungsmaterie hinter dem alten „harmlosen Konzept" EUV. Auch wenn zahlreiche Sondervorschriften die Zusammenarbeit in diesen Gebieten näher regeln, so lässt sich doch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik zwar intergouvernemental präsentiert, aber in Wahrheit supranationalen Charakter besitzt. Vertragstext und systematische Stellung der GASP im Rahmen des EUV, sowie die Nichtnennung in den Zuständigkeiten in Art. 2a (2) AEUV, täuschen darüber hinweg, dass auch ohne ausdrückliche Klarstellung im Vertragstext der Übergang der hoheitlichen Befugnisse auf die Europäische Union durch die Konsolidierung vollzogen wird. Dies ergibt sich aus Art. 46a (47) des konsolidierten EUV, wonach die Union zukünftig mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist: Sämtliche Rechtsakte im Bereich der GASP werden nun nicht mehr den Mitgliedstaaten zugerechnet, sondern der Union selbst. Hieraus ergibt sich, dass eigenverantwortlicher Adressat in diesen Bereichen nur noch die Union ist.

An dieser Tatsache ändern auch die Erklärungen Nr. 13 und 14 zur GASP nichts, wonach weder die derzeit bestehenden Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Formulierung und Durchführung ihrer Außenpolitik noch ihre nationale Vertretung in Drittländern und internationalen Organisationen berührt werden: Durch den weitreichenden Zuständigkeitsbereich der Union wird das eigenständige Handeln der Mitgliedstaaten in diesem Bereich stark verdrängt.

Die Bedeutung dieser Umstrukturierung wird deutlich, wenn man den Gegenstand der GASP näher ausleuchtet.
Entscheidende Norm ist in diesem Zusammenhang Art. 11 (24) EUV:

(1) Die Zuständigkeit der Union in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik erstreckt sich auf alle Bereiche der Außenpolitik sowie auf sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Sicherheit der Union, einschließlich der schrittweisen Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, die zu einer gemeinsamen Verteidigung führen kann. (...)

(2) Die Union verfolgt, bestimmt und verwirklicht im Rahmen der Grundsätze und Ziele ihres auswärtigen Handelns eine Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, die auf einer Entwicklung der gegenseitigen politischen Solidarität der Mitgliedstaaten, der Ermittlung der Fragen von

allgemeiner Bedeutung und der Erreichung einer immer stärkeren Konvergenz des Handelns der Mitgliedstaaten beruht.

(3) Die Mitgliedstaaten unterstützen die Außen- und Sicherheitspolitik der Union aktiv und vorbehaltlos im Geiste der Loyalität und der gegenseitigen Solidarität und achten das Handeln der Union in diesem Bereich. Die Mitgliedstaaten arbeiten zusammen, um ihre gegenseitige politische Solidarität zu stärken und weiterzuentwickeln. Sie enthalten sich jeder Handlung, die den Interessen der Union zuwiderläuft oder ihrer Wirksamkeit als kohärente Kraft in den internationalen Beziehungen schaden könnte.
Der Rat und der Hohe Vertreter tragen für die Einhaltung dieser Grundsätze Sorge.

Bei der Lektüre dieser Vorschrift wird offenbar, dass somit eine ureigene Domäne der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt den Mitgliedstaaten immer mehr entgleitet. Nationale Alleingänge sind zwar theoretisch möglich - da die europäische Politik die nationalen Maßnahmen nur komplementär ergänzen sollen - die europäisch geprägten Maßnahmen werden aber einen großen Teil einnehmen:
Die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik umfasst nicht nur außenpolitische Standpunkte, oder die Bereitschaft, bei militärischen Einsätzen zu partizipieren. Im Zeitalter des Terrorismus gehört zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik auch die konkrete Verfolgung des Terrorismus: Gerade im Kampf gegen den internationalen Terrorismus kommen seit den letzten Jahren im größeren Ausmaß auch zielgerichtete Sanktionsmaßnahmen gegen Individuen zum Einsatz (sog. „moderne" oder intelligente[82] Sanktionen). Dies führt zu einer wachsenden Bedeutung des Einzelnen als Adressat im Völkerrecht, welches ursprünglich als Ordnungsregularium zwischen Staaten konzipiert ist.[83] Aufgrund der Bindung auch der Europäischen Union an ergangene UN-Resolutionen ergreift diese schon jetzt Maßnahmen zur Umsetzung der Resolutionen. Während bislang völlig unklar war, ob diese Maßnahmen nun den Mitgliedstaaten oder der Europäischen Union selbst zuzurechnen ist, wird nun die Union als alleinig Verantwortliche da stehen. Aber wie bei der PJZS ergeben sich hier gravierende Rechtsschutzlücken angesichts der Tatsache, dass es keine Grundrechtsbeschwerde vor dem EuGH gibt. Darüber hinaus sind die

[82] Areou/Weckel, Revue générale de droit international public 2005, 957, 960 Rdnr.49.
[83] Hobe in Hoffmann, Non-state actors as new subjects of international law, 1999, S. 115ff..

Mitgliedstaaten nun völlig ohnmächtig dem Handeln der Union ausgeliefert: Sie ist als Rechtssubjekt alleine verantwortlich, sie übt in den einschlägigen Fällen die Hoheitsrechte selbstständig aus. Auch wenn die rechtlichen Vorgaben bislang schon von der Europäischen Union kamen und die Mitgliedstaaten lediglich vollzogen, so wird die Zuständigkeit nun endgültig der Rechtsperson Union zugeschoben.

Nicht nur die Repräsentanz durch einen „Europäischen Außenminister" - auch wenn er nicht ausdrücklich so genannt wird -, sondern auch „großzügige Duldung" der völkerrechtlichen Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten in den Erklärungen 13 und 14 zur GASP macht deutlich, dass die Europäische Union immer größere Ansprüche geltend macht, die Außen- und Sicherheitspolitik unter europäischer Flagge zu gestalten. Auch wenn die GASP als formal intergouvernementale Zusammenarbeit belassen wird, so machen die Ausgestaltung der Union als Rechtspersönlichkeit, die Einführung des Hohen Vertreters, sowie die Zielsetzung in Art. 11 (24) EUV deutlich, dass es die Vertragparteien auf eine völlig eigene europäische Außen- und vor allem Verteidigungspolitik hinsteuern.

Somit ist festzuhalten, dass auch die Überführung der GASP in eine faktisch supranationale Struktur eine wichtige Rolle bei der Beurteilung der Verletzung des Art. 38 GG spielt. Gerade die Außen- und Sicherheitspolitik betrifft ganz essentielle Fragen der Identität eines Staatsgefüges. Man denke nur an die Bedeutung der Wiedervereinigung Deutschlands für seine Rolle in der Weltpolitik: Erst mit der Wiedervereinigung hatte Deutschland die volle völkerrechtliche Souveränität erhalten und erst seit diesem Zeitpunkt wurde Deutschland als vollwertiger Partner in der Weltgemeinschaft begriffen. Dies führte zu einer erheblichen Ausweitung der deutschen Rechte und Pflichten im völkerrechtlichen Verkehr.
Einen Staat zeichnet aber nicht nur die völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit aus, sondern auch ihre eigenständige Handlungsfähigkeit. Auch wenn die Bundesrepublik auch nach dem Vertrag von Lissabon eine eigenständige Rechtsperson des Völkerrechts bleibt und mit eigenen Repräsentanten auftreten kann, so beeinträchtigt die Europäisierung,

die Einengung in einen „europäischen Mainstream" den eigenen Gestaltungsspielraum der Bundesrepublik in Fragen der Außen- und Sicherheitspolitik ganz erheblich. Durch die Verleihung der Rechtspersönlichkeit der Union werden zwar nicht ausdrücklich neue Hoheitsrechte übertragen - wie gesagt verbleibt die GASP konzeptionell intergouvernemental - jedoch führt die Zurechnung der Fragen an die Union sowie die enger werdende Orientierung an rein europäischen Grundhaltungen in der Außenpolitik zur Bedeutungslosigkeit der Auffassung der unmittelbar zu legitimierenden deutschen Gesetzgebungsorgane. Dies verletzt Art. 38 GG, indem die Schranke der Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG überschritten wird.

bb) Sonderfall Sicherheits- und Verteidigungspolitik

Erstmals primärrechtlich kodifiziert als integraler Bestandteil der GASP wird detailliert eine gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik kodifiziert. Diese war bislang nur ansatzweise in Art. 17 EUV in der Fassung von Nizza geregelt, hatte sich in der Praxis aber zu einem immer größeren europäischen Aktionsfeld ausgeweitet.[84] Dieser Bereich findet sich nun in Art. 28 a – e (42-46) EUV wieder. Zielsetzung hinter dieser Regelung ist das Fortschreiten der Integration in den Bereichen Sicherheit und Verteidigung. Bestehen bleibt die Unterscheidung zwischen der gemeinsamen Sicherheitspolitik außerhalb des Unionsgebiets, welche die Petersberg-Aufgaben umfasst, Art. 28b (43) EUV, sowie einer gemeinsamen Verteidigung, Art. 28 a (42) Abs. 2 EUV.

Während die gemeinsame Verteidigung in Art. 17 EUV in seiner alten Fassung noch als bloße Möglichkeit festgesetzt wurde, deutet die Formulierung im neuen Art. 28a (42) Abs.2 EUV auf ein ganz klares gemeinsames Ziel hin. Dass hierzu der einstimmige Beschluss des Europäischen Rates sowie die mitgliedstaatliche Ratifikation erforderlich sind, Art. 28a (42) Abs. 2 EUV schmälert die Reichweite dieser Zielsetzung nicht.[85]

Ebenfalls kritisch zu beurteilen ist die Einrichtung einer Europäischen Verteidigungsagentur, Art. 28 a (42) Abs. 3 Uabs. 2 EUV. Diese wurde bereits am 17.7.2004 auf Grund einer Gemeinsamen Aktion in äußerst fragwürdiger

[84] Regelsberger/Kugelmann in Streinz: EUV/EGV, Art. 17 EUV.
[85] So auch Streinz/Ohler/Herrmann, Die neue Verfassung für Europa, S. 98.

Weise errichtet.[86] Erst jetzt wird sie primärrechtlich geregelt. Sie soll dafür sorgen, dass die Verteidigungsfähigkeit der Union gestärkt wird und insbesondere hinwirken auf Forschung, Beschaffung und Rüstung.
Die Mitgliedstaaten verpflichten sich nach Art. 28 a (42) Abs. 3 UAbs. 2 EUV nicht nur dazu, der Union alle notwendigen und möglichen Mittel zur Verwirklichung der GSVP zur Verfügung zu stellen, sondern auch ihre eigene Verteidigungsfähigkeit im Sinne der Union zu verbessern. Militärmissionen können einer Gruppe von Mitgliedstaaten durch den Rat auferlegt werden, Art. 28c (44) Abs. 1 EUV.
Die Mitgliedstaaten müssen im Rahmen der GSVP ihren Verpflichtungen nachkommen. Entweder müssen sie Kontingente in multinationalen Verbänden wie z.B. im Rahmen des Eurocorps stellen, Art. 28 a (42) Abs. 3 EUV, oder sie beteiligen sich an der „Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit" (SSZ), nach Art. 10 (20) EUV in Verbindung mit dem Protokoll über die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit nach Art. 28a des Vertrags über die Europäische Union. Die Mitgliedstaaten müssen nach diesem Protokoll besondere Verpflichtungen eingehen, die ihre militärischen Fähigkeiten betreffen, sie müssen sich an den wesentlichen europäischen Rüstungsprogrammen sowie der EVA beteiligen.

Somit wird deutlich, dass es bei der neuen Konzeption der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik nicht mehr um den Wunsch einer gewissen Koordinierung im Bereich der Verteidigung geht, sondern dass ganz gezielt der Weg zu einer europäischen Verteidigung unter europäischer Flagge eingeschlagen werden soll.

Somit ist in einem Zwischenfazit Folgendes festzustellen:

Wie gezeigt werden die Mitgliedstaaten quasi zur Aufrüstung gezwungen, um den mitgliedstaatlichen Pflichten nachzukommen.
Des Weiteren zeigt sich die Konzeption der GSVP im konsolidierten EUV nicht als friedliebendes System, das Militäreinsätze fast ausschließlich zur Verteidigung vorsieht, wie etwa das Grundgesetz, vgl. Art. 87a Abs.2 GG: Bei der neuen Formulierung von Art. 28a und 28b (42 und 43) EUV fällt auf, dass die Verteidigung im Fall eines Angriffs auf dem Hoheitsgebiet eines

[86] Streinz/Ohler/Herrmann, Die neue Verfassung für Europa, S. 98.

Mitgliedstaats lediglich in Art. 28 a (42) Abs. 7 EUV erwähnt wird. Das militärische Betätigungsfeld der EU ist somit ersichtlich nicht primär auf Verteidigung, sondern auf Einsätze in Drittländern gerichtet. Einige der Einsätze können sogar in Konflikt kommen mit dem Verbot des Angriffskriegs.[87] Eine Konfliktverhütung im Sinne des Art. 28a (42) Abs. 1 S. 3 EUV ist nur so lange möglich, so lange der Konflikt noch nicht ausgebrochen ist. Falls der betroffene Staat dem militärischen Eingreifen der Union auf seinem Territorium nicht zustimmt, bedeutet das, dass er bei der Konfliktverhütung angegriffen wird, obwohl sich die Union nicht im Krieg mit ihm befindet. Unabhängig von der Frage, wie sich dies aus Sicht möglicherweise berührter völkerrechtlicher Verträge darstellt, wird deutlich, dass es hier um ganz grundlegende Frage einer staatlichen Ausrichtung handelt.

Dies wirft immense Probleme für die Fragen der nationalen Identität der Mitgliedstaaten und im Bezug auf die Aushöhlung der nationalen Staatsgewalt auf. Gerade in der Historie der Bundesrepublik Deutschland spielte die Haltung in Fragen der Rüstungspolitik eine ganz ausschlaggebende Rolle für die Akzeptanz der Bundesrepublik in der Weltgemeinschaft. Die Fragen, ob und wie sich ein Staat verteidigt, ist ein ganz entscheidender Aspekt der Staatsqualität eines Staates überhaupt. Das Auftreten als eigene Streitkraft setzt nach herkömmlichem völkerrechtlichem Verständnis eine völkerrechtliche Subjektivität voraus. Völkerrechtspersönlichkeit ermöglicht somit das Aufstellen eigener Streitkräfte und umgekehrt drückt es auch die völkerrechtliche Eigenständigkeit eines Staates aus. Die Abgabe der Kontrolle über diese essentiellen Fragen bedeutet auch gleichzeitig die Abgabe entscheidender Aspekte der Staatsgewalt.

Dass der Einfluss der einzelnen Mitgliedstaaten auf den verteidigungspolitischen Kurs entsprechend gering ist, versteht sich von selbst: Die Europäische Union wird durch die ständige Erweiterung zum immer größeren Koloss. Je mehr verschiedene Meinungen in Einklang gebracht werden müssen, desto weniger Vorstellungen des einzelnen Mitgliedstaats können umgesetzt werden. Dies bedeutet im Rahmen der Europäischen Union schier ein Ding der Unmöglichkeit. Wie sich gerade im Zusammenhang mit den

[87] Zu diesem Problemfeld: Mayer, Angriffskrieg und europäisches Verfassungsrecht, AVR 2003, S. 394.

Folgen des 11. Septembers 2001 und den amerikanischen Kriegen gezeigt hat, bestehen innerhalb der Mitgliedstaaten der Union völlig unterschiedliche Vorstellungen, wie und ob man in verschiedenen weltpolitischen Situationen sicherheits- und verteidigungspolitisch reagieren soll. Indem man sich nun aber zu einem einheitlichen Kurs verpflichtet, gibt man ein großes Stück der nationalen Identität auf.

Auch wenn die Mitgliedstaaten ihre eigenen völkerrechtlichen Rechte und Pflichten behalten und es sich bei der GSVP um eine Kooperationsplattform handeln soll, so sind die Zugeständnisse und Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten eingehen, viel zu weitreichend. Ist die Bundesrepublik Deutschland erst einmal in diesem System gebunden, das auf eine gemeinsame Verteidigung hinstrebt, werden eigene Entscheidungen des Bundestages überflüssig, ein eigener Gestaltungsspielraum wird minimiert. Der Bürger hat durch die Bundestagswahl mithin keinen Einfluss mehr darauf, wie die Verteidigungspolitik konkret gestaltet wird, Art. 38 GG wird verletzt.

3. Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) AEUV

Neben den aufgeführten einzelnen Übertragungen von Souveränitätsrechten, ermöglicht der Vertrag von Lissabon durch die sog. „Flexibilitätsklausel" des Art. 308 (352) AEUV, dass die Zuständigkeiten der Union weitgehend ausgedehnt werden können. Diese Regel verfolgt im Grunde genommen dieselbe Funktion wie seine Vorgängerregelungen, zuletzt Art. 308 EGV:[88] Die Union soll eine Handlungsmöglichkeit in Fällen erhalten, in denen den Organen der Union implizit verliehene Befugnisse fehlen, die aber erforderlich scheinen, damit sie „ihre Aufgaben im Hinblick auf die Erreichung eines vom Vertrag festgelegten Ziels wahrnehmen kann."[89] Es handelt sich also um eine „Reserveermächtigung", die die Lücken zwischen Befugnissen und Zielen der Union schließen soll, um eine fortschreitende Integration der Gemeinschaft zu gewährleisten.[90] Somit wird quasi eine Vertragsänderung ohne förmliches Änderungsverfahren erreicht.[91]

---

[88] Rossi in Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-18 Rdnr. 1.
[89] EuGH Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759, Rdnr. 29.
[90] Magiera, FS für Morsey, S. 211 ff., auch Rossi in Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-18 Rdnr. 11.
[91] Zu Art. 308 EGV Oppermann, Europarecht § 6 Rdnr. 68.

Die Hürden, die diese Regelung vorsieht, sind zwar recht hoch: Das EU-Parlament muss zustimmen und der Rat einstimmig beschließen. Jedoch hat schon die alte Regelung des Art. 308 EGV gezeigt, dass dies kein valider Hinderungsgrund sein muss: Zwischen 2000 und 2004 wurden insgesamt 96 Rechtsakte aufgrund dieser Öffnungsklausel erlassen.[92] Die Tatsache, dass nach dem VvL nun das Parlament nicht mehr nur angehört werden muss, sondern aktiv zustimmen muss, ist angesichts des Einstimmigkeitserfordernisses im Rat keine große Hürde.

Somit birgt der Vertrag von Lissabon die Möglichkeit, dass die Bundesrepublik Deutschland noch weit mehr von ihrer Souveränität aufgibt als explizit aufgeführt ist.

Zwar stellt Abs. 4 der Vorschrift nun fest, dass die Ausdehnung der Zuständigkeiten nicht im Bereich der GASP erfolgen darf - diese Änderung ist nach dem Scheitern des Verfassungsentwurfes vorgenommen worden. Auch unterstreicht die Erklärung Nr. 42 zum Vertragsentwurf, dass auch Art. 308 (352) AEUV wie sein Vorgänger Art. 308 EGV auf einem System des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung fuße und daher keine Grundlage dafür bieten könne, den Bereich der Unionsbefugnisse über den allgemeinen Rahmen hinaus auszudehnen, der sich aus der Gesamtheit der Bestimmungen der Verträge ergibt. Die Flexibilitätsklausel könne nicht dahingehend ausgedehnt werden, dass die Erweiterung der Kompetenzen auf eine faktische Vertragsänderung hinausliefe.

Auch wenn dies alles sehr vernünftig klingt, so ist diese Einschränkung doch reichlich unbestimmt - wie weit reichen die Tätigkeitsbereiche der Union? Faktisch verfolgt die Europäische Union inzwischen in allen Lebensbereichen irgendwelche Tätigkeiten - in manchen mit stärkeren Eingriffsbefugnissen in anderen mit weniger starken. Was gehört noch zur Wirtschaftspolitik, insbesondere zu Fragen des Binnenmarktes, in denen die Union ganz umfassende Rechte ausübt und in dem eine beispiellose Harmonisierung stattfindet, und was gehört schon zur Außenpolitik, die in Art. 308 (352) AEUV tabuisiert ist? Nicht abzustreiten ist, dass hier eine große Missbrauchsgefahr droht.[93] Die

[92] Vgl. Rossi in Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-18 Rdnr. 18.
[93] So auch z.B. Reich, EuGRZ 2001, 1.

deutschen Länder hatten im Entwicklungsprozess des EVV mehrmals starke Bedenken geäußert, ihre grundgesetzlichen Gesetzgebungszuständigkeiten schleichend zu verlieren.[94]

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Maastrichturteil ausdrücklich festgestellt, dass Art. 38 GG auch dann verletzt wird, das Integrationsprogramm nicht hinreichend bestimmbar festgelegt wird. Das angegriffene Zustimmungsgesetz macht zur Reichweite der Flexibilitätsklausel keine eigenen Angaben, es implementiert vielmehr das Integrationsprogramm, das EUV und AEUV durch den Lissabonner Vertrag erhalten haben. Wie erläutert ist die Reichweite der Klausel im wahrsten Sinne des Wortes äußerst „flexibel". In quasi allen Bereichen, in denen die Union in einer irgendwie gearteten Weise tätig werden kann, kann sie somit über Art. 308 (352) AEUV Rechtsakte erlassen. Da dies aber sehr weit reicht und die Grenzen fließend sind, s.o., steht nicht fest, in welchem Umfang und Ausmaß der deutsche Gesetzgeber der Verlagerung der Ausübung von Hoheitsrechten zugestimmt hat. Dies kommt quasi einer Generalermächtigung gleich, obwohl Art. 79 Abs. 1 GG ausdrücklich darauf hinweist, dass Änderungen im Grundgesetz explizit genannt werden müssen.

Die Tatsache, dass Art. 308 (352) AEUV in Abs. 3 ausdrücklich klarstellt, dass diese Kompetenz nicht zur Erweiterung der Zuständigkeiten missbraucht werden darf und dass das neben dem Ministerrat das Parlament zustimmen muss (Abs. 1), ändert aber nichts an der theoretischen Möglichkeit des Gebrauchs: Zum einen wäre die Regel überflüssig, wenn nie die Zustimmungsvoraussetzungen erreicht würden, zum anderen ist die Frage nach der unerlaubten Harmonisierung äußerst schwer zu beantworten. Die Gesetzgebungsorgane werden jede Maßnahme als bloße Annexzuständigkeit deklarieren. Angesichts der so umfassenden Tätigkeit der Union vom Binnenmarkt bis zur Visa-Politik, von der Gesundheit bis zur Umwelt, erscheint es auch nicht allzu schwierig, die Regelungen zu treffen und das Harmonisierungsverbot wenigstens formal zu respektieren.

Zwar gab es wie erwähnt auch schon früher quasi eine Flexibilitätsklausel (Art. 308 EGV). Durch die Ausweitungen der Aktivitäten der Union in den Bereichen PJZS und GASP erlangt die Übertragung der Zuständigkeit und somit

[94] Nachweis bei Rossi in: Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-18 Rdnr. 2.

Hoheitsrechtsübertragung aber eine neue Dimension. Auch die Unbestimmtheit der Reichweite des Art. 308 (352) AEUV in der Aufgabe von wesentlichen Souveränitätsrechten greift in den Schutzbereich des Art. 38 Abs. 1 GG ein.[95] Die Verletzung des Art. 38 GG ergibt sich zum einen daraus, dass durch die Ausdehnung der vertraglichen Kompetenzen der Union auf alle Politikfelder die Rechte des Bundestags entleert werden, zum anderen daraus, dass innerhalb dieser weitreichenden Kompetenzübertragung nicht geklärt werden kann, wie weit die Hoheitsrechtsübertragung nun reicht.

Die Neuerungen insbesondere in den Bereichen der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, insbesondere der gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, und die Einrichtung der Flexibilitätsklausel sind gravierend. In allen Fällen werden durch die Kompetenzerweiterung der Europäischen Union wichtige staatliche Domänen aus der Hand gegeben und Hoheitsrechte übertragen.

Dieses durch den Lissabonner Vertrag zu schaffende Gemeinwesen ist faktisch kein völkervertraglicher „Staatenverbund" mehr, in welchem die Mitgliedstaaten „Herren der Verträge" sind. Vielmehr handelt es sich nun um einen großen Bund mit eigener Rechtssubjektivität, der mit seinen so ausgedehnten Regelungskompetenzen unmittelbar alle Bürger erreicht, sei es durch landwirtschaftliche Subventionierung, den europäischen Haftbefehl oder das Einfrieren eines Kontos aufgrund eines im Rahmen der GASP umgesetzten Weltsicherheitsratsbeschlusses. Dieser Verbund tritt auf wie ein eigener Staat - mit eigenen Gesetzgebungsorganen, die nun auch institutionell eher an die nationalen Gesetzgebungsorgane erinnern, mit eigenen Behörden und eigener Unionsbürgerschaft. Die entsprechenden ursprünglich mitgliedschaftlichen Aufgaben, Kompetenzen und Befugnisse werden dabei ausgezehrt.[96] Mangels ausreichender Kompetenzen des deutschen Bundestags, ist sein Recht auf Legitimierung der Staatsgewalt nach Art. 38 GG in nicht zu rechtfertigender Art und Weise verletzt.

---

[95] BVerfGE 89, 155, 187

[96] So zurecht Rupp, Grundgesetz und Europäischer Verfassungsvertrag, JZ 741, 743, wobei die im Zusammenhang mit dem EVV gemachten Äußerungen ebenso auf den Vertrag von Lissabon zutreffen, da die Inhalte völlig übernommen wurden.

II. Ungleiche Wahl und mangelnde demokratische Rückkopplung der nationalen Parlamente

Die Mindestanforderungen demokratischer Legitimation der Staatsgewalt, wie sie Art. 38 GG nach dem Maastricht-Urteil verlangt, werden aber nicht nur durch die dargestellte Aushöhlung der Zuständigkeiten des Bundesgesetzgebers unterschritten, sondern noch durch einen weiteren Aspekt, nämlich die unzureichende mittelbar demokratische Legitimation der Europäischen Union. Soweit der Bürger auf europäischer Ebene die Staatsgewalt hinreichend legitimieren könnte, wäre theoretisch denkbar, dass dies im Wege der Integrationsöffnung des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG dem demokratischen Kerngehalt des Art. 38 GG genügt: Zwar würde der Wähler die Staatsgewalt nicht mehr über die Bundestagswahl legitimieren, aber dann eben über die Wahl zum Europäischen Parlament. Weil das Grundgesetz sich für die europäische Integration geöffnet hat, Art 23 Abs. 1 S. 3 GG könnte der Kerngehalt des Art. 38 GG auf europäischer Ebene geschützt werden. Zum einen will Art. 38 GG aber tatsächlich die Entscheidungsgewalt der deutschen Gesetzgebung und somit die deutsche Rechtsordnung schützen - es geht eben um die Legitimierung deutscher Staatsgewalt und nicht europäischer Staatsgewalt.
Des Weiteren schließt sich hieran jedoch die hochkomplexe Diskussion, ob es überhaupt einen legitimen europäischen Staat mit eigenem Staatsvolk geben könnte und dass dies der Auflösung der Bundesrepublik gleichkäme, was ohne Verfassungsänderung definitiv gegen die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen würde.

Entscheidend ist hier aber, dass es nach dem Vertag von Lissabon auch gar keine echte mittelbare demokratische Legitimation gibt.

Auch die bisherige EG und EU sind nach reinem Demokratieverständnis nicht unmittelbar demokratisch legitimiert - das Europäische Parlament, das zwar direkt gewählt wird, hat bislang eine so schwache Rolle, dass der Wähler durch seine Wahl gerade nicht - wie es Art. 38 GG für die Bundesrepublik Deutschland bestimmt - die Ausübung der Staatsgewalt legitimiert. Deshalb leitet man hier die demokratische Legitimation indirekt ab:
Zum einen sind die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten. Zum anderen werden die Mitgliedstaaten im Ministerrat von ihrer jeweiligen Regierung vertreten, die ihrerseits in demokratischer Weise gegenüber ihren nationalen Parlamenten oder gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern Rechenschaft ablegen müssen. Das demokratische Prinzip setzt eine gleiche und

effektive Teilhabe der Staatsvölker am Handeln der Union voraus.[97] Jedoch gewährt selbst das demokratisch aufgewertete System des Vertrags von Lissabon keine gleichberechtigte Teilhabe. Zwar wurden die Kompetenzen des Europäischen Parlaments stark aufgewertet. Dies könnte aber allenfalls nur dann der Wahrung des Demokratieprinzips genügen bzw. die Hoheitsgewalt der EU durch die Wahl des EU-Parlaments durch den Bürger direkt legitimieren, wenn es sich um eine wirklich gleichberechtigte Wahl handelt. Jedoch sind die Wahlen nach den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon nicht gleich. Sie gewährleisten nicht, dass die einzelnen Staatsbürger den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben, wobei dies doch eine ganz grundlegende demokratische Forderung und somit auch Gewährleistungsinhalt des Art. 38 GG ist.[98] Die Parlamentszusammensetzung berechnet sich nach einer Systematik, die die Stimmen aus den kleinen Mitgliedstaaten überproportional bevorzugt, was sich im Vergleich zum Vertrag von Nizza noch verschärft hat. Verkürzt dargestellt hat ein maltesischer Wähler zwölf Mal mehr Einfluss auf das Wahlergebnis des Europäischen Parlaments als ein deutscher Bürger.[99] Echte demokratische Legitimation, sei es direkt oder indirekt setzt aber nach dem Verständnis des Grundgesetzgebers eine allgemeine, freie und gleiche Wahl voraus, Art. 38 Abs. 1 GG.
Schon aus diesem Aspekt – sieht man von den oben angedeuteten anderen Problemen einmal ab, kommt eine direkte Legitimation der europäischen Staatsgewalt nicht in Betracht.

Egal, ob man es aus gesamteuropäischer oder rein deutscher Perspektive betrachtet: Die Staatsgewalt der Europäischen Union ist nicht hinreichend im Sinne der Art. 23 Abs. 1 S.3, Art. 79 Abs. 3, Art. 20 GG demokratisch legitimiert.

Fazit:
Durch den Vertrag von Lissabon werden viele essentielle Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen. Einige neue Zuständigkeiten wie etwa im Rahmen der Energie- und Gesundheitspolitik wurden geschaffen.

Von überragender Bedeutung ist aber die „Vergemeinschaftung" - besser wohl „Verrechtlichung"[100] der PJZS und der GASP: Durch die Aufhebung der Säulenstruktur darf

---

[97] Jochum, Petersson, Vom „Mitregieren zu demokratischer Legitimation" in Jochum/Petersson/Schröder/Ullrich: Legitimationsgrundlagen einer Europäischen Verfassung, S. 184.
[98] BVerfGE 11, 351, 360.
[99] Genauer Nachweis bei Jochum, Petersson, Vom „Mitregieren zu demokratischer Legitimation" in Jochum/Petersson/Schröder/Ullrich: Legitimationsgrundlagen einer Europäischen Verfassung, S. 184.
[100] So zurecht Rossi in Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-18 Rdnr. 6.

die EU in diesen Bereichen vorrangiges Recht setzen, Außenverträge schließen, Art. 2b Abs. 2 (3) AEUV und die Kompetenzen im Rahmen der Flexibilitätsklausel ausdehnen, Art. 308 (352) AEUV. Dieses Integrationsprogramm ist überaus weitreichend und nicht inhaltlich hinreichend bestimmt: Besondere Probleme ergeben sich bei den abgeleiteten Kompetenzen in Art. 2b Abs. 2 (3) AEUV und Art. 308 (352) AEUV.

Die Übertragung der Hoheitsrechte in den genannten Bereichen und die Ausweitung der Zuständigkeiten „blutet" die Kompetenzen des Deutschen Bundestags aus:
Die Innenpolitik im Sinne der Sicherheitsfragen, die Wirtschaftspolitik im Sinne des einheitlichen Marktes nach außen und nach innen, die Gesundheitspolitik, die Energiepolitik und entscheidend auch die Fragen der Außenpolitik, liegen nun fast ausschließlich in europäischen Händen. Der europäische Gesetzgeber kann mehr oder weniger eindeutig gegen den Willen einzelner Mitgliedstaaten tätig werden.

Die Wahl des deutschen Bürgers, die nach Art. 38 GG garantiert ist, wird somit zur leeren Hülse - der Bundestag hat entweder keine Gesetzgebungskompetenz oder wird noch mehr zum Handlanger der Union, der lediglich die Richtlinien aus Brüssel umsetzen darf.

Durch das Zustimmungsgesetz haben die deutschen Gesetzgebungsorgane dieser Entwicklung Tür und Tor geöffnet und somit das Recht des Bürgers aus Art. 38 GG verletzt.

Die Verfassungsbeschwerde ist somit begründet.

-Langgartner-
Rechtsanwalt

2 BvE 2/08

Prof. Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider
Ordinarius für Öffentliches Recht
Hubertusstr. 6
90491 Nürnberg

2 BvE + eA
2. Ausf.

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3

76131 Karlsruhe

Bundesverfassungsgericht
Eing. 23.05.08 10:11
2 Doppel Bd.
Anlage 2 Doppel

23. Mai 2008

- bei Fr. Groß -

Organklage
Verfassungsbeschwerde
Antrag auf andere Abhilfe
Antrag auf einstweilige Anordnung

[redacted]

Verfahrensbevollmächtigter: Universitätsprofessor Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider, Hubertusstraße 6, 90491 Nürnberg
Vollmacht anbei
– Antragsteller –

gegen

den Präsidenten der Bundesrepublik Deutschland, Prof. Dr. Horst Köhler, Spreeweg 1, 11010 Berlin
und
den Deutschen Bundestag, vertreten durch den Präsidenten des Deutschen Bundestages, Prof. Dr. Norbert Lammert, Platz der Republik 1, 11011 Berlin
und
die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesregierung, diese vertreten durch die Bundeskanzlerin, Bundeskanzleramt, Willy-Brandt Str. 1, 10557 Berlin
- Antragsgegner -

7a)

INHALT

Anträge 1

I. Organklage 1

II. Verfassungsbeschwerde 1

III. Antrag auf andere Abhilfe 2

IV. Antrag auf einstweilige Anordnung 2

1. Teil - Sachverhalt 4

2. Teil - Zulässigkeit der Anträge 20

Antrag zu I. 20

Antrag zu II. - Art. 2 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 S. 2, Art. 20 Abs. 4 GG 28

1. Politische Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) 29
2. Recht auf Vertretung durch den Deutschen Bundestag (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) 37
3. Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG) 44

Antrag zu III. - Recht auf andere Abhilfe (Art. 20 Abs. 4 GG) 45

Antrag zu IV. - Einstweilige Anordnung 48

3. Teil - Begründetheit der Anträge 51

A. - Existentielle Staatlichkeit des Unionsstaates ohne demokratische Legitimation 51

I. Existentielle Staaten und existentielle Staatlichkeit im Bundesstaat 51

II. Bundesrepublik Deutschland als unechter Bundesstaat – existentielle Staatlichkeit der deutschen Länder 64

III. Substantielle und existentielle Staatlichkeit der Union 71

IV. Existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die Integrationsgrenzen Deutschlands 92

V. Kritik der Integration zum europäischen Bundesstaat mit einer existentiellen Union 98

B. - Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten, effet utile, Herkunftslandprinzip und existentielle Unionsstaatlichkeit ____ *106*

I. Diskriminierungsverbot ____ **106**

II. Grundfreiheiten ____ **109**

1. Warenverkehr ____ 109
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit ____ 111
3. Dienstleistungsfreiheit ____ 116
4. Niederlassungsfreiheit ____ 118
5. Kapitalverkehrsfreiheit ____ 131

III. Integrationismus zu Lasten der nationalen Gesetzgebung ____ **136**

IV. Herkunftslandprinzip oder Anerkennungsprinzip zu Lasten der nationalen Gesetzgebung ____ **147**

V. Selbstermächtigung des Europäischen Gerichtshofs durch seinen Unternehmensbegriff ____ **160**

C. - Wirtschafts-, Währungs-, Haushalts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik – Verstoß gegen die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ____ *163*

I. Wirtschaftspolitik ____ **163**

II. Währungspolitik ____ **179**

III. Haushaltspolitik ____ **184**

IV. Beschäftigungspolitik ____ **191**

V. Sozialpolitik ____ **195**

D. - Unionspolitik der inneren Sicherheit als existentielle Entstaatlichung der Mitgliedstaaten ____ *199*

I. Existentielle Gebietshoheit der Europäischen Union ____ **202**

II. Justizpolitik in Zivilsachen ____ **204**

III. Justizpolitik in Strafsachen ____ **206**

IV. Polizei ____ **213**

V. Europäischer Haftbefehl ____ **215**

E. - Grundrechtepolitik der Union ____ *220*

I. Konventsverfahren ____ **220**

1c)

II. Grundrechtelage in der Europäischen Union 221
III. Grundrechte als Erkenntnisse der praktischen Vernunft 225
IV. Liberalistische, statt republikanischer Konzeption 228
V. Soziale Rechte 233
VI. Arbeitnehmerrechte 236
VII. Ökologische, biologische und gesundheitliche Rechte und Grundsätze 238
VIII. Prozedurale Rechte 240
IX. Ermöglichung der Todesstrafe und der Tötung 242
X. Keine Grundrechtebeschwerde 244
XI. Unionsstaat als existentieller Verfassungsstaat 246
F. - Verlust der existentiellen Rechtshoheit der Mitgliedstaaten *248*
I. Integrationistische Judikatur des Europäischen Gerichtshofs 252
II. Extensive Textauslegung und textlose Rechtsgrundsätze 259
III. „Recht" im Sinne des Art. 9f (19) Abs. 1 Uabs. 1 S. 2 EUV 262
IV. Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts und begrenzte Befugnisse der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit 266
V. Einheit des Gemeinschaftsrechts als Hebel der vertragswidrigen Integration 270
VI. Demokratisches Defizit der Unionsgerichtsbarkeit 276
VII. Unionsgerichte als völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane 283
G. - Verteidigungs(Militär)hoheit *287*
I. Verlust existentieller Verteidigungshoheit der Mitgliedstaaten 287
II. Verbot des Angriffskrieges 292
H. - Kompetenz-Kompetenzen der Europäischen Union *296*
I. Flexibilitätsklausel 296
II. Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung 297

1 a)

III. Vereinfachte Änderungsverfahren 299
1. Art. 48 Abs. 6 EUV 299
2. Art. 48 Abs. 7 EUV 302

IV. Unionsbürgerschaft 303

V. Subsidiarität 305

J. - Zunehmende Demokratiedefizite in der Europäischen Union *315*

1 a)

III. Vereinfachte Änderungsverfahren 299
1. Art. 48 Abs. 6 EUV 299
2. Art. 48 Abs. 7 EUV 302

IV. Unionsbürgerschaft 303

V. Subsidiarität 305

J. - Zunehmende Demokratiedefizite in der Europäischen Union *315*

Anträge

I. Organklage

Namens und in Vollmacht des Antragstellers beantrage ich, festzustellen, daß das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Amtsblatt der Europäischen Union vom 17. Dezember 2007 (2007/C 306/01)), welches der Deutsche Bundestag am 24. April 2008 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 23. Mai 2008 zugestimmt hat, und die Begleitgesetze, nämlich das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 16/8488) und das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BT-Drs. 16/8489) gegen das Grundgesetz verstoßen, insbesondere gegen Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, gegen Art. 2 Abs. 1 GG und gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG, sowie gegen Art. 23 Abs. 1 GG, und deswegen nichtig sind.

II. Verfassungsbeschwerde

Namens und in Vollmacht des Verfassungsbeschwerdeführers beantrage ich, festzustellen, daß das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Amtsblatt der Europäischen Union vom 17. Dezember 2007 (2007/C 306/01)), welches der Deutsche Bundestag am 24. April 2008 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 23. Mai 2008 zugestimmt hat, und die Begleitgesetze, nämlich das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 16/8488) und das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundes-

rates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BT-Drs. 16/8489) gegen das Grundgesetz verstoßen, insbesondere gegen Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, gegen Art. 2 Abs. 1 GG und gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG, sowie gegen Art. 23 Abs. 1 GG und den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 20 Abs. 4 GG verletzen, sowie das Zustimmungsgesetz und die Begleitgesetze für nichtig zu erklären.

III. Antrag auf andere Abhilfe

Namens und in Vollmacht des Antragstellers beantrage ich, gestützt auf Art. 20 Abs. 4 GG, andere Abhilfe zum Schutz der grundgesetzlichen Verfassungsordnung dadurch zu geben, daß das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Amtsblatt der Europäischen Union vom 17. Dezember 2007 (2007/C 306/01)), welches der Deutsche Bundestag am 24. April 2008 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 23. Mai 2008 zugestimmt hat, und die Begleitgesetze, nämlich das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 16/8488) und das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BT-Drs. 16/8489) wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG für nichtig erklärt wird.

IV. Antrag auf einstweilige Anordnung

Namens und in Vollmacht des Antragstellers und Beschwerdeführers beantrage ich, durch einstweilige Anordnung dem Bundespräsidenten und der Bundesregierung zu untersagen, das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur

Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Amtsblatt der Europäischen Union vom 17. Dezember 2007 (2007/C 306/01)), welches der Deutsche Bundestag am 24. April 2008 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 23. Mai 2008 zugestimmt hat, und die Begleitgesetze, nämlich das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 16/8488) und das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BT-Drs. 16/8489) auszufertigen und zu verkünden und den Vertrag von Lissabon durch Unterzeichnung der Ratifikationsurkunde und Hinterlegung der Ratifikationsurkunde bei der Regierung der Italienischen Republik zu ratifizieren, bevor über die Verfassungsbeschwerde und den Antrag zu III. auf andere Abhilfe entschieden ist.

In beantrage, über den Antrag auf einstweilige Anordnung in Sachen Organklage und andere Abhilfe notfalls aufgrund mündlicher Verhandlung zu entscheiden.

1. Teil

Sachverhalt

Am 13. Dezember 2007 haben die Staats- und Regierungschefs und die Außenminister der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Lissabon den Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABl. EU vom 17. Dezember 2007, 2007/C 306/01, BTDrs. 16/8300) geschlossen.

Ich füge eine konsolidierte Fassung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, die der Rat der Europäischen Union am 15. April 2008 unter der Nr. 6655/08 veröffentlicht hat, bei.

Dieser Vertrag wiederholt weitestgehend den in Frankreich und den Niederlanden gescheiterten Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004, der auch in Deutschland nicht zur Geltung gekommen ist, weil weder das Zustimmungsgesetz wirksam geworden ist noch der Vertrag ratifiziert wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat auf die Organklage und die Verfassungsbeschwerde des Antragstellers, des [redacted] hin den Bundespräsidenten aufgefordert, schriftlich zu erklären, daß er das Zustimmungsgesetz nicht unterzeichnen und die Ratifikation des Vertrages nicht durchführen werde, solange nicht das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsklage [redacted] entschieden haben werde (Schreiben des Bundespräsidialamtes an das Bundesverfassungsgericht vom 9. Juni 2005, Schreiben des Bundesverfassungsgerichts an den Verfahrensbevollmächtigten [redacted] Prof. Dr. Karl Albrecht Schachtschneider vom 28. Juni 2005).

Der Verfassungsprozeß ist, nachdem der Deutsche Bundestag und die Bundesregierung schriftsätzlich auf die Verfassungsklage geantwortet hatten und der Antragsteller erwidert hatte, nicht weiter bearbeitet worden, weil der neue Vertragsschluß im Jahre 2007 ins Auge gefaßt war. Der Verfassungsvertrag ist bislang nicht aufgehoben worden. Die Bundesregierung

hat den Entwurf eines Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht und diesen mit den Entwürfen zweier Begleitgesetze verbunden, nämlich den eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (BTDrs. 16/8488) und den eines Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BTDrs. 16/8489).

Ich füge Kopien der Schreiben an.

Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 23, 45 und 93) lautet:

„Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 23, 45 und 93) vom 11.03.2008

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen; Artikel 79 Abs. 2 des Grundgesetzes ist eingehalten:

Artikel 1

Änderung des Grundgesetzes

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034), wird wie folgt geändert:

1. Nach Artikel 23 Abs. 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Der Bundestag und der Bundesrat haben das Recht, wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts der Europäischen Union gegen das Subsidiaritätsprinzip vor dem Gerichtshof der Europäischen Union Klage zu erheben. Der Bundestag ist hierzu auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder verpflichtet. Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können für die Wahrnehmung der Rechte, die dem Bundestag und dem Bundesrat in den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union eingeräumt sind, Ausnahmen von Artikel 42 Abs. 2 Satz 1 und Artikel 52 Abs. 3 Satz 1 zugelassen werden."

2. Dem Artikel 45 wird folgender Satz angefügt:

„Er kann ihn auch ermächtigen, die Rechte wahrzunehmen, die dem Bundestag in den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union eingeräumt sind."

3. In Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 werden die Wörter „eines Drittels" durch die Wörter „eines Viertels" ersetzt.

Artikel 2

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt an dem Tag in Kraft, an dem der Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 [einsetzen: Fundstelle im BGBl. II] nach seinem Artikel 6 Abs. 2 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft tritt.

Berlin, den 11. März 2008"

Das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union lautet:

„Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 1.03.2008

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Gesetz über die Ausübung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates aus dem Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

§ 1 Unionsdokumente

Bundestag und Bundesrat regeln in ihren Geschäftsordnungen, wie die ihnen nach den Artikeln 1 und 2 des durch den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (BGBl. II ...), dem Vertrag über die Europäische Union, dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft beigefügten Protokolls über die

Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union ... [einsetzen: Datum und Fundstelle des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon] zugeleiteten Dokumente zu behandeln sind.

§ 2 Subsidiaritätsrüge

(1) Die Bundesregierung übermittelt dem Bundestag und dem Bundesrat zu Entwürfen von Gesetzgebungsakten der Europäischen Union, die nach Artikel 2 des Protokolls über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union dem Bundestag und dem Bundesrat zugeleitet werden, jeweils eine ausführliche Unterrichtung frühestmöglich nach Beginn der Achtwochenfrist nach Artikel 6 Abs. 1 des durch den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigefügten Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, spätestens jedoch zwei Wochen nach deren Beginn. Diese Unterrichtung umfasst die erforderlichen Informationen zur Bewertung des Entwurfs hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Subsidiarität nach Artikel 5 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union. Die Bundesregierung übermittelt dem Bundestag und dem Bundesrat zu diesem Zwecke die offiziellen Dokumente der Organe der Europäischen Union, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Gesetzentwurfs erstellt worden sind und der Bundesregierung vorliegen, sowie die offiziellen Stellungnahmen der Bundesregierung.

(2) Bundestag und Bundesrat regeln in ihren Geschäftsordnungen, wie eine Entscheidung über die Abgabe einer begründeten Stellungnahme gemäß Artikel 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit herbeizuführen ist.

(3) Hat der Bundestag oder der Bundesrat eine begründete Stellungnahme beschlossen, so übermittelt der jeweilige Präsident diese an die Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission und setzt darüber die Bundesregierung in Kenntnis.

§ 3 Subsidiaritätsklage

(1) Die Bundesregierung unterrichtet Bundestag und Bundesrat frühestmöglich über den Abschluss eines Gesetzgebungsverfahrens der Europäischen Union, spätestens jedoch eine Woche nach Veröffentlichung des Europäischen Gesetzgebungsakts. Diese Unterrichtung enthält auch eine Bewertung, ob die

Bundesregierung den Gesetzgebungsakt mit dem Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union für vereinbar hält.

(2) Auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder ist der Bundestag verpflichtet, eine Klage nach Artikel 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu erheben. Auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder, die die Erhebung der Klage nicht stützen, ist deren Auffassung in der Klageschrift deutlich zu machen. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung des Bundestages.

(3) Der Bundesrat kann in seiner Geschäftsordnung regeln, wie ein Beschluss des Bundesrates über die Erhebung einer Klage nach Artikel 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit herbeizuführen ist.

(4) Die Bundesregierung übermittelt die Klage im Namen des Organs, das über ihre Erhebung nach Absatz 2 oder nach Absatz 3 beschlossen hat, unverzüglich an den Gerichtshof der Europäischen Union.

(5) Bei Klagen nach Artikel 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit übernimmt das Organ, das die Erhebung beschlossen hat, die Prozessführung vor dem Europäischen Gerichtshof.

(6) Wird im Bundestag oder im Bundesrat ein Antrag zur Erhebung einer Klage gestellt, so kann das jeweils andere Organ eine Stellungnahme abgeben.

§ 4 Brückenklausel

(1) Die Bundesregierung unterrichtet Bundestag und Bundesrat, wenn der Rat in Vorbereitung einer Initiative des Europäischen Rates nach Artikel 48 Abs. 7 des Vertrags über die Europäische Union befasst wird.

(2) Die Bundesregierung unterrichtet Bundestag und Bundesrat, wenn der Europäische Rat eine Initiative nach Artikel 48 Abs. 7 des Vertrags über die Europäische Union ergriffen hat.

(3) Für die Ablehnung einer Initiative des Europäischen Rates zum Übergang von der Einstimmigkeit zur qualifizierten Mehrheit für die Beschlussfassung im Rat nach Artikel 48 Abs. 7 Unterabsatz 1 Satz 1 des Vertrags über die Europäische Union oder zum Übergang von einem besonderen Gesetzgebungsverfahren zu dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Artikel 48 Abs. 7 Un-

terabsatz 2 des Vertrags über die Europäische Union gelten die nachfolgenden Bestimmungen:

1. Wenn bei einer Initiative im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes betroffen sind, wird die Initiative abgelehnt, wenn es der Bundestag mit einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschließt.

2. Wenn bei einer Initiative im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind, wird die Initiative abgelehnt, wenn es der Bundesrat mit der Mehrheit seiner Stimmen beschließt.

3. In allen anderen Fällen können der Bundestag oder der Bundesrat innerhalb von vier Monaten nach Übermittlung der Initiative des Europäischen Rates die Ablehnung dieser Initiative beschließen. In diesen Fällen wird die Initiative nur abgelehnt, wenn ein solcher Beschluss nicht spätestens zwei Wochen vor Ablauf der Frist von sechs Monaten gemäß Artikel 48 Abs. 7 Unterabsatz 3 Satz 2 des Vertrags über die Europäische Union vom jeweils anderen Organ zurückgewiesen wird. Eine Initiative wird auch dann nicht abgelehnt, wenn ein Organ den Beschluss des anderen Organs in dieser Frist zurückweist, sofern es der Auffassung ist, dass ein Fall der Nummer 1 oder der Nummer 2 nicht vorliegt. Hat der Bundestag den Beschluss über die Ablehnung der Initiative mit einer Mehrheit von zwei Dritteln gefasst, so bedarf die Zurückweisung durch den Bundesrat einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Stimmen. Hat der Bundesrat den Beschluss über die Ablehnung der Initiative mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln seiner Stimmen gefasst, so bedarf die Zurückweisung durch den Bundestag einer Mehrheit von zwei Dritteln, mindestens der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages.

Das Nähere regeln Bundestag und Bundesrat in ihren Geschäftsordnungen.

(4) Die Präsidenten des Bundestages und des Bundesrates übermitteln gemeinsam einen nach Absatz 3 zustande gekommenen Beschluss an die Präsidenten des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates und setzen darüber die Bundesregierung in Kenntnis.

(5) Die Bundesregierung unterrichtet Bundestag und Bundesrat, ob zu einer Initiative nach Absatz 2 eine Zustimmung des Europäischen Parlaments erfolgt ist und ob zu ihr ein Beschluss des Europäischen Rates zustande gekommen ist.

(6) Die Absätze 2 und 3 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 sowie die Absätze 4 und 5 gelten entsprechend für einen Vorschlag der Kommission für einen Beschluss des Ra-

tes nach Artikel 81 Abs. 3 Unterabsatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

§ 5 Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

Der Bundestag kann den von ihm nach Artikel 45 des Grundgesetzes bestellten Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union ermächtigen, die Rechte des Bundestages nach diesem Gesetz wahrzunehmen.

§ 6 Vereinbarungen zu Unterrichtungen

Einzelheiten der Unterrichtungen nach diesem Gesetz werden in der Vereinbarung zwischen Bundestag und Bundesregierung nach § 6 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union und der Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Ländern nach § 9 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union geregelt.

Artikel 2

Änderungen anderer Gesetze

(1) In § 13 Nr. 6 und § 76 Abs. 1 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2614) geändert worden ist, werden jeweils die Wörter „eines Drittels" durch die Wörter „eines Viertels" ersetzt.

(2) Das Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12. März 1993 (BGBl. I S. 311, 1780) wird wie folgt geändert:

1. § 4 wird wie folgt geändert:

a) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Bundesregierung übersendet dem Bundestag insbesondere die Vorschläge, Initiativen oder Anträge für Rechtsakte der Europäischen Union, an deren Verfahren des Zustandekommens sie beteiligt ist, und unterrichtet den Bundestag zugleich über den wesentlichen Inhalt und die Zielsetzung, über das beim Erlass des geplanten Rechtsakts innerhalb der Europäischen Union anzuwendende Verfahren und den voraussichtlichen Zeitpunkt der Befassung des

Rates oder des Europäischen Rates, insbesondere den voraussichtlichen Zeitpunkt der Beschlussfassung im Rat oder im Europäischen Rat."

b) Nach Satz 1 werden folgende Sätze eingefügt:

„Der Deutsche Bundestag kann auf die Übersendung von oder Unterrichtung zu einzelnen oder Gruppen von Vorschlägen, Initiativen oder Anträgen für Rechtsakte verzichten. Der Verzicht kann nicht gegen den Widerspruch einer Fraktion oder 5 Prozent der Mitglieder des Bundestages erklärt werden."

2. Dem § 6 wird folgender Satz angefügt:

„In dieser Vereinbarung werden auch die Einzelheiten der Unterrichtung des Bundestages nach dem Gesetz über die Ausübung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates aus dem Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom ... [einsetzen: Datum und Fundstelle des Gesetzes nach Artikel 1] geregelt."

(3) Das Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12. März 1993 (BGBl. I S. 313, 1780) wird wie folgt geändert:

1. In § 9 werden nach dem Wort „Gesetz" die Wörter „sowie nach dem Gesetz über die Ausübung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates aus dem Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom ... [einsetzen: Datum und Fundstelle des Gesetzes nach Artikel 1]" eingefügt.

2. § 14 wird wie folgt geändert:

a) Dem bisherigen Wortlaut wird folgender Absatz 1 vorangestellt:

„(1) Vor der Zustimmung zu einem Beschluss über die Zusammensetzung des Ausschusses der Regionen nach Artikel 305 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union stellt die Bundesregierung das Einvernehmen mit dem Bundesrat her. Die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes ist zu wahren."

b) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 2.

(4) Das Richterwahlgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 301-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 26. Mai 2005 (BGBl. I S. 1418), wird wie folgt geändert:

1. Dem § 1 wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Die von der Bundesregierung nach Artikel 253 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ... [einsetzen: Datum und Fundstelle des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon] zur Ernennung zu Richtern und Generalanwälten des Gerichtshofs vorzuschlagenden Persönlichkeiten und die von der Bundesregierung nach Artikel 254 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Ernennung zu Mitgliedern des Gerichts vorzuschlagenden Persönlichkeiten werden von der Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuss benannt."

2. Dem § 3 wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Für das Verfahren nach § 1 Abs. 3 regeln die Länder, welcher Landesminister Mitglied kraft Amtes ist."

3. Dem § 10 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Der Bundesminister der Justiz und die Mitglieder des Richterwahlausschusses können vorschlagen, wer im Verfahren nach § 1 Abs. 3 von der Bundesregierung nach Artikel 253 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zum Richter oder Generalanwalt des Gerichtshofs benannt werden soll und wer im Verfahren nach § 1 Abs. 3 von der Bundesregierung nach Artikel 254 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zum Mitglied des Gerichts benannt werden soll."

(5) Das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 17. November 2005 (BGBl. I S. 3178) wird aufgehoben.

Artikel 3

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung, frühestens jedoch einen Tag nach dem Tag in Kraft, an dem das Gesetz zur Änderung des Grundgeset-

zes (Artikel 23, 45 und 93) vom ... [einsetzen: Datum des Tages der Ausfertigung, Fundstelle ...] in Kraft getreten ist."

Der Deutsche Bundestag hat die Lesungen des Zustimmungsgesetzes und damit des Vertrages von Lissabon sowie der Begleitgesetze am 13. März (erste Lesung) und am 24. April 2008 (zweite und dritte Lesung) durchgeführt. Erst sechs Tage vor seiner maßgeblichen Sitzung hat der Ausschuß für die Angelegenheiten der Europäischen Union eine konsolidierte Fassung des Vertrages von Lissabon erhalten, der ein Studium des Vertrages möglich machte. Die Mitglieder des Ausschusses konnten sich also genausowenig auf eine Erörterung des schwer zu lesenden Vertrages vorbereiten wie die sonstigen Bundestagsabgeordneten für die Plenardebatte. Der Deutsche Bundestag hat das Zustimmungsgesetz und die Begleitgesetze mit großer Mehrheit beschlossen. Außer der Fraktion der Linken haben neun Abgeordnete des Deutschen Bundestages die Vorlage abgelehnt. Ein Abgeordneter des Deutschen Bundestages hat sich der Stimme enthalten.

Der Antragsteller hat vielfach in seiner Fraktion (CDU/CSU), innerhalb der CSU-Landesgruppe, gegenüber zahlreichen einzelnen Kollegen des Bundestages sowie in der Öffentlichkeit bei Diskussionen und in Zeitungspublikationen verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Vertrag von Lissabon und gegen die Begleitgesetze geltend gemacht.

So hat er am 26. März 2008 ein Schreiben an den Vorsitzenden der CDU/CSU-Bundestagsfraktion [redacted] gerichtet und den Vorschlag einer völkerrechtlich wirksamen Entschließung der Bundesregierung, welche der Deutsche Bundestag dem Zustimmungsgesetz hätte voranstellen können und sollen, unterbreitet und diese begründet. Der Wortlaut des Entschließungsvorschlages ist:

Entwurf für eine Begleit-Resolution zum Vertrag von Lissabon

Die Bundesregierung wird aufgefordert, bei Vornahme der völkerrechtlichen Ratifikation des Vertrages von Lissabon folgende Erklärung abzugeben:

1. Dieser Vertrag führt nicht zum Übergang der Kompetenzhoheit (Kompetenz-Kompetenz) von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union. Deshalb behält das Bundesverfassungsgericht die Zuständigkeit, darüber

zu entscheiden, ob ein Rechtsakt der Europäischen Union die Grenzen der von den Mitgliedstaaten in den Verträgen erteilten Ermächtigung überschritten hat.

2. Dieser Vertrag bewirkt nicht, dass die Europäische Union den Status eines Bundesstaates erhält; sie bleibt ein Staatenverbund.
3. Dieser Vertrag darf nicht so ausgelegt werden, dass die Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland ihre Staatlichkeit, wie sie nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vorgegeben ist, verlieren.
4. Eigenmittelbeschlüsse nach Art. 311 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union bedürfen in Deutschland der Zustimmung in Form eines Zustimmungsgesetzes.

Eine Kopie des Schreibens füge ich an.

Der Antragsteller hat zur Abstimmung über das Gesetz zum Vertrag von Lissabon und die Begleitgesetze eine Erklärung gemäß § 31 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages abgegeben, in der er erneut seinen Entschließungsvorschlag dargelegt und begründet hat. Weil dieser Vorschlag in der regierenden Großen Koalition nicht durchsetzbar gewesen sei, vermochte er weder dem Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon noch den Begleitgesetzen zuzustimmen. Die Erklärung lautet:

„Erklärung gemäß § 31 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages

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

Nach dem Scheitern des EU-Verfassungsvertrages erklärte die Bundeskanzlerin, daß für die zukünftige Integrationspolitik der Europäischen Gemeinschaft „ein Weniger ein Mehr“ sein werde. Dieser Vorgabe hätte entsprochen werden können, wenn dem – von den Regierungschefs als

Ersatz für den Verfassungsvertrag beschlossenen „Lissabonvertrag" – seitens des Deutschen Bundestages folgende Klarstellung vorgegeben worden wäre:

1. Dieser Vertrag führt nicht zum Übergang der Kompetenzhoheit (Kompetenz-Kompetenz) von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union. Deshalb behält für die Bundesrepublik Deutschland das Bundesverfassungsgericht die Zuständigkeit, darüber zu entscheiden, ob ein Rechtsakt der Europäischen Union die Grenzen der von den Mitgliedstaaten in den Verträgen erteilten Ermächtigung überschritten hat.
2. Dieser Vertrag bewirkt nicht, dass die Europäische Union den Status eines Bundesstaates erhält; sie bleibt ein Staatenverbund.
3. Dieser Vertrag darf nicht so ausgelegt werden, dass die Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland ihre Staatlichkeit, wie sie nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vorgegeben ist, verlieren.
4. Eigenmittelbeschlüsse nach Art. 311 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union bedürfen in Deutschland der Zustimmung in Form eines Zustimmungsgesetzes.

Da die Abgabe einer solchen Erklärung innerhalb der regierenden Großen Koalition nicht durchgesetzt werden konnte, kann ich aus folgenden Gründen weder dem Vertrag von Lissabon noch den Begleitgesetzen zustimmen:

I. Während der Vertrag von Maastricht die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und die Zusammenarbeit in den Bereichen Innere Sicherheit und Justizpolitik als „zweite und dritte Säule" zwar unter das Dach der Europäischen Union stellte, aber nicht vergemeinschaftete, sondern auf der Ebene der „intergouvernementalen" Kooperation beließ, erhebt der Vertrag von Lissabon die Europäische Union zur Rechtspersönlichkeit auf der Ebene des Völkerrechts und vergemeinschaftet die bisherige „dritte Säule". Die Außen- und Sicherheitspolitik einschließlich der Verteidigungspolitik und der Durchführung militärischer Missionen, insbesondere „Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung" und militärische Terrorismusbekämpfung in Drittstaaten, gehören nach dem neuen Vertrag ebenso zu den Aufgaben der Europäi-

schen Union wie Terrorismusbekämpfung im Innern, Asyl- und Einwanderungspolitik, Angleichung von Rechtsvorschriften im Zivilrecht und Erlass von „Mindestvorschriften" im Strafrecht oder Strafverfolgung durch Staatsanwaltschaft und Polizei. Durch diese vorbehaltslose Konzentration von Macht wird der europäische Staatenbund in einen kontinentalen Zentralstaat verwandelt.

II. Diese neue Europäische Union des Vertrages von Lissabon beansprucht, über das bisherige EU-Recht hinaus, dass ihr Recht – nicht nur ihr im Vertrag von Lissabon formuliertes faktisches „Verfassungsrecht", sondern auch jede Richtlinie und Verordnung – Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten, einschließlich deren Verfassungsrecht, hat. Damit ist für die Deutschen der letztverbindliche Schutz des Grundgesetzes und der Schutz der Länderverfassungen durch die deutsche Exekutive und die deutsche Gerichtsbarkeit zur Disposition gestellt beziehungsweise beseitigt. Die vorbehaltlose Zustimmung zu diesem Vertrage entmachtet nicht nur die gewählte Volksvertretung, sondern auch das Bundesverfassungsgericht und überträgt die Kompetenz zur verbindlichen Entscheidung aller das Verhältnis zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten betreffenden Kompetenzfragen dem Gerichtshof der Europäischen Union. Die letztentscheidende „Kompetenz-Kompetenz" – insbesondere für den Schutz der Grundrechte - liegt daher künftig nicht mehr in Karlsruhe, sondern in Luxemburg. Deshalb kann auch das im Lissabonvertrag beschriebene „Subsidiaritätsprinzip" die Kompetenzfülle der Europäischen Union nicht wirksam begrenzen; auch über die Tragweite dieses „Subsidiaritätsprinzips" entscheidet der ausschließlich den EU-Vertragszielen verpflichtete EU-Gerichtshof und nicht mehr das Bundesverfassungsgericht. Selbst das Verhältnis des EU- Gerichtshofes zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, bei dem Bundesbürger nach jahrelanger Verfahrensdauer noch Schutz vor Willkürakten europäischer Institutionen erstreiten könnten, ist völlig ungeklärt.

III. Mit der vorbehaltlosen Zustimmung zum Vertrag von Lissabon überschreitet der Bundestag die Grenzen der Integrationsermächtigung, die Art. 23 Abs. 1 GG formuliert und verstößt zugleich gegen unabän-

derliche Verfassungsprinzipien im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG. Zu den unabänderlichen Verfassungsprinzipien gehört nämlich die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland. Diese wird aufgegeben, wenn – wie dies im Vertrag von Lissabon geschieht – die Kompetenz-Kompetenz für die letztverbindliche Entscheidung über den Umfang der Kompetenzen auf eine übernationale Instanz übertragen wird. Eine solche Entscheidung könnte nur das Volk kraft seiner verfassunggebenden Gewalt – durch Volksabstimmung – treffen, nicht aber der verfassungsgebundene Gesetzgeber

IV. Zu den unabänderlichen Verfassungsprinzipien der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Länder gehört das Demokratieprinzip: Alle Staatsgewalt muss vom Volke ausgehen. Auch dieses Prinzip wird durch den Vertrag von Lissabon verletzt. Das Bundesverfassungsgericht hatte im Maastricht-Urteil entschieden, dass im europäischen Staatenverbund nur dann eine hinreichende demokratische Legitimation gegeben sei, wenn diese maßgeblich von den Völkern der Mitgliedstaaten ausgehe und wenn auf der Ebene der Mitgliedstaaten den Parlamenten Entscheidungsbefugnisse von hinreichendem substantiellem Gewicht verblieben. Beides ist nach dem Vertrag von Lissabon nicht mehr der Fall: Die Entscheidungsbefugnisse der nationalen Parlamente werden ausgehöhlt, und die auf europäischer Ebene getroffenen Entscheidungen können nicht mehr hinreichend von den Völkern der Mitgliedstaaten – über deren Regierungsvertreter im Rat – legitimiert werden, weil es auf deren Stimme nach dem Abschied vom Konsensprinzip zugunsten von Mehrheitsentscheidungen nicht mehr ankommt. Durch die Entleerung der Hoheitsgewalt der Bundesrepublik Deutschland wird vor allem auch das Grundrecht jedes Bürgers aus Art. 38 GG verletzt, durch seine Teilnahme an der Bundestagswahl an der demokratischen Legitimation der regierenden Hoheitsgewalt mitzuwirken und die Träger dieser Hoheitsgewalt nicht nur wählen, sondern auch abwählen zu können.

V. Dieser Verlust an demokratischer Legitimation wird durch die dem Europäischen Parlament zuerkannten zusätzlichen Mitentscheidungsrechte nicht annähernd kompensiert. Eine europäische Demokratie könnte nur von einem europäischen Staatsvolk ausgehen, das auf der Basis

der demokratischen Gleichheit ein Parlament wählt, welches nach Wahlverfahren und Entscheidungszuständigkeiten im Unterschied zum Europäischen Parlament diesen Namen wirklich verdient.

VI. Im Übrigen sind auch die Begleitgesetze mit dem Demokratieprinzip unvereinbar:

a.) Nach Art. 48 Abs. 7 EUV i.d.F. des Vertrages von Lissabon kann der Europäische Rat beschließen, zur Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit überzugehen, wo bisher nach den Verträgen Einstimmigkeit vorgesehen ist. Ein solcher Beschluss kann die noch verbliebenen Einflussmöglichkeiten der nationalen Parlamente nochmals erheblich mindern. Der Sache nach geht es bei Beschlüssen nach Art. 48 Abs. 7 EUV um Änderungen der EU-Verträge, für die normalerweise ein Zustimmungsgesetz erforderlich ist und die hier im vereinfachten Verfahren („Brückenklausel") beschlossen werden. Die Rechte der nationalen Parlamente werden dabei durch das Recht zur Ablehnung der Initiative in sofern noch gewahrt. Dieses nach dem Vertrag dem Bundestag zustehende Recht wird aber durch das Ausführungsgesetz weitgehend beseitigt, denn in bezug auf viele Materien ist nach diesem Gesetz die Ablehnung des Bundestages unbeachtlich, wenn der Bundesrat anderer Auffassung ist. Dies ist umso gravierender, als sich die im Wege der „Brükkenklausel" beschlossenen Vertragsänderungen innerstaatlich als Verfassungsänderungen auswirken. Dass solche Änderungen ohne Zustimmung und sogar gegen den erklärten Willen des Bundestages stattfinden können, ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

b.) Politisch ist es sicherlich zu begrüßen, dass die Rechte der parlamentarischen Minderheit gesichert werden sollen, indem ein Viertel der Mitglieder des Bundestages eine Subsidiaritätsklage initiieren kann. Dieses berechtigte Anliegen wird jedoch in verfassungswidriger und perplexer Weise verwirklicht: Eine Minderheit kann den Bundestag verpflichten, Klage zu erheben, obwohl die große Mehrheit dies nicht will. Die Klage wird also nicht – wie es im Rahmen unserer verfassungsrechtlichen Organklage geregelt ist – von der Minderheit erhoben, sondern vom gesamten Bundestag gegen seinen Willen. Dies ist mit dem demo-

kratischen Mehrheitsprinzip nicht vereinbar und verstößt auch gegen das Prinzip der repräsentativen Demokratie. Das Volk wird vom Bundestag im ganzen nach Maßgabe des Mehrheitsprinzips repräsentiert. Wenn der Wille einer parlamentarischen Minderheit nach außen als der Wille des Parlaments dargestellt wird, verstößt dies gegen das demokratische Repräsentationsprinzip. Da das Demokratieprinzip zu den nach Art. 79 III GG unabänderlichen Verfassungsprinzipien gehört, nützt es auch nichts, daß Art. 23 GG entsprechend geändert werden soll.

Außerdem führt diese Regelung dazu, dass auf der anderen Seite im Verfahren vor dem EU-Gerichtshof der Wille der parlamentarischen Minderheit nicht mit Nachdruck verfochten werden wird. Denn die parlamentarische Minderheit führt nicht selbst den Prozess; die Prozessführung obliegt nach § 3 V des Begleitgesetzes dem Bundestag, der seinerseits durch den Bundestagspräsidenten handelt. Dadurch wird der positiv zu beurteilende Minderheitenschutz in der Praxis erheblich relativiert."

Die Ziele der Politik des Antragstellers ergeben sich aus seinem Vorschlag der zitierten Entschließung, welche der Ratifikationserklärung des Vertrages von Lissabon beigefügt werden sollte. Insbesondere will der Antragsteller die Kompetenz-Kompetenz Deutschlands verteidigen, einen Bundesstaat Europäische Union abwehren, die Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts für die Subsidiarität der Unionsrechtsetzung verteidigen und die Einführung von Eigenmitteln der Union von der Zustimmung des Deutschen Bundestages und des Bundesrates mit verfassungsändernder Mehrheit abhängig machen.

Ein gleichlautendes Schreiben wie an den Fraktionsvorsitzenden [redacted] hat der Antragsteller an den Bayerischen Ministerpräsidenten Dr. Günther Beckstein gerichtet und angeregt, eine seinem Vorschlag vergleichbare Resolution bei den Beratungen der Länder im Deutschen Bundestag durch den Freistaat Bayern einbringen zu lassen. Auf dieses Schreiben hat der Bayerische Ministerpräsident Dr. Günther Beckstein dem Antragsteller mit Schreiben vom 19. Mai 2008 – beim Antragsteller eingegangen am 21. Mai 2008 – geantwortet, dass er die Einschätzung des Antragstellers teile, dass in einem entsprechenden Entschließungsantrag des Freistaats Bayern deutlich gemacht werden müsse, dass auch in Zukunft *„die Kompetenz-Kompetenz bei den Mitgliedstaaten als ‚Herren der Verträge' liegen muss."* Das Schreiben von Ministerpräsident Dr. Beckstein vom 19. Mai 2008 und der Entschließungsantrag des Freistaates Bayern (Bundesrat Drucksache 275/08 EU) werden als weitere Anlagen beigelegt. Wörtlich heißt es in dem Schreiben von Ministerpräsident Dr. Beckstein:

> *„Deshalb habe ich die Staatskanzlei angewiesen, Deine Argumentationen aufzunehmen und einen entsprechenden Entschließungsantrag des Freistaates Bayern in die Beratungen des Bundesrates zur Ratifizierung des Vertrages von Lissabon einzubringen. Die insoweit vor allem einschlägige Ziffer 3 des anliegenden bayerischen Entschließungsantrags wurde bei der Sitzung des EU-Ausschusses des Bundesrates am 9. Mai leider von der großen Mehrheit der Länder abgelehnt. Wir verfolgen unser Anliegen jedoch weiter und beabsichtigen, einen entsprechenden Plenarantrag zur Sitzung des Bundesrates am 23. Mai einzubringen."*

Der weitere Antrag des Freistaates Bayern wurde in der Sitzung des Bundesrates am 23. Mai 2008 abgelehnt.

2. Teil

Zulässigkeit der Anträge

Antrag zu I.

Die Organklage des Antragstellers ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG in Verbindung mit § 13 Nr. 5 BVerfGG und §§ 63 ff. BVerfGG zulässig.

1. Der Antragsteller ist als Mitglied des Deutschen Bundestages durch das Grundgesetz mit eigenen Rechten, vor allem Rechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, ausgestattet und Teil des Organs Deutscher Bundestag. Er ist folglich nach ständiger Rechtsprechung befähigt, Beteiligter eines Organstreits zu sein[1].

2. Der Antragsteller ist in seinem Recht als Mitglied des Deutschen Bundestages aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG dadurch verletzt, daß der Deutsche Bundestag den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf des Vertrages von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Amtsblatt der Europäischen Union vom 17. Dezember 2007 (2007/C 306/01)) anhand der 1. Lesung am 13. März 2008 und der 2. und 3. Lesung vom 24. April 2008 verabschiedet hat.

Die Verabschiedung dieses Zustimmungsgesetzes zu dem Vertrag von Lissabon ist nicht nur verfassungs-, sondern staatswidrig und verletzt den Antragsteller als Vertreter des ganzen Volkes, nämlich als Abgeordneten des Deutschen Bundestages. Art. 38 Abs. 1 GG schützt auch den Abgeordneten als Vertreter des ganzen Volkes in seiner Stellung als Organwalter im

---

[1] BVerfGE 6, 445 (448 f.); 80, 188 (208 f.); 90, 286 (342); 94, 351 (362 f.); 99, 19 (32 f.); *H. Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Stand Januar 2004 (Juli 2002), § 63, Rdn. 45.

Deutschen Bundestag und gibt ihm als solchem das subjektive Recht, im Organstreitverfahren die mit seinem Abgeordnetenstatus verbunden Rechte, die zugleich seine Pflichten gegenüber dem ganzen Volk sind, zu verteidigen[2].

Eine Beschlußfassung des Deutschen Bundestages über dessen Befugnisse, auch über dessen Befugnisse zur Gesetzgebung, hinaus, also ultra vires, ist verfassungswidrig und in dem besonderen Fall des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon staatswidrig. Das Zustimmungsgesetz ist verfassungswidrig, weil es die grundgesetzlichen Strukturprinzipien der Bundesrepublik Deutschland, die in Art. 20 des Grundgesetzes niedergelegt sind, vor allem das demokratische Prinzip, aber auch das Sozialprinzip, das Bundesstaatsprinzip und vor allem das Rechtsstaatsprinzip verletzt und damit auch die durch Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 79 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen für die Integration zu einem vereinten Europa mißachtet, wie im 3. Teil zur Begründung dieser Verfassungsklage dargelegt wird. Die Strukturprinzipien stehen nicht zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers (Art. 79 Abs. 3 GG), auch nicht zur Disposition des Integrationsgesetzgebers (Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG). Der pouvoir constitué darf nicht mit den existentiellen Aufgaben des pouvoir constituant befaßt werden. Das Zustimmungsgesetz ist darüber hinaus staatswidrig, weil der Vertrag von Lissabon die existentielle Staatlichkeit Deutschlands weitestgehend zugunsten einer existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union einschränkt[3]. Nach dem Vertrag von Lissabon kann die Politik der Europäischen Union nicht mehr von den nationalen Parlamenten verantwortet werden, weil das demokratierechtlich notwendige Prinzip der begrenzten Ermächtigung (endgültig) verlassen ist[4]. Der Vertrag von Lissabon begründet keinen „Staatenverbund"[5], sondern einen (echten) Bundesstaat, durch dessen Gründung (jetzt endgültig) die existentielle Staatlichkeit (Souveränität) Deutschlands we-

---

[2] I.d.S. BVerfGE 70, 324 (350); 80, 188 (208 f.); 90, 286 (342 f.).

[3] Dazu 3. Teil, A, II; B; C; F; H; J.

[4] Dazu 3. Teil, K und durchgehend.

[5] BVerfGE 89, 155 (190).

sentlich eingeschränkt wird. Es kommt nicht darauf an, was die Bundesregierung zu beabsichtigen bekundet, nämlich keinen Staat begründen zu wollen, sondern was die Europäische Union tatsächlich ist und wird. Die Bundesrepublik Deutschland ist als existentieller Staat dadurch gekennzeichnet, daß *alle* Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), also durch umfassende existentielle Staatlichkeit[6]. Nach diesem demokratischen Fundamentalprinzip hat sich das Deutsche Volk zu einem Staat verfaßt. Alle Verfassungsorgane (wie alle Ämter und Gerichte) sind auf diese existentielle Staatlichkeit begrenzt. Sie haben als Verfassungsorgane nicht die Befugnis, diese existentielle Staatlichkeit zugunsten eines anderen Staates, des europäischen Unionsstaates, aufzugeben oder auch nur einzuschränken. Diese Befugnis hat nur das Volk als pouvoir constituant. Die Organe des pouvoir constitué handeln dadurch ohne Grundlage im Verfassungsgesetz, dem Grundgesetz, also ultra vires. Sie überschreiten damit existentiell die Befugnisse als Verfassungsorgane Deutschlands. Die Verletzung der existentiellen Staatlichkeit Deutschlands, die untrennbar verbunden ist mit der Mißachtung des integrationsrechtlichen Prinzips der begrenzten Ermächtigung, ist im 3. Teil zur Begründung dieser Verfassungsklage näher dargelegt. Der Weg zu einer europäischen Integration im Sinne des Vertrages von Lissabon kann nur der sein, daß Deutschland sich durch eine neue Verfassung, gemäß Art. 146 GG, für eine Integration zu einem echten Bundesstaat als existentiellem Staat mit existentieller Staatlichkeit öffnet. Eine neue Verfassung ist nicht ohne Verfassungsreferendum möglich. Der Schritt, den das Zustimmungsgesetz macht, ohne daß Deutschland sich durch eine neue Verfassung für einen Bundesstaat Europäische Union mit existentieller Staatlichkeit geöffnet hat, überschreitet die Befugnisse der Verfassungsorgane, auch die Auswärtige Gewalt der Bundesregierung und auch die Befugnisse des Deutschen Bundestages sowie des Bundesrates. Nach Art. 146 GG verliert das Grundgesetz (nur) „seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist". Eine demokratische Verfassungsgebung der Europäischen

---

[6] Dazu 3. Teil, A, I, II, und durchgehend.

Union setzt des weiteren (zusätzlich) ein gemeinsames Verfassungsreferendum der Unionsbürger voraus.

Der Deutsche Bundestag darf keine Gesetze geben und auch nicht durch Gesetz Verträgen zustimmen, die seine Befugnisse überschreiten, jedenfalls nicht, wenn diese Gesetze oder Verträge dazu beitragen, den Staat, der das Grundgesetz verfaßt hat, aufzuheben oder wesentlich in seiner existentiellen Staatlichkeit einzuschränken. Eine solche Gesetzgebung verletzt nicht nur den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch die freiheitliche demokratische Grundordnung Deutschlands, also die Ordnung des Art. 20 des Grundgesetzes. Dadurch wird die Widerstandslage nach Art. 20 Abs. 4 GG geschaffen (dazu III). Eine solche Politik darf der Deutsche Bundestag nicht betreiben.

Eine derart verfassungs- und staatswidrige Gesetzgebung oder Vertragszustimmung verletzt aber auch und insbesondere die Rechte jedes Mitglieds des Deutschen Bundestages als Vertreter des ganzen Volkes. Zwar vertritt der Deutsche Bundestag in seiner Gesamtheit, also als Verfassungsorgan, das ganze Volk[7], aber jeder Bundestagsabgeordnete ist persönlich dafür verantwortlich, daß Gesetze und Vertragszustimmungen des Bundestages nicht verfassungs- und staatswidrig sind, daß sie nicht die Widerstandslage auslösen, daß sie also die Grenzen der verfaßten Staatlichkeit des Deutschen Staates einhalten. Auch darum ist der Abgeordnete des Deutschen Bundestages „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur seinem Gewissen unterworfen" (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG). Nur in persönlicher Verantwortung jedes Bundestagsabgeordneten für das sein Organ, den Deutschen Bundestag, konstituierende Verfassungsgesetz, nur in persönlicher Verantwortung jedes Bundestagsabgeordneten für die Rechtlichkeit des Gemeinwesens kann der Deutsche Bundestag in seiner Gesamtheit das Deutsche Volk vertreten. Ein Gesetz, das nicht zum Recht führen kann, weil es Art. 79 Abs. 3 GG (aber auch Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG) verletzt, ja darüber hinaus

---

[7] BVerfGE 44, 308 (316); 56, 396 (405); 80, 188 (217); 84, 304 (321); 90, 286 (343); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 637 ff., 707 ff. (714 ff.).

die (existentielle) Staatlichkeit Deutschlands als existentiellem Staat weitgehend beendet, ein Gesetz also, das die Lage des Art. 20 Abs. 4 GG hervorruft, verletzt den Status und damit die Rechte und Pflichten jedes Bundestagsabgeordneten im Kern. Dem Status des Bundestagsabgeordneten ist nicht damit genüge getan, daß er seine verfassungs- und staatsrechtlichen Bedenken im Vorfeld der Bundestagsdebatte in der Öffentlichkeit oder gegenüber der Fraktion oder auch nur Fraktionskollegen oder in einer Debattenrede gegebenenfalls auch nur mit einer Zwischenfrage nach § 27 Abs. 2 GOBT in aller Kürze äußern oder eine knappe Erklärung zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes oder der Vertragszustimmung vor dem Bundestag (Erklärung zur Abstimmung nach § 31 Abs. 1 GOBT) verlesen oder auch nur zu Protokoll geben kann. Eine Vorlage darf ein Mitglied des Bundestages allein nicht einbringen; das dürfen nur eine Fraktion oder fünf von Hundert der Mitglieder des Bundestages (Fraktionsstärke, § 76 Abs. 1 GOBT[8]). Allein schon die Befassung des Deutschen Bundestages mit einer verfassungs- und staatswidrigen, die Widerstandslage auslösenden Gesetzesvorlage verletzt jedes Mitglied des Deutschen Bundestages, dessen wichtigstes Recht und dessen wichtigste Pflicht die Verwirklichung der Verfassung, des Grundgesetzes, ist; denn er ist Vertreter des ganzen Volkes, das Volk aber ist als Volk durch das Verfassungsgesetz hervorgebracht.

Als Organwalter eines Verfassungsorgans des Volkes eines Verfassungsstaates hat der Bundestagsabgeordnete nur eine verfassungsrechtliche Existenz, nur Aufgaben und Befugnisse im Rahmen des Verfassungsgesetzes. Wenn er mit Beschlußvorlagen (Gesetzen und Vertragszustimmungsgesetzen) befaßt wird, welche das Verfassungsgesetz und damit die rechtlich mögliche Politik der Verfassungsorgane übersteigen, ist er in seiner Stellung als Verfassungsorganwalter beschädigt. Dagegen muß er sich mit allen

---

[8] Diese (fragwürdige) Verkürzung der Rechte eines Mitgliedes des Bundestages im fraktionierten, parteienstaatlichen Parlament wird vom Bundesverfassungsgericht akzeptiert, vgl. BVerfGE 10, 4 (13); 84, 3 (312 ff.); 90, 286 (343 f.); dazu *C. Arndt*, Fraktion und Abgeordneter, in: H.-P. Schneider/W. Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 21, Rdn. 30, S. 660; kritisch *H. Hamm-Brücher*, Abgeordneter und Fraktion, daselbst, § 22, S. 673 ff., insb. Rdn. 40 ff., 67 ff., S. 688 ff., 696 ff.

rechtlichen Mitteln zur Wehr setzen können. Das einzige Mittel zur Verteidigung des Rechts und seiner Rechte, das angesichts der Mehrheitsverhältnisse im Deutschen Bundestag eine Erfolgschance gibt, ist für den Bundestagsabgeordneten die Organklage. Wenn auch der Deutsche Bundestag die Verfassungs- und Staatsfrage ebenso wie die Widerstandsfrage eigenständig zu verantworten hat, so entbindet die Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages doch den einzelnen Vertreter des ganzen Volkes nicht von seiner Verantwortung für Verfassung und Recht, für den Staat also. Die deutsche Geschichte lehrt das.

Allgemein gilt im Organisationsrecht für Organe, daß jeder Organwalter dafür verantwortlich ist, daß das Organ nicht ultra vires handelt. Insbesondere kann sich der Organwalter nur vor Schadensersatzansprüchen schützen, wenn er Handlungen des Organs, welche die Befugnisse des Organs überschreiten, abzuwehren versucht hat[9]. Derartige Schadensersatzfolgen kommen für Parlamentarier nicht in Betracht. Der Schaden, den sie zu verantworten haben, ist weitaus größer. Er trifft das ganze Volk. Der Abgeordnete hat die sittliche und geschichtliche Verantwortung für die Recht(Verfassungs)mäßigkeit der Rechtsakte des Bundestages. Die Abwehrmöglichkeiten müssen den Gefahren, welche die Verfassungsverletzung auslöst, gerecht werden. Wenn der präventive Nichtbefassungsanspruch des Bundestagsabgeordneten als Organwalter gegenüber dem Deutschen Bundestag als Organ nicht zuerkannt wird, so bleibt nur das Recht des Abgeordneten als Organwalter die Feststellung der Nichtigkeit eines Gesetzes, insbesondere eines Vertragszustimmungsgesetzes, jedenfalls wenn das

---

[9] *H.-J. Mertens*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 1996, § 77, Rdn. 38, weist darauf hin, daß überstimmte Vorstandsmitglieder bei rechtswidrigen Vorstandsbeschlüssen die Pflicht haben, entsprechende Gegenvorstellungen gegenüber ihren Kollegen zu erheben, notfalls an den Aufsichtsrat zu appellieren, jedenfalls sich nicht an der Beschlußausführung zu beteiligen, vgl. *ders.*, daselbst, § 93, Rdn. 17, keine Haftung, wenn oben genannte Maßnahmen ergriffen werden; *W. Hefermehl*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, Bd. 2, 1973, § 93, Rdn. 27, S. 283 f.: Überstimmtes Mitglied muß nötige Schritte ergreifen, um Ausführung durch satzungswidrigen/gesetzwidrigen Beschluß zu verhindern; falls dies nicht gelingt, Anrufung des Aufsichtsrates.

Gesetz oder Zustimmungsgesetz nicht nur verfassungswidrig ist, sondern den Staat als solchen zur Disposition stellt oder existentiell aufhebt oder beschränkt, zumal wenn dieses Gesetz oder Vertragszustimmungsgesetz die Lage des Art. 20 Abs. 4 GG auslöst.

Dem Gesetz haben 58 Abgeordnete nicht zugestimmt, 1 Abgeordneter hat sich enthalten.

3. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in dem Beschluß vom 28. April 2005 (2 BvE 1/05 und 2 BvR 636/05) völlig zu Recht ausgeführt:

> „Erst die freie Debatte im Deutschen Bundestag verbindet das rechtstechnische Gesetzgebungsverfahren mit einer substantiellen, auf die Kraft des Arguments gegründeten Willensbildung, die es dem demokratisch legitimierten Abgeordneten ermöglicht, die Verantwortung für seine Entscheidung zu übernehmen."

Von einer „substantiellen, auf die Kraft des Arguments gegründeten Willensbildung" während der Plenardebatte im Deutschen Bundestag, welche der Senat mit seinem Satz meint, kann keine Rede sein. Die Anforderungen an politischen, d.h. sittlichen Diskurs der Vertreter des ganzen Volkes, der bemüht ist, die richtige Politik auf der Grundlage der Wahrheit zu erkennen, um der Pflicht des Volkes und der Vertreter des Volkes, praktisch vernünftige Politik zu machen, wie es in einer Republik als einer freiheitlichen Demokratie geboten ist[10], sind derart weit unterschritten, daß das Mindestmaß an diskursiver Argumentation nicht erreicht ist, das erforderlich ist, damit die das Volk vertretende Erkenntnis des Rechts demokratisch legitimiert und dadurch verantwortbar ist. Daraus folgt, daß die Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes durch den Deutschen Bundestag am 24. April 2008 für das Deutsche Volk auch nicht durch eine demokratisch hinreichende Debatte legitimiert ist, die es noch entfernt erlauben würde, zu sagen, daß das beste Argument sich durchgesetzt habe, wie das nicht nur vom demo-

---

[10] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 560 ff., 584 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 2007, S. 424 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, 2006, S. 20.

kratischen Prinzip, sondern auch vom Rechtsstaatsprinzip geboten wäre[11]. Die fraktionierte Vorgehensweise im parteienstaatlichen Parlament hat das Maß an Kognitivität der Debatte in einem so eklatanten Maße unterschritten, daß von einer Vertretung des ganzen Volkes im Sinne des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, die der politischen Freiheit des Volkes gerecht wird, keine Rede mehr sein kann. Richtigerweise bedarf die Beantwortung der schicksalhaften Frage des Vertrages von Lissabon, welcher weitestgehend das Grundgesetz abzulösen betreibt, ohnehin einer neuen Verfassung Deutschlands (Art. 146 GG). Dies schon deswegen, weil die Neuordnung der Europäischen Union und damit Deutschlands nur durch ein Referendum des Deutschen Volkes beschlossen werden kann und damit das ganze Volk in die Erörterung der neuen Verfassung einbezieht und dadurch ihre Legitimationskraft gewinnt. Das Zustimmungsgesetz, das der Deutsche Bundestag am 24. April 2008 verabschiedet hat, und dem der Bundesrat am 23. Mail 2008 zugestimmt hat, ist deshalb auch mangels einer „auf die Kraft des Arguments gegründeten Willensbildung", die Wirkung einer freien Debatte, ohne bindende Kraft. Eine solche Willensbildung müssen die demokratisch legitimierten Abgeordneten zumindest wahrnehmen können, um ihrer Verantwortung entsprechen zu können. Die Verfahrensweise des Deutschen Bundestages bei der Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes hat deshalb auch die Rechte des Antragstellers als Organ im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG verletzt.

4. Der Antrag des Antragstellers ist nach § 64 Abs. 3 BVerfGG rechtzeitig.

---

[11] Zum demokratischen Zwang des besten Arguments in diesem Sinne *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 138 ff., 187 ff., auch S. 329 ff., 516 ff.; *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1996, S. 65 ff., 95 ff., auch S. 277 ff., 293 ff.; *ders.*, Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?, 1986, in: ders., Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, S. 13 ff.; *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik, daselbst S. 119 ff., insb. S. 132 ff., 164 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 584 ff., *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 32.

5. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Organklage ergibt sich aus der außergewöhnlichen integrationspolitischen Bedeutung des Vertrages von Lissabon, der einen echten europäischen Bundesstaat mit existentieller Staatlichkeit begründet, jedenfalls, wenn man davon ausgeht, daß ein solcher schon besteht, festigt, ohne daß die Unionsbürger sich als Volk verfassen, also einen existentiellen Staat schaffen, der die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union demokratisch zu legitimieren vermöchte. Der (weitere) Verlust an Demokratie und damit an (demokratischer) Vertretungsmacht des Bundestages und somit jedes Abgeordneten desselben gebietet die Klärung und Verteidigung der Rechte des Bundestagsabgeordneten, die aus seinem Status als Vertreter des ganzen Volkes im Deutschen Bundestag fließen. Die existentielle Verkürzung der Rechte des Bundestages wegen der existentiellen Entmachtung Deutschlands durch den Vertrag von Lissabon verkürzt auch die Vertretungsmacht des Bundestagsabgeordneten in einer Weise, die es notwendig macht, daß das Bundesverfassungsgericht die grundgesetzgemäße Organstellung der Abgeordneten im Organklageverfahren schützt[12].

Antrag zu II.

Art. 2 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 S. 2, Art. 20 Abs. 4 GG

Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers ist zulässig (und begründet), weil der Antragsteller als Bürger durch die Zustimmung zu dem Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 in seinen Grundrechten der Freiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und auf Vertretung durch den Deutschen Bundestag aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt würde. Auch das grundrechtsgleiche Recht des Widerstandes aus Art. 20 Abs. 4 GG trägt die Zulässigkeit (und Begründetheit) der Verfassungsbeschwerde, ebenso wie das Menschenwürderecht aus Art. 1 Abs. 1 GG.

---

[12] Dazu 3. Teil, A, IV und durchgehend.

1. Politische Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

a) Art. 2 Abs. 1 GG ist nicht nur ein Grundrecht einer allgemeinen Handlungsfreiheit der Menschen als Untertanen der Obrigkeit, wie das der Sache nach die liberalistische Freiheitslehre dogmatisiert[13], sondern auch und vor allem das Grundrecht der politischen Freiheit der Bürger[14]. Nach Art. 2 Abs. 1 GG hat jeder das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Der Bürger entfaltet seine Persönlichkeit in einem freiheitlichen Gemeinwesen, in der Republik. Als solcher entfaltet er sich vor allem durch seine Teilhabe an der politischen und damit staatlichen Willensbildung. Sonst wäre die freie Entfaltung der Persönlichkeit auf den nichtstaatlichen, den gesellschaftlichen, privaten Bereich beschränkt. Die politische Freiheit findet in besonderen Grundrechten, wie vor allem dem Recht der freien Meinungsäußerung des Art. 5 Abs. 1 GG, aber auch in dem Recht, den Deutschen Bundestag zu wählen und durch den Deutschen Bundestag vertreten zu werden, das Art. 38 Abs. 1 GG regelt, eine besondere Ausgestaltung. Das verdrängt aber nicht das allgemeine Recht der politischen Freiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Die politische Freiheit verwirklicht sich wesentlich im Staat und damit nach Maßgabe des den Staat verfassenden Verfassungsgesetzes. Gerade als politische Freiheit materialisiert Art. 2 Abs. 1 GG das Recht der Menschenwürde, die sich nur in einem freiheitlichen Gemeinwesen, einer Republik, welche durch die Prinzipien Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit definiert ist, zu entfalten vermag[15]. Die Verweigerung eines Grundrechteschutzes der politischen Freiheit ist die Trennung der Politischen Klasse, der Obrigkeit, von den Gewaltunterworfenen, den Untertanen, die Bürger genannt werden. Der

---

[13] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 441 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 2007, S. 343 ff.

[14] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 71 ff., 111 ff., 275 ff., 441 ff., 519 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 44 ff., 67 ff., 115 ff., 318 ff., 391 ff., 405 ff., 440 ff.

[15] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 1 ff., 14 ff., 71 ff., 234 ff., 253 ff., 441 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 15, 22 ff., 28 ff., 97 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 19 ff., 34 ff., 115 ff., 274 ff., 405 ff.

Dualismus von grundrechtlicher Freiheit und demokratischer Herrschaft verkennt die Republikanität des Grundgesetzes[16]. Herrschaftlichkeit ist menschheitlich und menschenrechtlich nicht begründbar[17]. Das erweist das Weltrechtsprinzip des Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Die politische Freiheit verwirklicht sich zunächst und vor allem im Verfassungsgesetz, das die mit dem Menschen geborenen Rechte, die sich in der Trias von Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit erweisen[18], materialisiert[19]. Wie jede verfassungswidrige Gesetzgebung, welche den Menschen belastet, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die allgemeine Handlungsfreiheit beeinträchtigt[20], so beeinträchtigt und verletzt den Menschen und Bürger erst recht ein verfassungswidriges (Art. 79 Abs. 3 GG) Verfassungsgesetz oder eben ein Verfassungsvertrag wie es der Vertrag von Lissabon der Sache nach ist, der die existentielle Staatlichkeit des durch das Verfassungsgesetz verfaßten existentiellen Staates einschränkt und verletzt, der die politischen Verhältnisse entgegen der Verfassung grundlegend verändert (Art. 23 Abs. 1 S. 1 und 3 GG). Im 2. Teil zur Begründung der Organklage, der Verfassungsbeschwerde und des Antrags auf andere Abhilfe ist näher dargelegt, daß der Vertrag von Lissabon die existentielle Staatlichkeit Deutschlands wesentlich einschränkt und dafür die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union in einem solchen Maße weiterentwickelt, daß die Union zu einem (echten) Bundesstaat wird, einem existentiellen Unionsstaat, der freilich der demokratischen Legitimation entbehrt, weil er nicht durch ein europäisches Volk, eine Unionsbürgerschaft, legitimiert ist. Damit sind auch Art. 38 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in

---

[16] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 501 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 391 ff.

[17] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 71 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 115 ff.

[18] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 15, 22 ff., 97 ff.; weitere Hinweise in Fn. 15.

[19] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff., 94 ff.

[20] BVerfGE 6, 32 (37 f.); 19, 253 (257); 63, 88 (108 f.); 80, 137 (153).

dem von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kernbereich des demokratischen Prinzips und des Freiheitsprinzips verletzt[21] (dazu 2.).

Die Entwicklung eines Unionsstaates, zumal eines Bundesstaates mit existentieller Staatlichkeit überschreitet die Aufgaben und Befugnisse der Verfassungsorgane der Bundesrepublik Deutschland, ist also ultra vires, und entbehrt damit der Verfassungsgrundlage. Eine für eine solche Integration nötige Grundlage kann nur ein Verfassungsgesetz geben, das das Deutsche Volk sich nach Maßgabe des Art. 146 GG geben müßte, um seine existentielle Staatlichkeit weitgehend zu beenden oder einzuschränken, damit eine existentielle Staatlichkeit der Union, ein Europäischer Bundesstaat, geschaffen werden kann. Dieser Bundesstaat müßte freilich demokratisch durch ein europäisches Volk legitimiert werden, durch eine gemeinsame Verfassung, welche sich die Unionsbürger geben, genauer, welche die Unionsbürgerschaft, das Unionsvolk, konstituiert. Ein solches Unionsvolk kann nicht durch einen Vertrag geschaffen werden, schon gar nicht durch einen Vertrag, welchen Verfassungsorgane schließen, die ihre Aufgaben und Befugnisse überschreiten. Die politische Klasse ist nicht berechtigt, die Staatsverfassung des Volkes aufzuheben oder auch nur wesentlich zu beeinträchtigen. Dem steht nicht nur die Verfassungsentscheidung für die deutsche Staatlichkeit und die demokratische Legitimation der Ausübung der ganzen Staatsgewalt durch das Deutsche Volk entgegen, sondern auch die Unabänderlichkeitsregelung des Art. 79 Abs. 3 GG, der die fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 20 GG gegen verfassungsändernde Gesetze schützt, sowie Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, der der europäischen Integration die verfassungsgebotenen Grenzen zieht.

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Antragstellers ist aber auch durch die wesentliche Neuordnung der Wirtschaftsverfassung durch den Vertrag von Lissabon sowie durch die wesentliche Weiterentwicklung der Grundrechteordnung einschließlich der Rechtsprechungsgewalt des Gerichtshofs der Europäischen Union, durch die Entwicklung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Europäische Staatsanwaltschaft

---

[21] Vgl. BVerfGE 89, 155 (182).

u.a.), vor allem aber durch die Erweiterung und Vertiefung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, die die Verteidigungspolitik einschließt, beeinträchtigt (und verletzt), zumal die Militarisierung der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten „Missionen außerhalb der Union zur Friedenssicherung, Konfliktverhütung und Stärkung der internationalen Sicherheit", Kriege in aller Welt also vorsieht, die mit dem Gewaltverbot, dem Prinzip der Nichteinmischung (Art. 2 Abs. 1 UNO-Charta), angesichts aktueller Beispielsfälle jedenfalls bisher als schwer vereinbar angesehen wurden[22].

All die Bestimmungen des Vertrages von Lissabon ändern die Verfassung der Menschen und Bürger in Deutschland grundlegend und wären mit der politischen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn sie nicht verfassungs- und staatswidrig wären. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit jedes Menschen und Bürgers ist aber durch den Vertrag von Lissabon und damit durch das Zustimmungsgesetz des Deutschen Bundestages und des Bundesrates unmittelbar, gegenwärtig und persönlich tiefgreifend beeinträchtigt; denn der Bürger als Teil des pouvoir constituant wird bereits durch dieses Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon, der (zumal völkerrechtlich) unumkehrbar ist (sein soll), in seinem ursprünglichen Recht, zusammen mit seinen Mitbürgern das Verfassungsgesetz zu geben, verletzt. Wenn der Vertrag in Kraft sein sollte, lebt jeder Mensch und Bürger in Deutschland in staats-, insbesondere demokratierechtlich völlig veränderten Verhältnissen, die das Recht weitaus weniger gewährleisten als das Grundgesetz.

Abgesehen von dem demokratischen Defizit der politischen Verhältnisse durch die europäische Integration wird die politische Freiheit der Menschen und Bürger dadurch tiefgreifend beeinträchtigt, daß Änderungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages über die Arbeitsweise

---

[22] Dazu 3. Teil, G, II; vgl. dazu *Ch. Hillgruber*, Humanitäre Intervention, Großmachtpolitik und Völkerrecht, Der Staat 40 (2001), S. 165 ff.; *H.-J. Blanke*, Menschenrechte als Interventionstitel, AVR 1998, S. 257 (264); *D. Thürer/M. Herdegen*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The failed State", in: Berichte DGVR 34 (1996), S. 58 m.N.; *A. Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2008, S. 167 ff., 175 ff.

der Europäischen Union in wesentlichen Teilen möglich sind, ohne daß die Gesetzgebungsorgane, jedenfalls die Deutschlands, dem zustimmen müßten (Art. 48 Abs. 6, aber auch Art. 48 Abs. 7 EUV)[23]. Auch die Möglichkeit nach Art. 269 (311*) Abs. 2 und 3 AEUV Eigenmittel zur Finanzierung der Europäischen Union zu kreieren, also auch europäische Steuern, ohne daß das der Zustimmung der nationalen Parlamente, jedenfalls des Deutschen Bundestages und des Bundesrates, bedarf[24], ist eine verfassungswidrige Beeinträchtigung der politischen Freiheit im durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Bereich der freiheitlichen Demokratie.

b) Der Beschwerdeführer ist in seinem Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG persönlich, unmittelbar und gegenwärtig durch das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon beeinträchtigt und verletzt. Die allgemeine Handlungsfreiheit, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sieht[25], wird verletzt, wenn verfassungswidrige, staatswidrige Gesetze oder auch Vertragszustimmungsgesetze diese einschränken[26]. Sie ist „das Grundrecht des Bürgers, nur aufgrund solcher Vorschriften mit einem Nachteil belastet zu werden, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind[27]. Wenn die Ausübung der Staatsgewalt, die Staatlichkeit, und damit die Gesetzgebung nicht so praktiziert wird, wie das Grundgesetz das vorschreibt, sind alle Gesetze nicht nur verfassungswidrig und nichtig, sondern verletzen die allgemeine Handlungsfreiheit, auch die des Beschwerdeführers, der ein Grundrecht auf verfassungsgemäße Gesetzlichkeit und Vertraglichkeit hat. Eine Gesetzgebung die nicht

---

[23] Dazu 3. Teil, A, III, 3.

* Die in Klammer gesetzten Zahlen benennen die Artikelbezeichnungen gemäß den Übereinstimmungstabellen nach Art. 5 des Vertrages von Lissabon.

[24] Dazu 3. Teil, H, II.

[25] BVerfGE 6, 32 (36 f.) st. Rspr.; vgl. *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 2001, Art. 2 Abs. 1 , Rdn. 11 ff.

[26] BVerfGE 6, 32 (37 f.); st. Rspr. etwa BVerfGE 80, 137 (153); *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., Art. 2 Abs. 1 , Rdn. 12.

[27] BVerfGE 29, 402 (408).

mehr (hinreichend) deutsche Staatsgewalt ist und darüber hinaus nicht mehr demokratisch, also nach dem Grundgesetz nicht mehr wesentlich vom Deutschen Volk legitimiert ist (weil das Prinzip der begrenzten Ermächtigung mißachtet ist), ist nicht mehr die vom Grundgesetz verfaßte Staatlichkeit und kann darum die allgemeine Handlungsfreiheit nicht verfassungsgemäß einschränken. Der Vertrag von Lissabon wahrt nicht einmal den Vorbehalt existentieller Staatlichkeit des existentiellen Staates. Die Verfassungsprinzipien der deutschen und der demokratischen Staatlichkeit sind durch Verfassungsgesetzänderungen nicht abänderbar (Art. 79 Abs. 3 GG), auch nicht durch Schritte europäischer Integration aufgrund von völkerrechtlichen Verträgen (Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG). Auch die Handlungsfreiheit des Wählers[28] wird verletzt, wenn die Staatsgewalt insgesamt oder in wesentlichen Teilen verfassungswidrig gestaltet ist. Alle Rechtsakte der Europäischen Union, von denen jeder Mensch vielfältig betroffen ist oder sein kann, widersprechen der Verfassung und dem Verfassungsgesetz, wenn die Ordnung des Grundgesetzes, welche durch die fundamentalen Prinzipien des Art. 20 GG bestimmt ist, aufgehoben oder auch nur wesentlich verzerrt ist. Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit sichert auch und vor allem das Recht auf eine verfassungsgemäße Rechtsetzung, aber auch auf einen verfassungsgemäßen Gesetzesvollzug und insbesondere auf eine verfassungsgemäße Rechtsprechung. Auch und vor allem die Rechtsprechung der Europäischen Union ist nicht demokratisch legitimiert und verletzt darum die allgemeine Handlungsfreiheit des Beschwerdeführers verfassungswidrig, nämlich demokratie- und staatswidrig.

Die politische Freiheit ist das wichtigste „Recht" der „freien Entfaltung der Persönlichkeit"; denn der Bürger ist eine Persönlichkeit des freiheitlichen Gemeinwesens, der Republik. Als solcher entfaltet er sich vor allem in seiner Teilhabe an der politischen und damit staatlichen Willensbildung, welche durch die entdemokratisierende Übertragung der Hoheitsrechte auf die Europäische Union durch den Vertrag von Lissabon verletzt wird, zumal weite Bereiche der existentiellen Staatlichkeit nicht mehr demokratisch und

---

[28] BVerfGE 62, 397 (399); 63, 73 (75).

damit nicht mehr durch den Beschwerdeführer legitimiert ausgeübt werden können sollen (und auch gegenwärtig schon nicht mehr ausgeübt werden). Art. 2 Abs. 1 GG schützt nicht nur, aber auch und wesentlich die Bürgerlichkeit der Bürger als ihre Persönlichkeit im staatlichen Gemeinwesen. Freie Entfaltung der Persönlichkeit ist wesentlich politische Entfaltung der Persönlichkeit, diese wird verletzt, wenn die Staatlichkeit, zumal die existentielle Staatlichkeit, nicht so gestaltet ist, wie es das Grundgesetz, das den existentiellen Staat Deutschland verfaßt, vorschreibt. Die grundgesetzliche Verfassung entgegen dessen fundamentalen Prinzipien zu ändern, wirft der Beschwerdeführer dem angegriffenen Rechtsakt, dem am 24. April 2008 verabschiedeten Zustimmungsgesetz zu dem Vertrag von Lissabon vor, weil dieser Vertrag vor allem die deutsche Staatlichkeit und das Prinzip der demokratischen Legitimation mißachtet, ohne daß das Grundgesetz dafür eine Rechtsgrundlage etwa in der Präambel oder in Art. 23 Abs. 1 GG bereit hält. Die verletzten Prinzipien stehen nicht zur Disposition des verfassungsändernden Zustimmungsgesetzgebers. Es bedürfte einer neuen Verfassung Deutschlands gemäß Art. 146 GG, um den Integrationsschritt, den der Verfassungsvertrag unternimmt, zu ermöglichen. Die Persönlichkeit eines Menschen wird auch und wesentlich durch den Staat, in dem er lebt, und das Recht, das sein Leben leitet, sein Recht, bestimmt. Der Beschwerdeführer ist Deutscher und lebt in Deutschland. Der Vertrag von Lissabon schafft eine europäische Identität, eine Unionsbürgerschaft, und gestaltet das Leben in der Europäischen Union weitestgehend unionistisch. Das darf nicht obrigkeitlich verordnet werden, sondern muß wegen der Deutschen Verfassung dem Willen der Deutschen entsprechen, bedarf also einer neuen Verfassung Deutschlands.

Den Schutz der politischen Freiheit kann jeder Bürger beanspruchen; denn dieses Recht ist logisch allgemein. Eine neue Verfassung des Lebens in Deutschland, wie sie der Vertrag von Lissabon schafft, beeinträchtigt und verletzt darum jeden Bürger Deutschlands unmittelbar, gegenwärtig und persönlich. Wegen des demokratischen Defizits beeinträchtigt sie darüber hinaus die Bürgerlichkeit der Bürger, soweit sie zur Würde des Menschen gehört, tastet also die Menschenwürde entgegen Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG an.

Der Beschwerdeführer (wie jeder Bürger Deutschlands) verliert durch die Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Union, durch die weite und offene Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union und damit die Verlagerung der existentiellen Staatlichkeit von den Mitgliedstaaten auf die Union in allen wichtigen Bereichen der Wirtschaft, der Währung, des Sozialen, aber auch in wichtigen anderen Bereichen der Politik, wie dem der Gesundheit und des Umweltschutzes, in dem Maße, in dem die Rechtsetzungsbefugnisse auf die Organe der Europäischen Union übergeleitet werden, zugleich den Grundrechteschutz des Bundesverfassungsgerichts, weil die Grundrechtegerichtsbarkeit gegenüber den sekundären und auch tertiären Rechtsakten der Union auf den Gerichtshof der Europäischen Union übergeht, der ohnehin die wesentliche Verantwortung für die Grundrechte und die Grundsätze des Rechts erlangt (und schon erlangt hat). Der Verlust der Rechtshoheit ist demokratiewidrig (dazu 3. Teil, F) und beeinträchtigt und verletzt jeden Bürger, auch den Beschwerdeführer, unmittelbar, gegenwärtig und persönlich in seiner politischen Freiheit, wie überhaupt in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit. Durch die gänzlich andere institutionelle, personelle und prozedurale Gestaltung des Grundrechteschutzes wie überhaupt des Rechtsschutzes verändern die Grundrechte, aber auch das Recht überhaupt ihre Schutzwirkung. Die Rechtlichkeit läßt sich nicht von ihrer legitimatorischen Grundlage, also nicht von der demokratischen Legitimation, trennen.

Der Vertrag von Lissabon ändert die allgemeinen Lebensverhältnisse Deutschlands und damit auch und insbesondere die Lebensverhältnisse des Beschwerdeführers unmittelbar, gegenwärtig und tiefgreifend. Nach diesem Vertrag werden die Deutschen und wird der Beschwerdeführer (spätestens) in einem Bundesstaat Europa mit existentieller Staatlichkeit, aber ohne hinreichende demokratische Legitimation durch einen existentiellen Staat, ein Unionsvolk, leben (müssen). Das bewirkt eine substantielle Änderung seiner Möglichkeiten, wie der Möglichkeiten jedes Deutschen, die Persönlichkeit frei zu entfalten, insbesondere als Bürger politisch tätig zu sein. Nicht nur das institutionelle und das strukturelle demokratische Defizit beeinträchtigt die politische Freiheit und auch allgemeine Handlungsfreiheit, sondern auch die Verdünnung des politischen Einflusses jedes Bürgers, weil die politische

Intensität der Demokratie mit der Größe des Staates, der die Staatsgewalt ausübt, verbunden ist, also mit dem Prinzip der kleinen Einheit.

c) Die Praxis läßt die Verfassungsbeschwerde gegen ein Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag zu, wenn nach dem Bundestag der Bundesrat dem Vertrag zugestimmt hat, auch bevor der Vertrag ratifiziert ist und durch Ratifikation in Kraft gesetzt ist[29].

2. Recht auf Vertretung durch den Deutschen Bundestag (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG)

a) Der Beschwerdeführer wird auch als Bürger in seinem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 beeinträchtigt (und verletzt), so daß er nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Verbindung mit § 90 Abs. 1 BVerfGG zur Verfassungsbeschwerde berechtigt ist. Das Zustimmungsgesetzes zu dem Vertrag beeinträchtigt (und verletzt) ihn selbst, unmittelbar und gegenwärtig in seinem Verfassungsrecht auf Vertretung durch den Deutschen Bundestag.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil das verfassungsbeschwerdefähige grundrechtsgleiche Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf substantielle Vertretung der Wähler durch den Deutschen Bundestag anerkannt[30]. Das Gericht hat ausgesprochen:

> „Das durch Art. 38 GG gewährleistete Recht, durch die Wahl an der Legitimation von Staatsgewalt teilzunehmen und auf deren Ausübung Einfluß zu gewinnen, schließt es im Anwendungsbereich des Art. 23 GG aus, dieses Recht durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu entleeren,

---

[29] BVerfGE 89, 155 (171 ff.), Maastricht-Urteil; Beschluß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28.04.2005, Akz.: 2 BvE 1/05 und 2 BvR 636/05; vgl. grundlegend BVerfGE 16, 220 (226 ff.), vgl. auch BVerfGE 33 195 (197 ff.); 83, 162 (165 ff.).

[30] BVerfGE 89, 155 (171 ff.).

daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird."[31]

Das Gericht hat weiter ausgeführt, daß „im Blick auf die Europäische Union und die ihr zugehörigen Gemeinschaften Art. 23 Abs. 1 GG den Bundesgesetzgeber" ermächtige, „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)"[32]. Wenn „der Deutsche Bundestag Aufgaben und Befugnisse aufgibt, insbesondere zur Gesetzgebung und zur Wahl und Kontrolle anderer Träger von Staatsgewalt, so" berühre „das den Sachbereich, auf den der demokratische Gehalt des Art. 38 GG sich" beziehe[33]. Weiterhin:

„Das Recht des Beschwerdeführers aus Art. 38 GG kann demnach verletzt sein, wenn 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 gegenübertretenden Hoheitsgewalt nicht mehr erfüllt werden."[34]

Weiter hat das Gericht ausgesprochen:

„Art. 38 GG wird demnach verletzt, wenn ein Gesetz, das die deutsche Rechtsordnung für die unmittelbare Geltung und Anwendung von Recht der – supranationalen – Europäischen Gemeinschaften öffnet, die zur Wahrnehmung übertragenen Rechte und das beabsichtigte Integrationsprogramm nicht hinreichend bestimmbar festlegt (vgl. BVerfGE 58, 1 (37)). Steht nicht fest, in welchem Umfang und Ausmaß der deutsche Gesetzgeber der Verlagerung der Ausübung von Hoheitsrechten zugestimmt hat, so wird die Inanspruchnahme nicht benannter Aufgaben und Befugnisse durch die Europäischen Gemeinschaften ermöglicht.

---

[31] BVerfGE 89, 155 (182).

[32] BVerfGE 89, 155 (172).

[33] BVerfGE 89, 155 (172).

[34] BVerfGE 89, 155 (172).

Dies käme einer Generalermächtigung gleich und wäre damit eine Entäußerung, gegen die Art. 38 GG schützt."[35]

In der Begründung des 3. Teils wird dargelegt, daß der Verfassungsvertrag das demokratische Defizit bei der Ausübung von Staatsgewalt weiter verstärkt[36]. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung, das demokratierechtlich die Verantwortung für die Unionspolitik den nationalen Parlamenten zuzurechnen erlaubt, ist noch stärker mißachtet als bisher schon[37]. Die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union ist soweit getrieben, daß der Restbereich existentieller Staatlichkeit der Mitgliedstaaten zunehmend an Bedeutung verliert: Insbesondere ermächtigt der Vertrag von Lissabon die Europäische Union ohne Zustimmung der nationalen Parlamente, Vorschriften/Maßnahmen zu erlassen, um die Ziele der Verträge zu erreichen, auch wenn dieser keine Befugnisse übertragen sind (Art. 308 (352) AEUV, Flexibilitätsklausel)[38], weiterhin sich mit Mitteln auszustatten, um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politiken durchführen zu können, auch eigene Steuern zu erheben (Art. 269 (311) AEUV)[39] und sogar den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ohne daß die nationalen Parlamente zustimmen müssen, in wesentlichen Teilen zu ändern (Art. 48 Abs. 6 EUV)[40]. Auch die Aufgaben und Befugnisse der Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik werden zu Lasten der Verantwortung des Deutschen Bundestages erweitert[41], obwohl sie schon durch die vorausgegangenen Vertragswerke soweit entwickelt waren, daß das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ausgehöhlt war. Das gilt insbesondere für die existentielle Währungspolitik[42]. Hinzu kommt eine im Vertrag über die Europäische

---

[35] BVerfGE 89, 155 (187).

[36] 3. Teil, insbesondere A, I, IV, V, B, C, F, G, H.

[37] Dazu vor allem 3. Teil, J.

[38] Dazu 3. Teil, H, I.

[39] Dazu 3. Teil, H, I.

[40] Dazu 3. Teil, A, III, 3.

[41] Dazu 3. Teil, C.

[42] Dazu 3. Teil, C, II; vgl. *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998; *dies.*, Verfassungsbeschwer-

Union definierte Verteidigungspolitik, die den Auftrag der Bundeswehr wesentlich auf „Missionen außerhalb der Union zur Friedenssicherung, Konfliktverhütung und Stärkung der internationalen Sicherheit", also Kriege in aller Welt, erweitert und sich zunehmend von der notwendigen demokratisch-parlamentarischen Legitimation löst[43].

Weiterhin ist die Rechtsprechung in hohem Maße dem Gerichtshof der Europäischen Union überantwortet, der durch den Verfassungsvertrag weiter an Macht gewinnt, aber für die Grundsatzfragen einer rechtsprechenden Gewalt jedenfalls nicht ausreichend demokratisch legitimiert ist[44]. Die weiten und offenen Ermächtigungen, Grundfreiheiten und Grundrechte, aber auch Prinzipien und Werte der Europäischen Union haben zu einer die Lebensverhältnisse weit- und tiefgehend bestimmenden Rechtsprechung geführt, die der nationale Gesetzgeber mit seinem Zustimmungsgesetz nicht erwarten konnte, weil sie nicht voraussehbar waren und darum auch von dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber nicht verantwortbar waren, und sie werden weiter dazu führen. Durch die Erweiterungen der nationalen Ermächtigungen wird nicht nur die Rechtserkenntnisbefugnis dieses Gerichtshofs erweitert, sondern auch dessen politische Gestaltungsmacht. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat keine eigenständige demokratische Legitimation, welche das demokratische Defizit der Rechtsetzung durch die Vertragsgebung ausgleichen könnte[45]. Die Regelungen des Verfassungsvertrages sind in einem Maße offen und weit, daß sie, gemessen am rechtsstaatlichen Bestimmtheitsprinzip, als unbestimmt anzusehen sind. Eine solche Offenheit und Weite verträgt ein Verfassungsgesetz, nicht aber ein Verfassungsvertrag, wenn dieser dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung entsprechen soll. Das ist (längst) nicht mehr der Fall, führt

---

de und Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die Währungspolitik der Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG vom 12. Januar 1998, Az.: 2 BvR 1877/97 und 2 BvR 50/98; dazu BVerfGE 97, 350 ff.

[43] Dazu 3. Teil, G.

[44] Dazu 3. Teil, F.

[45] Dazu 3. Teil, F, VI.

aber dazu, daß die Integration auf eine wirkliche Verfassung gestützt werden muß, die aber einen Verfassungsakt, jedenfalls des deutschen Volkes, voraussetzt, der eine solche Integration ermöglicht (Art. 146 GG).

Das Bürgerrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf politische (gesetzgeberische) Vertretung durch die Vertreter des ganzen Volkes im Deutschen Bundestag ist auch dadurch verletzt, daß die Debatte des Deutschen Bundestages bei den Lesungen des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, insbesondere bei der 2./3. Lesung vom 24. April 2008, die Mindestanforderungen an eine demokratisch legitimierende Erörterung (jedenfalls) eines Vertrages, der für das Deutsche Volk und jeden einzelnen Bürger desselben schicksalhaft ist, weit unterschritten hat, so daß das Zustimmungsgesetz keine verpflichtende Kraft zu entfalten vermag. In der kritiklosen Weise, die keine „substantielle, auf die Kraft des Arguments gegründete Willensbildung" war, ist das Recht jedes Bürgers auf demokratischen Parlamentarismus verletzt.

Die Verfassungsbeschwerde ist bereits nach Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes zu dem völkerrechtlichen Vertrag durch den Bundestag und den Bundesrat, bevor das Gesetz verkündet und der Vertrag ratifiziert ist, zulässig[46].

b) Der Beschwerdeführer ist durch die Zustimmungsbeschlüsse des Bundestages und des Bundesrates vom 24. April und 23. Mai 2008 zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 unmittelbar, gegenwärtig und selbst in seinem Grundrecht auf Vertretung durch der Vertreter des ganzen Volkes aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG beeinträchtigt und verletzt. Das Prinzip der Vertretung des ganzen Volkes durch die Abgeordneten des Deutschen Bundestages ist durch das grundrechtsgleiche Recht des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geschützt. Die Wahl vermittelt das Volk als Träger der Staatsgewalt und damit jeden einzelnen Bürger als Teil des existentiellen Staates mit dem wesentlichen Organ der Gesetzgebung in Deutschland, dem Deutschen Bundestag, der unmittelbar demokratisch legitimiert ist und allein (im Zusammenwir-

---

[46] Hinweise in Fn. 29.

ken mit dem Bundesrat) legitimiert ist, die Gesetze für das Deutsche Volk zu geben. Rechtsakte der Europäischen Union müssen durch den Deutschen Bundestag legitimiert sein. Das ist nur möglich, wenn die Hoheitsrechte, die der Union zur gemeinschaftlichen Ausübung der Staatsgewalt übertragen sind, derart begrenzt und bestimmt sind, daß die Politik der Union vom Deutschen Bundestag aufgrund der Vorhersehbarkeit politisch verantwortet werden können. Die Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Union gehen nach dem Vertrag von Lissabon weit über das Prinzip der begrenzten Ermächtigung hinaus. Sie sind offen und weit. Der Vertrag verschafft der Europäischen Union Aufgaben und Befugnisse existentieller Staatlichkeit, ohne freilich durch einen existentiellen Staat, durch ein durch Verfassungsgesetz verfaßtes Unionsvolk, legitimiert zu sein. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG schützt die Teilhabe des ganzen Deutschen Volkes und damit ausweislich seiner Verfassungsbeschwerdefähigkeit jedermann, jeden Bürger, also auch den Beschwerdeführer, in dem Teilhaberecht an der Ausübung der Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Durch den Vertrag von Lissabon wird mehr denn je durch die Unionsverträge den Bürgern Deutschlands und dem Beschwerdeführer unmittelbar und gegenwärtig und jedem einzelnen persönlich die demokratische Teilhabe an der politischen Willensbildung weitgehend genommen, indem Hoheitsrechte weit und offen an die Europäische Union übertragen werden, weil deren Politik durch das Organ der Vertretung des ganzen Volkes, in Deutschland der Deutsche Bundestag, nicht mehr verantwortet werden kann. Der demokratische Legitimationszusammenhang zwischen dem Deutschen Volk und damit jedem einzelnen Bürger, auch dem Beschwerdeführer, und der Ausübung der Staatsgewalt durch die Organe der Europäischen Union ist zerrissen. Wenn die Europäische Union eine eigenständige demokratische Legitimation gewinnen will, bedarf das der Verfassung eines europäischen Volkes mit einer Verfassung der Europäischen Union. Ein solcher Schritt setzt aber eine neue Verfassung Deutschlands gemäß Art. 146 GG voraus. Die Grenze, welche Deutschland durch Art. 23 Abs. 1 GG für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union zieht, sind durch den Vertrag von Lissabon weit überschritten. Dieser Vertrag schafft (endgültig) einen Bundesstaat Europa mit Aufgaben und Befugnissen existentieller Staatlichkeit, den die Verfassung

Deutschlands, das Grundgesetz, nicht zuläßt (Art. 79 Abs. 3 GG). Das ist in der Begründung der Verfassungsbeschwerde näher ausgeführt.

Die Gesetzgebungsbefugnisse des Deutschen Bundestages, der mehr und mehr nur noch Richtlinien der Europäischen Union umzusetzen hat, sind weit zurückgedrängt. Explizit schließen die ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeiten der Europäischen Union nach Art. 2 a Abs. 1 (2) AEUV die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Gesetzgebung aus, wenn sie nicht von der Union hierzu ermächtigt werden oder um Rechtsakte der Union durchzuführen. Auch bei geteilten Zuständigkeiten büßen die Mitgliedstaaten nach Absatz 2 dieser Vorschrift ihre Zuständigkeiten ein, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit ausgeübt hat. Die Union ist bereits in weiten, fast allen Lebensbereichen gesetzgeberisch tätig geworden. Die Mitgliedstaaten haben darum kaum noch Zuständigkeiten von Bedeutung (dazu 3. Teil A III).

Die Gesetzgebung der Europäischen Union ist selbst nicht demokratische legitimiert, wie das im 3. Teil zu A und J näher dargestellt wird. Das Europäische Parlament begründet keine demokratische Legitimation, weil es nicht gleichheitlich (egalitär) gewählt ist. Die anderen an der Gesetzgebung der Union beteiligten Organe, nämlich die Kommission, der Rat, der Europäische Rat und auch die Ausschüsse, sind Exekutivorgane und können die Gesetzgebung nicht demokratisch legitimieren. Sie sind allenfalls demokratisch legitimiert, soweit sie im Rahmen begrenzter Ermächtigungen ähnlich der exekutiven Rechtsetzung in Deutschland (Rechtsverordnungen) Rechtssätze beschließen. Das demokratische Defizit hat sich durch die Erweiterung der Europäischen Union erheblich vergrößert, weil der politische Einfluß des jeweiligen Vertreters eines Mitgliedstaates im Rat dadurch verringert worden ist. Die Kommissare sind unabhängig von ihren Mitgliedstaaten und vertreten nicht die Völker der Mitgliedstaaten. Der wesentliche Teil der in Deutschland geltenden Gesetze ist nicht mehr demokratisch in der Weise legitimiert, wie das Art. 38 Abs. 1 GG, dem fundamentalen Prinzip des Art. 20 Abs. 1 GG gemäß, vorschreibt. Auch die rechtsstaatlichen Prinzipien des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes werden (und sind schon) weitestgehend substanzlos, wenn die Rechtsakte nicht wesentlich von dem ausschließlich demokratisch legitimierten deutschen Gesetzgeber verantwortet

werden. Der Rechtsstaat ist eine untrennbare Einheit mit der Demokratie. Die Gesetzgebung in Deutschland muß wesentlich auf dem Willen des Deutschen Volkes beruhen[47], also durch das deutsche Volk selbst oder durch sein wesentliches Gesetzgebungsorgan, den Deutschen Bundestag, beschlossen werden.

Die substantielle Minderung der Aufgaben und Befugnisse der Vertreter des Volkes im Deutschen Bundestag greift in den Wesensgehalt des Wahlprinzips des Art. 38 Abs. 1 GG und damit der demokratischen Legitimation der Gesetzgebung ein. Dieser Wesensgehalt ist analog Art. 19 Abs. 2 GG unantastbar und wird darum als Teil des demokratischen Prinzips durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützt. Er steht also nicht zur Disposition der Vertragsgebung und damit auch nicht zur Disposition der europäischen Integrationspolitik. Jeder Bürger Deutschlands und damit auch der Beschwerdeführer hat Anspruch darauf, daß der Wahlakt nicht nur den formalen Wahlprinzipien entspricht, sondern auch darauf, daß die Wahl nicht ihres wesentlichen Inhalts beraubt wird, nämlich das wirkliche Gesetzgebungsorgan für Deutschland zu wählen. Der Verfassungsvertrag verletzt den Beschwerdeführer (wie jeden Bürger Deutschlands) unmittelbar und gegenwärtig in diesem Recht. Der Beschwerdeführer (wie jeder Bürger Deutschlands) ist durch den Verfassungsvertrag persönlich in seinem politischen Status als Bürger und Wähler Deutschlands beeinträchtigt und verletzt.

3. Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG)

Die Verfassungsbeschwerde ist auch aufgrund des Widerstandrechts des Art. 20 Abs. 4 GG zulässig (und begründet). Das ist näher im Antrag zu III. auf andere Abhilfe dargelegt. Die Verfassungsordnung Deutschlands, die Art. 20 Abs. 1 bis Abs. 3 GG gibt und die zu verteidigen aufgrund des Art. 20 Abs. 4 GG jeder Deutsche das Recht und die Pflicht hat, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist, hat als logisches Minus des Widerstandsrechts auch das Recht zum Inhalt, daß das Bundesverfassungsgericht Maßnahmen der Verfassungsorgane, welche es unternehmen, die Verfassungsordnung

---

[47] BVerfGE 83, 37 (50 f.).

Deutschlands zu beseitigen, ins Unrecht setzt, entweder unterbindet oder aufhebt. Die Maßnahme, welche den Tatbestand des Art. 20 Abs. 4 GG erfüllt, wäre das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon, weil dieser Vertrag ohne eine neue Verfassung Deutschlands, die den Weg zu einem Bundesstaat Europa mit existentieller Staatlichkeit ebnet, diesen Unionsstaat mit existentieller Staatlichkeit, freilich ohne demokratisch legitimierendes Volk, begründet. Die Zustimmungsbeschlüsse des Deutschen Bundestages und des Bundesrates verwirklichen als wesentliche Teile der Gesetzgebung selbst schon die Widerstandslage. Die Verbindlichkeit des Vertrages von Lissabon, welche das Zustimmungsgesetz vom 24. April und 23. Mai 2008 zu begründen versucht, ersetzt die grundgesetzliche Ordnung weitestgehend durch die Ordnung der Unionsverträge, zumal diese uneingeschränkten Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten beanspruchten (17. Erklärung). Wenn aus den zu 1. und 2. genannten Grundrechten, nämlich der politischen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG und des Rechts auf Vertretung durch den Deutschen Bundestag aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG Grundrechtsschutz nicht gewährt wird, gibt Art. 20 Abs. 4 GG zumindest subsidiär widerstandsrechtlichen Grundrechtsschutz.

Antrag zu III.

Recht auf andere Abhilfe (Art. 20 Abs. 4 GG)

1. Der Antragsteller hat ein verfassungsbeschwerdefähiges Grundrecht im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Verbindung mit § 90 BVerfGG aus dem Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG. Der Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 ist mit der existentiellen Staatlichkeit Deutschlands und mit dem Fundamentalprinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, unvereinbar[48]. Er verletzt auch die anderen Strukturprinzipien des Art. 20 GG, nämlich das Rechtsstaatsprinzip, vor allem durch die offenen und weiten (unbestimmten) Ermächtigungen der

---

[48] Dazu 3. Teil, A, IV, V; I, durchgehend.

Unionsorgane, insbesondere des Gerichtshofs der Europäischen Union[49], das Sozialprinzip, insbesondere durch eine Wirtschafts- und Währungsunion, die der Verwirklichung des Sozialprinzips keine Chance läßt[50], und das Bundesstaatsprinzip dadurch, daß die Länder Deutschlands zu regionalen Selbstverwaltungen degradiert werden (vgl. Art. 3a (4) Abs. 2)[51]. Das Zustimmungsgesetz, das der Deutsche Bundestag am 24. April 2008 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 23. Mai 2008 zugestimmt hat, bewirkt, die Ordnung des Art. 20 Abs. 1, 2 und 3 des Grundgesetzes, also die freiheitliche demokratische Grundordnung und auch wesentlich den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen. Das ist im 3. Teil näher begründet. Die existentielle Staatlichkeit des Europäischen Bundesstaates, der nicht demokratisch legitimiert sein wird, schafft eine Verfassungslage für Deutschland, die mit den Grundprinzipien des Grundgesetzes unvereinbar ist und sowohl Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, das europäische Integrationsprinzip, also auch und insbesondere Art. 79 Abs. 3 GG, die Vorschrift, welche die freiheitliche demokratische Grundordnung und den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gegen den verfassungsändernden Gesetzgeber schützen soll, verletzt. Die Verletzung eines Rechts als Mitglied des Volkes, also als Bürger, in seiner Eigenschaft als pouvoir constituant geht über die Verletzung des Art. 38 Abs. 1 GG hinaus. Sie ist eine Verletzung der politischen Freiheit als mit dem Menschen geborenes Recht[52]. Daraus erwächst das Recht als „ein wirkliches Rechtsgesetz der Natur" auf eine „bürgerliche Verfassung"[53].

Das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG hat auch das Recht zum Inhalt, mit dem Mittel der Rechtsklärung die Verfassungsordnung des Grundgesetzes zu verteidigen. Vor allem die Verfassungsgerichtsbarkeit soll ande-

---

[49] Dazu 3. Teil, F.

[50] Dazu 3. Teil, C.

[51] Dazu 3. Teil, A, II.

[52] *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 345; *K. A. Schachtschneider*, Freiheit in der Republik, S. 19 ff., 34 ff., 274 ff.

[53] *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 374 ff., u.ö.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 280 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 44 ff., 281 ff.

re Abhilfe gegen Unternehmungen geben, welche „diese Ordnung", also die Verfassungsordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung, zu beseitigen versuchen[54]. Aus dem Grundrecht des Art. 20 Abs. 4 GG folgt somit das Recht auf verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen Unternehmen der Staatsorgane, die Ordnung des Art. 20 GG zu beseitigen. Ohne diese Konzeption werden das Widerstandsrecht und der Grundrechteschutz dieses Rechts weitestgehend sinnlos. Art. 20 Abs. 4 GG gibt als grundrechtsgleiches Recht, aber auch eigenständig als Widerstandsrecht ein besonderes subjektives Recht auf verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen verfassungs- und staatswidrige Unternehmungen. Auch der Deutsche Bundestag und der Bundesrat kommen ebenso wie die Bundesregierung als Verfassungsorgane in Betracht, denen Unternehmungen im Sinne des Art. 20 Abs. 4 GG vorgeworfen werden können. Eine derartige Unternehmung ist der Bundesregierung wegen des Vertragsschlusses vom 13. Dezember 2007 in Lissabon und dem Deutschen Bundestag und dem Bundesrat wegen des Zustimmungsgesetzes zu diesem Vertrag anzulasten. Die Bürgerverfassungsbeschwerde des Antragstellers ist somit zulässig (und begründet), weil er, wie jedermann, das Recht (und die Pflicht), hat, Widerstand gegen jeden, der es unternimmt, die Ordnung des Grundgesetzes zu beseitigen, zu leisten. Er hat das Recht (und die Pflicht), beim Bundesverfassungsgericht andere Abhilfe zu suchen.

Es ist geboten, das Grundrecht des Art. 20 Abs. 4 GG so früh wie möglich wahrzunehmen, um den Schaden an der Verfassungsordnung so gering wie möglich zu halten. Jeder Beschluß eines Verfassungsorgans, der den Vertrag von Lissabon fördert, vergrößert die verfassungswidrige Gefahr für die Verfassung Deutschlands. Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 20 Abs. 4 GG, andere Abhilfe gegen das Unternehmen, die Verfassungsordnung zu beseitigen, zu geben, verpflichtet das Gericht, über die Verfassungsbeschwerde des Antragstellers zu entscheiden und dem Recht schnellstmöglich Hilfestellung zu geben.

---

[54] I.d.S. *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 1980, Art. 20 Abs. 4, Rdn. 8, 36.

2. Der Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 ist für Deutschland verfassungs- und staatswidrig. Er schafft, wie in der Zulässigkeitsbegründung der Anträge zu I und II, aber auch zu diesem Antrag zu 1. schon dargelegt ist, die Widerstandslage im Sinne des Art. 20 Abs. 4 GG. Auch die Organklage eines Abgeordneten, die sich gegen eine Beschlußfassung des Deutschen Bundestages richtet, welcher die Widerstandslage zu verschärfen unternommen hat, ist ein Mittel der anderen Abhilfe im Sinne des Widerstandsrechts des Art. 20 Abs. 4 GG, nämlich der Rechtsklärung suchende Widerspruch. Zu diesen Bemühungen um andere Abhilfe ist auch der Bundestagsabgeordnete als solcher aus seinem Status als Vertreter des Volkes berechtigt und auch verpflichtet. Der Antragsteller nimmt dieses Recht auch als Mitglied des Deutschen Bundestages in Anspruch. Die Verabschiedung eines Zustimmungsgesetzes zu einem Vertrag, wie dem Vertrag von Lissabon, ist eine derart weitreichende und tiefgehende Mißachtung der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, die alle ihre Strukturprinzipien verletzt, daß Abhilfe geleistet werden muß, um den Schaden abzuwenden, jedenfalls gering zu halten. Zu dieser Schadensabwehr ist das Bundesverfassungsgericht berufen und verpflichtet.

Antrag zu IV.

Einstweilige Anordnung

Die einstweilige Anordnung ist zur Abwehr schwerer Nachteile und zum gemeinen Wohl dringend geboten (§ 32 Abs. 1 BVerfGG). Mit der Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 durch den Deutschen Bundestag und der Zustimmung des Bundesrates zu diesem Gesetz ist die Ratifikation dieses Vertrages so gut wie sicher, obwohl der Bundespräsident das Recht und die Pflicht hat, die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes und des Vertragswerkes zu prüfen. Er hat seine Absicht, das Zustimmungsgesetz auszufertigen und zu verkünden und die Ratifikation des Verfassungsvertrages durchzuführen, bereits öffentlich gemacht. Mit der Ratifikation wird das Grundrecht des Antragstellers und des Beschwerdeführers

auch aus Art. 2 Abs. 1 GG, die politische Freiheit, und sein Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG, das Recht und die Pflicht auf und zur Vertretung des Volkes, verletzt. Weiterhin wird die Widerstandslage des Art. 20 Abs. 4 GG verstärkt. Es ist aber nicht zumutbar, die Ratifikation abzuwarten, weil sie völkerrechtlich nicht mehr rückgängig zu machen ist[55]. Wenn die Fortsetzung der verfassungs- und staatswidrigen Politik der Verfassungsorgane nicht durch eine einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts gehemmt wird, verbösert sich die Lage. Die Rechtsverletzung des Antragstellers als Abgeordneter und des Beschwerdeführers als Bürger (aber auch die aller anderen Bürgerinnen und Bürger) wird ständig größer. Die Unvereinbarkeit des Verfassungsvertrages mit den Strukturprinzipien des Grundgesetzes und darüber hinaus die Tatsache, daß das Grundgesetz und die Verfassungen der Länder zur Disposition der Unionsorgane gestellt werden, ist so augenfällig, daß der Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig geregelt werden muß[56]. Wirksame Abhilfe auch im Sinne des Art. 20 Abs. 4 GG ist prozessual die einstweilige Anordnung an den Bundespräsidenten und die Bundesregierung, die Ausfertigung und Verkündung des Zustimmungsgesetzes vom 24. April und 23. Mai 2008 zu dem Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 und die Ratifikation dieses Vertrages zu unterlassen, bis eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes und des Verfassungsvertrages getroffen ist.

In Betracht kommt auch das in dem Verfassungsstreit um den Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004 (Akz.: 2 BvR 839/05 / 2 BvE 2/05) geübte Verfahren, daß das Bundesverfassungsgericht, den Bundespräsidenten und die Bundesregierung auffordert/verpflichtet, verbindlich zu erklären, daß sie das Zustimmungsgesetz nicht ausfertigen, unterzeichnen und veröffentlichen, solange dieser Verfassungsprozeß um die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes vom 24. April und 23.

---

[55] Vgl. die Hinweise in Fn. 29.

[56] Vgl. BVerfGE 16, 220 (226 ff.); 33, 195 (197 f.).

Mai 2008 zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 nicht entschieden ist.

3. Teil

Begründetheit der Anträge

A.

Existentielle Staatlichkeit des Unionsstaates ohne demokratische Legitimation

I. Existentielle Staaten und existentielle Staatlichkeit im Bundesstaat

Die Europäische Union ist ein Bundesstaat. Sie wird durch den Vertrag von Lissabon als Bundesstaat gefestigt und weiterentwickelt[57].

1. Es gibt keinen allseits oder auch nur vielerseits anerkannten oder gar einen völkerrechtlich verbindlichen Begriff des Bundesstaates[58]. Kriterium des Bundesstaates, wie ihn die herrschende Staatsrechtslehre in Deutschland vom Staatenbund unterscheidet, ist die Staatseigenschaft der Gliedstaaten neben der Staatseigenschaft des Zentralstaates, also ein vertikal ge-

---

[57] Zum Folgenden *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa", in: W. Hankel/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty (Hrsg.), Der Ökonom als Politiker – Europa, Geld und die soziale Frag, FS für Wilhelm Nölling, 2003, S. 279 ff.

[58] Vgl. *K. Stern,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 648, 661; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdn. 217, S. 96; *O. Kimminich,* Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, 1987, § 26, Rdn. 5 ff.; *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, 1990, § 94, Rdn. 12; *J. Isensee,* Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, 1990, § 98, Rdn. 1 ff.; vgl. *St. Oeter*, Föderalismus, in: R. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 63 ff., der S. 71 von Mischsystemen spricht; vgl. aber BVerfGE 4, 115 (141), das vom „Wesen des Bundesstaats" spricht.

teilter Gesamtstaat[59], der aus zwei (oder auch drei[60]) politischen Organisationsebenen mit Staatseigenschaft besteht. Der Bundesstaatsbegriff kann nicht von der ‚äußeren Souveränität' der Gliedstaaten abhängig gemacht werden[61], die in der Bundesverfassung geregelt und aus guten Gründen weitestgehend dem Gesamtstaat überantwortet wird (vgl. Art. 32 GG)[62]. Die Souveränität war das maßgebliche Kriterium des Staates in der vom monarchischen Prinzip bestimmten Bundesstaatslehre des deutschen Konstitutionalismus, zu Recht[63]; denn die Souveränität ist ein monarchischer Begriff. Im Republikanismus, in dem die Staatsgewalt Sache des Volkes ist (res publica res populi), ist die Teilung der Ausübung der Staatsgewalt auf unterschiedliche Volksverbände (Gebietskörperschaften) kein begriff-

---

[59] I.d.S. all die Lehren, welche die originäre Staatlichkeit von Bund und Ländern als Kriterium des Bundesstaates sehen, etwa *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 644, 651, 654, 660 f., 666 ff.; *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IV, Rdn. 2 ff.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 4; *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, § 94, Rdn. 2 f., 14 ff.; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 5, 14, 19 f., 40 (eher zurückhaltend); zur Rechtsprechung Hinweise in Fn. 130 und 132.

[60] Eine Unterscheidung des Zentralstaates oder Oberstaates vom Gesamtstaat im Sinne der Dreistaatenlehre (insbesondere *H. Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre, Zweiter Teil, Staatsgesellschaftslehre, 2. Bd., Staatsfunktion; Staatsmittel, Staatsgewalt Staatsleben, Staatenwelt, 1955, S. 203; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, Dritter Teil, Staatsrechtslehre, 1956, S. 151 ff.; i.d.S. BVerfGE 6, 309 (363 f.); vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 7, 19 f.) vermag für die Lehre von der existentiellen Staatlichkeit Bedeutung zu entfalten, wird aber im Folgenden nicht dogmatisiert.

[61] *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 645; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 6, 11 ff., 15 ff. (21), 40; *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., Art. 20 IV, Rdn. 8 f.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 65 ff.; so schon *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, 7. Neudruck 1960, S. 769 f.; *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933 (WRV), Anm. 4 zu Art. 1; vgl. auch *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 8. Aufl. 1993, S. 371 ff.

[62] Vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 6, 21 f.

[63] *U. Scheuner*, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart. Zur Lehre vom Bundesstaat, DÖV 1962, 641 f.; vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 11 ff., 15 ff.; *St. Oeter*, Föderalismus, S. 78 ff., 83 ff.

liches Hindernis geteilter existentieller Staatlichkeit[64]. Der staatsrechtliche, nicht monarchische, Bundesstaatsbegriff muß ein Kriterium aufweisen, das den echten Bundesstaat substantiell vom unechten Bundesstaat, dem föderalisierten, wenn man das Wortspiel mitmacht, dem bundesstaatlichen (nicht etwa dem bloß dezentralisierten) Einheitsstaat, für den die Bundesrepublik Deutschland ein Beispiel gibt (dazu II), unterscheidet. Dieses Kriterium ist das des wirklichen Bundes[65], der Bundes- oder Verfassungsvertrag der verbündeten Staaten, der als Bund einen Bundesstaat hervorbringt. Die deutsche Staatsrechtslehre der Gegenwart geht[66] auf dieses entscheidende Merkmal nicht ein, sondern ordnet mit *Georg Jellinek* durch Bünde gegründete Bundesstaaten zu den völkerrechtlichen Staatenbünden. Daß diese Lehre zu kurz greift, erweist die Europäische Union, die das Bundesverfassungsgericht darum als Staatenverbund[67] begreift und der Hoheit-

---

[64] Zum Begriff der existentiellen Staatlichkeit zu 2; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die staatliche Integration der Europäischen Union. Ein Beitrag zur Lehre vom Staat nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag über die Europäische Union von Maastricht, in: W. Blomeyer/K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 75 ff., 103, 115 f.

[65] I.d.S. auch BVerfGE 1, 299 (315); 13, 54 (78), wo ohne weitere Konsequenzen vom „Bündnis" gesprochen wird; entgegengesetzt *G. Jellinek,* Allgemeine Staatslehre, S. 777 ff.; auch *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdn. 218, S. 97; wie der Text *C. Schmitt,* Verfassungslehre, S. 363 ff., 389 f.

[66] Vgl. *K. Stern,* Staatsrecht I, S. 644 ff.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, S. 517 ff.; *K. Hesse,* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdn. 269, S. 117, nur am Rande im Rahmen der Erörterung der Bundestreue.

[67] BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.); prägend *P. Kirchhof,* Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, 1992, § 183, Rdn. 38, passim; *ders. u.a.*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 900, 904 f. (Intensität „mehr als Staatenbund, weniger als Bundesstaat" (?)); vgl. *B. Kahl,* Europäische Union: Bundesstaat – Staatenbund – Staatenverbund? Zum Urteil des BVerfG vom 12. Oktober 1993, Der Staat 33 (1994), S. 241 ff.; *A. Schmitt Glaeser,* Grundgesetz und Europarecht, 1996, S. 25 ff., 43 ff., 55 ff.

lichkeit (Hoheitsgewalt) zugemessen wird[68]. Hoheitlichkeit aber ist, freiheitlich dogmatisiert, Staatlichkeit[69]. Der Staatenverbund kann ein staatsrechtlicher Bundesstaat sein[70]. Das hängt vom Staatsbegriff ab. „Der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen", lehrt *Kant*[71], also auch ein Bund. Weil sich mittels des völkerrechtlichen Vertrages Menschen verbinden, kantianisch gesprochen: unter Rechtsgesetzen vereinigen, vertreten durch ihre staatlichen Organe (Staaten im engeren Sinne[72]), ergibt sich die funktionale und auch institutionelle Staatlichkeit und Staatseigenschaft des Bundes aus der zitierten freiheitlichen Definition des Staates. *Jellineks* Begriff war monarchisch[73], jedenfalls nicht freiheitlich; denn „Herrschen ist", lehrt *Georg Jellinek*, „die dem Staat notwendige Tätigkeit, ..."[74]. Das ist in einer republikanischen Lehre, also einer Staatslehre der Republik, die eine Freiheitslehre sein muß[75], im

---

[68] Vgl. EuGH v. 05.02.1963- Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff., Rdn. 9 und 10; auch BVerfGE 22, 293 (296); 31, 145 (174); 89, 155 (175, 184, 186 f.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 64 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 904.

[69] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., 79 ff., 87 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 50 ff., 58 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, 2005, S. 265 ff., 268 ff., 291 ff.

[70] Auch *H. Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre, II, 2, S. 206, bezeichnet den Bundesstaat als „qualifizierten Staatenbund".

[71] Metaphysik der Sitten, S. 431; *W. Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 454, 461, 465; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 519 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 56.

[72] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 18, 100, 161 f.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76.

[73] Vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 21; *St. Oeter*, Föderalismus, S. 78 ff., 83 ff.

[74] Allgemeine Staatslehre, S. 772 f.; zur Herrschaftslehre kritisch *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 71 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 115 ff.

[75] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994; *ders.*, Freiheit in

Ansatz nicht richtig. Der echte Bundesstaat ist ein Staatenverbund, wohl auch in der Begrifflichkeit des Bundesverfassungsgerichts, welches das Wort Bundesstaat wegen des Art. 20 Abs. 1 GG, dem grundgesetzlichen Bundesstaat, also einem unechten Bundesstaat, vorbehalten haben wollen dürfte.

Der Bund des bündischen, also echten, Bundesstaates muß selbst kein existentieller Staat sein, sondern kann der vertragliche Bund existentieller Staaten mit begrenzten Aufgaben und Befugnissen und insbesondere ohne eigenständige demokratische Legitimation durch ein Bundesvolk sein. Diese Verbindung kann man als Staatenverbund bezeichnen, der ein durch die Substantialität der funktionalen und institutionellen Staatlichkeit des Bundes gekennzeichneter Staatenbund ist.

Der Bund kann aber auch selbst ein existentieller Staat mit existentieller Staatlichkeit in Aufgaben, Befugnissen, Organisationen und Verfahren und vor allem demokratischer Legitimation durch ein verfaßtes Staatsvolk/Bundesvolk sein.

Bund ist nicht nur die Verbindung, sondern auch die durch die Verbindung geschaffene Institution, wie der Bund der Bundesrepublik Deutschland[76] oder die Europäische Union, kurz Union genannt, oder (bislang) die Europäischen Gemeinschaften, meint also nicht die Länder bzw. die Mitgliedstaaten und schließt diese als Organisationsbegriff auch nicht ein. Der Bund und die Union werden im Folgenden auch als Unionsstaat bezeichnet. Die Staatlichkeit des Unionsstaates kann funktional, institutionell oder auch legitimatorisch unterschiedlich intensiv sein. Im echten Bundesstaat beruht sie auf einem Bund von Staaten, ist also ein Staatenbund, der mit gewisser Substanz den Status eines Bundesstaates erreicht, also eines Staates im funktionellen oder auch institutionellen Sinne, wie etwa die Europäische Union. Der Unionsstaat eines solchen echten Bundesstaates bedarf der demokratischen Legitimation durch ein Bundesvolk, muß also wegen

---

der Republik, 2007.

[76] Dazu *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 40 ff.

des demokratischen Prinzips ein existentieller Staat sein. Immer ist die Funktion des Bundes oder eben Unionsstaates eines Staatenbundes staatlich, weil sie Sache von Völkern ist, ganz unabhängig davon, wie die Verbindlichkeit der Verträge der Völker von den verbundenen Staaten begründet, gehandhabt oder erklärt wird[77]. Es gibt keinen qualitativen Unterschied des Geltungsgrundes von Völkerrecht und Staatsrecht, sondern nur einen Unterschied der Verbindlichkeiten von Rechtsakten, weil es keinen Unterschied des Geltungsgrundes von Rechtsakten gibt. Dieser ist immer der Wille der Menschen, die sich zu einem Staat vereinigt haben, eines Volkes also (dazu 2); denn alles Recht beruht auf der Freiheit[78].

2 a) Der existentielle Staat ist die als Staat verfaßte Bürgerschaft in ihrer Gesamtheit, das Volk, welches die nicht übertragbare Hoheit hat, das Volk also, von dem nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG alle Staatsgewalt ausgeht, der Staat im weiteren Sinne[79]. Die Bürgerschaft als das Volk ist die meist gewachsene, wesentlich aber willentliche, also durch Verfassungsgesetz verfaßte, Lebens-, Friedens- und Schicksalsgemeinschaft[80]. Die Hoheit des

---

[77] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 60 ff.; dazu *Ch. Amrhein-Hofmann*, Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren, 2003, S. 79 ff. (Dualismus), S. 152 ff. (völkerrechtsprimärer Monismus), S. 245 ff. (Monismus und Primat des innerstaatlichen Rechts), S. 296 ff. (duale Rechtsordnung); *A. Emmerich-Fritsche*, Recht und Zwang im Völkerrecht, insbesondere im Welthandelsrecht, in: K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 123 ff., insb. S. 28 ff., 201 ff.

[78] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., 79 ff., 87 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP, Beiheft 71 (1997), S. 154 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 49 ff., 281 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität. Fundamente von Ethik und Politik in der Republik, 2004, in: ders., Freiheit – Recht – Staat, hrg. v. D. I. Siebold/A. Emmerich-Fritsche, 2005, S. 23 ff., auch in: Aufklärung und Kritik, 2/2004, S. 7 ff., 1/2005, S. 29 ff.

[79] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 519 ff.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76 ff. (auch zum Folgenden), 93, 103, 115 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 162; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 58 ff.

[80] I.d.S. auch *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 909 ff.

Volkes ist die gemeinsame Macht der Bürger, die verfassungsgesetzlich organisiert ist. Der existentielle Staat als verfaßte Bürgerschaft ist die Rechtsgemeinschaft, in welcher Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit Wirklichkeit finden (finden sollen); denn der politische Wille des existentiellen Staates ist der vereinigte allgemeine Wille der Bürger. Existentielle Staatlichkeit ist funktional die Hoheitlichkeit der Bürgerschaft, ausgeübt vom Volke selbst durch Wahlen und Abstimmungen oder durch besondere Organe der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt oder Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). In der freiheitlichen Demokratie, in der Republik also, ist ausschließlich Hoheitlichkeit oder eben Staatsgewalt rechtens, die Sache eines Volkes als eines existentiellen Staates ist oder, wie meist gesagt wird, demokratisch legitimiert ist; denn „alle Staatsgewalt geht vom Volke aus" (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG). Der Leitgedanke des existentiellen Staates ist: Res publica res populi.

b) Ein echter Bundesstaat kann somit, wenn nicht auch der Bund ein existentieller Staat ist, wegen des demokratischen Prinzips nur die Staatsgewalt der verbundenen Völker als existentieller Staaten gemeinschaftlich ausüben, aber auch nur insoweit, als ihm die Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten zur Ausübung übertragen sind[81]. Eine originäre Hoheitsgewalt hat ein echter Bundesstaat, der kein existentieller Staat ist, trotz existentieller Staatlichkeit mangels eigenen Volkes nicht (so auch Art 3b (5) Abs. 2 EUV). Er ist Republik der Republiken, ein „Föderalism freier Staaten" im Sinne *Kants*[82]. Die Hoheitsgewalt eines solchen Bundesstaates muß wegen der demokratischen Legitimation derart beschränkt sein, daß die Politik von den Einzelstaaten, vor allem von deren Parlamenten, verantwortet werden kann. Die Politik muß Sache der verbundenen Völker, der Glied-

---

[81] So für die Europäische Union *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 161 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 60 ff. (70 f.); *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 904 ff.; i.d.S. BVerfGE 89, 155 (188 f.).

[82] Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 208; *K. A. Schachtschneider*, Republik der Völker Europas. S. 165 ff.

staaten also, sein. Sie muß wegen des Prinzips der Gesetzlichkeit[83] im Wesentlichen[84] in einzelstaatlichen Gesetzen beschlossen liegen. Die Aufgaben und noch mehr die Befugnisse des echten Bundesstaates ohne existentiellen Unionsstaat können darum um des demokratischen Prinzips willen nur eng begrenzt sein (Prinzip der begrenzten Ermächtigung)[85]. Ein solcher Bundesstaat kann nicht die Aufgaben und Befugnisse haben, die der existentielle Staat benötigt, um seinen Zweck, das gute Leben aller in Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit[86], zu erreichen. Die Institutionen und die Organisation des Bundes oder der Union einer solchen Verbindung oder Organisation von Völkern/Staaten, wie sie meist als bloßer Staatenbund erfaßt werden, müssen nicht denen der demokratisch bestimmten Einzelstaaten entsprechen, vor allem also keine unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgebung einrichten.

c) Das organisatorische Homogenitätsprinzip gilt für den unechten Bundesstaat, in dem der Zentralstaat und die Gliedstaaten existentielle Staaten sind und darum um des genannten Staatszweckes willen demokratische Republiken, soziale Rechtsstaaten sein müssen. Die Verfassungshomogenität[87] ist im unechten Bundesstaat schon deswegen geboten, weil das Volk jedes Einzelstaates ein Teil des Bundesvolkes ist und ein Bund nicht die Verfassung, die mit dem Menschen geboren ist[88], ändern, jedenfalls nicht

---

[83] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff.

[84] Zur Wesentlichkeitslehre etwa BVerfGE 33, 1 (10 f.); 89, 155 (191 f.); 95, 267 (387 f.); 98, 218 (251 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 116 ff.

[85] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96, 113; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898, 903 ff.; dazu näher J, I, 2 mit Fn. 745.

[86] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 350 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 22 ff., 42 f., 55 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 67 ff., 281 ff., 297 ff., 405 ff.

[87] *Th. Maunz*, Verfassungshomogenität von Bund und Ländern, HStR, Bd. IV, 1990, § 95, S. 443 ff.; *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 646, 704 ff.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 79.

[88] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff.

die Strukturprinzipien des politischen Lebens wechseln kann. Die Verfassungsgesetze müssen der menschheitlichen Verfassung gemäß sein. Dieses Homogenitätsprinzip gilt darum auch im echten Bundesstaat mit existentiellem Unionsstaat. Die Politik muß in echten Bundesstaaten ohne existentiellen Unionsstaat, wie gesagt, in der Substanz, im Wesentlichen Sache der Einzelstaaten bleiben. Wenn die verbundenen Staaten in solchen Bundesstaaten zugunsten des Bundes entmachtet werden, sind sie entdemokratisiert und die Völker büßen ihre politische Freiheit ein. Der Bundesstaat wird demokratiewidrig. In diese Lage gerät auch die Europäische Union spätestens mit dem Vertrag von Lissabon (dazu IV, 2)[89].

d) Zur existentiellen Staatlichkeit gehört die Gebietshoheit und zur Gebietshoheit die Befugnis und die Befähigung, die Gesetze durchzusetzen und das Recht zu verwirklichen[90]. Das besagt aber im Bundesstaat wie in jedem Staatenbund und Staatenverbund nicht, daß jeder der verbundenen Staaten, der Bund und die Gliedstaaten, die eigenen Gesetze vollziehen können muß. Auch im (unechten) Bundesstaat Deutschland führen grundsätzlich und in der Regel die Länder die Bundesgesetze aus, sogar als eigene Angelegenheit (Art. 83 GG). Das ist in der Europäischen Union nicht anders. Die Mitgliedstaaten haben die Verpflichtung, das Unionsrecht anzuwenden (Art. 3a (4) Abs. 3 EUV, bislang Art. 10 EGV)[91], grundsätzlich mit Vorrang vor der nationalen Rechtsordnung (17. Erklärung zum Vertrag von Lissabon)[92]. Die Aufgaben und Befugnisse sind im Bundesstaat, sei er

---

[89] Dazu Hinweise in Fn. 185.

[90] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 81 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 59 ff.

[91] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 109 f.

[92] Der weitgehende Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht ist so gut wie unangefochten; vgl. EuGH v. 05.02.1963 – Rs. 26/62 (Van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff.; EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 ff.; EuGH v. 17.12.1970 – Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 ff.; BVerfGE 31, 145 (173 f.); 37, 271 (279 ff.); 58, 1 (28); 73, 339 (366 ff.); 75, 223 (244 f.); vgl. auch BVerfGE 89, 155 (182 ff., 190 f., 197 ff.); *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 66; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 64; *H. P.*

echt oder unecht, zwischen dem Gemeinschaftsstaat und den Einzelstaaten geteilt oder eben verbunden. Das gilt namentlich für die eng verzahnte, „kooperative" Rechtsprechung[93], wie das im Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 (267) AEUV, besonders augenfällig ist. Die vertikale Teilung der für einen existentiellen Staat notwendigen Aufgaben und Befugnisse unter den Staaten gehört zum Wesen des Bundesstaates und stellt weder die funktionale und institutionelle Staatlichkeit noch auch eine existentielle Staatseigenschaft des Unionsstaates oder gar der Einzelstaaten in Frage (Mehrebenenstaat und -staatlichkeit). Die Aufgaben und Befugnisse, also die Staatlichkeit, sind auf Organisationen verteilt, welche insgesamt die Staatsgewalt ausüben. Das ist die Staatsgewalt entweder eines Volkes oder die Staatsgewalt mehrerer verbundener Völker, die von den Unionsorganen gemeinschaftlich ausgeübt wird, wie derzeit von der Europäischen Union[94]. Die Staatsgewalt kann auch zwischen den Völkern der Einzelstaaten und dem Unionsvolk des Unionsstaates geteilt sein, wenn der Unionsstaat eine eigenständige demokratische Legitimation hat. Jede der Organisationen der Staatlichkeit hat, staatsrechtlich betrachtet, die Staatseigenschaft, deren Legalität jedoch von der demokratischen Legitimation abhängt. Um es zu wiederholen: Existentielle Staatlichkeit des Unionsstaates bedarf der Trägerschaft durch ein (verfaßtes) Unionsvolk, also originärer, eigenständiger Hoheit. Bloß begrenzte Staatlichkeit kann durch die Übertragung von begrenzten Hoheitsrechten der verbundenen Völker demokratisch legitimiert werden. Die Völkerrechtssubjektivität ist eine andere Frage. Sie bestimmt die Staatseigenschaft der Organisationen nicht.

Ipsen, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, 1992, § 181, Rdn. 58 ff.; vgl. auch *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 615 ff., S. 228 ff., 3. Aufl. 2005, § 7, Rdn. 2 ff., S. 182 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht Deutschlands, DSWR 1999, S. 81 ff., 116 ff.

[93] Vgl. BVerfGE 89, 155 (174 f.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 f.

[94] Vgl. die Hinweise in Fn. 149.

3. Der Entdemokratisierung wirkt eine eigenständige demokratische Legitimation des Bundes entgegen, die ein Bundesvolk voraussetzt, also einen existentiellen Staat als Bund. Ein Beispiel gibt die Bundesrepublik Deutschland, die allerdings ein Bundesstaat ohne wirklichen Bund, also ein unechter Bundesstaat, ist (dazu II). Ein solcher existentieller Bund kann nur auf einem Verfassungsakt des Bundesvolkes beruhen, nicht auf einem Bundesvertrag, der kein Bundesvolk hervorzubringen vermag. Der Bundesvertrag kann die Gründung des existentiellen Staates durch den Akt des Gesamtvolkes, mit dem dies sich eine Verfassung gibt, nur vorbereiten. Die Menschen, die ein Volk bilden wollen oder auch zu bilden verpflichtet sind, weil sie sonst nicht miteinander im Recht leben können (Recht auf Recht und Pflicht zum Recht)[95], können freiheitlich, also rechtens, nur selbst, alle miteinander als pouvoir constituant das Verfassungsgesetz schaffen, das sie zu einem Volk, einem existentiellen Staat, macht. Das demokratische Prinzip, das jede freiheitliche Bundesstaatslehre leiten muß, steht einer geteilten existentiellen Staatlichkeit nicht entgegen, bei der die Aufgaben und Befugnisse zwischen den Einzelstaaten und dem Unionsstaat, dem Bund, wenn man so will, den Gliedstaaten und dem Zentralstaat, geteilt sind. Freilich müssen die Einzelstaaten und der Unionsstaat existentielle Staaten sein, die aus der Logik des Bundesstaates aus unterschiedlichen Völkern bestehen, wenn auch das Unionsvolk identisch mit den Völkern aller Einzelstaaten ist. Jedenfalls muß der Unionsstaat eigenständig demokratisch legitimiert sein, wodurch ihm originäre, vom Bundesvolk durch das Bundesverfassungsgesetz begründete, Hoheitsrechte ermöglicht werden. Durch ein einen existentiellen Unionsstaat begründendes Bundesverfassungsgesetz kann und wird regelmäßig ein unechter Bundesstaat entstehen, wenn nämlich auch die Gliedstaaten im Wesentlichen von dem Bundesverfassungsgesetz verfaßt werden und der Zentralstaat nicht auf einem Bundesvertrag beruht. Ein Beispiel gibt die Bundesrepublik Deutschland. Die Teilung der Aufgaben und Befugnisse zwischen den Einzelstaa-

---

[95] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 290 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 34 ff., 274 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 50 ff. (56); *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76 ff., 79 ff.; grundlegend *Kant*, Metaphysik der Sitten, § 8, auch § 44, S. 365 f., 430 ff.

ten und dem Unionsstaat kann von den Einzelstaaten auch in einem Bundesvertrag mit dem Unionsstaat vereinbart werden, der durch eine Bundesverfassung des Bundesvolkes ein existentieller Staat ist. Dies wäre ein echter Bundesstaat, der auf einem Bundesvertrag und zusätzlich auf einem Verfassungsakt des Bundesvolkes beruht, also auf eigenständiger demokratischer Legitimation des Unionsstaates – vielleicht das Modell für Europa. Die Regelungen über Vertragsänderungen in Art. 48 EUV gehen in diese Richtung; denn die Organe der Union sind in die Vertragsänderungsverfahren einbezogen. Nach Art. 48 EUV hat der Europäische Rat bestimmende Befugnisse in den Vertragsänderungsverfahren, jedenfalls kann er Vertragsänderungen verhindern und (sogar) das Vertragsänderungsverfahren (demokratiewidrig) vereinfachen (Art. 48 Abs. 6 EUV). Allerdings fehlt es am Unionsvolk als legitimierendem Gesamtvolk des Unionsstaates.

4. Einen Bund können nur Völker miteinander schließen, welche die Bundeshoheit haben. Die Bundeshoheit gehört zur Verfassungshoheit und ist ein Teil der Staatsgewalt eines Volkes[96]. Ein als Staat organisiertes Volk als existentieller Staat hat die eigenständige, originäre Staatsgewalt einschließlich der Verfassungshoheit[97]. Verfassungshoheit und Bundeshoheit sind Teil der politischen Freiheit des Volkes, der Bürgerschaft. Die Verfassungshoheit, nicht anders als die Bundeshoheit, sind unaufhebbarer Bestand der existentiellen Staatlichkeit eines Volkes, ganz unbeschadet einer Bundespflicht zur homogenen Verfassungsordnung, wie sie im Unionsrecht derzeit in Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV und auch im Vertrag von Lissabon in Art. 1a (2) EUV vorgeschrieben sind[98]. Bundeshoheit des Volkes

---

[96] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff. (89 f.); vgl. *R. Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl. 2002, S. 116 ff.

[97] *K. A. Schachtschneider,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff., 89 f.; vgl. auch *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 79 ff.; i.d.S. auch *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 909 ff.

[98] Auch Art. 28 Abs. 1 GG schreibt den Ländern die Homogenität ihrer Verfassungen mit dem Grundgesetz vor, aber die Bundesrepublik Deutschland ist kein bündischer Bundesstaat. Die Verfassungsprinzipien, die den Ländern in Art. 28 Abs. 1 GG vorgeschrieben sind, folgen durchgehend aus Art. 20 GG, der ohnehin für die gesamte Staatlichkeit in Deutschland gilt; dazu *Th. Maunz*, Verfassungshomogenität von Bund und Ländern,

heißt auch, daß ein existentieller Staat das Recht hat, den vereinbarten Bund zu verlassen, zu separieren, ohne befürchten zu müssen, mittels Bundeszwanges (vgl. Art. 37 Abs. 1 GG), gar mittels militärischen Zwanges[99], im Bund gehalten zu werden. Der Bund ist für *Georg Jellinek* das Kriterium des Staatenbundes, den er streng vom Bundesstaat unterscheidet, weil der Staatenbund zwar Vereinsgewalt, aber keine Staatsgewalt habe[100]. Konsequent läßt *Jellinek* einen Vertrag als Grundlage eines Bundesstaates nicht genügen[101]. Nach *Carl Schmitt* setzt umgekehrt ein Bundesstaat eine vertragliche, also bündische, Grundlage voraus[102]. Das Austrittsrecht (Sezessionsrecht) gehört zum Wesen des Bundes. Eine dauerhafte Bundespflicht oder ein Austrittsverbot ist jedoch entgegen der Lehre von *Georg Jellinek*[103] nicht das Kriterium des Bundesstaates, jedenfalls nicht des echten Bundesstaates, sondern das eines bundesstaatlichen Einheitsstaates, eines unechten Bundesstaates, und das auch nur in normalen Lagen. Ein Volk, das die Bundespflicht nicht einzuhalten vermag oder dazu nicht bereit ist, muß den Bund, also den echten Bundesstaat, verlassen oder wird notfalls ausgeschlossen. Ein Recht zur Separation vom unechten Bundesstaat besteht in existentiellen Lagen, im Rahmen der clausula rebus sic stantibus (vgl. Art. 62 WVK)[104].

HStR, Bd. IV, 1990, § 95, Rdn. 26 ff.

[99] Die Befugnis, militärischen Zwang als Mittel des Bundeszwanges zu üben, ist streitig, zur Praxis in der Weimarer Republik (Fall Sachsen 1923, Fall Preußen 1932) *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 34; dagegen etwa *Th. Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 1960, Art. 37, Rdn. 49; *B. Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Komm., 5. Aufl. 2000, Art. 37, Rdn. 3; *W. Erbguth*, in: M. Sachs, Grundgesetz, 1996, Art. 37, Rdn. 13; auch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 116, Fn. 195.

[100] Allgemeine Staatslehre, S. 762 ff., 769 ff.

[101] Allgemeine Staatslehre, S. 774, 777 ff.

[102] Verfassungslehre, S. 365 ff., 374 ff.

[103] Allgemeine Staatslehre, S. 762 ff. (767), 769 ff.

[104] Zu diesem völkerrechtlichen Prinzip allgemein *W. Heintschel v. Heinegg*, Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, S. 172 ff.; *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §

II. Bundesrepublik Deutschland als unechter Bundesstaat – existentielle Staatlichkeit der deutschen Länder

1. a) Die Bundesrepublik Deutschland gilt weithin wie die Schweizerische Eidgenossenschaft, die Republik Österreich, die Vereinigten Staaten von Amerika u.a. Staaten als Bundesstaat, wäre aber nur ein echter Bundesstaat, wenn (u. a.) die existentielle Verfassungshoheit und damit die Bundeshoheit der Länder respektiert würden, wenn also der Bund ein echter Bund wäre. Art. 20 Abs. 1 GG verfaßt die „Bundesrepublik Deutschland" als „demokratischen und sozialen Bundesstaat", in dem nach Absatz 2 Satz 1 dieses als unabänderlich deklarierten (Art. 79 Abs. 3 GG) und fundamentalen Artikels des Verfassungsgesetzes „alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht". Dieses Volk ist das Deutsche Volk (argumentum aus der Präambel, aus Absatz 4 des Art. 20 GG und aus anderen Bestimmungen)[105]. Weil die Staatsgewalt des Bundes somit nicht auf der Staatsgewalt der Länder gründet, sondern die Hoheit des deutschen Volkes, des Bundesvolkes, also dessen Macht und Freiheit[106] in Einheit (vgl. die Präambel des Grundgesetzes in der Fassung des Einigungsvertrages vom 31. August 1990)[107], ist, kann der Bundesstaat, den das Grundgesetz verfaßt, kein echter Bundesstaat sein; denn er ist trotz bündischer Elemente kein wirklicher, vertraglicher Bund. Vielmehr ist die Bundesrepublik Deutschland ein in Länder gegliederter bundesstaatlicher Verfassungsstaat, ein föderalisierter

---

828 ff., S. 526 ff.; vgl. auch *K. Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 21 III, S. 322 f.

[105] BVerfGE 83, 37 (50 ff.); 83, 60 (70 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 1201; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 135 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 161 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 912.

[106] Zur staatlichen Hoheit als der politischen Freiheit und Macht des Volkes als der Bürgerschaft *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76 f., auch S. 79 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 268 ff., 291 ff.

[107] Zur Freiheit und Einheit Deutschlands *K. A. Schachtschneider (O. Gast)*, Sozialistische Schulden nach der Revolution. Kritik der Altschuldenpolitik. Ein Beitrag zur Lehre von Recht und Unrecht, 1996, S. 78 ff.

Einheitsstaat[108], ein unechter Bundesstaat, ein Bundsstaat ohne Bundesvertrag. Das Bundesverfassungsgericht spricht in E 60, 175 (209); 64, 301 (317) vom „betont föderal gestalteten Bundesstaat des Grundgesetzes". Allgemein wird die Kompetenz-Kompetenz des Bundes als das wesentliche Kriterium des (unechten) Bundesstaates genannt[109]. Bekanntlich hat diese zu einer weitgehenden Entmachtung der Landesparlamente geführt[110]. Zum fragwürdigen Ausgleich sind die Befugnisse des Bundesrates wegen der „sachlichen Unitarisierung", der Tendenz zu einheitlichen Lebensverhältnissen im unechten Bundesstaat, vor allem „bei der Gesetzgebung" (Art. 50 GG), derart gestärkt, daß der deutsche Parteienstaat[111] wegen der dadurch möglich gewordenen Oppositionsblockaden nur noch schwer regierbar ist[112]. Die herrschende Meinung stellt sogar die einzelnen Länder zur Disposition eines verfassungsändernden Gesetzes des Bundes, wenn nur die Bundesstaatlichkeit als solche erhalten bleibe („labiler Bundesstaat")[113] und sieht die Länder dem Bund nicht gleich-, sondern unter-

---

[108] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 115 f., 136 ff.; i.d.S. auch *St. Oeter*, Föderalismus, S. 83; vgl. schon *H. Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre, II, 2, S. 203 f., der einen Bundesstaat, dem die „Kompetenzabgrenzung" überwiesen sei, als „dezentralisierten Einheitsstaat" auffaßt.

[109] BVerfGE 75, 223 (242)); dazu *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, § 94, Rdn. 16; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 82, 90 f.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 900, 906, 914; vgl. auch *St. Oeter*, Föderalismus, S. 91 ff.

[110] Vgl. *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 99, Rdn. 221; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 57; *J. Pietzcker*, Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, HStR, Bd. IV, 1990, § 99, Rdn. 4; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 136 ff.

[111] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 772 ff., 1045 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 45 ff., 176 ff.

[112] Dazu *R. Sturm*, Zur Reform des Bundesrates. Lehren eines internationalen Vergleichs der Zweiten Kammer, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 29-30/2003, S. 24 f.; zur Föderalismusreform Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 19.12.2004, Nr. 51, S. 1.

[113] BVerfGE 5, 34 (38); *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 39; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 262

geordnet, zumal das Bundesrecht nach Art. 31 GG das Landesrecht breche[114]. Art. 31 GG ist aber die Logik der Kompetenzordnung, kein Ausdruck der Unterordnung[115]. Immerhin sprechen die Bundesaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 und 4 GG und der Bundeszwang nach Art. 37 GG für eine Überordnung des Bundes über die Länder[116], wenn man Rechtsverhältnisse, Rechte und Pflichten, überhaupt in der Kategorie Über- und Unterordnung bewerten will. An sich widerspricht das dem Prinzip der Freiheit[117]. Die vielen weiteren Aspekte des unitarischen, existentiellen Charakters des Bundes im grundgesetzlichen Bundesstaat können hier nicht dargelegt werden. Bemerkt sei, daß die europäische Integration weiter an der Substanz der Staatlichkeit der deutschen Länder zehrt. Art. 3a (4) Abs. 2 S. 1 EUV ordnet sie der „regionalen Selbstverwaltung" zu, das Gegenteil des Staates oder gar existentiellen Staates, mit „föderalen Grundsätzen" im Sinne des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG unvereinbar[118].

Im übrigen verschafft der Vertrag von Lissabon der Union in weitem Umfang eine Kompetenz-Kompetenz im vereinfachten Vertragsänderungsverfahren des Art. 48 Abs. 6 EUV, ohne daß die Völker oder auch nur die Volksvertretungen in das Verfahren einbezogen werden müssen,

---

ff., insb. Rdn. 278:

[114] *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 40, 42, 48; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 91 f.; genau *J. Pietzcker*, Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, HStR, Bd. IV, § 99, Rdn. 24 ff.; auch BVerfGE 1, 14 (31 f.); 13, 54 (78).

[115] I.d.S. differenzierend *J. Pietzcker*, Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, HStR, Bd. IV, § 99, Rdn. 24 ff.; auch *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, § 94, Rdn. 15 f.

[116] Zu Recht zurückhaltend *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, § 94, Rdn. 18 f.

[117] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 76 f., 79 ff. (83 ff.), 102.

[118] BVerfGE 34, 9 (19 f.); *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, § 94, Rdn. 2 ff.; *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 645; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 39; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 64 ff., der zu einer einheitsstaatlichen (unitaristischen) Dogmatik der Staatlichkeit der Länder tendiert, allerdings wenig klar.

jedenfalls nicht in Deutschland (dazu H, III). Zu nennen sind auch Art. 48 Abs. 7 EUV, aber auch Art. 269 AEUV, der ebenfalls, ohne daß die Legislativorgane der Mitgliedstaaten, jedenfalls in Deutschland, zustimmen müßten, die Beschaffung der Eigenmittel zur Haushaltsfinanzierung der Union überträgt (dazu H I und II), auch ein Stück Kompetenz-Kompetenz. Diese Ermächtigungen gehören zur existentiellen Bundesstaatlichkeit der Union und sind mit dem demokratischen Prinzip und somit mit Art. 38 Abs. 1 GG unvereinbar.

b) Das Grundgesetz ist kein Bundesvertrag oder Bundesverfassungsvertrag, sondern eine unitarische Bundesstaatsverfassung[119], deren Regelungen, soweit sie einschlägig sind, für den Bund und für die Länder gelten. Der unechte Bundesstaat ist durch mehr oder weniger starke Elemente eines Bundesstaates föderalisiert, aber nicht durch dessen wesentliches Element, den vertraglichen Bund, und darum an sich auch und insbesondere nicht durch das Recht der Länder zu separieren[120] bestimmt, weil er auf einem Verfassungsakt des Bundesvolkes gründet, welches als solches nicht in Landesvölker geteilt ist[121]. Die unechte Bundesstaatlichkeit Deutschlands folgt bundesstaatsdogmatisch wesentlich daraus, daß ausweislich der Präambel das „Deutsche Volk" sich das Grundgesetz gegeben hat und „die Deutschen in den Ländern ..." „die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet" haben, nicht die Völker der Länder. In der Präambel von 1949 hieß es: „... hat das Deutsche Volk in den Ländern (...) dieses Grundgesetz der

---

[119] Zum unitarischen Bundesstaat *K. Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, 1962; *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 99, Rdn. 221; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 4; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 10, 49 ff., 56; *E. Šarčevič*, Das Bundesstaatsprinzip. Eine staatsrechtliche Untersuchung zur Dogmatik der Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes, 2000, S. 13 f.; grundlegend *H. Triepel*, Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche, 1907.

[120] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem „Konventsentwurf einer Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 293 ff.

[121] Dazu *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 45 ff., 58 ff., der weitergehend Landesvölker negiert und lediglich „eine zwiefache Organisation des Volkes zum Staat eines identischen Volkes" erkennt.

Bundesrepublik Deutschland beschlossen." Diese Präambeln sprechen vom „gesamten Deutschen Volk". Freilich ist das Grundgesetz als das Verfassungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland, nachdem die Landtage durch ihre Beschlüsse vom 18., 20. und 21. Mai 1949 das Grundgesetz angenommen hatten, vom Parlamentarischen Rat nach dessen Feststellung der Annahme durch die Volksvertretungen der Länder ausgefertigt und verkündet worden (Art. 144 Abs. 1, Art. 145 GG), also zwar für das Deutsche Volk (Präambel), aber doch namens der Völker der Länder, von den Landtagen repräsentiert. Nur der bayerische Landtag hat mit 101 gegen 63 Stimmen das Grundgesetz abgelehnt (20. Mai 1949), aber gegen 6 Stimmen die Geltung des Grundgesetzes auch im Freistaat Bayern beschlossen, wenn es von der Mehrheit der übrigen Länder angenommen werde. Die eigentliche Entscheidung haben die Länder Deutschlands, nicht Deutschland getroffen[122]. Der Einfluß der Besatzungsmächte berührt die Dogmatik nicht.

c) Die Bundesrepublik Deutschland beruht nicht wie das Deutsche Reich *Bismarcks* auf einem Bund, dem „ewigen Bund" deutscher Fürsten (Präambel der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871)[123]. Schon die Weimarer Republik war kein echter Bundesstaat mehr[124], wenn überhaupt ein Bundesstaat und nicht vielmehr ein dezentralisierter Einheitsstaat. Die Bundesrepublik Deutschland ist entgegen dem grundgesetzlichen Wort für den Zentralstaat „Bund" kein Bund der Länder, obwohl sich wichtige Länder, insbesondere der Freistaat Bayern (Verfassung vom 2. Dezember 1946), vor der Konstituierung der Bundesrepublik Deutschland staatlich verfaßt hatten. In Identität mit dem Deutschen Reich (in der Verfassung der Weimarer Republik)[125] hat sich die Bundesrepublik Deutsch-

---

[122] Dazu *R. Mußgnug*, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, HStR, Bd. I, 1987, § 6, Rdn. 33 ff., 84 ff. (86).

[123] Dazu *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 30; auch *St. Oeter*, Föderalismus, S. 76 ff.

[124] A.A. *G. Anschütz,*, WRV, Anm. 4 und 5 zu Art. 1, aber im Sinne des unechten Bundesstaates; vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 32 ff.

[125] BVerfGE 3, 288 (319 f.); 5, 85 (126); 6, 309 (336, 363); 11, 150 (158); 18, 353

land nach der Präambel durch „verfassungsgebenden Akt des Deutschen Volkes" verfaßt[126], zumal unter dem Regime der westlichen Besatzungsmächte, also nicht in politischer Freiheit der Länder. Aber auch der Freistaat Bayern hat die Annahme des Grundgesetzes durch die Mehrheit der Volksvertretungen der Länder gemäß Art. 144 GG hingenommen[127]. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht in E 13, 54 (78) ausgesprochen: „Die Rechtskreise zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten und zwischen den Gliedstaaten werden durch das Bündnis der Gliedstaaten geschaffen, das der Bundesstaat begrifflich voraussetzt." Diese Aussage ist für die Bundesrepublik Deutschland Fiktion. Eine Bundesstaatlichkeit Deutschlands war aber durchaus der politische Wille der Deutschen[128]. Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG etwa erklärt Parteien für verfassungswidrig, die darauf ausgehen, „den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden"[129]. Im übrigen regelt jedes Verfassungsgesetz den Bundesstaat in je eigener Weise.

2. Die existentielle Staatlichkeit des Bundes der Bundesrepublik Deutschland wird nicht als Widerspruch zu einer funktionalen und institutionellen, durchaus substantiellen Staatlichkeit der Länder Deutschlands

---

(354); 36, 1 (15 f.); 77, 137 (155 ff.); *K. A. Schachtschneider (O. Gast)*, Sozialistische Schulden nach der Revolution, S. 45, 64 ff., 91 f.

[126] *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 657 f.

[127] Dazu *R. Mußgnug*, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, HStR, Bd. I, § 6, Rdn. 85. Das Schreiben der Militärgouverneure der amerikanischen, britischen und französischen Zone vom 12. Mai 1949 genehmigte die Annahme des Grundgesetzes aufgrund der Zustimmung von zwei Dritteln der Volksvertretungen der deutschen Länder gemäß Art. 144 Abs. 1 GG.

[128] *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 666 f.; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 35; *E. Šarčevič*, Das Bundesstaatsprinzip, S. 260.

[129] Art. 21 Abs. 2 GG richtet sich auch gegen die Sezession eines Landes, vgl. *H. H. Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 2001, Art. 21, Rdn. 520 ff.; klar *J. Ipsen*, in: M. Sachs, Grundgesetz, Art. 21 Rdn. 162 f.; *W. Henke*, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Drittbearbeitung, 1991, Art. 21, Rdn. 354; i.d.S. auch *I. v. Münch*, Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 1983, Art. 21, Rdn. 74.

gesehen, wie sie allseits anerkannt ist[130]. Sie ist auch kein Widerspruch zur existentiellen Staatlichkeit der Länder, zumal zu einer Verfassungshoheit[131] und damit zu einer Bundeshoheit der Länder, welche diese im „Bund" wie ‚Bundesländer' verbindet. Der Freistaat Bayern hat in Art. 178 seiner Verfassung die Freiwilligkeit des Bundes zum Ausdruck gebracht: „Bayern wird einem künftigen deutschen demokratischen Bundesstaat beitreten. Er soll auf einem freiwilligen Zusammenschluß der deutschen Einzelstaaten beruhen, deren staatsrechtliches Eigenleben zu sichern ist".

Die Länder haben als vollentwickelte existentielle Staaten die Möglichkeit der eigenen Politik und damit auch die politische Verantwortung für das Schicksal ihrer Bürger. Sie sind insbesondere eigenständig demokratisch legitimiert und haben originäre Staatsgewalt, eine „nicht vom Bund abgeleitete, sondern von ihm anerkannte Hoheitsmacht"[132], nämlich ein eigenes Volk (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG)[133]. „Volk im Sinne dieser Verfas-

---

[130] BVerfGE 1, 14 (34); 36, 342 (360 f.); 72, 330 (388); *K. Stern,* Staatsrecht I, S. 644 f., 651, 654, 660 ff., 666 ff.; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 14, 19 f., 40; *R. Herzog,* in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, 1980, Art. 20 IV, Rdn. 2 ff.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 4, 64 ff., 68 („Staatlichkeit" der Länder „im Sinne des Grundgesetzes"), 69 ff., 268; *Th. Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Hdkomm., 4. Aufl. 1992, Einl., Rdn. 6 ff., für Bayern; so auch *E. Šarčević*, Das Bundesstaatsprinzip, S. 211 ff., 255 ff.

[131] Die Verfassungsordnung der Länder ist an sich zu respektieren, BVerfGE 11, 77 (85 f.); 27, 44 (56); 34, 9 (19 f.); 36, 342 (360 f.); 60, 175 (209); 64, 301 (317); dazu *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 78 ff. (relativierend).

[132] BVerfGE 1, 14 (34); 6, 309 (346 f.); 34, 9 (19 f.); 60, 175 (209); 81, 310 (331); *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, § 94, Rdn. 3; *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., Art. 20 IV, Rdn. 10; *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 667, 669; dazu *E. Šarčević*, Das Bundesstaatsprinzip, S. 111 ff., 255 ff.

[133] BVerfGE 8, 104 (116), „Staatsorgan Landesvolk"; 83, 37 (53), „territorial begrenzter Verband", „das (Landes)Volk"; *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 669; *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 II, Rdn. 101; *M. Herdegen*, Strukturen und Institute des Verfassungsrechts der Länder, HStR, Bd. IV, 1990, § 97, Rdn. 8; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 45 ff., 60 f., ohne C. Schmitt zu zitieren.

sungsnormen ist die Gesamtheit der in dem jeweiligen Wahlgebiet ansässigen Deutschen ..." (BVerfGE 83, 60 (71)).

Der Vertrag von Lissabon wird die Staatlichkeit der Länder ausweislich Art. 3a (4) Abs. 2 S. 1 EUV beenden; denn er akzeptiert nach der grammatischen Interpretationslogik trotz der Achtung der „nationalen Identität ihrer Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt", nur noch „regionale Selbstverwaltung", nicht Staaten innerhalb der Mitgliedstaaten, schon gar nicht existentielle Staaten. Auch die unechte Bundesstaatlichkeit, die das Grundgesetz verfaßt und mittels seiner Unabänderlichkeitsentscheidung in Art. 79 Abs. 3 besonders schützt, verbietet eine Entstaatlichung der Länder zu regionalen, dezentralen Selbstverwaltungskörperschaften[134]. Die existentielle Staatseigenschaft und existentielle Staatlichkeit der Länder gehört zum demokratischen Prinzip Deutschlands; denn die Bundesrepublik Deutschland ist „ein demokratischer ... Bundesstaat" (Art. 20 Abs. 1 GG). Die Entstaatlichung der Länder verletzt die politische Freiheit der Deutschen und auch ihr Wahlrecht, das durch die Gliederung Deutschlands in Bund und Länder verdoppelt und verstärkt wird. Die Entstaatlichung der Länder schwächt die existentielle Staatlichkeit auch des Bundes, also des Gesamtstaates. Das beeinträchtigt und verletzt auch Art. 38 Abs. 1 GG. Jedenfalls wird dadurch der Tatbestand des Art. 20 Abs. 4 GG, die Widerstandslage, verwirklicht.

III. Substantielle und existentielle Staatlichkeit der Union

1. Die Europäische Union entwickelt sich in ihren Institutionen, Organen, Aufgaben und Befugnissen, sowie in ihren Instrumenten und Handlungsweisen vom Staatenverbund europäischer Völker[135], also einem föderalen echten Bundesstaat, mehr und mehr zum unitarischen unechten Bun-

---

[134] BVerfGE 34, 9 (19 f.); weitere Hinweise in Fn. 118.

[135] So BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff., 190); weitere Hinweise in Fn. 67.

desstaat, als wären die Unionsbürger ein Volk. *Ingolf Pernice* hält die Union für einen „Bürgerverbund" oder „Verfassungsverbund"[136]. Wenn die substantielle, d.h. eine weitgehende, für das gemeinsame Leben wichtige, gewissermaßen existentielle, Staatlichkeit der Union, die freilich nur einem existentiellen Staat zukommt, nicht schon mit dem Vertrag von Maastricht[137] erreicht war, so wird der entscheidende Schritt der Vertrag von Lissabon sein. Der Union mangelt jedoch noch der Träger existentieller Staatlichkeit, das Staatsvolk oder Unionsvolk als existentieller Staat, das die Staatsgewalt der Union demokratisch legitimieren könnte[138]. Der Verfassungsvertrag konzipiert aber erste Elemente eines Unionsvolkes und damit eines existentiellen Unionsstaates, die Vertretung der „Bürgerinnen und Bürger" durch das Europäische Parlament und deren Recht, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen (Art.8a (10) Abs. 2 und 3 S. 1 EUV)[139]. Demokratisches Leben impliziert (hat) ein Volk.

---

[136] *I. Pernice*, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866 ff. (870 f.).

[137] So *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992, vom 18. Dezember 1992 (Maastricht-Verfassungsbeschwerde M. Brunner), in: I. Winkelmann (Hrsg.), Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994, S. 129 ff., 386 ff.; auch *J. Wolf*, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht. Ein Anwendungsfall des Art. 146 GG, JZ 1993, 594 ff. (597 f.); a.A. BVerfGE 89, 155 (188); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff., insb. S. 92 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 66 ff.

[138] BVerfGE 89, 155 (184 ff., 188); *K. A. Schachtschneider*, Die Republik der Völker Europas, S. 166, 173; dazu *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff.; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion. Ist Europa noch zu retten?, 2001, S. 323 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 900 f., 906; zur Problematik eines „Gesamtvolkes" oder „föderalen Staatsvolkes" *St. Oeter*, Föderalismus, S. 106, 107 ff.

[139] Nach Art. 2 (3) Abs. 2 EUV bietet die Union ihren „Bürgerinnen und Bürgern" einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen. Nach Art. 8 (9) S. 1 EUV achtet die Union „den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger", nach Art. 8a (10) Abs. 3 EUV haben „alle Bürgerinnen und Bürger" das Recht, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen", nach Absatz 4 tragen die politischen Parteien

Der Staatenverbund ist durch den Unionsvertrag und die Gemeinschaftsverträge organisiert, welche die vornehmlich wirtschaftliche Integration vom Gemeinsamen Markt der Römischen Verträge (1957) zum Binnenmarkt der Einheitlichen Europäischen Akte (1986) bis hin zur Wirtschafts- und Währungsunion des Maastricht-Vertrages (1992) vertieft haben. Gleichzeitig ist die Europäische Gemeinschaft der ursprünglich sechs zunächst auf fünfzehn und jetzt siebenundzwanzig Mitgliedstaaten erweitert worden. Auch die Türkei bereitet sich auf ihre Aufnahme vor. Beitrittsverhandlungen sind eingeleitet und werden bereits wieder für neue Beitrittskandidaten angekündigt. So attraktiv die Idee auf staatlicher Selbstbestimmung (Souveränität) beruhender Politik der Bindung und Einbindung aller im Europarat vertretenen Länder (Europa vom Atlantik bis zum Ural) ist - die übermäßige Verlagerung der existentiellen Staatlichkeit von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union muß auch unter dem Aspekt der Größe der Union jetzt und in Zukunft gesehen werden. Die Größe ist bedrückend und läßt keine Chance für eine Demokratie, einen Rechtsstaat oder gar einen Sozialstaat.

Die institutionellen Regelungen des Vertrages von Nizza (2000), der die Zusammenarbeit der erweiterten Union gestaltet, inzwischen auch von Irland angenommen, stellen die Integrationspolitiker nicht zufrieden. Eine neue Gestalt soll die Europäische Union durch den Vertrag von Lissabon erhalten. Er ersetzt den in Frankreich, den Niederlanden und Deutschland gescheiterten Verfassungsvertrag[140], den ein „Konvent zur Zukunft Europas", auch Europäischer Konvent oder Verfassungskonvent genannt, unter der Präsidentschaft von *Valéry Giscard d'Estaing* erarbeitet und im Juni

---

u.a. zum „Ausdruck des Willens der Bürgerinnen und Bürger der Unio" bei. Art. 8 (9) S. 1 EUV achtet die Union die Gleichheit der „Bürgerinnen und Bürger", „denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit" der Union zuteil wird. Auch Art. 9 (13) Abs. 1 S. 1 EUV redet von „Bürgerinnen und Bürgern", deren Interessen die Union zu dienen vorgibt. Nach Art. 9a (14) Abs. 2 S. 3 sind die „Bürgerinnen und Bürger" degressiv proportional im Europäischen Parlament vertreten.

[140] Kritisch zum Begriff „Verfassungsvertrag" *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895 ff., weil der „Tatbestand der ‚Verfassung' im Staatsrecht grundsätzlich nur der Grundordnung eines Staates zugesprochen" werde.

und Juli 2003 der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hatte. Im Rahmen der Regierungskonferenz im Dezember 2003 in Laeken/Brüssel hatten die Staats- und Regierungschefs das Vertragswerk, weitgehend unverändert, wie der Konventspräsident es gewünscht hatte, angenommen. Die 25 Mitgliedstaaten hatten den Vertrag am 29. Oktober 2004 in Rom geschlossen, der nach den innerstaatlichen Zustimmungsverfahren möglichst zügig (bis zum November 2006) ratifiziert werden sollte. Auch für die Türkische Republik ist der Verfassungsvertrag (vorsorglich?) unterschrieben worden (!). Nach Art. III-447 Abs. 2 VV sollte der Vertrag (möglichst) am 1. November 2006 in Kraft treten[141].

Manche integrationistischen Staatsrechtslehrer meinen, daß schon bisher ein „Verfassungsverbund" unter den Mitgliedstaaten bestand[142], welcher lediglich institutionell, prozedural und material zum Verfassungsstaat vervollkommnet werden sollte. „Verfassung" ist etwa für *Ingolf Pernice,* den der Europaausschuß des Deutschen Bundestages im Rahmen der Erörterung des Verfassungsvertrages gehört hat, „der Ausdruck des gemeinsamen Willens der sich durch sie konstituierenden Bürgerschaft, die Erfüllung bestimmter Ziele und Gemeinwohlaufgaben bestimmten durch sie geschaffenen Institutionen anzuvertrauen." ... „Pouvoir constituant der Union sind die Bürger der Mitgliedstaaten" . „Das nationale Zustimmungsgesetz ... ist nicht Rechtsanwendungsbefehl für die Geltung fremden Rechts, sondern Annahme des vereinbarten Vertragsinhalts als Ausdruck des gemeinsamen Willens der Unionsbürger zur originären Konstituierung euro-

---

[141] Vgl. die Erklärung des Europäischen Rates von Laeken vom 14./15. Dezember 2001 „Die Zukunft der Europäischen Union"; dazu *Th. Oppermann,* Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/03, DVBl 2003, 1 ff.

[142] Etwa *I. Pernice,* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 163 ff.; vgl. *ders.,* Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, 1995, § 191, Rdn. 62 ff. (Rdn. 68: „supranationale Verfassung der Union); i.d.S. auch *St. Oeter,* Föderalismus, S. 117 ff.; schon *H. P. Ipsen,* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 2, 33 ff., S. 64 ff, hat das Primärrecht als „materielle Verfassung der Gemeinschaften" dogmatisiert; so auch (noch) BVerfGE 22, 293 (296); dagegen *P. Kirchhof,* Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895, 904.

päischer öffentlicher Gewalt."[143] Eine solche Lehre schafft den pouvoir constituant ab und läßt diesen im pouvoir constitué aufgehen. Die Integrationspolitiker wollen das bisher erfolgreiche Konzept fortsetzen, die Integration durch begrenzte Schritte zum „vereinten Europa" (Präambel und Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) zu entwickeln und bis zur Unumkehrbarkeit zu führen. Auf diese Weise vermeiden sie und wollen sie vermeiden, alle Völker, insbesondere die Deutschen, selbst über die Integrationsentwicklung abstimmen zu lassen. Die Integrationisten dürfen damit rechnen, daß der Europäische Gerichtshof, der „Motor der Integration"[144], jedwedes Verfahren akzeptieren wird, welches die europäische Integration zu Vereinigten Staaten von Europa, dem Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika folgend[145], mit eigenständiger, substantieller, ja originärer, Staatlich-

---

[143] *I. Pernice*, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 870 f.

[144] *H. Steinberger*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 12, 38; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 62, 64, 72; *U. Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, Der Staat 32 (1993), S. 214; *F. Ossenbühl*, Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende?, DVBl. 1993, 635; *J. Wolf*, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht. Ein Anwendungsfall des Art. 146 GG, JZ 1993, 597; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 108; deutlich *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895, 923; *M. Zuleeg*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 4, weist diesen Vorwurf zurück; ebenso *ders.*, Recht und Arbeit 1994, 77 ff.; *ders.*, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäschen Gemeinschaft, in: W. Blomeyer/K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 19 f., 34 ff.; abgewogen *H. P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 32; dazu *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 152 f., Rdn. 384 ff., 3. Aufl. 2005, § 5, Rdn. 116 f. („Judicial Aktivism"), nicht unkritisch

[145] Das sei, meint, auf eine Rede des Bundeskanzlers vom 6. Mai 1993 gestützt, das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil, „derzeit nicht beabsichtigt", BVerfGE 89, 155 (189).

keit[146] vorantreibt. Letztlich gefährdet die Entwicklung die Bundesrepublik Deutschland in ihrem Bestand.

Die skizzierten Überlegungen und deren Kritik sind nach wie vor bedeutsam, weil der Vertrag von Lissabon die Politik des Verfassungsvertrages in der Substanz unverändert fortsetzt. Lediglich der Begriff „Verfassung" ist (vorerst) aufgegeben, um den Schritt zum Verfassungsstaat Europäische Union nicht allzu deutlich werden zu lassen. Es kommt für den Befund, ob die Union ein Staat, ein Bundesstaat ist, auf die Ziele, Aufgaben und Befugnisse/Zuständigkeiten an, nicht wesentlich auf die Plakatierung mit dem Wort „Verfassung". Die Weiterentwicklung der existentiellen Staatlichkeit der Union betreibt der Vertrag von Lissabon nicht anders als der Verfassungsvertrag.

2. Der Vertrag über die Europäische Union, vereinbart in Maastricht am 7. Februar 1992, wegen des Maastricht-Prozesses vor dem Bundesverfassungsgericht[147] erst am 1. November 1993 in Kraft getreten, hat die Europäischen Gemeinschaften zusammengefaßt und eine Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (Titel V des EUV), aber auch eine polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Titel VI des EUV, zuvor: Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres) vereinbart. Die Union ist nicht nur stetig erweitert, sondern nicht zuletzt auch durch die Verträge von Maastricht (1992/93), Amsterdam (1997) und auch Nizza (2000) derart vertieft worden, daß sie aufgrund der ihr von den Mitgliedstaaten über-

---

[146] Vgl. schon *P. Badura*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den Internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), S. 34 ff. (57, 59 ff.); *H.-P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, § 9, Rdn. 61, S. 232; *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 101; vgl. auch BVerfGE 22, 293 (295 f.); 89, 155 (175, 187); dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 103; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: Die Euro-Illusion, S. 329 f.; weitere Hinweise in Fn. 174.

[147] BVerfGE 89, 155 ff.; Dokumentation des Verfahrens mit Einführung von *I. Winkelmann*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994; zur Rechtslage nach dem Urteil *K. A. Schachtschneider* (Verfahrensbevollmächtigter der allein zugelassenen Verfassungsbeschwerde M. Brunners), Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff.

tragenen Hoheitsrechte schon jetzt Aufgaben und Befugnisse eines existentiellen Staates ausübt, sowohl in der Rechtsetzung, als auch und vor allem in der Rechtsprechung. Das wird näher zu B, C, D, F, G, H dargelegt. Herausragende Einrichtung der existentiellen Staatlichkeit ist die Währungsunion mit den einen einheitlichen Staat symbolisierenden Geldzeichen[148], Euro und Cent, die seit 2002 in den Ländern der Eurozone (zur Zeit fünfzehn) genutzt werden. Die Ermächtigungen in den Gemeinschaftsverträgen, der Sache nach die Übertragung von Hoheitsrechten zur gemeinschaftlichen Ausübung der Staatsgewalt[149] (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG), welche die Zustimmung der nationalen Gesetzgeber gefunden haben (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG), sind weit und offen und gewinnen durch den Vertrag von Lissabon keinesfalls an Bestimmtheit. Allein die ausschließlichen Zuständigkeiten der Union, die in Art. 2b (3) AEUV aufgelistet sind, nämlich (u.a.) „die Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, die den Euro eingeführt haben, die gemeinsame Handelspolitik, die Zollunion, ...", weiterhin die „für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln", sind denkbar weit, so daß die Politik im Rahmen dieser Zuständigkeiten nicht vorhergesehen werden kann. Hinzu kommen die „geteilten Zuständigkeiten", deren Hauptbereiche Art. 2c (4) AEUV nennt, nämlich (u.a.) „Binnenmarkt, Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Landwirtschaft und Fischerei, ausgenommen..., Verkehr und transeuropäische Netze, Energie, Sozialpolitik hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte, wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Zusammenhalt, Umwelt, Verbraucherschutz, gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich des Gesundheitswesens hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte". „Der Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich aus den Bestimmungen der Verträge zu

---

[148] Nach Art. I-8 Abs. 4 VV sollte der Euro als Währung der Union zu deren Symbolen gehören.

[149] *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff. (92 f.); *ders.,* Die Republik der Völker Europas, S. 161 ff., 165 ff.; *ders.,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 58 ff., insb. S. 74 f.; *P. Kirchhof,* Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 69; *ders.,* Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 905, 914; i.d.S. auch BVerfGE 89, 155 (189).

den einzelnen Bereichen" (Abs. 6 des Art. 2 a (2) AEUV). Das sind weitgehend, wenn auch mit bemerkenswerten Änderungen, die alten Reglungen des Gemeinschaftsvertrages, die aber wie noch gezeigt werden soll, die umfassende politische Verantwortung der Union erweisen. Besonders weit ermächtigt Art. 2d (5) AEUV die Union, die Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik zu koordinieren. Sie kann „Grundzüge" der Wirtschaftspolitik und „Leitlinien" für die Beschäftigungspolitik, wohlgemerkt der Mitgliedstaaten, beschließen (dazu näher C, I, IV). Dazu war sie durch Art. 99 und Art. 128 EGV auch bisher schon ermächtigt. Die Grundzüge und Leitlinien haben für die Mitgliedstaaten Verbindlichkeit, wie die näheren Vorschriften in Art. 99 ff., 125 ff. (121 ff., 145 ff.) AEUV erweisen. In Art. 308 (352) AEUV wird die (kleine) Generalklausel, jetzt „Flexibilitätsklausel" genannt, beibehalten, wonach die Union sich die „erforderlichen Befugnisse" selbst einräumen kann, wenn das „erforderlich erscheint, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen". Das bedarf außer dem Vorschlag der Kommission der Zustimmung des Europäischen Parlaments und des einstimmigen Beschlusses des Ministerrates. Nach Art. 308 EGV geltender Fassung können nur Ziele „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes" diese Kompetenz-Kompetenz begründen, die schon bisher derart extensiv genutzt wurde, daß das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil gemahnt hat, derartige Vertragsauslegungen oder Vertragsfortbildungen würden nicht zu Vertragsänderungen entarten dürfen[150]. Der Vertrag von Lissabon wiederholt gar in Art. 269 (311) Abs. 1 AEUV die große Generalklausel des Art. 6 Abs. 4 EUV geltender Fassung (ursprünglich Art. F Abs. III), wonach „die Union sich mit den erforderlichen Mitteln ausstattet, um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politik durchführen zu können", der das Bundesverfassungsgericht die rechtliche Verbindlichkeit abgesprochen hat[151]. Ihre Ermächtigung war derart grenzenlos, daß, um den Vertrag über

---

[150] BVerfGE 89, 155 (210); vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 122 f.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 916 ff.

[151] BVerfGE 89, 155 (194, 197 f.); vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 122 f.

die Europäische Union zu retten, selbst die Bundesregierung, die Mitgliedstaaten und die Kommission im Maastricht-Prozeß erklärt hatten, daß diese Ermächtigung keine Kompetenz-Kompetenz gebe[152]. Jetzt steht die Klausel, etwas modifiziert, im Titel III des Sechsten Teils zu den Finanzierungsvorschriften in Kapitel 1 über die „Eigenmittel der Union" und ist dadurch gegenständlich zumindest eingeschränkt, betrifft aber doch die Finanzierung der Union, die freilich ohne Zustimmung der Mitgliedstaaten nicht festgelegt werden kann (Art. 269 (311) Abs. 3 S. 2 AEUV). Sie ermöglicht aber der Union eigene Steuererhebung ohne die Zustimmung der nationalen Parlamente (dazu H, II).

Hoffnungen, dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung durch die Zuständigkeitsverteilung im Vertrag von Lissabon Geltung zu verschaffen, sind gescheitert. Die Auflistung der ausschließlichen und der geteilten Zuständigkeiten der Union in Art. 2b und c (3 und 4) AEUV ist denkbar weit und entspricht als typisch bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung eines Staatenverbundes nicht. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union formuliert die Aufgaben und Befugnisse der Union ohne nähere Einschränkung. Die Verpflichtung der Union auf Ziele und die Zuteilung nicht näher bestimmter Bereiche, zumal auch als Querschnittskompetenzen praktiziert, verschafft der Integration in Verbindung mit der Generalermächtigung der Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) AEUV dynamische Entfaltungsmöglichkeiten auch für Bereiche, in denen der Union in ihrem Arbeitsvertrag gerade keine Einzelbefugnis zugewiesen ist. Die Kompetenz-Kompetenzen der Europäischen Union sind unter H näher dargelegt.

Hingewiesen sei schon hier auf die Rechtsprechungsbefugnisse des Europäischen Gerichtshofs, der durch seine denkbar weite Praxis der Grundfreiheiten, der Grundrechte, des Wettbewerbsrechts, zumal für die als öffentliche Unternehmen eingestuften staatlichen Verwaltungen, und weitere

---

[152] BVerfGE 89, 155 (194, 197 f.); dazu *K. A. Schachtschneider,* Verfassungsbeschwerde gegen den Vertrag über die Europäische Union, Dokumentation Winkelmann, S. 398 f., 438 ff.

Vertragsbestimmungen fast unbegrenzte Möglichkeiten zur Gestaltung/Umwälzung der Politik in der Union einschließlich der Mitgliedstaaten hat. Von begrenzten Ermächtigungen der Union, deren Politik mittels der Unions/Gemeinschaftsverträge von den Parlamenten der Mitgliedstaaten verantwortet werden könne, weil sie hinreichend voraussehbar sei[153], kann keine Rede sein. Das gilt erst recht für die Ermächtigungen des Vertrages von Lissabon.

3. Die substantielle Staatlichkeit der Union wird durch den Vertrag von Lissabon deutlich verstärkt, sowohl institutionell als auch funktionell und materiell. Die institutionelle Umgestaltung wird die durch die völkerrechtliche ‚Souveränität' der Mitgliedstaaten charakterisierten Formen der internationalen Zusammenarbeit weiter zurückdrängen und die (sogenannten) supranationalen, ja einzelstaatlichen, nationalen Formen der Integration ausbauen. Sie wird das Amt eines „Präsidenten des Europäischen Rates", der für zweieinhalb Jahre gewählt wird und kein einzelstaatliches Amt innehaben darf (Art. 9b (15) Abs. 5 und 6 UAbs. 3 EUV), und das Amt eines „Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik", der auch einer der „Vizepräsidenten der Europäischen Kommission" sein soll (Art. 9e (18) EUV), einführen. Die Kommission soll ab dem 1. November 2014 „... nach einem System der gleichberechtigten Rotation zwischen den Mitgliedstaaten" ausgewählt werden (Art. 9d (17) Abs. 5 EUV), um die Zahl der Mitglieder der Kommission auf „zwei Drittel der Zahl der Mitgliedstaaten" zu begrenzen. Die Befugnisse des Europäischen Parlaments werden nicht nur im Rechtsetzungsverfahren ausgeweitet, sondern vor allem wird das Parlament als unmittelbare Vertretung „der Bürgerinnen und Bürger" (Art. 8a (10) Abs. 2 UAbs. 1) und als Vertretung der „Unionsbürgerinnen und Unionsbürger" konstituiert (Art. 9a (14) Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 EUV). Bislang ist dieses Europäisches Parlament genannte Organ (Art. 7 Abs. 1, Art. 189 ff. EGV) (nur) eine „Versammlung" (so Art. 107 EWGV 1957) „der Vertreter der Völker der in der Gemeinschaft zu-

---

[153] BVerfGE 89, 155 (187); dazu *Th. C. W. Beyer*, Die Ermächtigungen der Europäischen Union und ihrer Grundfreiheiten, Der Staat 35 (1996), S. 189 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 113.

sammengeschlossenen Staaten" (Art. 189 Abs. 1 EGV). Die qualifizierte Mehrheit im Europäischen Rat (ohne die Präsidenten des Europäischen Rates und der Kommission (Art. 201a (235) Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV), also nur die Staats- und Regierungschefs) oder im Rat, letzterer nach wie vor das dominante Rechtsetzungsorgan, soll ab dem 1. November 2014 neuen Kriterien folgen, nämlich den Stimmen der Mehrheit von mindestens 55 % bzw. 72 % (Art. 205 (238) Abs. 2 AEUV) der Mitglieder des Rates, gebildet aus mindestens 15 Mitgliedern, die mindestens 65 % der Bevölkerung der Union ausmachen (Art. 9c (16) Abs. 4 EUV)[154], durchaus ein gewisses Entgegenkommen gegenüber den bevölkerungsreichen Mitgliedstaaten, zumal Deutschlands, im gegenwärtigen Berechnungsmodus der qualifizierten Mehrheit oder gar der einfachen Mehrheit im Rat (vgl. Art 205 EGV), das aber keinesfalls die demokratiewidrige Unterrepräsentation der Deutschen ausgleicht.

4. Diese und andere Entwicklungen sind beachtliche, zum Teil unter dem demokratischen Gesichtspunkt der existentiellen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten unfaßbare Integrationsschritte. Der Vertrag von Lissabon macht allemal den entscheidenden Schritt zum Unionsstaat im institutionellen Sinne, zu den Vereinigten Staaten von Europa, zum Bundesstaat, wenn die Europäische Union nicht bereits in ihrer bisherigen Gestalt ein Staat im institutionellen und nicht nur im funktionellen Sinne ist[155]. Der Vertrag von Lissabon verstärkt den Staatscharakter der Union, freilich verfassungswidrig, weil ein Vertrag, den die Staatsorgane der Völker, also die pouvoirs constitués, schließen, kein Volk konstituieren kann[156]. Das bedarf vielmehr eines gemeinsamen Verfassungsaktes der Menschen aller Völker als pouvoir constituant, die dadurch zu einem Volk im staat(srecht)lichen Sinne werden.

---

[154] Übergangsbestimmungen für die Definition der qualifizierten Mehrheit sind im Protokoll über die Übergangsbestimmungen festgelegt (Art. 9c (16) Abs. 5 EUV).

[155] Zum Ganzen *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 161 ff., insb. S. 166.

[156] Grundlegend *Abbé Sieyes*, Politische Schriften, 1796, I, 147, II, 421; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 144, 466, 501, 507, 522 f.

Die „Gemeinschaft ist (selbst) kein Staat, insbesondere (auch) kein Bundesstaat, ..." hat das Bundesverfassungsgericht (E 22, 293 (296); 37, 271 (278) deklariert[157]. Die Bundesstaatseigenschaft scheitert aber begrifflich weder daran, daß der Bundesstaat durch einen Vertrag, also einen Bund, begründet ist, noch daran, daß die Bundespartner, die Mitgliedstaaten, ein Recht zum Austritt haben. Das Austrittsrecht gehört zum echten Bundesstaat, dessen Staatlichkeit sich aus den Hoheitsbefugnissen ergibt, die ihm von den Mitgliedstaaten zur Ausübung übertragen sind[158]. Insofern ist die funktionale Staatseigenschaft/Staatlichkeit der Europäischen Union schon bislang und erst recht nach Maßgabe des Vertrages von Lissabon fraglos, in der Rechtsetzung, in der Rechtsprechung und zunehmend in der Verwaltung. Die eigenständige Organisation der Union macht deren institutionelle Staatseigenschaft aus und macht die Union zum Staat. Der Vertrag von Lissabon fügt explizit die Rechtspersönlichkeit der Union hinzu (Art. 46a (47) EUV).

Bezeichnend, zwischen 'Herz und Verstand' hin- und hergerissen, charakterisiert *Thomas Oppermann* das „EGR als die Ordnung einer ‚Gemeinschaft', die bis auf weiteres irgendwo in der Grenzzone zwischen ‚ewiger'

---

[157] Auch BVerfGE 75, 223 (242); 89, 155 (188); sehr deutlich weist *P. Kirchhof*, Berichterstatter im Maastricht-Prozeß, etwa, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 906, den Staatscharakter der Union zurück, weil sie keine „Gebietshoheit", keine „Personalhoheit" habe und „kein von einem Unionsvolk getragener Staat" sei und über „keine Kompetenz-Kompetenz" verfüge; so auch *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 39 f.; ebenso weitestgehend die deutsche Staatsrechtslehre, die dem Bundesverfassungsgericht folgt, etwa *R. Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rdn. 132, S. 51, vor allem, weil die Europäischen Gemeinschaften nicht über die Kompetenz-Kompetenz verfügen würden; *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 540; *H. P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 8; *I. Pernice*, Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, § 191, Rd. 35; dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 69 ff.

[158] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 66 ff. (74 ff.); *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 905, 914; i.d.S. schon *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, S. 40 f.; BVerfGE 89, 155 (189).

Bundesstaatlichkeit und widerrufbarer übernationaler Organisiertheit steht"[159].

Der Staatseigenschaft der Union steht nicht entgegen, daß die Union ihre Rechtsakte nur ausnahmsweise mit eigenen Organen gegenüber den Unionsbürgern, d.h. ihren „Untertanen", vollziehen kann[160]. Die Verwirklichung der Rechtsakte der Union ist in der Europäischen Union dank der unmittelbaren Anwendbarkeit des primären Rechts und der Verordnungen (Art. 249 Abs. 2 EGV) und weitgehend auch der Richtlinien (Art. 249 Abs. 3 EGV)[161] nicht weniger sichergestellt als die der Bundesgesetze im deutschen Bundesstaat. Vor allem bewirkt das die Unterwerfung der Richter unter die Gesetze (Art. 97 Abs. 1 GG)[162]. Die Aufgaben und die Befugnisse sowie die Organisationen und die Verfahren sind die funktionale und institutionelle Staatlichkeit eines echten Bundesstaates. Im übrigen beansprucht die Union mehr und mehr Vollzugsbefugnisse in den Mitgliedstaaten (dazu D).

Die funktionale Staatlichkeit der Union findet ihre Grenze im demokratischen Prinzip, wonach die gesamte Politik eines solchen Bundesstaates von den verbundenen Staaten verantwortet wird und verantwortet werden können muß (Prinzip der begrenzten Ermächtigung, Art. 5 EUV geltender Fassung, Art. 5 Abs. 1 EGV, Art. 3b (5) Abs. 1 und 2 EUV[163]). Eine Staat-

---

[159] Europarecht, 2. Auf. 199, Rdn. 467, S. 180, in der 3. Aufl. 2005 spricht er wiederholt vom „(Vor)Bundesstaat", § 7, Rdn. 12, S. 186, ohne sich damit zu identifizieren, § 12, Rdn. 25, S. 279.

[160] Dazu *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 532 ff., S. 197 ff.; *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 635 ff., 3. Aufl. 2005, § 7, Rdn. 231 ff., S. 193 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 109 f.

[161] Dazu *Ch. Claßen*, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien. Von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, 1999, S. 34 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 404 ff., S. 137 ff., Rdn. 407 ff., S. 138 ff., Rdn. 426 ff., S. 147 ff.

[162] Zur Dogmatik vom Rechtsanwendungsbefehl vgl. die Hinweise in Fn. 177.

[163] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96, 113; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 906, 914.

lichkeit, die darüber hinausgeht, also eine existentielle Staatlichkeit, kann nur die Staatlichkeit eines existentiellen Staates sein, der die unmittelbare Legitimation des Volkes hat, in dem also die territoriale Einheit des Staates und des Volkes besteht. Das ist meist der Zentralstaat eines unechten Bundesstaates, kann aber im echten Bundesstaat auch ein existentieller Unionsstaat sein, dessen Träger das Gesamtvolk, das Bundes- oder Unionsvolk, ist.

5. Der Vertrag von Lissabon konzipiert und dokumentiert die existentielle Staatlichkeit der Union in aller Klarheit durch seine Sprache, durch seine Regelungen, zumal den erklärten und uneingeschränkten Vorrang des primären und sekundären Unionsrechts (17. Erklärung), die Zuständigkeitsordnung des Art. 2a (2) ff. AEUV und durch die in Art. 6 (6) Abs. 1 EUV vereinbarte rechtliche Verbindlichkeit, der in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte[164]. Grundrechte als staatliche Materialisierung und Legalisierung der Menschenrechte sind ein wesentlicher Teil eines modernen Verfassungsstaates. Die Europäische Union praktiziert zwar seit langem Grundrechte als Rechtsgrundsätze, „wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben" (Art. 6 Abs. 2 EUV)[165], aber der eigenständige Grundrechtetext der Charta vervollständigt den unitarischen Charakter der konzipierten Union. Im Vertrag von Lissa-

---

[164] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Eine Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Recht und Politik 1/2001, S. 16 ff.; *ders.*, Eine Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 52-53/2000, S. 13 ff.

[165] EuGH v. 14.05.1974 - Rs. 4/73 (Nold/Kommission), Slg. 1974, 491 (507, Rdn. 13); *H. Lecheler,* Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, 1967; dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung. Mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht, 2000, S. 96 ff.; *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 185 ff., Rdn. 482 ff., 3. Aufl. 2005, § 6, Rdn. 26 ff., S. 146 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 753 ff., S. 280 ff.; *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 125 ff., 137 ff.; dazu BVerfGE 37, 271 (280 ff.); 73, 339 (376 ff.).

bon wird etwa von „Bürgerinnen und Bürgern" (Art. 2 (3) Abs. 2; 8 (9) S. 1; 8a (10) Abs. 2 und 3 S. 1; 9 (13) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2; 9a (14) Abs. 2 S. 3 EUV), von „Gesetzgeber" und „Gesetzen", „Gesetzgebungsverfahren" und Gesetzgebungsakten" (Art. 9a (14) Abs. 1 S. 1; 9c (16) Abs. 1 S. 1; Art. 249a (289) mit 249b (290) AEUV), gesprochen, ja durchgehend die Sprache des Staatsrechts, also die Sprache des existentiellen Staates und unechten Bundesstaates, nicht die des Völkerrechts, die Sprache des echten Bundesstaates, benutzt. Die Worte bestimmen zwar die Sache nicht entgegen deren Eigenart, sie wollen und sollen aber die Sache, die gemeint ist, zur Sprache, auf den Begriff, bringen. In Rechtstexten, die das Sollen zum Ausdruck bringen, bestimmt die Sprache die Sache, nämlich das Gesollte, das Gesetz, und kann nur in Grenzen um der Sache willen, nämlich wegen des Rechts, umgedeutet werden. Die Sprache des Staates soll der Union das Verfassungsgesetz geben, das aber nur ein völkerrechtlicher Vertrag ist. Ein Verfassungsgesetz, wie es die Unionsverträge in der Sache sind, hat ein Verfassungsstaat, an sich nur ein existentieller Staat[166]. Die Verfassung der Union soll durch Vertrag begründet werden. Ein Bundesvertrag begründet einen Bund und damit einen echten Bundesstaat (dazu I). Die Vertraglichkeit ändert aber nichts an dem verfassungsstaatlichen Selbstverständnis der im Vertrag verfaßten Union, die freilich in der Substanz mehr und mehr zum existentiellen Staat in einem echten Bundesstaat entwickelt wird und folglich eines Volkes als pouvoir constituant bedarf, wie *Georg Jellinek* das der Sache nach gelehrt hat[167]. Die unitarische Entwicklung der Europäischen Union birgt gar die Tendenz zum unechten Bundesstaat nach dem Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, der als Rest der existentiel-

---

[166] Der Europäische Gerichtshof dogmatisiert freilich die Gemeinschaftsverträge schon lange als europäisches Verfassungsrecht, vgl. EuGH v. 23.04.1986 - Rs. 294/83 (Les Verts/Europäisches Parlament), Slg. 1986, 1339 (1365, Fn. 23); Gutachten 1/91, Slg. 1991, 6079 (6102, Rdn. 21), und hat damit der verfassungsstaatlichen Entwicklung der Union die Richtung gezeigt; so auch (noch) BVerfGE 22, 293 (296); schon *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, S. 39 ff., handelt von der „europäischen Verfassung"; kritisch *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895 ff.; kritisch auch *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 48 ff.

[167] Allgemeine Staatslehre, S. 774 ff.

len Staatlichkeit der Mitgliedstaaten das Austrittsrecht beläßt, das realiter nicht mehr als eine Möglichkeit ultima ratio ist.

6. Obwohl der Vertrag von Lissabon nicht mehr wie der gescheiterte Vertrag über eine Verfassung für Europa von „Verfassung" spricht, um nicht deutlich werden zu lassen, daß mit dem Integrationsschritt ein Staat verfaßt wird, macht dieser Vertrag endgültig den Schritt vom Staatenverbund zum Bundesstaat, zum europäischen Unionsstaat. Das erweist (abgesehen von den staatsmäßigen weiten Aufgaben und Befugnissen der Union) die neue Zuständigkeitsordnung der Artikel 2 a-e (2-6)des Vertrages über die Arbeitsweise der Union (AEUV).

a) Bisher war die Europäische Union nach Auffassung der Praxis, insbesondere nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, kein Staat und kein Bundesstaat[168]. Nach dem Vertrag von Lissabon ist der Staatscharakter der Union nicht mehr zu leugnen. Das ergibt sich insbesondere aus der Zuständigkeitsordnung. Bislang wurden die Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zur gemeinschaftlichen Ausübung übertragen. Die Hoheitsrechte verblieben den Mitgliedstaaten, weil ausschließlich die in den Mitgliedstaaten verfaßten Völker die Hoheit haben, sollten aber im Interesse der Gemeinschaft gemeinschaftlich von den Gemeinschaftsorganen ausgeübt werden, soweit sie dieser zu diesem Zweck übertragen waren[169]. Dementsprechend behielten die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit, in allen politischen Bereichen Gesetze zu geben. Die Gesetze der Mitgliedstaaten wurden auch durch Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft nicht nichtig. Vielmehr waren die Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft lediglich vorrangig vor den Gesetzen der Mitgliedstaaten anwendbar, wenn ein Widerspruch zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem mitgliedstaatlichen Recht bestand[170]. Die vorrangige Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts

---

[168] BVerfGE 22, 293 (296); 37, 271 (278); 75, 223 (242); 89, 155 (188).

[169] BVerfGE 89, 155 (188 f.).

[170] EuGH – Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 (24 f.); EuGH – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251, 1269 f., Rdn. 8 ff.; BVerfGE 37, 271 (279 ff.); 58, 1 (28); 73, 339 (366 ff.); vgl. auch BVerfGE 89, 155 (182 ff., 190 f., 197 f.).

vor dem gesamten Recht der Mitgliedstaaten (einschließlich dem Verfassungsrecht) hat die usurpatorische Praxis des Europäischen Gerichtshofs durchgesetzt. Diese wurde aber von den Mitgliedstaaten hingenommen und war (mit unterschiedlichen Grenzen in den verschiedenen Mitgliedstaaten) der Besitzstand der Gemeinschaft, der acquis communitaire. Diese Gemeinschaftsrechtslage wurde im allgemeinen (fragwürdig) als Supranationalität der Europäischen Gemeinschaft verstanden, diese Supranationalität aber gerade nicht als Bundesstaat, sondern als ein Staatenverbund[171] dogmatisiert, wohl nur, weil jedenfalls in Deutschland die Integration in einen Bundesstaat grundgesetzwidrig wäre und ist.

Die neue Zuständigkeitsteilung des Vertrages von Lissabon schließt die Dogmatik vom Staatenverbund aus. Die Dogmatik des Bundesstaates ist unausweichlich. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Union unterscheidet in Art. 2 a (2) Abs. 1 und Abs. 2 „ausschließliche Zuständigkeiten" und „geteilte Zuständigkeiten", abgesehen von Koordinierungszuständigkeiten in Art. 2 d (5) und Art. 2 e (6). Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten „kann nur die Union gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen". „Die Mitgliedstaaten dürfen in einem solchen Fall nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden, oder um Rechtsakte der Union durchzuführen" (Art. 2 a (2) Abs. 1 AEUV). Nach dem eindeutigen Wortlaut verlieren die Mitgliedstaaten im Bereich ausschließlicher Zuständigkeit der Union ihre Gesetzgebungshoheit, die sie durch den Vertrag von Lissabon auf die Europäische Union übertragen. Jedenfalls dadurch wird über die bisherige bundesstaatliche Integration hinaus ein Bundesstaat begründet. Die Mitgliedstaaten verlieren einen Teil ihrer Hoheit, d.h. sie können Staatsgewalt nur noch insoweit ausüben, als sie ihnen verblieben ist, wie das in einem Bundesstaat, in dem die Ausübung der Staatsgewalt zwischen dem Bund, dem Zentralstaat, und den Gliedstaaten, den Ländern, geteilt ist, üblich ist. Das Recht geht nicht mehr insgesamt vom Volk aus, wie das Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.") vorschreibt, sondern in dem zur ausschließlichen

---

[171] So BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.).

Zuständigkeit der Union übertragenen Bereich von der Union. Das entspricht einer „autonomen" Rechtsordnung der Gemeinschaft, von der der Europäische Gerichtshof vom Beginn seiner Judikatur ausgeht, die aber mangels originärer Hoheit keine Grundlage hat und im Maastricht-Urteil vom Bundesverfassungsgericht nicht mehr aufgegriffen wurde[172]. Das Fundamentalprinzip der Demokratie wird somit für den Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten der Union eingeschränkt, aber auch für den Bereich der geteilten Zuständigkeiten der Union nach Art. 2 a (2) Abs. 2 AEUV, soweit die Union die geteilten Zuständigkeiten ausgeübt hat. Wenn die Mitgliedstaaten in dem Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Union oder auch nur in dem Bereich der geteilten Zuständigkeit der Union, wenn diese die Zuständigkeit ausgeübt hat, gesetzgeberisch tätig werden, sind diese Gesetze mangels Zuständigkeit nichtig.

Die Mitgliedstaaten wahren ihre Eigenständigkeit, und, wenn man so will, Souveränität nur darin, daß sie gemäß Art. 49 a (50) EUV n. F. aus der Union austreten können. Diese Möglichkeit ändert nichts daran, daß die Mitgliedstaaten, solange sie Mitglied der Europäischen Union sind, Gliedstaat eines Bundesstaates sind, die nur noch einen (geringen) Teil der Hoheit, der Staatsgewalt also, inne haben.

b) Die zuständigkeitsrechtlichen Darlegungen, welche erweisen, daß die Europäische Union zum Bundesstaat entwickelt wird, werden nicht durch den Grundsatz „der begrenzten Einzelermächtigung" des Art. 3 b (5) Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV n. F. eingeschränkt, sondern vielmehr verstärkt. Absatz 2 des Art. 3 b (5) EUV stellt klar, daß der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nicht mehr ist als das Prinzip der Zuständigkeiten; denn nach diesem Grundsatz „wird die Union nur innerhalb den 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

---

[172] Vgl. EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251, Rdn. 8 ff.; BVerfGE 22, 293 (296), 31, 145 (173 f.); 37, 271 (277 f.); 58, 1 (27); richtig BVerfGE 89, 155 (188 f.).

bei den Mitgliedstaaten". Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird somit explizit auf den Zuständigkeitsgrundsatz reduziert und verliert damit seine eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung. Daß Zuständigkeitsvorschriften die Zuständigkeiten begrenzen, ist selbstverständlich. Die Zwecksetzung der Zuständigkeiten, nämlich die Verwirklichung der in den Verträgen niedergelegten Ziele, ist schon deswegen keinerlei Begrenzung der Zuständigkeiten, weil die Ziele der Union grenzenlos weit sind. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung sagt nicht mehr, als daß die Union keine originäre Hoheit hat, sondern lediglich derivative, also von den Mitgliedstaaten übertragene Hoheitsrechte. Das ändert an der Bundesstaatlichkeit der Zuständigkeitsordnung nichts. Die eindeutige Definition des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 3 b (5) Abs. 2 EUV erweist erneut, daß der sogenannte Reformvertrag einen staatsrechtlichen Paradigmenwechsel vom Staatenverbund zum Bundesstaat vornimmt.

Der bisherige „Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung", der in Art. 5 EUV und in Art. 5 Abs. 1 EGV, aber auch in Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 EGV verankert war, wonach die Gemeinschaft „innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig" war, war jedenfalls in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dahin verstanden worden, daß die Befugnisse der Gemeinschaft, also deren Ermächtigungen, derart bestimmt und begrenzt sein müssen, daß die Politik der Gemeinschaft für die nationalen Parlamente „voraussehbar" und dadurch „verantwortbar" ist (BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.)). In dieser Sicht war das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der entscheidende demokratierechtliche Baustein der Gemeinschaft, weil die Rechtsetzung der Gemeinschaft von den nationalen Parlamenten demokratisch legitimiert wurde, nicht vom Europäischen Parlament. Die Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Rechtsetzung der Gemeinschaft hat das Bundesverfassungsgericht lediglich als „Abstützung" der demokratischen Legitimation bezeichnet (BVerfGE 89, 155 (184, 186)). Dadurch war der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung der Rettungsanker der demokratischen Legitimation der europäischen Integration. Das konnte er aber nur sein, wenn die Befugnisse oder Ermächtigungen der Gemein-

schaft derart bestimmt und begrenzt waren, daß, wie gesagt, die nationalen Parlamente die Politik der Gemeinschaft verantworten konnten. Das setzte deren Voraussehbarkeit voraus. Davon kann angesichts der extensiven Auslegung der Befugnisse und Ermächtigungen in der Praxis der Gemeinschaftsorgane keine Rede sein. Die Parlamentarier der nationalen Parlamente ahnen nicht einmal, welche Folgerungen die Kommission und der Gerichtshof aus den vertraglichen Regelungen der Politiken schließen. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung soll somit nach dem bisherigen Gemeinschaftsrecht die Ausübung der Befugnisse oder Ermächtigungen der Gemeinschaft auch im Sinne eines substantiellen Subsidiaritätsprinzips begrenzen. Demgegenüber verliert der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung durch den Vertrag von Lissabon (wie schon durch den gescheiterten Verfassungsvertrag) seine verfassungsrechtliche und politische Substanz, weil er nichts anderes besagt als das Zuständigkeitsprinzip. Die Zuständigkeiten der Union sind aber nach dem Vertrag von Lissabon grenzenlos weit und haben die entstaatlichende Wirkung für die Mitgliedstaaten, die dargelegt ist.

c) Die Europäische Union wird somit ausweislich der Zuständigkeitsordnung, aber auch aus anderen Gründen, insbesondere wegen der dargelegten Generalermächtigungen (Kompetenz-Kompetenzen) zu einem echten Bundesstaat. Auch der vertraglich begründete Bundesstaat ist ein Staat mit Staatsgewalt. Seine Besonderheit ist, daß ihm die Staatsgewalt von den Mitgliedstaaten übertragen wird, wie das auch durch den Vertrag von Lissabon geschieht. Der Charakter der Übertragung der Hoheitsrechte ändert sich mit diesem Vertrag grundlegend gegenüber der Übertragung der Hoheitsrechte in den früheren Gemeinschaftsverträgen, wie das oben zur Zuständigkeitsdogmatik dargelegt ist. Es gibt keine Entscheidung des Deutschen Volkes, daß Deutschland Mitglied eines derartigen echten Bundesstaates sein will, in dem bestimmte, genauer: der Großteil der Zuständigkeiten an die Union derart übertragen wird, daß Deutschland diese nicht mehr wahrnehmen kann, so daß wegen der Übertragung der Hoheitsrechte die Staatlichkeit Deutschlands, also dessen Staatsgewalt, weitestgehend eingeschränkt ist.

7. Der Vertrag von Lissabon kennt einheitsstaatliche Elemente eines unechten Bundesstaates, mit denen eine eigenständige demokratische Legitimation der Union, des Bundes also, durch ein (nicht konstituiertes) Unionsvolk deklariert (vorgetäuscht) wird. Nach Art. 8a (10) Abs. 2 EUV „sind die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten", das Art. 9a (14) Abs. 1 S. 1 EUV „gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber" bezeichnet (ebenso Art. 9c (16) Abs. 1 S. 1 EUV). Das Europäische Parlament soll somit nicht mehr Versammlung der Vertreter der Völker sein, sondern Gesetzgebungsorgan der „Bürgerinnen und Bürger" auf Unionsebene, welche dadurch gewissermaßen als Unionsvolk konstituiert werden. Damit soll dem Europäischen Parlament und dessen Gesetzgebungsakten eine nicht durch die Mitgliedstaaten vermittelte demokratische Legitimation im Sinne einer „repräsentativen Demokratie" (Art. 8a (10) EUV) zugeschrieben werden. Der Union soll die originäre Hoheitsgewalt, die sie nicht hat[173] und welche die Integrationisten seit eh und je herbeireden wollen[174], verschaffen. Die für die demokratische Bundesstaatlichkeit und damit für die existentielle Staatseigenschaft und existentielle Staatlichkeit der Union wesentliche Kreation eines Unionsvolkes wirft unüberwindliche Verfassungsprobleme auf, solange der demokratische Fundamentalsatz des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus", und entsprechende Sätze in den Verfassungsgesetzen anderer Mitgliedstaaten nicht aufgehoben sind[175]. Weil aber dieser

---

[173] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 103; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: Die Euro-Illusion, S. 329; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 80 ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 1999, Art. 23, Rdn. 26; i.d.S. BVerfGE 89, 155 (190); mit anderer Tendenz (noch) BVerfGE 22, 293 (296).

[174] *Ch. Tomuschat*, GG, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, 1981/85, Art. 24, Rdn. 15; *H.-P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2, 30, S. 62 f.; *I. Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 31 ff.; *ders.*, Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, § 191, Rdn. 25; *M. A. Dauses*, Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, JöR NF, Bd. 31 (1982), S. 1 ff.; *E. Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1966, S. 56; EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269 ff.).

[175] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S.

im übrigen menschheitliche Grundsatz unabänderlich ist, wie Art. 79 Abs. 3 GG klarstellt, bedarf es der demokratischen Staatsgründung des neuen Staates, der Europäischen Union, entweder als existentiellem unechten Bundesstaat mit existentiellen Mitgliedstaaten oder als echtem Bundesstaat mit einem existentiellen Unionsstaat, der Europäischen Union. Allein die Konstituierung eines neuen Staatsvolkes, des Unionsvolkes, kann dem fundamentalen Prinzip der Demokratie die Geltung und auch die Wirkung zurückgeben. Aber die Völker Europas müssen selbst zu einem europäischen Volk zusammenfinden, durch Willensakte der Bürgerschaften, deren Organe den pouvoir constituant nicht innehaben, sondern ihren pouvoir constitué durch ihre Integrationspolitik überschreiten. Der Vertrag von Lissabon würde die Europäische Union zu einer bundesstaatlichen Mischform entwickeln, nämlich Elemente eines nicht existentiellen mit Elementen eines existentiellen Bundes, der unmittelbar von einem fingierten Bundesvolk, den Unionsbürgern, legitimiert ist, verbinden, wenn auch zunächst nur das Parlament, das nur begrenzte Macht hat, unitarisch im Sinne eines existentiellen Bundes institutionalisiert werden soll. Die Besonderheit der Europäischen Union ist (und bleibt), daß die Aufgaben und Befugnisse, die Organe und Ermächtigungen, aber auch die Handlungsformen auf einem völkerrechtlichen Vertrag, auf einem Bund, beruhen. Nur die Legitimation des Parlaments wird im Vertragstext im Sinne eines existentiellen Staates auf ein Unionsvolk gestützt, obwohl die Union als existentieller Staat noch keine Verfassungsgrundlage eines Unionsvolkes hat.

IV. Existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die Integrationsgrenzen Deutschlands

1. Der Vertrag von Lissabon ist wie der Unionsvertrag zwar unbefristet (Art. 3 Vertrag von Lissabon, Art. 51 (53) EUV bzw. Art. 51 EUV geltender Fassung; Art. 312 (356) AEUV), aber der Vertrag wird nicht verletzt,

---

111 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 170 ff.; i.d.S. auch *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 207 ff., 215 ff.

wenn ein Mitgliedstaat die Union verläßt (Art. 49a (50) EUV)[176]. Der „Rechtsanwendungsbefehl", der nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts im Zustimmungsgesetz zu den Gemeinschaftsverträgen die Geltung des Gemeinschaftsrechts in Deutschland anordnet, kann durch „gegenläufigen Akt" aufgehoben werden[177]. Den Einzelstaaten ist die existen-

---

[176] Das Bundesverfassungsgericht ist insofern im Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155 (187 f., 190) meiner Argumentation in der Verfassungsbeschwerde gegen den Vertrag über die Europäische Union vom 18. 12. 1992, Schriftsatz vom 29. 3. 1993 (Dokumentation Winkelmann, S. 445 f.) gefolgt; vgl. *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 914; anders noch *ders.*, Der deutsche Staat im Prozeß der Europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 46 („Vertragsauflösung durch actus contrarius"); dagegen *H. P. Ipsen*, Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, 15 ff.; grundlegend *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 467; für den Staatenbund *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 762 ff.; für die Europäische Union *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 758 f.; dazu auch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 101 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 167 f., 171; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 320 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 79 f.; auch schon *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 767; kritisch auch *J. Schwarze*, Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt: Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12.10.1993, Neue Justiz 1994, 1 ff.; *Ch. Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 494 f.; *J. A. Frowein*, Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 320; *ders.*, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 1994, 10 f., der das Urteil immerhin richtig liest; so auch *M. Zuleeg*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 7; *D. König*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht – ein Stolperstein auf dem Weg in die europäische Integration?, ZaöRV 1994, 33 f.; *J. Kokott*, Deutschland im Rahmen der Europäischen Union – Zum Vertrag von Maastricht, AöR 119 (1994), S. 207 (223 ff., 230 f.); *I. Pernice*, Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, § 191, Rdn. 61, 63; *Ch. Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, 2001, S. 170; *F. Götting*, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der Europäischen Union, 2000, S. 79 f., 107 ff. (144).

[177] BVerfGE 89, 155 (184, 190); zur Dogmatik vom Rechtsanwendungsbefehl vgl. schon BVerfGE 31, 145 (173 f.); 45, 142 (169); 52, 187 (199); 73, 339 (367 f., 375); vgl. auch BVerfGE 75, 223 (244); *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 899, 908; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle

tielle Hoheit verblieben, wie das wegen des demokratischen Prinzips der Freiheit nicht anders sein kann[178]. Die Mitgliedstaaten sind und bleiben „Herren der Verträge"[179], alle zusammen und jeder einzelne. Daraus erwächst das Recht, die Union zu verlassen. Dieses Austrittsrecht wird in Art. 49a (50) EUV ausdrücklich anerkannt und näher geregelt, wohl auch, um wegen des Maastricht-Urteils des Bundesverfassungsgerichts einem Scheitern des Verfassungsvertrages vorzubeugen. Das Recht, aus der Union auszuscheiden, wahrt rechtlich einen wesentlichen Rest an ‚Souveränität' der Einzelstaaten, wenn auch ein Austritt jedenfalls der Kernstaaten der Union so gut wie irreal ist, jedenfalls ein Austritt Deutschlands, das erklärtermaßen durch die europäische Integration in eine Staatengemeinschaft eingebunden werden sollte und soll, gerade um Deutschlands ‚Souveränität' („souveräne Gleichheit", Art. 2 Ziff. 1 VN-Charta), und Deutschlands Selbstbestimmung (Art. 1 Ziff. 2 VN-Charta) zu begrenzen, um das „Problem Deutschland" zu lösen[180]. Die Mitgliedschaft in der Europäischen Union als einer internationalen Organisation bestimmt sich nach dem Grundgesetz, dessen internationale Offenheit (Prinzip der offenen Staatlichkeit)[181] Grenzen kennt und keine beliebige Politik zuläßt. Wenn die Integrationsgrenzen des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG überschritten sind, insbesondere wenn die Strukturprinzipien, zumal das Stabilitätsprin-

---

Staatlichkeit der Völker Europas, S. 98 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S.75 ff.

[178] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 268 ff., 291 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 58 ff., insb. S. 69 ff., 79 f.; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, S. 314 ff.

[179] BVerfGE 75, 223 (242); 89, 155 (190, 199); vgl. *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff., insb. S. 103 f.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 75 ff.

[180] *G. Schöllgen*, Der Auftritt. Deutschlands Rückkehr auf die Weltbühne, 2003, S. 33 ff.; *R. Kagan*, Macht und Ohnmacht. Amerika und Europa in der neuen Weltordnung, 2003/2004, S. 72 ff., 82, u.ö.

[181] *U. Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1996; *ders.*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 62 ff.; *St. Hobe*, Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, Der Staat 37 (1998), S. 530 ff.; *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft. Ein Beitrag zur globalen wirtschaftlichen Integration, 2003, S. 162 ff.; auch BVerfGE 89, 155 (179, 182), „Integrationsoffenheit".

zip, das aus dem Sozialprinzip folgt[182], mißachtet ist, besteht die Pflicht, die Union zu verlassen. Die Entscheidung darüber muß durch ein einfaches Bundesgesetz getroffen werden. Die Aufhebung des Integrationsprinzips setzt eine Änderung des Grundgesetzes voraus, die der Form und der Mehrheit (Zweidrittel) des Art. 79 Abs. 1 bzw. 2 GG bedarf[183].

2. Deutschland kann und muß aus der Europäischen Union ausscheiden, wenn die Integration das grundgesetzliche Integrationsprinzip (Präambel; Art. 23 Abs. 1 GG)[184] überschreitet und eine Rückführung der Integration auf das Maß, welches das Grundgesetz zuläßt, nicht erreichbar ist, wenn somit der verfassungswidrige Zustand nicht anders als durch Austritt aus der Union behoben werden kann. Der Bundesrepublik Deutschland ist durch Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nur eine Mitwirkung „bei der Entwicklung der Europäischen Union" „zur Verwirklichung eines vereinten Europas" erlaubt, „die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet". Demgegenüber wird die Entdemokratisierung der Politik bewirkt. Die durch die Ermächtigungen der Union im Einzelnen und in ihrer Gesamtheit und deren absehbare, wie bisher praktizierte weite Nutzung

---

[182] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, S. 314 ff.; dazu näher C, I, II, IV.

[183] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, S. 320 ff. (326 ff., 330 ff.).

[184] Zum Integrationsprinzip BVerfGE 89, 155 (183); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 91 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 153 f.; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, S. 320 ff.; *Ch. Tomuschat*, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, HStR, Bd. VII, 1992, § 172, Rdn. 1 ff., insb. Rdn. 37 ff.; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 69; *H. P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 1 ff., 57; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 904 ff.; *Ch. Dorau*, Die Verfassung der Europäischen Union, S. 68 ff.; *I. Pernice*, Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, § 191, Rdn. 62 ff., akzeptiert keine Integrationsgrenzen zum „vereinten Europa".

durch den Gerichtshof der Europäischen Union (dazu B, C, F) entmachtet die nationalen Parlamente. Die Mitwirkung des allein schon wegen der „degressiv proportionalen", also nach wie vor nicht gleichen (egalitären), Vertretung der „Bürgerinnen und Bürger" (vgl. Art. 9a (14) Abs. 2 S. 2 EUV) nicht demokratisch legitimierten Europäischen Parlaments vermag die in der Substanz exekutivistische Rechtsetzung nicht legitimatorisch zu kompensieren[185]. Hingewiesen sei erneut auf die Grundrechte- und Grundsatzrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der eine außerordentliche Macht usurpiert hat[186] und diese einsetzt, um die Lebensverhältnisse in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union umzuwälzen, (zur Zeit) liberalistisch und kapitalistisch. Die Mitgliedschaft in dieser Europäischen Union ist schon deswegen rechtswidrig, weil ein integrierter, substantieller Staat (im engeren Sinne) mit Zielen, Aufgaben, Befugnissen, Organen, Einrichtungen und Handlungsformen eines existentiellen Staates, also mit existentieller Staatlichkeit, geschaffen ist und weiterentwickelt wird, der kein existentieller Staat im demokratisch legitimatorischen Sinne, also im weiteren Sinne der Bürgerschaft, ist, ganz abgesehen von den Integrationsgrenzen Deutschlands. Die Strukturdefizite sollen nicht etwa behoben werden, was eine Rückführung der Integration erfordern würde, sondern durch den Vertrag von Lissabon überspielt werden, indem die oh-

---

[185] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff.; *ders.*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, in: W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty (Hrsg.), Währungsunion und Weltwirtschaft, FS W. Hankel, S. 119 ff., insb. S. 139 ff.; beschwichtigend alle Integrationisten, etwa *St. Oeter*, Föderalismus, S. 93 ff., 100 ff., 110 ff.; *W. Kluth*, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union. Eine Analyse der These vom Demokratiedefizit der Europäischen Union aus gemeineuropäischer Verfassungsperspektive, 1995, S. 11 ff., 93 ff., 110 ff.; *Ch. Dorau*, Die Verfassung der Europäischen Union, S. 8 ff., 180 ff.; für eine Umdeutung des Demokratiebegriffs *G. Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 246 ff. (259 ff., 273 ff.); *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 207 ff., 215 ff., 224 ff., der richtig sieht, daß das Europäische Parlament nicht demokratisch legitimieren kann, aber (fragwürdig) die Achtung der nationalen Verfassungen und des Subsidiaritätsprinzips durch die Union als Ausgleich genügen läßt.

[186] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 ff., 212 ff.; dazu näher F.

nehin unitaristischen Elemente der existentiellen Staatlichkeit der Union auf eine eigenständige, nicht von den Mitgliedstaaten abgeleitete und abhängige Existenz und Legitimation der Union gestellt werden soll, beginnend mit dem Vertrag, wenn auch nach wie vor die „Zuständigkeiten" (dem Text nach) „nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung" „von den Mitgliedstaaten zugewiesen werden" (Art. 3b (5) Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 EUV), also die föderale echte Bundesstaatlichkeit überwiegt, in der die Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge" bleiben. Das ist der Anfang der Entwicklung zur dritten Form des Bundesstaates, des auflösbaren Bundes existentieller Gliedstaaten zu einem existentiellen Zentralstaat.

3. Ein verfassungsänderndes Gesetz könnte das Integrationsprinzip des Grundgesetzes aufheben oder einschränken, nicht aber ausdehnen, weil es bereits die Grenze dessen erreicht, wenn nicht überschritten hat, welche die durch Art. 79 Abs. 3 GG und Art. 20 GG geschützte unverzichtbare existentielle Staatseigenschaft Deutschlands zieht[187]. Deutschland würde, wenn es aus der Europäischen Union ausschiede, sei es auch aus Rechtsgründen, die Weltlage verändern. Zu erwarten wäre, daß Deutschland der Vorwurf gemacht würde, daß es den Weltfrieden gefährde. Das birgt die Gefahr, daß, auf welcher Rechtsgrundlage auch immer, angesichts der durch den Irak-Krieg geschwächten Verbindlichkeit des völkerrechtlichen Gewaltverbots[188] gegebenenfalls auch ohne Rechtsgrundlage, Deutschland

---

[187] Dazu *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 1999, Art. 23, Rdn. 88; *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 57 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., insb. S. 111 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 170 ff.; ganz so *S. Broß*, Verfassungssystematische und verfassungspolitische Überlegungen zum Erfordernis eines nationalen Referendums über die Verfassung der Europäischen Union, in: M. Wollenschläger u.a., Recht – Wirtschaft - Kultur. Herausforderungen an Staat und Gesellschaft im Zeitalter der Globalisierung, FS für Hans Hablitzel, 2005, S. 55 ff. (56, 65, 66); dazu, freilich mit anderem Ergebnis, *Ch. Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, S. 185 ff. (für einen „Bundesstaat EU").

[188] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Verteidigung gegen oder Angriff auf den Irak?, Zeit-Fragen Nr. 23 vom 23. Juni 2003, S. 1; allgemein zum Gewaltverbot: IGH, Nicaragua-

militärisch zur Integration gezwungen würde, zumal Deutschland, als es 1949 das Integrationsprinzip im Grundgesetz verankert hat, nicht souverän war. Wirklich souverän ist Deutschland seit dem Zweiten Weltkrieg niemals gewesen, kann sich aber auf das in der Charta der Vereinten Nationen verankerte Selbstbestimmungsrecht der Völker berufen (Art. 1 Ziffer 2). Auf diesen Artikel hat auch das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil seine Lehre vom Staatenverbund gestützt[189]. Die existentielle Staatlichkeit der Völker, insbesondere Deutschlands, ist somit weltpolitisch fragil. Sie besteht aber völkerrechtlich. Die ebenso völker- wie europarechtswidrigen Sanktionen gegen Österreich (2000)[190], das eine Regierung gebildet hat, welche einigen Führern Europas nicht genehm war, ist für alle Völker eine Warnung. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, die Anerkennung von deren existentieller Staatlichkeit durch die Völkergemeinschaft, das Völkerrecht also, ihre, wie meist mit anderem Akzent gesagt wird, Souveränität, ist in Not, aber noch nicht verloren. Der Kampf um die existentielle Staatlichkeit der Völker ist zugleich, wie die folgenden Überlegungen zeigen sollen, der Kampf um Freiheit, Recht und Wohl der Völker.

V. Kritik der Integration zum europäischen Bundesstaat mit einer existentiellen Union

1. Die Weiterentwicklung der europäischen Integration vor allem durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza, welche auf die Politische Union, die existentielle Staatlichkeit im engeren Sinne ohne existentiellen Staat im weiteren Sinne, also ohne wirkliche Bürgerschaft, zielten,

---

Fall, ICJ Rep. 1986, 100; *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 1984, S. 75 § 96; *O. Kimminich/S. Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 7. Aufl. 2000, S. 252 f.; *A. Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht. S. 174 ff.

[189] BVerfGE 89, 155 (190).

[190] Dazu *Ch. Hillgruber*, Friedenssicherung durch Einmischung, in: H. Neuhaus (Hrsg.), Sicherheiten in der Welt heute, Atzelsberger Gespräche 2000, 2001, S. 27 ff.; *P. Unruh*, Die Unionstreue, EuR 2002, 41 ff., 65 ff.

und jetzt durch den Vertrag von Lissabon, der die Grenze zur existentiellen Union im europäischen Bundesstaat endgültig überschreitet, kann nicht zu einem Staat führen, welcher der Kultur Europas genügt. Wenn Europa in Frieden leben soll, muß die Integration die uneingeschränkte existentielle Staatlichkeit seiner Völker wahren, zumal die Wirtschafts-, Währungs- und Sozialhoheit der Mitgliedstaaten, deren Einheit nur zu Lasten der sozialen Entwicklung zerrissen werden kann, wie sich gegenwärtig zeigt[191]. Weil der Vertrag von Lissabon ein europäisches Volk, eine Bürgerschaft der Union („Bürgerinnen und Bürger"[192]) zu kreieren unternimmt, um der Unionspolitik eine eigenständige Legitimation über der mitgliedstaatlichen Legitimation aus den zur Ausübung übertragenen Hoheitsrechten[193] zu verschaffen, ist mit diesem Schritt verbunden, daß aus der Union als Bund eines echten Bundesstaates mehr und mehr auch im institutionellen Sinne ein existentieller Staat auf bündischer Grundlage, weil ausgestattet mit Aufgaben und Befugnissen, Organen und Einrichtungen der Staatlichkeit eines Zentralstaates, wie ein unechter Bundesstaat, wird, freilich ohne die existentielle Legitimation einer aus den Völkern Europas erwachsenen europäischen Bürgerschaft. Eine solche Entwicklung sollen die Art. 20 Abs. 1 und 2 und Art. 79 Abs. 3 GG, aber auch Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG unter allen Umständen vermeiden.

2. Wenn ein solches Projekt gelingen soll, müßten die Europäer zuvor eine Nation geworden sein. Die Nationalität rechtfertigt bestmöglich den existentiellen Staat mit existentieller Staatlichkeit. Eine Nation findet zu der Solidarität, wie sie ein Staat erfordert, jedenfalls wenn dieser Staat

---

[191] Vgl. *K. A. Schachtschneider,* Euro – der Rechtsbruch; Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 47 ff., bzw. S. 314 ff.; dazu näher C.

[192] Hinweise in und zu Fn. 139.

[193] Vgl. BVerfGE 89, 155 (189); *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 66 ff., insb. S. 74 f.; für eine Ergänzung der mitgliedstaatlichen durch eine föderale Legitimation durch ein „Gesamt-Volk" oder „föderales Staatsvolk" *St. Oeter*, Föderalismus, S. 88, 106, 107 ff., ohne demokratierechtliche Konzeption.

freiheitlich, gleichheitlich und brüderlich sein soll[194]. Darauf gründet das Weltrechtsprinzip des Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, aber auch die fundamentalen Prinzipien des Grundgesetzes, die der Würde des Menschen oder, kantianisch gesprochen, der Menschheit des Menschen, entsprechen. Die Nationalisierung Europas, die ‚EU-Inländereigenschaft', schreitet trotz der wirtschaftlichen Integration des Staatenverbundes nicht voran und soll darum durch den Vertrag von Lissabon, der die Existentialität der Unionsstaatlichkeit verstärkt, verordnet werden, zumal durch die „Unionsbürgerschaft", die zur „nationalen Staatsbürgerschaft" „hinzutreten" soll (Art 8 (9) S. 2 und 3 EUV). Dies „Verordnen" geht jedenfalls in Deutschland, wo eine Volksabstimmung über Annahme oder Ablehnung des Vertrages vom Bundestag verworfen worden ist, zu weit.

Diese durch das demokratische Defizit überhaupt erst mögliche Entwicklung verkennt, daß ein hinreichendes Maß an aufklärerischer Homogenität der Menschen Voraussetzung eines existentiellen Staates ist, wenn dieser den Maximen der Aufklärung: Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, genügen soll[195]. Diese Maximen sind die fundamentalen Prinzipien des Rechts[196]. Eine minimale Homogenität kann den Europäern der 27 Mitgliedstaaten, die bisher zu einem Bundesstaat mit weitgehend existentieller Staatlichkeit verbunden sind, nicht abgesprochen werden[197]. Es ist die Gesamtlage, die einer ‚EU-Nationalisierung', wohlgemerkt im nüchternen

---

[194] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 636 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Revolution der Krankenversicherung. Prinzipien, Thesen und Gesetz, 2002, S. 19 ff.

[195] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 1177 ff.; vgl. auch *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 168 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 65.

[196] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, insb. S. 1 ff., 253 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 15, 22 ff., 50 ff., 97 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 19 ff., 34 ff., 405 ff., 606 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.

[197] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die Republik der Völker Europas, S. 168 ff.; zur Identität Europas auch *Ch. Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, S. 142 ff., der die Europäer als Schicksalsgemeinschaft hinstellt (S. 84 f., 150, 153); merklich skeptisch *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 213 f.

Sinne eines existentiellen Staates, entgegensteht. Das Prinzip der kleinen Einheit[198] verbietet die Integration zu einem existentiellen Großstaat der Europäischen Union, weil freiheitliche Gemeinwesen durch das Prinzip der kleinen Einheit besser geschützt und gestützt werden. In Deutschland war das Prinzip der kleinen Einheit das Gründungsprinzip der Bundesrepublik als Bund der Länder. Aus diesem Grund wurde die ehemalige DDR zunächst in die neuen Länder „transformiert", bevor sie der Bundesrepublik beigetreten ist. Art. 79 Abs. 3 GG stützt dieses bundesrepublikanische System eines Bundes kleinerer Länder nicht aus historischer Nostalgie, sondern aus historischer Erfahrung als für die Demokratie in Deutschland unverzichtbares Strukturprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG, auch Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG). Mit diesem bundesstaatlichen, föderativen Grundprinzip ist es unvereinbar, daß Deutschland in einem Großstaat der Europäischen Union aufgeht[199]. Das vor allem prozedural substanzlose Subsidiaritätsprinzip schützt das demokratische Prinzip der kleinen Einheit nicht wirksam (dazu H V). Die Entwicklung der Europäischen Union geht im Vertrag von Lissabon über diese geschichtliche Verfassungserfahrung und gewachsene Verfassungslage hinweg.

Das propagandistische Postulat der Bürgernähe in den Verträgen (Art. 1 Abs. 2 EUV geltender Fassung; Art. 8a (10) Abs. 3 S. 2 EUV; Nizza-Erklärung zur Zukunft der Union 2001 und Erklärung von Laeken vom 15. Dezember 2001) hätte hellhörig machen sollen, weil dessen Logik die Distanz der Obrigkeit zu den Untertanen ist. Die Politiker sollten Diener der Völker sein, nicht deren Herren. Der Deutsche Bundestag hat sich gescheut, den Deutschen den verfassungsgebotenen Einfluß auf die Integrationspolitik einzuräumen. Das ist der wesentliche Grund, warum den Deutschen entgegen dem demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG

---

[198] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die Republik der Völker Europas, ARSP Beiheft 71 (1997), S. 173; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 45, 58, 171, 229; wegweisend *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag, III, 4 (S. 77), III, 15 (S. 103, 105).

[199] *K. A. Schachtschneider*, Die Republik der Völker Europas, S. 173; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 45, 58, 171, 229; *ders.*, Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens, in: Mut zur Ethik, 2002, S. 70 ff.

auf Bundesebene Abstimmungen und damit die Möglichkeit, ihren integrationspolitischen Willen zu äußern, verwehrt wurden[200].

3. Auch der Verfassungskonvent, auf dessen Entwurf der Verfassungsvertrag und dem folgend der Vertrag von Lissabon weitestgehend zurückgeht, hatte für die Aufgabe, eine Verfassung für Europa zu erarbeiten, keine demokratische Legitimation. Im Rahmen des Post-Nizza-Prozesses haben die Staats- und Regierungschefs einen Konvent für die Zukunft Europas eingesetzt, dessen Mitglieder (u.a.) außer Regierungsbeauftragten entsandte Abgeordnete der nationalen Parlamente und des Europäschen Parlaments waren[201]. Dieser Konvent sollte demokratische Legitimation erzeugen, entbehrte dieser aber gänzlich, weil weder die Regierungen der Mitgliedstaaten noch deren Parlamente, schon gar nicht das Europäische Parlament nach den nationalen Verfassungsgesetzen oder nach den Gemeinschaftsverträgen die Aufgabe oder gar die Befugnis haben, die Europäische Union zu einem existentiellen Verfassungsstaat zu entwickeln. Ein solcher Wille könnte rechtens nur durch Referenden der Völker geäußert werden[202]. Ohne vorherigen Volksentscheid in einem Verfahren, das noch nicht eingerichtet ist, der die existentielle Staatlichkeit der jeweiligen Mitgliedstaaten zugunsten eines europäischen Bundesstaates einschränkt, wenn auch nicht gänzlich beendet, ist die Staatswerdung der Europäischen Union im existentiellen Sinne Verfassungsbruch. Die Integrationspolitik des Vertrages von Lissabon (wie zuvor des Verfassungsvertrages) gefährdet den „Bestand der Bundesrepublik Deutschland" in dessen grundgesetzlicher Substanz und ist, wie der Wortlaut des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG, der

---

[200] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Euro – der Rechtsbruch, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 43 ff.; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, daselbst, S. 314 ff. (insb. S. 340 ff.).

[201] Erklärung des Europäischen Rates von Laeken vom 14./15. Dezember 2001 „Die Zukunft der Europäischen Union"; dazu *Th. Oppermann*, Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl 203, 1 ff. (3).

[202] *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 118; *ders.*, Entstaatlichung Deutschlands und Entrechtlichung Europas, in: Die Euro-Illusion, S. 43 ff.; auch *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 175.

die Verfassungswidrigkeit von Parteien regelt, erweist, verfassungs- und staatswidrig.

Der Vertrag von Lissabon wird ohne unmittelbaren Volksentscheid ein obrigkeitlicher Akt ohne demokratische Substanz sein. Wenn der Unionsvertrag oder die Gemeinschaftsverträge weiterentwickelt werden sollen, steht das Verfahren des Art. 48 EUV geltender Fassung zur Verfügung. Dieses ist wesentlich wie bei allen völkerrechtlichen Verträgen Sache der Regierungen. Ein Verfassungskonvent ist dort nicht vorgesehen. Er hat keine ausreichende demokratische Dignität, sondern war eine Arbeitsgruppe der Staats- und Regierungschefs. Auch die Einrichtung des Konvents war deshalb schon vertrags- und verfassungsrechtlich fragwürdig.

4. Das Fundamentalprinzip des Grundgesetzes in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, daß in Deutschland alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, hat das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der demokratischen Legitimation der Rechtsetzung durch die Europäische Union zu der artifiziellen Dogmatik von der „begrenzten Einzelermächtigung" gezwungen[203]. Diese kann zumindest fingieren, die die Rechtsakte der Union durch die nationalen Parlamente demokratisch legitimiert seien, weil diese die Politik der Union verantworten können würden, die im Wesentlichen in den Unionsverträgen, denen die nationalen Parlamente zugestimmt hätten, vereinbart worden sei. Einen meßbaren Einfluß haben die Abgeordneten auf die Verträge nicht, weil die Materie der Verträge völkervertraglich festgelegt ist und die Regierung sich gebunden hat. Die Dogmatik war aber notwendig, wenn der schlechthin fundamentale Satz der Demokratie nicht auch noch ignoriert werden sollte. Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus als unabdingbar erkannt, „daß dem Deutschen Bundestag Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben müssen"[204], daß „durch

---

[203] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96; *ders.,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; *P. Kirchhof,* Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 896, 906, 914.

[204] BVerfGE 89, 155 (186).

den Umfang der eingeräumten Aufgaben und Befugnisse und die im Vertrag geregelte Form der Willensbildung in der Europäischen Union und den Organen der Europäischen Gemeinschaften die Entscheidungs- und Kontrollzuständigkeiten des Deutschen Bundestages *noch nicht* in einer Weise entleert" würden, „die das Demokratieprinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärt, verletzt"[205] und daß „die im Unionsvertrag vorgesehene Einräumung von Aufgaben und Befugnissen europäischer Organe dem Deutschen Bundestag *noch* hinreichende Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht" belasse[206].

5. Ohne die kleinen Einheiten, die in Europa kleine oder doch föderalisierte, zumindest regionalisierte Nationalstaaten sind[207], hat die Europäische Union keine Chance, die Prinzipien zu verwirklichen, welche die Menschheit des Menschen gebietet, nämlich Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, gelebte Rechtlichkeit (einschließlich der Sozialität) durch wirksame Staatlichkeit. Die europäische Wertegemeinschaft, welche durchaus die genannten Prinzipien hoch hält (vgl. Art. 6 EUV geltender Fassung; Art. 1a (2) EUV), wird nach dem Vertrag von Lissabon in der Europäischen Union noch weniger eine tragfähige Organisation finden als bisher schon nach den Unions- und Gemeinschaftsverträgen. Der institutionell einem „Nationalstaat" nachgebildete Großstaat Europa[208] nimmt allen Institutionen die freiheitliche Substanz, welche in den Nationalstaaten für die Verwirklichung der aufklärerischen Ziele der Menschheit des Menschen entwickelt worden sind. Insbesondere entzieht der Nationalstaat Eu-

---

[205] BVerfGE 89, 155 (181).

[206] BVerfGE 89, 155 (207); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 121; so schon *P. Kirchhof*, Brauchen wir ein erneuertes Grundgesetz?, 1992, S. 41 f.

[207] Dazu *K. Bretz*, Föderalismus und Regionalismus in Deutschland, Spanien und der Europäischen Union, 2005.

[208] Vgl. *U. Haltern*, Gestalt und Finalität, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 830, zu „Ikonographie"; kritisch auch *St. Oeter*, Föderalismus, S. 117; dazu auch *K. A. Schachtschneider*, Entstaatlichung Deutschlands und Entrechtlichung Europas, S. 43 ff.; *ders.*, Rechtsstaatlichkeit als Grundlage des inneren und äußeren Friedens, S. 70 ff.

ropa dem Prinzip Recht die Grundlage. Der Gesetzgeber ist kein wirklicher, nämlich freiheitlicher, Gesetzgeber mehr; denn er ist nicht demokratisch legitimiert. Eine Rechtsordnung kann nur auf der politischen Freiheit der Menschen als Bürger beruhen[209]. Die Exekutive der Europäischen Union ist nicht eine vollziehende Gewalt, die den Willen der Bürgerschaft verwirklicht, sondern hat sich mehr und mehr zu einem bürokratischen System entwickelt, welches über eine riesige Menge vereinzelter Untertanen herrscht. Die oberste Herrschaft üben die Staats- und Regierungschefs aus. Die pluralen Parteienoligarchien haben sich europaweit verbündet, gewissermaßen ihre Herrschaft integriert und dadurch stabilisiert. Demokratie und Rechtsstaat, beides Ausdruck der Freiheit, sind das nicht. Die Gewaltenteilung ist weitgehend verloren. Parteienstaaten sind keine Republiken und werden das auch nicht durch ihre Integration zum Herrschaftsbündnis. Der Europäische Gerichtshof ist trotz mancher nachvollziehbarer Rechtserkenntnisse kein der Gewaltenteilung genügendes Verfassungsgericht im freiheitlichen, demokratischen Sinne (dazu näher F, VI).

Die europäische Integration hat den Völkern Europas, staatsrechtlich bewertet, eine Hülse gelassen, in der noch manche Staatlichkeit im Sinne freiheitlicher Rechtlichkeit Wirklichkeit hat, die aber den substantiellen Verlust an Recht und Staat kaum noch zu kaschieren vermag. Nur Republiken, in denen die Völker die wirkliche Verantwortung für das gemeinsame Leben und damit für das Recht haben, sind Staaten im existentiellen und menschheitlichen Sinne. Die Völker sind, obwohl mit ihrer Verantwortung für das gemeinsame Leben noch existentielle Staaten, durch die europäische Integration weitgehend funktional entstaatlicht, ohne daß die Europäische Union ein freiheitlicher Rechtsstaat geworden wäre oder auch nur werden könnte. Nach dem Grundgesetz dürfen die Befugnisse der Union über das unabdingbar Notwendige nicht hinausgehen, wie es das Subsidiaritätsprinzip gebietet (vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 EUV geltender Fassung in Verb. mit Art. 5 Abs. 2 EGV und Art. 3b (5)

---

[209] *K. A. Schachtschneider,* Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.,* Freiheit in der Republik, S. 34 ff., 274 ff.

Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 EUV)[210]. *Kant* hat vor dem Großstaat gewarnt, weil „ein solcher Zustand eines allgemeinen Friedens (wie es mit übergroßen Staaten wohl auch mehrmalen gegangen ist) auf einer andern Seite der Freiheit noch gefährlicher" ist, „indem er den schrecklichsten Despotismus herbeiführt". *Kant* hat den „rechtlichen Zustand der Föderation nach einem gemeinschaftlich verabredeten Völkerrecht" empfohlen[211].

B.

Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten, effet utile, Herkunftslandprinzip und existentielle Unionsstaatlichkeit

Der Vertrag von Lissabon eröffnet unüberschaubaren und in keiner Weise voraussehbaren Regelungen des Gerichtshofs der Europäischen Union Tor und Tür.

I. Diskriminierungsverbot

Die Unbegrenztheit und Unvorhersehbarkeit der Integrationsentwicklung an den nationalen Parlamenten vorbei erweisen insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten. Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten sind auf alle Gebiete anwendbar, auf die sie sich Diskriminierung und Beeinträchtigung von Grundfreiheiten auswirken, auch wenn die Union nicht mit einer besonderen Ermächtigung zur Gesetzgebung oder zu anderen Maßnahmen ausgestattet ist. Sie sind unbegrenzt anwendbar und unterliegen in der Praxis nicht dem Prinzip begrenzter Ermächtigung. Die unbegrenzte und unvorhersehbare Wirkung der Grundfreiheiten intensiviert der Gerichtshof der Europäischen Union da-

---

[210] BVerfGE 89, 155 (193); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 91 f.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 921 f.

[211] Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 169 f.

durch, daß er diesen, jedenfalls bisher, durch seine Auslegung geradezu unbegrenzte materielle Reichweite beimißt[212]. Entweder handelt der Gerichtshof dabei ultra vires oder die Ausdehnung der Grundfreiheiten auf unvorhersehbare Lebenssachverhalte ist in den Grundfreiheiten angelegt. In dieser Praxis genügen die Grundfreiheiten dem Prinzip begrenzter Ermächtigung nicht, geschweige denn dem begrenzter Einzelermächtigung (Art. 3b (5) Abs. 1 EUV, Art. 5 Abs. 1 EGV), wenn diese (entgegen Absatz 2 S. 1 des Art 3b (5) EUV) demokratierechtlich interpretiert werden. Der Binnenmarkt (Art. 22a (26) Abs. 2 AEUV, Art. 14 Abs. 2 EGV) beruht auf Prinzipien unbegrenzter Ermächtigung, d.h. auf bloßer Zuständigkeitszuweisung (Art. 2c (4) Abs. 2 lit. a AEUV). Die Politik des Binnenmarktes ist für den Deutschen Bundestag (und dem Bundesrat) nicht voraussehbar und erweitert stetig, wenn auch verdeckt, den Ausbau der existentiellen Staatlichkeit des Unionsstaates.

1. Im Gravier-Urteil vom 13. Februar 1985 etwa hat der Gerichtshof den begünstigten Personenkreis der Freizügigkeit über das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EGV auf Personen in der Ausbildung ausgeweitet. Der Gerichtshof hat dargelegt, daß die Bildungspolitik, obwohl sie bis zum Maastrichter Vertrag[213] nicht zu den Politiken der Gemeinschaft gehörte, „nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts" stehe und damit, wie es Art. 12 Abs. 1 EGV voraussetze, in seinen „Anwendungsbereich" falle[214]. Eine ausdrückliche Befugniszuweisung hat er nicht verlangt. Damit hat der Gerichtshof den Anwendungsbereich des Vertrages entgegen dem Prinzip begrenzter Ermächtigung ausgedehnt.

2. Für den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen „hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung" (Art. 141 Abs. 3 EGV), den der Gerichtshof zu einem Grundrecht entwickelt hat, das zudem durch Se-

---

[212] Dazu Beispiele in zu II, 1, 2, 3, 4, 5.

[213] Art. 149, 150 EGV.

[214] EuGH v. 13.02.1985 - Rs. 293/83 (Gravier/Stadt Lüttich), Slg. 1985, 593 (613, Rdn. 23 f.).

kundärrecht umgesetzt worden ist[215], gilt dies selbst, wenn der Europäischen Union keinerlei Aufgaben, geschweige denn Befugnisse übertragen sind, wie auf dem Gebiet der Landesverteidigung. Das ist nicht übersehbar und nicht bestimmt. Ein Beispiel ist der Fall Tanja Kreil[216]. Daß eine derartige Wirkung des Diskriminierungsverbotes, wie sie der Gerichtshof in diesem Urteil festgestellt hat, nicht vorhersehbar war, zeigt sich an den Äußerungen von Regierungen der Mitgliedstaaten im Prozeß: Die deutsche Regierung hatte vorgetragen, daß das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht im Bereich der Verteidigung gelte, der zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik gehöre und in der Souveränität der Mitgliedstaaten verblieben sei. Auch die italienische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs, die in der mündlichen Verhandlung Stellung genommen haben, hatten geltend gemacht, daß Organisation und Kampfkraft der Streitkräfte nicht in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen würden[217]. Der Gerichtshof jurdizierte hingegen, auch wenn es den Mitgliedstaaten obliege, geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer inneren und äußeren Sicherheit zu ergreifen und Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen, seien derartige Entscheidungen nicht vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen[218]. Er kam zu dem Ergebnis: „Die RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung ... steht der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegen, die wie die des deutschen Rechts Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben." Das Gericht erklärte damit Art. 12a Abs. 4 GG und die auf diese Vorschrift ge-

---

[215] Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 09.02.1976 in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG vom 23.09.2002 (ABl. 2002 L 268/15), Gleichbehandlungsrichtlinie.

[216] EuGH v. 11.1.2000 – Rs. C-285/98 (Tanja Kreil), Slg. 2000, I-69 ff.

[217] Rdn. 12 f.

[218] Rdn. 16.

stützten Regelungen für unanwendbar[219], obwohl Deutschland in seiner Verfassung entschieden hatte, daß Frauen „auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten" dürfen. Die Vorstellung, daß die Abgeordneten des Bundestages diese Politik der Union (durch Rechtsprechung des Gerichtshofs) in ihre Verantwortung übernommen hatten, wäre abwegig. Das Judikat hat den ordre public Deutschlands mißachtet.

II. Grundfreiheiten

1. Warenverkehr

a) Die unmittelbare Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (und der weiteren Grundfreiheiten) hat der Gerichtshof der Europäischen Union erfunden.

Zahlreiche Vorschriften des Gemeinschaftsvertrages hat der Gerichtshof für unmittelbar anwendbar erklärt und damit den Staatenverbund zu einem Gemeinwesen von Bürgern unter gemeinsamen Rechtsgesetzen, also einem Staat (Bundesstaat/Unionsstaat) entwickelt. Daß der Europäische Gerichtshof diesen Weg beschreiten würde, war durch den Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 1957 in keiner Weise intendiert und bei Vertragsschluß und dessen Ratifikation nicht voraussehbar.

Obwohl die Grundfreiheiten, vom Wortlaut am deutlichsten die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 (34) ff. AEUV, bislang Art. 28 ff. EGV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 (63) AEUV, bislang Art. 56 Abs. 1 EGV), als zwischenstaatliche völkerrechtstypische Ver- und Gebote formuliert waren und sind, hat der Gerichtshof diese, sehr früh die Warenverkehrsfreiheit, zu subjektiven, einklagbaren Rechten umgewandelt[220] und damit

---

[219] Siehe die Besprechungen von *T. Stein*, EuGH: Frauen in der Bundeswehr, EuZW 2000, 211 ff.; *C. Arndt*, Waffeneinsatz von Frauen bei der Bundeswehr, NJW 2000, 1461 ff..

[220] Grundlegend EuGH v. 05.02.1963 – Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 (25 f., Rdn. 7 ff.); EuGH v. 04.12.1974 - Rs. 41/74 (van Duyn/Home Office), Slg. 1974, 1337 (1347, Rdn. 4); in EuGH v. 07.07.1976 - Rs. 118/75 (Watson und Belmann), Slg. 1976,

deren Wirksamkeit außerordentlich verstärkt – der eigentliche (systemwidrige) Schritt zum Staat (Bundesstaat/Unionsstaat), zugleich eine unglaubliche Machtusurpation des Gerichts. Im Urteil „van Gend & Loos“[221] hat der Gerichtshof richtungsweisend für die gesamte spätere Integrationsrechtsprechung erstmals die unmittelbare Wirkung des Zollverbots zwischen den Mitgliedstaaten festgestellt (Art. 25 EGV/(30)AEUV).

b) Die weite Tatbestandsauslegung durch den Gerichtshof war nicht voraussehbar. „Maßnahmen gleicher Wirkung“ wie mengenmäßige Beschränkungen (Art. 28 EGV/(34) AEUV) sind im Vertrag nicht definiert. In einer frühen Entscheidung[222] hat der Gerichtshof unter „Maßnahmen gleicher Wirkung” nur vollständige oder teilweise staatliche Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote verstanden. Denkbar weit hat der Gerichtshof den Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung, als Begriff ohnehin wenig bestimmt, in seinem Dassonville-Urteil gefaßt[223], nämlich als

> „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.

1185 (1. LS) heißt es z.B.: „Die Artikel 48 bis 66 EWGV des Vertrages und die zu ihrer Durchführung erlassenen Rechtsakte der Gemeinschaft ... verleihen den von ihnen erfaßten Personen subjektive Rechte, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen haben, und gehen jeder entgegenstehenden innerstaatlichen Rechtsvorschrift vor.“ Zur Niederlassungsfreiheit vgl. EuGH v. 15.07.1964 - Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1273 f.); EuGH v. 21.06.1974 - Rs. 2/74 (Reyners/Belgien), Slg. 1974, 631 (652, Rdn. 24/28); zur Dienstleistungsfreiheit EuGH v. 03.12.1974 - Rs. 33/74 (van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid), Slg. 1974, 1299 (1310 ff., Rdn. 18 ff., 27); zur Warenverkehrsfreiheit vgl. weiter EuGH v. 19.12.1968 - Rs. 13/68 (Salgoil/Außenhandelsministerium der Italienischen Republik), Slg. 1968, 679 (690 ff., 693 f.).

[221] EuGH v. 05.02.1963 - Rs. 26/62 (van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung), Slg. 1963, 1 (24 ff.).

[222] EuGH v. 10.12.1968 - Rs. 7/68 (Kommission/Italien), Slg. 1968, 633 (644).

[223] EuGH v. 11.07.74 - Rs. 8/74 (Staatsanwaltschaft/Dassonville), Slg. 1974, 837 (852).

Die Cassis-Formel hat keine Einschränkung des weiten Maßnahmenbegriffs gebracht, sondern die mitgliedstaatlichen Einschränkungsgrenzen definiert[224]. Erst in seiner jüngeren Rechtsprechung[225] hat der Gerichthof, nachdem der weite Begriff der Warenverkehrsbeschränkung jahrelang deregulierende Wirkung entfalten konnte[226], die Anwendung der „Dassonville"-Formel für Regelungen über faktisch und rechtlich diskriminierungsfreie Verkaufsmodalitäten beschränkt[227].

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Auch die unmittelbare Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit war Politik des Gerichtshofs der Europäischen Union.

Art. 39 Abs. 2 EGV/(45) AEUV) ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unmittelbar anwendbar, d.h. der einzelne Arbeitnehmer kann sich auch gegenüber den Mitgliedstaaten darauf berufen, selbst wenn keine materialisierenden Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts erlassen worden sind[228]. Erst seit dem Amsterdamer Vertrag spricht dafür auch der Wortlaut des Art. 39 Abs. 1 EGV.

---

[224] *W. Schroeder,* in: R. Streinz, EGV/EUV, Komm., 2003, zu Art. 28, Rdn. 71 ff.

[225] Grundlegend: EuGH v. 24.11.1993 - Rs. C-268/91 (Strafverfahren gegen Keck u. Mithouard), Slg. 1993, I-6097 (6131); s. a. EuGH v. 15.12.1993 - Rs. C-292/92 (Hünermund/Landesapothekenkammer), Slg. 1993, I-6787 (6823); s. a. EuGH v. 02.07.1994 - Rs. C-69/93 und C-258/93 (Punto Casa SpA u.a./Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo u.a.), Slg. 1994, I-2355 (I-2368, Rdn. 12); EuGH v. 02.06.1994 - Verb. Rs. C-401/92 und C-402/92 (Strafverfahren gegen Tankstation), Slg. 1994, I-2199; EuGH v. 09.02.1995 - Rs. C-412/93 (Leclerd-Siplec/TF1 Publicité), Slg. 1995, I-179 (I-217, Rdn. 21 ff.); vgl. dazu z. B. *H.-W. Arndt,* Warenverkehrsfreiheit innerhalb der Europäischen Union: Der Fall "Keck" - EuGH, NJW 1994, 121, NJW 1994, 469 ff.; *C.-O. Lenz* (Generalanwalt am EuGH), Ein undeutlicher Ton, NJW 1994, 1633 ff.; *W. Möschel,* Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, 429 ff.

[226] Vgl. noch EuGH v. 18.05.1993 - Rs. C-126/91 (Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH), Slg. 1993, I-2361 (I-2391, Rdn. 23).

[227] Wie Fn. 225.

[228] Seit EuGH v. 04.12.1974 - Rs. 41/74 (van Duyn/Home Office), Slg. 1974, 1337 (1347).

b) Unabsehbar und damit von den nationalen Parlamenten nicht verantwortbar und nicht verantwortet war wiederum die weite Tatbestandsauslegung des Gerichtshofs. Er hat die Arbeitnehmerfreizügigkeit vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot ausgedehnt. Art. 39 Abs. 2 EGV war nach der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs kein umfassendes Verbot jeglicher Beschränkungen der Freizügigkeit. Der Gerichtshof war der Auffassung, daß Art. 39 EGV nicht eine sich aus der Rechtsordnung ergebende unterschiedliche Behandlung verbiete, sofern diese sich ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Betroffenen auf alle der Ordnung unterworfenen Personen nach objektiven Merkmalen auswirke[229]. Dazu gehört etwa die Forderung, Sprachkenntnisse oder bestimmte berufliche Qualifikationen nachzuweisen. Im Bosman-Urteil allerdings weitete der Gerichtshof Art. 39 EGV zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot aus[230]. In dem unterschiedslos geltenden Tranfersystem beim Vereinswechsel von Berufsfußballspielern sah er eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Auch Berufssportler sollen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unter den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 39 EGV[231] fallen.

Der Gerichtshof hat insbesondere den Arbeitnehmerbegriff über dessen eigentlichen Begriffsgehalt hinaus ausgeweitet, um der Arbeitnehmerfreizügigkeit ein weites Wirkungsfeld zu verschaffen. Zu erwarten war das bei der Zustimmung des Deutschen Bundestages und des Bundesrates zum Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft nicht. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung wurde nicht geachtet. Der Gerichtshof zählt auch Personen in Ausbildung, insbesondere Studenten, zu begünstigten

---

[229] EuGH v. 28.06.1978 - Rs. 1/78 (Kenny/Insurance Officer), Slg. 1978, 1489 (1498); vgl. EuGH v. 23.01.86 - Rs. 298/84 (Iorio/Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato), Slg. 1986, 247.

[230] EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-4962, Rdn. 94).

[231] EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-4954, Rdn. 73); vgl. dazu kritisch *Ch. Palme*, Das Bosman-Urteil des EuGH: Ein Schlag gegen die Sportautonomie, JZ 1996, 238 ff.

„Arbeitnehmern" des Art. 39 EGV, wenn ein Zusammenhang zwischen der (früheren) Berufstätigkeit und dem Studium in dem betreffenden Mitgliedstaat festzustellen ist[232]. Besteht kein Zusammenhang zu einer in diesem Mitgliedstaat ausgeübten Berufstätigkeit, so wendet der Gerichtshof Art. 12 EGV an[233]. Selbst nationale Beamte werden vom Gerichtshof als „Arbeitnehmer" im Sinne des Art. 39 Abs. 1 EGV behandelt. Im Fall Lawrie-Blum hat dieser festgestellt, daß auch ein Ausbildungsverhältnis im öffentlichen Dienst die Arbeitnehmereigenschaft begründe. Weil ein Studienreferendar während des Vorbereitungsdienstes Unterricht nach Weisung erteile und damit wirtschaftliche Leistungen erbringe[234], für die er Unterhaltsbeiträge als Vergütung erhalte, erkennt der Gerichtshof die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses. Beamte stehen jedoch nicht in einem „Arbeitnehmerverhältnis" zum Staat, sondern in einem „Dienst- und Treueverhältnis"[235]. Für das deutsche Recht ergibt sich dies aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG, die vom Republikprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG getragen sind[236]. Der Europäische Gerichtshof hat sich mit dem Einwand nicht auseinandergesetzt, daß Unterhaltsbeiträge (nach deutschem Verständnis)

---

[232] EuGH v. 21.06.1988 - Rs. 39/86 (Lair/Universität Hannover), Slg. 1988, S. 3161 (Rdn. 37); EuGH v. 26.02.1992 - Rs. C-357/88 (Raulin/Ministers van Onderwij en Wetenschappen), Slg. 1992, I-1027 (Rdn. 21).

[233] Z.B. EuGH v. 13.02.1985 - Rs. 293/83 (Gravier/Stadt Lüttich), Slg. 1985, 593 ff.; EuGH v. 02.02.1988 - Rs. 24/86 (Blaizot/Universität Lüttich), Slg. 1988, 379 ff.

[234] Vgl. aber demgegenüber EuGH v. 07.12.1993 - Rs. C-109/92 (Wirth), Slg. 1993, I-6447 (Rdn. 13 ff.), in der der Gerichtshof erkannte, daß der Unterricht an einer Hochschule, die im wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert wird, keine Dienstleistung im Sinne der Dienstleistungsfreiheit sei.

[235] *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, 1988, § 72, Rdn. 21, 91 ff.; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, 2. Aufl. 1994, § 32, Rdn. 12 ff., 50 ff.

[236] *K. A. Schachtschneider*, Streik im öffentlichen Dienst, in: ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 291 ff., 298 ff.; *R. Balzer*, Das Amtsprinzip der Republik, i.E.

kein Entgelt für erbrachte Leistungen darstellen, sondern Alimentationsfunktion haben[237].

c) Der Gerichtshof hat die Ausnahmen von der Arbeitnehmerfreizügigkeit eng gezogen.

Nach Art. 39 (45) Abs. 4 EGV/AEUV findet die Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Einen gleich lautenden Vorbehalt enthält Art. 8 der VO 1612/68. Weder der Vertrag noch die Verordnung definieren die Begriffe „öffentliche Verwaltung" oder „Ausübung eines öffentlichrechtlichen Amtes". Nach Auffassung des Gerichtshofs ist der Begriff „öffentliche Verwaltung" gemeinschaftsweit einheitlich auszulegen und könne daher nicht völlig der Beurteilung der Mitgliedstaaten überlassen bleiben[238]. Wie der Gerichtshof bereits in seinen Urteilen vom 17. Dezember 1980[239] und vom 26. Mai 1982[240] ausgeführt hat, seien unter der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Art. 48 Abs. 4 EWGV (Art. 39 Abs. 4 EGV), die vom Geltungsbereich der Absätze 1 bis 3 dieses Artikels ausgenommen sei, diejenigen Tätigkeiten zu verstehen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich brächten, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet seien und die deshalb ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen würden, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde lägen. Ausgenommen seien nur die Stellen,

---

[237] BVerfGE 8, 1 (16 ff.); 44, 249 (263); *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 54 ff.; *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 68; *K. A. Schachtschneider*, Streik im öffentlichen Dienst, S. 260 ff.

[238] EuGH v. 02.07.1996 - Rs. C-473/93 (Kommission/Luxemburg), Slg. 1996, I-3207 (3255, Rdn. 26).

[239] EuGH v. 17.12.1980 - Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1980, 3881 (3900, Rdn. 10, 12, 18).

[240] EuGH v. 26.05.1982 - Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1982, 1845 (1851, Rdn. 7).

die in Anbetracht der mit ihnen verbundenen Aufgaben und Verantwortlichkeiten die Merkmale der spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung auf den genannten Gebieten aufweisen würden. Diese sehr engen Voraussetzungen seien im Falle der Studienreferendarin nicht erfüllt[241]. Auch für das höhere Lehramt hat der Gerichtshof die engen Voraussetzungen „öffentlicher Verwaltung" im Sinne von Art. 48 Abs. 4 EWGV (Art. 39 Abs. 4 EGV) verneint[242].

Der Gerichtshof hatte (und hat) die Befugnis, den Begriff „öffentliche Verwaltung" in einem derart restriktiven Sinne auszulegen. Dafür spricht zwar, daß dieser Begriff Tatbestandsmerkmal des damaligen Art. 48 Abs. 4 EWGV, in der Fassung des Vertrages von Amsterdam Art. 39 Abs. 4 EGV, ist. Diese Vorschrift macht jedoch eine Ausnahme von der Arbeitnehmerfreizügigkeit, weil die Mitgliedstaaten, dem Grundsatz des Art. 20 Abs. 2 GG entsprechend, den Vollzug der Gesetze ihren Staatsangehörigen vorbehalten dürfen[243]; denn der Vollzug der Gesetze ist Ausübung von Staatsgewalt, also hoheitlich. Er gehört zur existentiellen Staatlichkeit[244]. Der eigenständige Gesetzesvollzug gehört zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 3a (4) Abs. 2 S. 1 EUV, bislang Art. 6 Abs. 1 EUV. Die Ausübung der Staatsgewalt können nur die Mitgliedstaaten selbst bestimmen, nicht der Gerichtshof der Europäischen Union. Dieser kann zur Sicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nur darüber wachen, daß die Ausnahmevorschrift des Art. 39 (45) Abs. 4 EGV/AEUV von den Mitgliedstaaten nicht mißbraucht wird, indem bestimmte Berufsgruppen

---

[241] Vgl. auch EuGH v. 03.07.1986 - Rs. 66/85 (Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg), Slg. 1986, 2121 (2146 f., Rdn. 17 ff.); EuGH v. 30.05.1989 - Rs. 33/88 (Allué u. Coonan Università degli studi di Venezia)), Slg. 1989, 1591 (1609, Rdn. 7).

[242] EuGH v. 27.11.1991 - Rs. C-4/91 (Bleis/Ministère de l'Èducation nationale), Slg. 1991, I-5627 (5641, Rdn. 7).

[243] § 4 Abs. 1 Nr. 1 BRRG n. F. (seit 1993) ermöglicht grundsätzlich die Verbeamtung von EU-Angehörigen; unter freiheitlichen demokratischen Gesichtspunkten wegen Art. 20 Abs. 2 GG fragwürdig.

[244] *K. A. Schachtschneider*, Streik im öffentlichen Dienst, S. 260 ff., 269 ff.; vgl. auch *J. Isensee*, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 1, 64; *H. Lecheler*, Der Öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 137.

der Arbeitnehmerfreizügigkeit willkürlich entzogen werden, um den eigenen Arbeitsmarkt zu protegieren. Nützlich wäre ein unionsrechtlicher Rechtsakt über den Begriff des Arbeitnehmers, für den Art. 40 EGV/(46) AEUV eine Ermächtigung hergäbe. Ein solcher Rechtsakt wäre freilich ein Politikum. Der Gerichtshof beschränkt sich nicht auf eine Mißbrauchskontrolle. Der Status der Studienreferendarin und des Studienrats als Beamte waren keine Willkürakte, sondern entsprachen vom Grundgesetz gebotener (Art. 33 Abs. 4) und tradierter Praxis in Deutschland. Der Unterricht an staatlichen Schulen ist in Deutschland traditionell öffentlicher Dienst, der von Beamten geleistet wird[245]. Entsprechendes gilt für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst als typische Ausübung öffentlicher Gewalt. Der Gerichtshof hat die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten mit dem weiten, integrationistischen Begriff des Arbeitnehmers vertragswidrig und unerwartet eingeschränkt[246].

3. Dienstleistungsfreiheit

a) Auch die unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV/(56) AEUV) hat der Gerichtshof der Europäischen Union entgegen dem Vertrag über die Europäische Gemeinschaft durchgesetzt. Jeder habe sich vor den nationalen Gerichten und auch dem Gerichtshof der Europäischen Union auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können, weil diese seit die Übergangszeit abgelaufen sei (31. Dezember 1969, vgl. Art. 8 EWGV a. F.), eine unmittelbar und unbedingt anwendbare Norm dargestellt habe, obwohl der Wortlaut erst seit dem Amsterdamer Vertrag unbedingt formuliert ist[247].

---

[245] Allg. zur Problematik vgl. etwa *Th. Schotten*, Der Zugang von Unionsbürgern zum deutschen Beamtenverhältnis, DVBl. 1994, S. 567 ff.

[246] Kritisch auch *H. Lecheler*, Die Interpretation des Art. 48 Abs. 4 EWGV und ihre Konsequenzen für die Beschäftigung im (nationalen) öffentlichen Dienst, 1990, insb. S. 37 ff.

[247] EuGH v. 17.12.1981 - Rs. 279/80 (Strafverfahren gegen Webb), Slg. 1981, 3305 (3324, Rdn. 13); st. Rspr. Vgl. auch Art. 1 der Richtlinie 73/148 (ABl. 1973, L 172/14), der die Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen auch für solche EG-

b) Den Tatbestand der Dienstleistungsfreiheit hat der Gerichtshof wiederum weit ausgelegt. Die Dienstleistungsfreiheit erfaßt nach seiner Rechtsprechung über den Wortlaut des Art. 50 EGV/(57) AEUV, hinaus nicht nur Fälle, in denen sich der Leistende zum Zwecke der Leistungserbringung in einen anderen Mitgliedstaat begibt (etwa Montagearbeiten, anwaltliche Tätigkeit). Seit der Entscheidung in der Rs. „Luisi u. Carbone“[248] findet sie vielmehr auch Anwendung, wenn sich der Leistungsempfänger grenzüberschreitend zum Leistungserbringer begibt (etwa Arztbesuch, Studien-, Geschäftsreisen, Kuraufenthalt, Tourismus). Man spricht von negativer oder passiver Dienstleistungsfreiheit[249]. Weiter hat der Gerichtshof den Tatbestand als anwendbar angesehen, wenn lediglich die Leistung die Grenze überschreitet (Korrespondenzdienstleistungen, etwa Versicherungs- oder Bankendienste, Rundfunk, Fernsehen, telefonische Angebote von Warentermingeschäften[250]). In der Fremdenführerentscheidung[251] hat der Gerichtshof sogar entgegen dem Wortlaut entschieden, daß der Dienstleistungstatbestand eröffnet sei, wenn sich sowohl Dienstleistungserbringer als auch Dienstleistungsempfänger gemeinsam in einen anderen Mitgliedstaat begeben würden.

Über den Wortlaut des Art. 50 Abs. 3 EGV hinaus hat der Gerichtshof die Dienstleistungsfreiheit frühzeitig von einem Inländergleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot ausgebaut:

Angehörige anordnete, die sich als Empfänger einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat begeben wollen (entsprechend auch die Koordinierungsrichtlinie 64 /221, ABl. 1964, S. 850, Art. 1).

[248] EuGH v. 31.01.1984 - Rs. 286/82 u. 26/83 (Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro), Slg. 1984, 377 ff.

[249] EuGH v. 15.03.1994 - Rs. C-45/93 (Kommission/Spanien), Slg. 1994, I-911 ff., Diskriminierung ausländischer Touristen beim Zugang zu spanischen Museen; dazu *R. Streinz*, Europarecht, Rdn 888, S. 344.

[250] EuGH v. 10.5.1995 - Rs. C-384/93 (Alpine Investments/Minister van Financiën), Slg. 1995, I-1141, Rdn. 21 ff.

[251] EuGH v. 26.2.91 - Rs. C-154/89 (Kommission/Frankreich), Slg. 1991, I-659, Rdn. 10 ff.

„Unter die Beschränkungen, deren Beseitigung die Art. 49 und 50 vorsehen, fallen alle Anforderungen, die an den Leistenden namentlich aus den Gründen seiner Staatsangehörigkeit oder wegen Fehlens eines ständigen Aufenthalts in dem Staate, in dem die Leistung erbracht wird, gestellt werden und nicht für im Staatsgebiet ansässige Personen gelten oder in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeit des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern“[252].

Als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gelten auch nationale Regelungen, welche an besondere Kenntnisse oder Qualifikationen anknüpfen. Solche Regelungen gelten als mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar, wenn sie nicht zwingend zum Zwecke des Allgemeinwohls nach Inhalt und Ausmaß erforderlich sind[253].

Das Herkunftslandprinzip oder das Prinzip gegenseitiger Anerkennung, das mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar ist, wird wesentlich auch auf die Dienstleistungsfreiheit gestützt. Es gefährdet vor allem die Beschäftigung in Deutschland (dazu näher zu IV.).

4. Niederlassungsfreiheit

a) Auch die unmittelbare Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV (vorher Art. 52 EWGV/EGV, jetzt Art. 43 (49) AEUV) ist Werk des Gerichtshof der Europäischen Union. Schon im Jahre 1964 hat der Gerichtshof in der Rechtssache Costa/ENEL[254] die Regelung des Art. 52 EWGV, wonach die Mitgliedstaaten für Angehörige anderer Mitgliedstaaten keine neuen Niederlassungsbeschränkungen einführen sollten, zum Bestandteil der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (seit Inkrafttreten des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft) erklärt, nicht lediglich als Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten. Die Verpflichtung, die Niederlassung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten nicht durch neue

---

[252] EuGH v. 03.12.1974 - Rs. 33/74 (van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalvijoerheid), Slg. 1974, 1299 (1309, Rdn. 10, 12 ff.).

[253] EuGH v. 25.7.1991 - Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221, Rdn. 12 ff.

[254] EuGH v. 15.07.1964 - Rs. 6/64 (Flaminio Costa/E.N.E.L), Slg. 1964, 1251 ff.

Maßnahmen strengeren Vorschriften zu unterwerfen als die Niederlassung von Inländern, sei durch keinerlei Bedingungen eingeschränkt und bedürfe zu ihrer Erfüllung und Wirksamkeit keiner weiteren Handlung der Kommission oder der Mitgliedstaaten. Sie sei vollständig, rechtlich vollkommen und infolgedessen geeignet, unmittelbare Wirkungen in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den Einzelnen hervorzurufen[255]. Erst der Amsterdamer Vertrag hat die Vorschrift durch ein unbedingtes und eindeutiges Beschränkungsverbot in Art. 43 Abs. 1 EGV ersetzt. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts ist es somit nicht nur vertragswidrig, wenn Mitgliedstaaten abweichende Vorschriften erlassen, sondern werden derartige Vorschriften nicht angewandt. Jedermann kann sich auf die so verstandene Niederlassungsfreiheit berufen, aber die Gerichte und die Behörden haben diese auch von Amts wegen zu berücksichtigen[256].

b) Auch den Tatbestand der Niederlassungsfreiheit hat der Gerichtshof weit ausgedehnt. Das Niederlassungsrecht wurde zunächst als bloßes Diskriminierungsverbot oder als Gebot der Inländergleichbehandlung, verbunden mit dem Bestimmungslandprinzip, verstanden. Selbst Diskriminierungen waren unter diesem Ansatz nicht allgemein und sofort abzuschaffen. Diese Betrachtung hat der Gerichtshof grundlegend geändert. Von 1974 an judizierte er, daß Diskriminierungen nicht erst durch Richtlinien aufzuheben, sondern daß sie seit Ablauf der Übergangszeit (Ende 1969) in direkter Anwendung des Vertrages rechtswidrig seien. Schließlich hat der Gerichtshof die Niederlassungsfreiheit zum allgemeinen Beschränkungsverbot entwickelt[257]. Im Urteil Vlassopoulou hat er zwar festgestellt, daß die Mitgliedstaaten, solange es an einer Harmonisierung der Voraussetzungen für den Zugang zu einem Beruf fehle, festlegen dürfen würden,

---

[255] Siehe auch EuGH v. 21.07.1974 - Rs. 2/74 (Reyners/Belgien), Slg. 1974, 631, Rdn 24, 28.

[256] Vgl. EuGH v. 22.07.1989 - Rs. 103/88 (Fratelli Costanzo/Stadt Mailand), Slg. 1989, 1839 (1870, Rdn. 30).

[257] EuGH v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94 (Gebhard/Consiglio dell' ordine degli avvocati e procuratori di Milano), Slg. 1995, I-4165, Rdn. 37; vgl. auch schon EuGH v. 31.03.1993 - Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Rdn. 32.

welche Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung eines Berufes notwendig seien, und die Vorlage eines Diploms verlangen dürfen würden, mit dem diese Kenntnisse und Fähigkeiten bescheinigt würden[258]. Im Sinne eines allgemeinen Beschränkungsverbotes hat er aber ausgeführt, daß nationale Qualifikationsvoraussetzungen, selbst wenn sie ohne Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit angewandt würden, sich dahingehend auswirken könnten, daß sie die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten in der Ausübung des ihnen durch Art. 52 EWGV gewährleisteten Niederlassungsrechts beeinträchtigen würden. Dies könne der Fall sein, wenn die nationalen Vorschriften die von dem Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten unberücksichtigt lassen würden (...).

Erst mit dem Amsterdamer Vertrag ist eine stufenweise Entwicklung der Niederlassungsfreiheit textlich aufgegeben und das Beschränkungsverbot formuliert worden, nachdem der Gerichtshof diese jahrelang antizipiert hatte[259].

c) Mittels der Auslegung der Niederlassungsfreiheit hat der Europäische Gerichtshof das Gesellschaftsrecht für die Mitgliedstaaten wesentlich umgestaltet.

Art. 48 Abs. 1 EGV/(54) AEUV, stellt Gesellschaften, die ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Union/Gemeinschaft haben, den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates gemäß Art. 43 Abs. 1 EGV/(49) AEUV, gleich. Diese Gesellschaften müssen, um überhaupt Rechtssubjekt zu sein, nach den Vorschriften eines der Mitgliedstaaten gegründet worden sein. Art. 48 EGV/AEUV bewirkt keine generelle Aner-

---

[258] EuGH v. 07.05.1991 – Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, I-2357, Rdn. 4, 15; siehe auch EuGH v. 15.10.1987 - Rs. 222/86 (Unectef/Heylens), Slg. 1987, 4097 (4116, Rdn. 10).

[259] Vgl. *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, 6. Aufl. 2003, zu Art. 44, Rdn. 1 ff.; *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rdn. 1864, S. 701 f.

kennung jeder niederlassungswilligen Gesellschaft[260]. Nach Art. 293 Teilstrich 3 EGV sollen die Mitgliedstaaten über „die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen und die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen", Verhandlungen einleiten. Durch Nr. 280 des Vertrages von Lissabon wird Art. 293 EGV aufgehoben, wohl weil er als Verhandlungsauftrag ohnehin nicht beachtet, vielmehr übergangen wurde, jedenfalls Teilstrich 3.

Um die Gesellschaft einem bestimmten ausländischen Recht zuzuordnen, sind die Kollisionsregeln des Internationalen Privatrechts heranzuziehen. Art. 48 EGV/AEUV trifft keine Entscheidung über die Maßgeblichkeit einer bestimmten, im nationalen Recht verankerten Lehre des internationalen Gesellschaftsrechts, etwa die über Sitz- oder Gründungslehre.[261] Als Objekt des nationalen Gesellschaftsrechts hat eine Gesellschaft außerhalb der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine rechtliche Persönlichkeit. Daher durfte eine Gesellschaft ihren Sitz zwar in jeden anderen Mitgliedstaat verlegen, war aber gezwungen, sich im Heimatstaat aufzulösen und nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Aufnahmestaates neu zu gründen, jedenfalls nach britischem Recht[262]. Anknüpfungspunkt nach deutschem Recht ist nach der Sitzlehre[263] der tatsächliche Sitz der Gesellschaft. Wenn das Gesellschaftsrecht des Sitzes und das

---

[260] *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 48, Rdn. 15.

[261] *P.-C. Müller-Graff*, in: R. Streinz, EUV/EGV, 2004, zu Art. 48, Rdn. 15; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2070 ff., 2395, S. 776 ff., 895 ff.

[262] EuGH v. 27.09.1988 - Rs. 81/87 (The Queen/Daily Mail), Slg. 1988, 5483, Rdn. 14 ff.

[263] *P. Kindler*, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, in: Münchener Kommentar, BGB, Bd. 11, 3. Aufl. 1999, Rdn. 312 ff., S. 101 ff.; BGH, ZIP 2000, 967; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2072, S. 777 f.

Gründungsstatut (das Recht, nach dem die Gesellschaft errichtet wurde) auseinanderfielen, galt die Gesellschaft in Deutschland als aufgelöst[264].

Der Gerichtshof hat die Sitzlehre, nachdem er in der Entscheidung „Daily Mail" eine „Auswanderung von Gesellschaften" ohne koordinierendes Abkommen noch für undurchsetzbar erklärt hatte[265], in den Entscheidungen „Centros" und „Überseering" als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit relativiert[266] und schließlich in der Entscheidung „Inspire Art"[267] der Sache nach die Rechtswahlfreiheit in das europäische Gesellschaftsrecht eingeführt[268]. Er hat das nationale Gesellschaftsrecht dem sogenannten Wettbewerb der Rechtsordnungen ausgesetzt. Für unerheblich hielt er, daß das Gesellschaftsrecht nicht vollständig harmonisiert worden sei. In der Rechtssache „Inspire Art" hat der Gerichtshof entschieden, daß in einem Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaften in jedem anderen Staat uneingeschränkt anerkannt werden müßten. Nicht nur die Rechts- und Parteifähigkeit einer zugezogenen Scheinauslandsgesellschaft sei anzuerkennen, sondern vielmehr ihr gesamtes Gründungsstatut. Eine Angleichung an das Gesellschaftsrecht des Zuzugstaates sei nicht erforderlich. Für Deutschland bedeutet diese Rechtsprechung, daß neben den klassischen deutschen Gesellschaftsformen, wie der Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder der Aktiengesellschaft, auch ausländische Rechtsformen, wie z.B. die britische limited company oder die französische société anonyme, am Rechtsverkehr teilnehmen können. Spätestens aus der Entscheidung

---

[264] *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 48, Rdn. 22; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2072, 2396, S. 777 f., 896.

[265] EuGH v. 27.09.1988 - Rs. 81/87 (The Queen/Daily Mail), Slg. 1988, 5483, Rdn. 14 ff.

[266] EuGH v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97 (Centros Ltd.), Slg. 1999, I-1459, Rdn. 27; EuGH v. 05.11.2002 – Rs. C-208/00 (Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH), Slg. 2002, I-9919, Rdn. 22 ff.

[267] EuGH v. 30.9.2003 – Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 52 ff.

[268] A.A. *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2398, S. 896 f.

„Inspire Art" folgt, daß die Sitzlehre für Zuzugsfälle nicht mehr maßgeblich ist[269].

In Sachen „Inspire Art" stellt der Gerichtshof auch fest, daß der Gläubigerschutz die fraglichen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nicht rechtfertigen könne. Dabei verweist er darauf, daß die Eigenschaft als ausländische Gesellschaft erkennbar sei, die den Gläubigern deutlich mache, daß für ausländische Gesellschaften andere Regeln gelten würden[270]. Dieses Transparenzargument nimmt Allgemeininteressen faktisch jegliche Begründungskraft[271]. Zu den Interessen der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und des Fiskus hat der Gerichtshof nur am Rande Stellung genommen.[272]

d) Diese Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Sitzlehre hat gravierende, bei Verabschiedung der Gemeinschaftsverträge ungeahnte Konsequenzen. Sie bewirkt die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaftsformen aus anderen Mitgliedstaaten, welche über die unmittelbar anwendbare Niederlassungsfreiheit durchgesetzt werden kann und wird. Mit dieser Rechtsprechung hat sich der Gerichtshof über die vertragliche Regelung des Art. 293 Spst. 3 EGV ausdrücklich hinweggesetzt, wonach die Mitgliedstaaten über die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften gesonderte völkerrechtliche Verhandlungen und Verträge außerhalb der unmittelbaren Geltung

---

[269] *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, 2007, S. 459 ff.; a.A. *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2096 ff., 2395 ff., S. 787 ff., 895 ff.

[270] EuGH v. 30.9.2003 – Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 135.

[271] Im Gegensatz zu den Andeutungen in der „Überseering"-Entscheidung, EuGH v. 05.11.2002 - Rs. C-208/00 (Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH), Slg. 2002, I-9919, Rdn. 92), in welcher der EuGH die Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und auch des Fiskus als zwingende Gründe des Gemeinwohls anerkannt hat, die unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können würden.

[272] EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 140.

und des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts treffen wollen und sollen[273]. Art. 293 EGV ist nicht einmal eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsakten, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten nur, Verhandlungen über bestimmte völkerrechtliche Verträge einzuleiten. Die im Rahmen von Art. 293 EGV geschlossenen Abkommen sind kein primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht, sondern ergänzendes Völkervertragsrecht.[274] Die Vorschrift schafft kein unmittelbar geltendes Recht, auf das man sich vor Gericht berufen könnte[275], also keine subjektiven Rechte. Die extensive Auslegung des Art. 48 EGV, welche weiteren Verträgen vorbehaltene Wirkung erreicht, verstößt kraß gegen das Prinzip begrenzter Ermächtigung und war nicht voraussehbar. Bezeichnenderweise kommt eine dem Art. 293 EGV entsprechende Vorschrift im Vertrag von Lissabon nicht mehr vor; der Erfolg der gegenseitigen Anerkennung ist durch die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit schon erreicht. Die genannten Urteile, insbesondere das letzte „Inspire Art", verändern das deutsche Gesellschaftsrecht weit über den im Wege der Rechtsangleichung erreichten Konsens hinaus.

e) Es geht vor allem um die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, die nach langen Kämpfen 1976 eingeführt wurde und Kapital und Arbeit in Deutschland befrieden sollte und (weitgehend) befriedet hat[276]. Der deutsche Gesetzgeber ist aufgrund des Anerkennungsprinzips, das der Europäische Gerichtshof aus der Niederlassungsfreiheit herleitet, gehindert, seiner verfassungsrechtlichen Befriedungspflicht aus Art. 9 Abs. 3 GG, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in großen Unernehmen bestimmter Rechtsform zu gewährleisten, jedenfalls seiner Pflicht aus dem

---

[273] *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 434 f.

[274] *S. Leible*, in: R. Streinz, EGV, Art. 293, Rdn. 3.

[275] EuGH v. 12.05.1998 - Rs-C-336/96 (Gilly), Slg. 1998, I-2793, Rdn. 16; EuGH v. 10.02.1994 – Rs. C-398/92 (Mund & Fester), Slg. 1994, I-467, Rdn. 11.

[276] Dazu das große Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979, BVerfGE 50, 290 ff.

Mitbestimmungsgesetz vom 4. März 1976, nachzukommen[277]. Diese Konsequenz war für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages nicht voraussehbar, als sie dem Prinzip der Niederlassungsfreiheit zugestimmt haben, ganz gleich in welchem Vertrag im Laufe der Vertragsgeschichte der Union. Eine solche Verantwortung hätten sie im deutschen ‚Gewerkschaftsstaat' nicht zu übernehmen gewagt.

Auch das Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004, das den Arbeitnehmern in Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit sowie Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit jeweils mehr als 500 Mitarbeitern ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat dieser Gesellschaften einräumt, der zu einem Drittel aus Arbeitnehmern bestehen muß[278], wird durch die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit gefährdet, weil es eine spezifisch deutsche Regelung ist.

Wer die deutschen Mitbestimmungsgesetze umgehen will, gründet in Frankreich eine société anonyme (S.A.) oder in Großbritannien eine private limited company Ltd., die als (konzernrechtlich) herrschendes Unternehmen (§§ 17, 18 AkG)[279] eines deutschen mitbestimmten Unternehmens eingerichtet wird. In der Tochtergesellschaft bleibt die Mitbestimmung zwar bestehen, aber unternehmensrelevante Entscheidungen können von der nicht mitbestimmten Muttergesellschaft getroffen werden. § 5 MitbestG, der die Mitbestimmung für Konzerne regelt, erfaßt ausschließlich nationale Gesellschaftsformen (§ 1 MitbestG). Einer in Deutschland tätigen Ltd. oder S.A. kann diese Vorschrift keine Mitbestimmung verordnen. Die bisherige Rechtsprechung läßt auch nicht erwarten, daß der Gerichtshof eine Ausdehnung der deutschen Mitbestimmung, zumal der Unter-

---

[277] Dazu *C. Kerstin/C.P. Schindler,* Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art" und ihre Auswirkungen auf die Praxis, RdW 11/2003, S. 621 ff., 4 a. E.

[278] Es ersetzt das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 (§§ 76 ff.); dazu *K. von der Linden,* Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 145 ff., 162 ff..

[279] *Ch. Windbichler,* in: K. J. Hopt/H. Wiedemann, Aktiengesetz (Großkommentar), 1. Bd., 4. Aufl. 2004, § 17, Rdn. 89, § 18, Rdn. 88.

nehmensmitbestimmung, auf ausländische Gesellschaftsformen erzwingen wird. Dafür gibt es nicht nur keinen rechtlichen Ansatz, sondern, was wichtiger sein dürfte, kein Interesse des gegenwärtig bestimmenden Kapitalismus. Eine deutsche Regelung, welche die Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften erstreckt, hätte generellen Charakter. Nach dem 2. Leitsatz der Entscheidung „Inspire Art" ist aber eine Mißbrauchsprüfung im Einzelfall erforderlich, um eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen zu können. Wie der Gerichtshof immer wieder betont, stellt die Wahl eines vorteilhafteren Rechts selbst dann keinen Mißbrauch der Niederlassungsfreiheit dar, wenn überhaupt keine Tätigkeit im Gründungsstaat ausgeübt wird oder auch nur werden soll.[280] Der vierstufige Rechtfertigungstest im Sinne des „Centros"-Urteils[281] gibt einer deutschen Sonderregelung (Sonderanknüpfung) wenig Chancen. Eine deutsche Regelung, welche die für nationale Gesellschaften ohnehin geltende Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften (auch wenn sie zum Schein gegründet wurden) erstrecken wollte, wäre zwar nicht diskriminierend, würde aber für Auslandsgesellschaften Probleme aufwerfen, wie Fragen der Repräsentation ausländischer Mitarbeiter, welche diese zumindest in ihrem Niederlassungsrecht behindern. Ein zwingendes Allgemeininteresse läßt sich im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz und die freiheits- und grundrechtliche Bedeutung der Mitbestimmung durchaus erkennen[282]. Jedoch wird die Erforderlichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips angesichts des äußerst geringen Mitbestimmungsstandards in der Europäischen Union eine Mitbestimmungsregelung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner reduzieren, wie er sich in der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat und in der Verordnung über eine Europäische Aktiengesellschaft zeigt[283]. Daß

---

[280] EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 138 f.

[281] EuGH v. 09.03.1999 – Rs. 212/97 (Centros Ltd), Slg. 1999, I-1459, Rdn. 34; vgl. auch EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 133.

[282] So *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 547 ff., insb. S. 579 ff.

[283] RL 94/45/EG vom 22. 9. 1994: ABl L 254/64. Diese Richtlinie regelt nur die Anhörung und Unterrichtung der Arbeitnehmer, nicht deren Mitbestimmung.

die Mehrheit der Mitgliedstaaten in der Europäischen Union die Mitbestimmung ablehnt, hat sich in dem Ringen um die Europäische Aktiengesellschaft erwiesen[284].

Im Bereich der Arbeitnehmermitbestimmung bieten Auslandsgesellschaften wie die limited company und die société anonyme derzeit aus der Sicht der Unternehmer eine höhere Flexibilität als deutsche Gesellschaftsformen. Vergleichbar der Ausgangslage im Steuerrecht hat der Gerichtshof ein „company law shopping" ermöglicht, das auch den deutschen Gesetzgeber zwingt, das deutsche Gesellschaftsrecht anzupassen, um im Wettbewerb der Systeme, der einseitig von Kapitalinteressen bestimmt wird, die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Standorts zu erhalten. Frankreich hat zu diesem Zweck bereits mit der ‚Ein-Euro-SARL' eine der britischen Ltd. vergleichbare Rechtsform ermöglicht. In Deutschland wird an der Änderung des GmbH-Gesetzes gearbeitet.

f) Weil die Koordinierung der nationalen Gesellschaftsordnungen trotz verschiedener Richtlinien, die auf Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV gestützt waren, keine vollständige Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts gebracht hat[285], hat sich die Kommission auf Art. 308 EGV gestützt, um ein vom nationalen Recht unabhängiges europäisches Gesellschaftsrecht zu schaffen. Im Juni 1985 verabschiedete der Rat die Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, EWIV (Verordnung Nr. 2137/85 vom 25. Juli 1985, ABl. 1985, Nr. L 199, S. 1 ff.), die am 1. Juli 1989 in Kraft trat. Seit dem Jahre 1970 existierte ein auf Art. 308 EGV gestützter Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über das Statut für europäische Aktiengesellschaften (ABl. 1970, Nr. C 124, S. 1 ff.). Besonders wegen des Streits um die Mitbestimmung ist eine Angleichung oder Koordination der Kernbereiche des Gesellschaftsrechts bisher nur sehr begrenzt

---

[284] Dazu Hinweise in Fn. 285.

[285] Dazu *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, , Rdn. 2155 ff., S. 808 ff.; *P. C. Müller-Graff*, Das Niederlassungsrecht, in: R. Streinz EGV/EUV, Komm., 2003, zu Art. 48 EGV, Rdn. 25, S. 693, exemplifiziert an der „public limited company".

gelungen[286]. Eine fünfte Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaften ist seit Anfang der 1990er Jahre zurückgestellt[287].

Die Einigung, welche bisher in der EG-Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (*societas europea* = SE)[288] erreicht worden ist, weicht von diesem Richtlinienvorschlag, der eine umfassende unternehmensverfassungsrechtliche Regelung, einschließlich der Mitbestimmung, vorgesehen hat, erheblich ab. Die SE ist keine originäre, sondern eine gewissermaßen derivative Gesellschaftsform (Fusion, Holding, Tochter, Umwandlung), die grenzüberschreitend gegründet wird (Art. 2 SE-VO)[289]

Die Mitbestimmung ist im Statut der SE nicht geregelt. Auf der Grundlage der Europäischen Sozialcharta erging am 22. September 1994 die Richtlinie 94/45/EG, welche „Verfahren zur Konsultation der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen" und in diesem Rahmen auch die Einführung von Euro-Betriebsräten vorsieht. Speziell zur Europäischen Gesellschaft trifft die Richtlinie 2001/86 vom 8. Oktober 2001[290] ergänzende Bestimmungen

---

[286] Dazu *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, Art. 48, Rdn. 24 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2361, S. 884.

[287] *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, Art. 44, Rdn. 34.

[288] Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) [Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001]; deutsches Ausführungsgesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004, BGBl. 2004 I, Nr. 73 v. 28.12.2004. Dazu *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2361 ff., S. 884 ff.; *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 174 ff.

[289] *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2361 ff., S. 884 ff.; *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 176 ff.

[290] Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 294 v. 10.11.2001, S. 22.

über die Beteiligung der Arbeitnehmer. Umgesetzt ist die Richtlinie in Deutschland durch das „Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft – SEBG“[291]. Geprägt ist die Richtlinie durch zwei Grundprinzipien, zum einen das Gestaltungsprinzip, nach dem das Verfahren der grenzüberschreitenden Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer sowie die Mitbestimmung vorrangig durch Vereinbarung zwischen den Unternehmensleitungen der Gründungsgesellschaften und einem allein dafür zu bildenden besonderen Verhandlungsgremium aus Arbeitnehmervertretern der verschiedenen Mitgliedstaaten zu treffen sind, zweitens durch das Ziel, die erworbenen Rechte der Arbeitnehmer zu sichern. Der bei den Gründungsgesellschaften vorhandene Bestand an Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer soll sich im Grundsatz auch in der SE wiederfinden. Daß die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer leiden, wenn sie nicht mehr die Regel sind, sondern Vereinbarungen mit der Unternehmensleitung unterliegen, liegt angesichts der wirtschaftlichen Machtverteilung auf der Hand. Wesentlich ist, daß kein Unternehmen genötigt ist, die SE zu nutzen, um seinen Sitz oder seine Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat als den Gründungsstaat zu verlagern. Die Regelung der SE hat der Gerichthof leerlaufen lassen, bevor sie praktiziert wurde[292].

Der Gerichtshof hat somit durch seine Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit eine Politik durchgesetzt, welche die Politiker in Kommission und Rat nicht durchzusetzen vermochten, nämlich die Lösung des Problems Mitbestimmung, auch ein Problem Deutschland, letztlich den Anfang vom Ende der Unternehmensmitbestimmung und auch der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, zu Lasten der Arbeitnehmer und Gewerkschaften. Irgendeine Ermächtigung oder Berechtigung hatte (hat) der Gerichtshof für diesen politischen Kraftakt nicht, insbesondere nicht eine den Vorgaben des Grundgesetzes entsprechende Ermächtigung der Bundesrepublik Deutschland.

---

[291] Vom 22.12.2004, BGBl. I, Nr. 73, S. 3686 ff.

[292] Vgl. *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 178 ff.

g) Äußerst weitgehend und keinesfalls vorhersehbar und dadurch für die Parlamente nicht verantwortbar sind die Richtlinien, die etwa im Bank- und Versicherungswesen auf Art. 51 Abs. 2 EGV („Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung") gestützt werden. Grundlegend im Bereich des Bankenwesens sind vor allem die Richtlinie 73/183 des Rates vom 28. Juni 1973 zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für selbständige Tätigkeiten der Kreditinstitute und anderer finanzieller Einrichtungen (ABl. 1973, Nr. L 194, S. 1 ff.) sowie die erste Richtlinie des Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Richtlinie Nr. 77/780, ABl. 1977, Nr. L 322, S. 30 ff.) und die zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie des Rates vom 15. Dezember 1989 (ABl. 1989, Nr. L 386, S. 1 ff.). Wesentliche Inhalte der letztgenannten Richtlinie sind die einmalige Bankzulassung, derzufolge ab 1993 die Zulassung einer Bank in einem einzigen Mitgliedstaat genügt, damit diese Bank im gesamten Bereich der Gemeinschaft ohne weitere Genehmigung tätig sein kann, sowie der Grundsatz der Herkunftslandskontrolle, der die gegenseitige Anerkennung der Aufsichtsanforderungen beinhaltet.

h) Zur Liberalisierung der Versicherungsmärkte wurden bisher Richtlinien betreffend Rückversicherung (Richtlinie Nr. 64/225 vom 25. Februar 1964, ABl. 1964, S. 878 ff.), Schadensversicherung (Richtlinie Nr. 88/357 vom 22. Juni 1988, ABl. 1988, Nr. L 172, S. 1 ff.), Lebensversicherung (Richtlinie Nr. 79/267 vom 5. März 1979, ABl. 1979, Nr. L. 63, S. 1 ff.), Mitversicherung (Richtlinie Nr. 78/473 vom 30. Mai 1978, ABl. 1978, Nr. L 151, S. 25 ff.), Kredit- und Kautionsversicherung (Richtlinie Nr. 87/343 vom 22. Juni 1987, ABl. 1987, Nr. L 185, S. 72 ff.) und Rechtsschutzversicherung (Richtlinie Nr. 87/344 vom 22. Juni 1987, ABl. 1987, Nr. L 185, S. 77 ff.) erlassen. Neben diesen Richtlinien ist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs hinzuweisen, der nationale Bestimmungen, die Versicherungsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten zwingen, sich niederzulassen und sich einem Zulassungsverfahren zu unterziehen, um Dienstleistun-

gen erbringen zu können, als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aufgrund der Art. 49, 50 EGV qualifiziert hat[293].

5. Kapitalverkehrsfreiheit

a) Art. 56 EGV/(63) AEUV gewährleistet die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit. Kapitalverkehr (Geldkapital oder Werterechte an Geld- und Sachkapital) ist jede über die Grenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union hinausgehende Übertragung (Erwerb, Veräußerung und Transfer) von Geld- oder Sachmitteln (im Gegensatz zum Zahlungsverkehr)[294]. Begünstigt und ‚befreit' durch die Kapitalverkehrsfreiheit sind das Kapital an sich, unabhängig von der Staatsbürgerschaft/Unionsbürgerschaft des Eigentümers, wenn man so will, der Kapital- und Zahlungsverkehr selbst[295]. Die Kapitalverkehrs- und Zahlungsverkehrsfreiheit stehen als Grundfreiheiten auch Bürgern/Unternehmen von Drittstaaten (ohne irgendeine Vermittlung) zu (Ausnahmen nach Art 57 Abs. 1 EGV/AEUV) und begünstigt diese einseitig[296]. Damit ging (geht) diese Vorschrift über die Zielsetzung des Vertrages in Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV, der nur die Beseitigung der Hindernisse für den Kapitalverkehr im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten im Blick hatte, hinaus.

Die Kapitalverkehrsfreiheit ist wie die anderen Grundfreiheiten unmittelbar anwendbar[297]. In seinem Urteil Sanz de Lera u. a. vom 14. Dezember 1995 hat der Gerichtshof der Europäischen Union ungeachtet mitgliedstaatlicher Beschränkungsmöglichkeiten (Art. 57, 58 EGV) die unmittelba-

---

[293] EuGH v. 04.12.1986 - Rs. 220/83 (Kommission/Frankreich), Slg. 1986, 3663 ff.

[294] *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, 2000, S. 152 ff., insb. S. 156 ff. (158), 198; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2734, S. 1031, Rdn. 2741, S. 1033 f.

[295] *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, S. 149, 197 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2743 f., S. 1034.

[296] *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, S. 149; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2741 f., S. 1033 f.

[297] *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 142 ff. *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2745, S. 1034 f.

re Anwendbarkeit von Art. 56 Abs. 1 EGV festgestellt[298]. Die unmittelbare Anwendbarkeit gilt auch für nicht im Gebiet der Union Ansässige[299]. Mit der unmittelbaren Rechtswirkung des Art. 56 EGV hat sich eine entscheidende Änderung gegenüber der früheren Regelung des Kapitalverkehrs vollzogen. Eine Beseitigung der Beschränkungen des Kapitalverkehrs war nach Art. 67 Abs. 1 EWGV nämlich nur vorgeschrieben, „soweit es für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes notwendig" war[300].

Der Gerichtshof hatte in seinem Urteil Casati vom 11. November 1981 entschieden, „daß die Beschränkungen der Ausfuhr von Banknoten unabhängig von der Regelung des Artikels 69 [EWGV] nicht mit dem Ende der Übergangszeit als beseitigt gelten können."[301] Er hatte weiter ausgesprochen: „Artikel 71 Absatz 1 [EWGV] erlegt den Mitgliedstaaten keine unbedingte Verpflichtung auf, auf die sich die einzelnen berufen könnten."[302] Damit wurde die vorrangige Geltung und die unmittelbare Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit durch den Gerichtshof im Gegensatz zu den anderen Grundfreiheiten nicht antezipiert, sondern bis zur Vertragsänderung abgelehnt.

---

[298] EuGH v. 14.12.1995 - Verb. Rs. C-163/94, C-165/94, C-250/94 (Sanz de Lera u. a.), Slg. 1995, I-4821, Rdn. 40 ff.; auch schon EuGH v. 23.2.1995 – Verb. Rs. C-358/93, C-416/93 (Aldo Bordessa u.a.), Slg. 1995, I-361, Rdn. 32, 35.

[299] EuGH v. 13.07.2000 – Rs. C-484/98 (Albore), Slg. 2000, I-5965 (5999, Rdn. 6); *W. Kiemel,* in: v. der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, 6. Aufl. 2003, zu Art. 56, Rdn. 24, 35 f.; *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 149, 198; *W. Frenz,* Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2743, S. 1034.

[300] Dazu *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 146 f.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2720, 2746, S. 1024, 1035.

[301] EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (Casati), Slg. 1981, 2595 (2619, Rdn. 8 ff.); EuGH v. 31.01.84 – Rs. 286/82 u. 26/83 (Luisi und Carbone), Slg. 1984, 377; EuGH v. 24.06.1989 – Rs. 157/85 (Brugoni u. Ruffinengo), Slg. 1986, 2013; *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 146, 199.

[302] EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (Casati), Slg. 1981, 2595 (2619, Rdn. 8 ff.); *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 146.

Seit dem 1. Januar 1994 verbietet Art 56 Abs. 1 EGV alle Beschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs. Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten und zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern sind in weiter Auslegung (analog der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu anderen Grundfreiheiten) alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften und sonstigen mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die für den grenzüberschreitenden Kapital- und Zahlungsverkehr eine gegenüber den Inlandsgeschäften abweichende Regelung vorsehen[303] oder, anders formuliert, „die den Zufluß, den Abfluß oder den Durchfluß von Kapital der Form, dem Wert oder der Menge nach (auf Dauer oder zeitweise) behindern, begrenzen oder völlig untersagen"[304]. Im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung, in der er Genehmigungsverfahren zu Kontrollzwecken als gerechtfertigt erachtet hat[305], akzeptiert der Gerichtshof inzwischen vorherige Genehmigungsverfahren der Mitgliedstaaten nicht mehr[306].

b) Mit seinen Urteilen zu den sogenannten Goldenen Aktien schließt der Gerichtshof an diese Rechtsprechung an. Goldene Aktien geben dem Staat, etwa bei der Privatisierung von Staatsunternehmen, Sonderrechte (namentlich Sonderaktien, Mehrstimmrechte oder Zustimmungsrechte), die es ihm ermöglichen, den Einfluß ausländischer Anteilseigner gering zu halten und gegebenenfalls Übernahmen, insbesondere durch ausländische Konkurrenten, zu verhindern[307].

---

[303] *W. Kiemel,* in: v. der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 56, Rdn. 7; *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 161 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2747, S. 1035.

[304] EuGH v. 12.7.1973 – Rs. 2/73 (Geldo/Ente Nazionale Risi), Slg. 1973, 865 (866); vgl. *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 162, 199.

[305] EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (Casati), Slg. 1981, 2595 (2613 ff.).

[306] Vgl. EuGH v. 23.02.1995 – Rs. C-358/93 und C-416/93 (Bordessa u. a.), Slg. 1995, I-361, 384 ff.; EuGH v. 14.12.1995 - Rs C-163/94, C-165/94 bis C-250/94 (Sanz de Lera), Slg. 1995, I-4821, 4836 ff.; EuGH v. 01.06.1999 – Rs. C-302/97 (Konle/Österreich), Slg. 1999, 3099; EuGH v. 26.09.00 – Rs. C-478/98 (Kommission/Belgien), Slg. 2000, I-7587 (7620, Rdn. 17 ff.); *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 163 f.

[307] Dazu *W. Frenz*, Europäische Grundrechte, Rdn. 2806 ff., S. 1058 f.

Die drei von den EuGH-Urteilen betroffenen Länder (Belgien, Frankreich, Portugal) haben „Goldene Aktien" bei Energieunternehmen eingeführt, um in Krisensituationen die Energieversorgung sicherstellen zu können. Während der Gerichtshof das belgische System der Vorabmeldung als verhältnismäßige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit angesehen hat[308], wurden die Regelungen über Goldene Aktien in Frankreich und Portugal verworfen. Die vorherige Genehmigung, die beide Länder gefordert hatten, werde dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gerecht. Außerdem fehle es an objektiven und genauen, überprüfbaren Kriterien[309]. Im Falle Portugals wurde außerdem die Ausländerdiskriminierung als vertragswidrig angesehen[310]. Wegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Goldenen Aktien hat die Kommission in dem 45 Jahre alten Volkswagen-Privatisierungsgesetz von 1960 einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsprinzip des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit gesehen und Deutschland deswegen vor dem Europäischen Gerichtshof verklagt. Die Europäische Kommission hat insbesondere drei Regelungen im VW-Gesetz bemängelt: Erstens ist in dem Gesetz ein Höchststimmrecht verankert, wonach kein Aktionär in der Hauptverhandlung mehr als 20 Prozent der Stimmen ausüben dürfe, unabhängig davon, wie viele Anteile an dem Unternehmen er hält (§ 2 Abs. 1 VW-Gesetz). Zweitens sieht das VW-Gesetz bei wichtigen Entscheidungen eine Sperrminorität von 20 Prozent vor (§ 4 Abs. 3 VW-Gesetz). Drittens enthält das Gesetz besondere Entsendungsrechte zur Vertretung im Aufsichtsrat (§ 4 Abs. 1 VW-Gesetz). Außerdem werde der Konzern für eine Übernahme uninteressant, weil kein Aktionär, selbst wenn er sich die Mehrheit zusammenkaufen

---

[308] EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-503/99 (Kommission/Belgien), Slg. 2002, I-4809 (4832, Rdn. 46 ff.).

[309] EuGH v. 04.06.2002 – Rs. C-367/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2002, I-4731, Rdn. 11 ff.; EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-483/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-4781 (4804, Rdn. 48 ff., 51).

[310] EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-367/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2002, I-4731 (4775 f., Rdn. 52).

würde, die Unternehmen beherrschen könne. Der Gerichtshof ist der Kommission gefolgt und hat Deutschland verurteilt[311].

Aus besonderen Gründen, die in Art. 57 bis 60 (64-66, 75) EGV/AEUV geregelt sind, aber auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses kann eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit gerechtfertigt sein[312].

c) Die Kapitalverkehrsfreiheit nimmt den Mitgliedstaaten die Hoheit über den Einsatz des in der Volkswirtschaft erarbeiteten Kapitals, im wesentlichen die Ersparnisse der Bürger, im Interesse des gemeinsamen Wohls des Landes zu entscheiden. So weit, daß die Kapitaleigner ihr Kapital irgendwo in der Welt verwerten dürfen, auch wenn das dem eigenen Land schadet, reicht die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG allein schon wegen der Sozialpflichtigkeit nach Absatz 2 des Eigentumsgrundrechts nicht[313]. Die globale Kapitalverkehrsfreiheit ist mit dem Sozial- und dem Demokratieprinzip unvereinbar[314]. Die Kapitalverkehrsfreiheit nimmt dem Gemeinwesen zudem das „Eigentum" an den Unternehmen, nämlich die Hoheit über die Unternehmen des Landes[315]. Die Kapitalverkehrsfreiheit ist ein wesentlicher Grund für den Niedergang der deutschen Wirtschaft und für die Beschäftigungsnot in Deutschland[316]. Die Kapitalverkehrsfreiheit, global zugeschnitten, ist mit der existentiellen Staatlich-

---

[311] EuGH v. 23.10.2007 – Rs. C-112/05 (Kommission/Deutschland), Rdn. 17 ff., 72 ff.

[312] Dazu *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2822 ff., S. 1064 ff., Rdn. 3873 f., S. 1080 ff.

[313] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, in: ders. (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 263 ff.

[314] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders.*, Demokratische und soziale Defizite der Globalisierung, in: ders., Freiheit – Recht – Staat, hrsg. v. D. I. Siebold/A. Emmerich-Fritsche, 2005, S. 668 ff.

[315] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 319 ff.; *ders.*, Eigentümer globaler Unternehmen, in: B. N. Kumar/M. Osterloh/G. Schreyögg (Hrsg.), Unternehmensethik und die Transformation des Wettbewerbs: Shareholder Value, Globalisierung, Hyper-Wettbewerb, FS H. Steinmann, 1999, S. 409 ff.

[316] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.

keit unvereinbar. Sie entmachtet den Staat und das Volk. Die Abwehr der „Goldenen Aktien" nimmt den Mitgliedstaaten die letzten Möglichkeiten, ihren Einfluß auf ihre wichtigen Unternehmen, insbesondere Unternehmen der Daseinsvorsorge, zu verteidigen. Das bedroht die Existenz.

III. Integrationismus zu Lasten der nationalen Gesetzgebung

1. Der Gerichtshof hat die Aufgaben und Befugnisse der Union durch seine Judikatur weit ausgedehnt und die Schranken der Grundfreiheiten sehr eingeengt, um dem Integrationsprinzip größtmögliche Effektivität zu verschaffen. Die Mitgliedstaaten dürfen die Grundfreiheiten nur einschränken, wenn sie das mit den im Vertrag ausdrücklich genannten Gründen rechtfertigen können (Art. 30, 39 Abs. 3, 46, 55 in Verbindung mit Art. 46 EGV (36, Abs. 3, 52, 62 i.V.m. 52)), oder (für Inländer und andere Unionsbürger) unterschiedslos treffende Beschränkungen als immanente Schranken als zwingende Erfordernisse des allgemeinen Wohls geboten sind[317]. Grundlegend hat der Gerichtshof im Urteil „Cassis-de-Dijon" als „immanente Schranken" des Art. 28 EGV (damals Art. 30 EWGV) weitere (nicht abschließende) Rechtfertigungsgründe neben Art. 30 EGV (damals Art. 36 EWGV) für unterschiedslos geltende Maßnahmen entwickelt[318]. Auch unterschiedslos anwendbare nationale Regelungen, welche die Dienstleistungsfreiheit beschränken, sind nur hinzunehmen und nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar,

---

[317] EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649, Rdn. 8, 14; EuGH v. 31.03.1993 - Rs. C-19/92 (Kraus/Land Baden-Württemberg), Slg. 1993, I-1663, Rdn. 32; ausdrücklich für die Niederlassungsfreiheit nunmehr EuGH v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94 (Gebhard/Consiglio dell' ordine degli avvocati e procuratori di Milano), Slg. 1995, I-4165, Rdn. 35; dazu *R. Streinz*, Europarecht, Rdn.827 ff., S. 315 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 486, 498 ff., S. 183, 188 ff.

[318] EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649, Rdn. 8, 14; modifiziert in EuGH v. 26.06.1997 - Rs. C-368/95 (Vereinigte Familiapress/Bauer Verlag), Slg. 1997, I-3689, Rdn. 8; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 998 ff., S. 379 ff.

wenn sie aus zwingenden Allgemeininteressen (etwa Kunden- und Gläubigerschutz) gerechtfertigt sind, die für alle im Gebiet des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, ansässige Personen verbindlich sind[319] und dem Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften des Herkunftslandes des Dienstleistungserbringers Rechnung getragen ist[320]. Für alle Grundfreiheiten praktiziert der Gerichtshof inzwischen einheitlich, „daß nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist" (Gebhard-Formel)[321].

2. Im Gegensatz zur extremen Auslegung des Anwendungsbereichs der Tatbestände der Grundfreiheiten legt der Gerichtshof die Ausnahmen zu den Grundfreiheiten, die immanenten Schranken und Rechtfertigungsgründe für besondere Maßnahmen der Mitgliedstaaten, welche letzteren Gestaltungsmöglichkeiten lassen, möglichst restriktiv aus[322]. Damit will er

---

[319] EuGH v. 03.12.1974 - Rs. 33/74 (van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalvijoerheid), Slg. 1974, 1299 (1309, Rdn. 10/12); EuGH v. 4.12.1986 - Rs. 205/84 (Kommission/Deutschland ("Versicherungen")), Slg. 1986, 3755, Rdn. 30 ff.; EuGH v. 25.7.1991 - Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221, Rdn. 14 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2621 ff., 266 ff., S. 986 ff., 1000 ff.

[320] EuGH v. 17.12.1981 - Rs. 279/80 (Strafverfahren gegen Webb), Slg. 1981, 3305 (3325, Rdn. 17); *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. Rdn 2689 ff.,S. 1011 ff.

[321] EuGH v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94 (Gebhard/Consiglio dell' ordine degli avvocati e procuratori di Milano), Slg. 1995, I-4165, Rdn. 37; vgl. auch schon EuGH v. 31.03.1993 - Rs. C-19/92 (Kraus/Land Baden-Württemberg), Slg. 1993, I-1663, Rdn. 32; dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 418 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundrechte, Rdn. 478 ff., S. 180 ff.

[322] EuGH v. 21.06.1974 - Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, 631, Rdn. 42 f.; EuGH v. 12.07.1979 - Rs. 153/78 (Kommission/Deutschland), Slg. 1979, 2555 (2565 ff., Rdn. 8 ff.); EuGH v. 08.04.1976 - Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1976, 497 (514, Rdn. 45/49 f.); EuGH v. 27.10.1977 - Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999 (2013, Rdn. 33/35); *R. Streinz*,

im Sinne des *effet utile* den Grundfreiheiten maximale Wirkung verschaffen[323]. So läßt er Ausnahmen vom „grundlegenden Prinzip des freien Warenverkehrs" nur insoweit zu, „als sie , gerechtfertigt, das heißt nötig sind", um die in diesen Artikeln bezeichneten Ziele zu sichern[324]. Ob die Maßnahmen gerechtfertigt sind, überprüft der Gerichtshof insbesondere anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.[325] In der damit verbundenen Abwägung von Rechtsgütern, die über Auslegung und Subsumtion hinausgeht, erweist sich die rechtsetzende Funktion des Gerichtshofs. Sie ist mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nicht vereinbar, also vertrags- und demokratiewidrig.

Der Gerichtshof bestimmt die Legitimität und damit die Legalität des von den Mitgliedstaaten bezweckten Schutzes anhand des Gemeinschaftsrechts und überläßt die Auslegung der Rechtfertigungsgründe nicht den Mitgliedstaaten. Vielmehr engt er die Begriffe der Ausnahmetatbestände, z. B. den der „öffentlichen Gewalt"[326], durch seine Definitionen scharf ein. Die Legitimität der Mittel, mit denen die Mitgliedstaaten die angeführten (vertragsgemäßen) Schutzziele zu verwirklichen suchen, überprüft der Gerichtshof. Die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Mittel mißt der

---

Europarecht, Rdn. 833, S. 317; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 935, 946, 1632, S. 356, 360, 619 u.ö.

[323] EuGH v. 25.7.1991 - Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221, Rdn. 12; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 798, S. 304 f.

[324] EuGH v. 12.07.1979 - Rs. 153/78 (Kommission/Deutschland), Slg. 1979, 2555 (2565 ff., Rdn. 8 ff.); EuGH v. 31.03.1993 - C-19/92 (Kraus/Land Baden Württemberg), Slg. 1993, I-1663 (Rdn 40).

[325] Dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 96 f., 410 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 833, S. 317; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 523 ff., 1051 ff., 1715 ff., 2291 ff., 2675 ff., S. 198 ff., 400 ff., 648 ff., 863 ff., 1006 ff..

[326] EuGH v. 21.06.1974 - Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, 631 (655, Rdn. 51/53); *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2677, S. 742 ff..

Gerichtshof eng und streng an deren sachdienlicher Notwendigkeit[327]. So hat sich der Gerichtshof im Fall Bosman, in dem es (u.a.) um die Vereinbarkeit der Transferregelungen im Profifußball mit Art. 39 EGV ging, nicht mit der Feststellung einer Teileignung des Transfersystems begnügt, sondern letztlich deren bestmögliche Zweckmäßigkeit für den Fußball zum Kriterium erhoben[328]. Das überschreitet die Grenzen richterlichen Prüfung. Das Kriterium der Erforderlichkeit hat der Gerichtshof oft auf eine „Unerläßlichkeit" reduziert[329], während er für das der Geeignetheit den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum läßt[330]. Die Erforderlichkeit verneint der Gerichtshof regelmäßig, wenn der Schutz hinreichend durch Regelungen des Herkunftslandes gewährleistet ist[331]. „In der Frage der Erforderlichkeit drohen die meisten nationalen Maßnahmen zu scheitern", resümiert Walter Frenz[332], der es an sich durch nichts an integrationistischem Eifer fehlen läßt.

---

[327] Z. B. EuGH v. 25.02.1988 - Rs. 427/85 (Kommission/Deutschland), Slg. 1988, 1123 (1162, Rdn. 26); EuGH v. 26.04.1988 - Rs. 352/85 (Bond an Adverteerders), Slg. 1988, 2085 (2135, Rdn. 36, 37).

[328] EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-5071, Rdn. 106 ff.).

[329] Z. B. EuGH v. 20.05.1976 - Rs. 104/75 (De Peijper), Slg. 1976, 613 (635 ff., Rdn. 14/18 ff.), EuGH v. 06.10.1987 - Rs. 118/86 (Openbaar Ministerie), Slg. 1987, 3883 (3907, Rdn. 14); EuGH v. 04.06.1992 - verb. Rs. C-13/91 u. C-113/91 (Debus), Slg. 1992, I-3617 (3643, Rdn. 24); EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (5072, Rdn. 110) unter Verweis auf die ausführlichen wirtschaftlichen Betrachtungen des GA C.O. Lenz, Schlußanträge, S. 4930 (5017, Nr. 226 ff.).

[330] Etwa EuGH v. 10.07.1980 – Rs. 152/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1980, 2299, Rdn. 15 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 528, 1053 f., 2677, S. 200, 400 f., 1007.

[331] EuGH v. 28.01.1986 - Rs. 188/84 (Kommission/Frankreich), Slg. 1986, 419 (436, Rdn. 16); EuGH v. 28.11.1978 - Rs. 16/78 (Choquet), Slg. 1978, 2293 (2302 f., Rdn. 8); EuGH v. 17.12.1981 - Rs. 279/80 (Strafverfahren gegen Webb), Slg. 1981, 3305 (3325, Rdn. 17, 20); EuGH v. 07.02.2002 – Rs. C-279/00 (Kommission/Italien), Slg 2002, I-1425, Rdn 34; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 531, 1055, 2689 ff., S. 201, 401, 1011 f.

[332] Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 532, S. 201.

Teilweise verneint der Gerichtshof sogar, daß überhaupt ein Schutzbedürfnis bestehe, und behält sich vor, zu beurteilen, ob eine „ernsthafte Gefahr" drohe[333]. Er beurteilt nicht nur die Vertretbarkeit der mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahme, sondern maßt sich im Rahmen der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung eine eingehende Tatsachen- und Zweckbeurteilung an[334], wie er sie gegenüber den Akten der Gemeinschaftsorgane nicht ansatzweise beansprucht[335]. Auf eine Angemessenheitsprüfung im engeren Sinne verzichtet er wegen der strikten Eignungs- und Erforderlichkeitsprüfung meist oder beschränkt sich auf die Prüfung auf offenkundiger Unangemessenheit[336]. Bei der Abwägung berücksichtigt der Gerichtshof die Gemeinschaftsgrundrechte[337].

Obwohl sich die Grundfreiheiten und Grundrechte und deren Schranken und Schranken-Schranken und damit deren Beurteilungskriterien ähneln[338], hat der Gerichtshof in zahlreichen Urteilen den Verstoß mitgliedstaatlicher Regelungen gegen Grundfreiheiten festgestellt, während er nicht einmal zu dem Ergebnis gekommen ist, ein Gemeinschaftsrechtsetzungsakt verstoße gegen Grundrechte. Nur selten hat er Gemeinschaftsrechtsakte an Grund-

---

[333] EuGH v. 13.12.1990 - Rs. C-42/90 (Bellon), Slg. 1990, I-4863 (4883, Rdn. 14); EuGH v. 04.06.1992 - verb. Rs. C-13/91 u. C-113/91 (Debus), Slg. 1992, I-3617 (3641 f., Rdn. 17).

[334] Dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 427 ff., 465 ff.

[335] Z. B. EuGH v. 13.11.1990 – Rs. C-331/88 (The Queen), Slg. 1990, I-4023 (4062 f., Rdn. 9 ff.); dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 232 ff., 492 ff.

[336] EuGH v. 25.07.1991 - verb. Rs. C-1/90 u. 176/90 (Aragonesa de Publicidad) Exterior, Slg. 1991, I-4151 84184, Rdn. 17); *R. Streinz,* Europarecht, Rdn. 833, S. 317; *W. Frenz,* Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 533 f., 1060 ff., 2694 f., S. 201, 402 f., 1013 f.

[337] EuGH v. 26.07.1997 – Rs. C-368/95 (Vereinigte Familiapress/Bauer Verlag), Slg. 1997, I-3689, Rdn. 24 (Medienvielfalt); *W. Frenz,* Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 42 ff., 64 ff., S. 19 ff., 29 ff.

[338] Dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 435 ff.; *W. Frenz,* Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 42 ff., 65 ff., S. 19 ff., 29 ff.

freiheiten scheitern lassen[339], die als Leitlinien auch die Gemeinschafts-/Unionsrechtsetzung binden[340]. Der Gerichtshof mißt dem demokratisch legitimierten nationalen Gesetzgeber einerseits einen äußerst kleinen und dem demokratisch defizitären Gemeinschaftsgesetzgeber andererseits einen denkbar großen politischen Spielraum zu. Damit sich die Politik („Steuerungskraft") des Gemeinschaftsgesetzgebers möglichst ungehindert entfalten könne[341], greift der Gerichtshof sehr stark in den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum ein und verengt damit vertrags- und verfassungswidrig die allein demokratisch bestimmte Politik der nationalen Parlamente (Legislativorgane), obwohl er gelegentlich auf eine Entscheidungsprärogative und einen Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten hinweist[342]. Diese Judikatur widerspricht der existentiellen Staatlichkeit der

---

[339] Vgl. auch *S. Neri*, Principe de proportionnalité, RTDE 1981, S. 652 (679). Zu den unterschiedlichen Ergebnissen des BVerfG zu verbraucherschützenden Maßnahmen am Maßstab des Art. 12 GG einerseits und des EuGH am Maßstab des Art. 28 EGV (Art. 30 EGV a.F.) andererseits *G. Nicolaysen*, Inländerdiskriminierung im Warenverkehr, EuR 1991, 95 (109 ff.).

[340] EuGH v. 20.04.1978 – verb. Rs. 80/77 u. 81/87 (S.C.R.), Slg. 1978, 927; EuGH v. 29.02.1984 – Rs. 37/83 (Rewe-Zentrale), Slg. 1984, 1229, Rdn. 18; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 309 ff., S. 123 ff.; dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 412 ff.

[341] Z.B. EuGH v. 17.05.1988 - Rs. 84/87 (Erpelding/Secrétaire d' Etat), Slg. 1988, 2647 (2673, Rdn. 27); EuGH v. 27.06.1989 - Rs. 113/88 (Leukhardt/Hauptzollamt Reutlingen), Slg. 1989, 1991 (2015, Rdn. 20); EuGH v. 26.06.1990 - Rs. 8/89 (Zardi), Slg. 1990, 2515 (2533, Rdn. 11); EuGH v. 21.02.1990 - verb. Rs. C-267/88 bis C-285/88 (Wuidart), Slg. 1990, I-435 (481, Rdn. 14); EuGH v. 13.11.1990 - Rs. C-331/88 (The Queen/Fedesa), Slg. 1990, I-4023 (4063, Rdn. 14); EuGH v. 19.03.1992 - Rs. C-311/90 (Hierl), Slg. 1992, I-2061 (2081, Rdn. 13); EuGH v. 05.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat - Bananen), Slg. 1994, I-4973 (5068 f., Rdn. 47); EuGH v. 13.12.1994 - Rs. C-306/93 (SMW Winzersekt), Slg. 1994, 5555 (5581, Rdn. 21); EuGH v. 17.07.1997 - Rs. C-248/95 u. C-249/95 (SAM Schiffahrt u. Stapf), Slg. 1997, I-4475 (4512 ff.); kritisch z. B. *Ch. Tomuschat,* Aller guten Dinge sind III?, EuR 1990, 340 (356); *J. Kokott,* Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), S. 599 (608 f.).

[342] Für die Warenverkehrsfreiheit EuGH v. 15.09.1994 – Rs. C-293/93 (Houtwipper), Slg. 1994, I-4249, Rdn. 22; EuGH v. 15.06.1999 – Rs. C-394/97 (Heinonen), Slg. 1999, I-3599, Rdn. 43, für die Niederlassungsfreiheit vgl. z.B. EuGH v. 15.10.1987 - Rs. 222/85 (Unectef/Heylens), Slg. 1987, 4097 (4116, Rdn. 10); *W. Frenz*, Europäische Grundfreihei-

Mitgliedstaaten diametral. Sie kehrt das demokratisch gebotene Verhältnis begrenzter Politikmöglichkeiten der Union und weiter (nur durch die eigene Verfassung begrenzter) Politikmöglichkeiten der (Mitglied)Staaten im Staatenverbund in das Gegenteil um. In der Judikatur der Grundfreiheiten erweist sich die Europäische Union als Bundesstaat, der Befugnisse existentieller Staatlichkeit beansprucht, dafür allerdings keine Vertragsgrundlage hat, schon gar nicht eine, die demokratisch tragfähig wäre. Diese Machtverschiebung nimmt (wie die anderen, die in diesem Schriftsatz kritisiert werden) dem Deutschen Bundestag und damit jedem Bundestagsabgeordneten die substantielle Möglichkeit, das Deutsche Volk zu vertreten und verletzt (auch) Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

3. Die Überprüfung des Sekundärrechts der Union beschränkt der Gerichtshof demgegenüber meist auf eine Evidenzkontrolle, oft nur auf offensichtliche Ungeeignetheit, auf Willkür. Deutlich wurde dies im Bananenmarkt-Urteil.[343] Der Schwere des Eingriffs in das Eigentumsgrundrecht und die Berufsausübungsfreiheit der Importeure hat der Gerichtshof bei der Abwägung mit den Marktordnungsinteressen keine Beachtung geschenkt. Darin lag ein folgenreiches Abwägungsdefizit[344]. Der Gerichtshof hat wiederum auf die Steuerungsfunktion des Gemeinschaftsgesetzgebers hingewiesen, die nicht behindert werden dürfe. Die Bananenmarktordnung verfolge die Ziele, die Gemeinschaftsproduktion zu gewährleisten, die Einkommen der Gemeinschaftserzeuger zu steigern und die Verpflichtungen aus dem Lomé-Abkommen zu erfüllen. Auf mildere Alternativen und eine eingehende Angemessenheitsprüfung hat sich der Gerichtshof, anders als das Bundesverfassungsgericht in vergleichbaren Fällen[345], nicht eingelassen.

---

ten, Rdn. 523 ff., S. 198 ff. u.ö..

[343] EuGH v. 5.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat; Bananenmarkt), Slg. 1994 I, 4973 (5048 ff.).

[344] VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 24.10.1996, EuZW 1997, 182 (190).

[345] Vgl. z.B. BVerfGE 21, 150 (157 ff.), Parallelfall zur Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, S. 3727 (3748 ff.); BVerfG-Beschl. v. 25.1.1995, EuR 1995, 91; VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 24.10.1996, EuZW 1997, 182 (190), sieht darin ein struktu-

4. Grundrechteverletzungen meint der Gerichtshof erst feststellen zu sollen, wenn der Wesensgehalt eines Grundrechts verletzt ist, was er bisher immer, nicht anders als im übrigen das Bundesverfassungsgericht, verneint hat[346]. Das Bundesverfassungsgericht begnügt sich bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen, wenn die Berufsausübungsfreiheit oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit nur am Rande berührt sind, mit einer Evidenzkontrolle.[347] Sie verdichtet sich jedoch zu einer Vertretbarkeitskontrolle oder sogar zu einer genaueren inhaltlichen Kontrolle, wenn die Grundrechte intensiver betroffen sind.[348] Die Bereitschaft des Gerichtshofs der Europäischen Union, gegenüber Gemeinschaftsakten Rechtsschutz zu geben, steigt demgegenüber selbst bei erheblicher, manchmal substantieller Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit oder sogar der Eigentumsgewährleistung nicht wesentlich[349]. Darum hat der Gerichtshof bisher noch nicht eine Verordnung oder Richtlinie für grundrechtswidrig erklärt. Dies entspricht nicht dem allgemeinem deutschen Grundrechtestandard.

---

relles Defizit der Grundrechterechtsprechung des EuGH, das nicht dem unabdingbaren Grundrechtsestandard entspreche, den der EuGH nach dem Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155 (174)) zu gewährleisten habe.

[346] Z.B. EuGH v. 15.02.1996 - Rs. C-370/93 (Duff), Slg. 1996, I-569 (611, Rdn. 30); EuGH v. 15.04.1997 - Rs. C-22/94 (The Irish Farmers Association), Slg. 1997, I-1809 (1840, Rdn. 29); vgl. auch die Rechtsprechungsanalyse bei *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 365 ff.; zur Wesensgehaltsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts vgl. *K. A. Schachtschneider,* Res publica res populi, S. 819 ff., 831 ff.; *ders.,* Freiheit in der Republik, S. 420 ff.; *R. Alexy,* Theorie der Grundrechte, 1986, S. 269 ff.

[347] Vgl. etwa BVerfGE 30, 250 (263); 37, 1 (20); 39, 210 (230 f.); 40, 196 (222 f.); 77, 84 (106 f.); 87, 363 (383 f.); 103, 293 (307 f.).

[348] Siehe BVerfGE 50, 290 (333); 85, 36 (57 u. 2. LS); *K. Schlaich,* Das Bundesverfassungsgericht, 1997, S. 357 ff.; *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 155 ff.

[349] Vgl. z.B. EuGH v. 13.12.1979 - Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727 (3748 ff.); EuGH v. 22.10.1991 - Rs. C-44/89 (v. Deetzen/Hauptzollamt Oldenburg), Slg. 1991, I-5119 (5156, Rdn. 28 ff.); EuGH v. 10.01.1992 - Rs. C-177/90 (Kühn/ Landwirtschaftskammer Weser-Ems), Slg. 1992, I-35 (63 f., Rdn. 16, 17).

Wenn der Gerichtshof sich vorbehält, das Vorbringen eines Mitgliedstaates, er wolle die Verbraucher schützen, auf seine Legitimität und Zweckmäßigkeit zu prüfen, schafft er eine Rechtfertigungslast der Mitgliedstaaten[350]. Eine solche auferlegt er dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht, weil für die Rechtmäßigkeit des Gemeinschaftshandelns eine Vermutung spreche. Gelegentlich kehrt er sogar, rechtstaatlich bedenklich, die Rechtfertigungslast um und lastet diese dem Bürger auf, der nachweisen sollte, daß die Beschränkungen nicht im allgemeinen Interesse gelegen hätten und daß die Regelung ein im Hinblick auf ihr Ziel übermäßiger Eingriff gewesen sei[351].

5. Der Gerichtshof pflegt (tendiert dahin) den politischen Spielraum der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung einzuengen[352], selbst wenn die Gemeinschaft für eine bestimmte Politik keine Befugnis hat, verbindliches Recht zu setzen, sondern lediglich Programme oder Erklärungen beschlossen hat oder ähnliche an sich unverbindliche Maßnahmen, etwa im Koordinationsinteresse, getroffen hat[353]. Damit geht die Verantwortung für die Rechtsgüter, deren Schutz ein Mitgliedstaat durch seine Beschränkungen der Grundfreiheiten bezweckt, zunehmend auf die Union über und unterliegt deren Politik[354]. Eine Berufung auf die Schranken der Grundfreiheiten wird vom Gerichtshof überhaupt ausgeschlossen, wenn in Gemeinschaftsvorschriften

---

[350] *N. Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen, 1987, S. 70; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 524, S. 199..

[351] EuGH v. 18.03.1980 - Verb. Rs. 26 u. 89/79 (Forges de Thy-Marcinelle et Monceau/Kommission), Slg. 1980, 1083 (1093, Rdn. 6); dazu kritisch *R. Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 416, Fn. 303.

[352] Vgl. EuGH v. 12.07.1979 - Rs. 153/78 (Kommission/Deutschland; "Fleischzubereitungen"), Slg. 1979, 2555 (2565 ff., Rdn. 10 ff.); EuGH v. 26.04.1988 – Rs. 352/85 (Niederländischer Staat), Slg. 1988, 2085 (2135, Rdn. 36 f.); EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921 (5062 ff.).

[353] EuGH v. 08.06.1999 – Rs. C-337/97 (Meeusen), Slg. 1999, 3289 (3314, Rdn. 27 f.); vgl. auch EuGH v. 19.02.1998 – Rs. C-212/96 (Chevasses-Marche), Slg. 1998, 743, Rdn. 44.

[354] Vgl. *N. Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen, S. 66, 158.

einem Schutzgut bereits abschließend Rechnung getragen wurde[355]. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts kann allenfalls insoweit ein Grund sein, nationale Schutzpflichten zurückzudrängen, als eine abschließende und der Form nach verbindliche gemeinschaftliche Regelung hinreichende Schutzmaßnahmen getroffen hat. Sonst ist die existentielle Schutzpflicht[356] der Mitgliedstaaten verletzt. Im Cassis de Dijon-Urteil[357] heißt es richtig, daß es „in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung ... Sache der Mitgliedstaaten" sei, „alle die Herstellung und Vermarktung betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen". Der Gerichtshof reduziert den mitgliedstaatlichen Spielraum jedoch auch, indem er primäres (auch ungeschriebenes) oder sekundäres Gemeinschaftsrecht zur Auslegung des legitimen Schutzgutes heranzieht. Durch neue vertragliche Aufgaben und Befugnisse (etwa für den Umweltschutz und Verbraucherschutz, für das Gesundheitswesen, für die soziale, innere und die äußere Sicherheit) werden die Wirkungsmöglichkeiten der Union, zumal des Gerichtshofs erweitert, weil jede Unionspolitik die Querschnittskompetenzen verstärkt und vertieft, selbst wenn rechtsangleichende Maßnahmen explizit ausgenommen sind.

6. Die integrationistisch motivierte, einschränkende Auslegung Schranken der Grundfreiheiten durch den Gerichtshof verschiebt die Aufgaben und Befugnisverteilung des Primärrechts zu Lasten der existentiellen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten und damit zu Lasten der Freiheit der Bürger,

---

[355] EuGH v. 05.10.1977 - Rs. 5/77 (Tedeschi/Denkavit Commerciale), Slg. 1977, 1555 (1576, Rdn. 35); EuGH v. 08.11.1979 - Rs. 251/78 (Denkavit/Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen), Slg. 1979, 3369 (3388, Rdn. 14); vgl. auch EuGH v. 30.11.1983 - Rs. 227/82 (van Bennekom), Slg. 1983, 3883 (3904, Rdn. 35). Eine Abweichung ist bei aufgrund Art. 95 EGV erlassenen Maßnahmen nur nach Maßgabe des Art. 95 Abs. 4 - 7, 10 EGV möglich; auch hier einschränkend *H. Matthies*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht er Europäischen Union, Kommentar (Stand Sept. 1992), Art. 36, Rdn. 10: nur soweit die nach Art. 95 EGV erlassenen Maßnahmen keinen "umfassenden" Charakter haben.

[356] Zu den Schutzpflichten Hinweise in Fn. 368.

[357] EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649 (662, Rdn. 8).

nämlich zu Lasten des demokratischen Prinzips. Die im Vertrag geschriebenen sowie die ungeschriebenen Schranken der Grundfreiheiten belegen, daß die mitgliedstaatlichen Schutzinteressen als gleichrangiger Bestandteil des Allgemeinwohls anzusehen sind. Eine generelle Argumentationslastregel „in dubio pro communitate" gibt das Integrationsprinzip des Grundgesetzes nicht her. Dies gilt um so mehr, als die nationalen Belange des gemeinen Wohls zugleich legitime Ziele oder sogar Grundsätze der Gemeinschaftsordnung sind. Der Grundsatz des *effet utile* darf allenfalls die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sichern, darüber hinaus jedoch nicht zu Machtverschiebungen führen[358]. Eine prima facie-Präferenz zugunsten der in den Grundfreiheiten enthaltenen Prinzipien gegenüber ihren Ausnahmen als Argumentationslastregel[359] ist jedenfalls dann nicht tragfähig, wenn die Ausnahmen ihrerseits Prinzipien mit Verfassungsrang (z.B. Grundrechte) oder essentielle Belange der Mitgliedstaaten schützen sollen. So darf etwa der Konflikt zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten als Teil der Gemeinschaftsverfassung nur im Sinne praktischer Konkordanz, nicht aber im Sinne eines (ideologischen) Vorrangs der Grundfreiheiten gelöst werden[360].

Mit seiner Praxis, die unterschiedliche Maßstäbe an Beschränkungen wirtschaftlicher Freiheit anlegt, je nachdem, ob sie von den Mitgliedstaaten oder von der Union ausgehen, verschiebt der Gerichtshof die vom Vertrag vorgesehene Verteilung der Aufgaben und Befugnisse, der politischen Macht also, stetig zu Lasten der Mitgliedstaaten. Er verfehlt damit nicht nur seine Aufgabe, das „Recht zu wahren", sondern vor allem verletzt er auch das Prinzip der begrenzten Ermächtigung. Der Gerichtshof hat

---

[358] BVerfGE 89, 155 (210).

[359] GA *J.-P. Warner*, Schlußanträge, Rs. 53/80 (Kaasfabrik Eyssen), Slg. 1981, 424 (429).

[360] So aber GA *C.O. Lenz*, Schlußanträge, Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), 4930 (5013, Nr. 216): nur ein "überragend wichtiges Verbandsinteresse" könne eine Beschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen; der EuGH verdrängt die Vereinigungsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht von vornherein aus der Argumentation, EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-5065, Rdn. 79); vgl. auch *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 42 ff., insb. Rdn. 75 f., S. 19 ff., 33 f.

schrittweise und gezielt die Europäische Union zu einem Bundesstaat mit existentieller Staatlichkeit ausgebaut. Von der „Begrenztheit" der Ermächtigung kann wegen der dynamischen Praxis des Gerichtshofs, den Staatenverbund der europäischen Mitgliedstaaten zum europäischen Unionsstaat zu entwickeln, keine Rede sein.

Die unterschiedliche Handhabung der Grundfreiheiten gegenüber den Gesetzen der Mitgliedstaaten (integrationistisch) und der Grundrechte gegenüber der Rechtsetzung der Unionsorgane (etatistisch) hat System, nämlich den systematischen Vorrang des Marktprinzips des übergeordneten Unionsstaates vor dem Sozialprinzip der untergeordneten Mitgliedstaaten. Dem folgt die Struktur der Europäischen Union, in welcher alle Unionsorgane der Integration, wie auch immer diese materialisiert wird, verpflichtet sind, und eigene Politik der Mitgliedstaaten als integrationswidrig zurückweisen, schon weil eine solche dem Marktprinzip zuwiderläuft. Der Gerichtshof agiert mehr als integrationistische Aufsichtsinstanz des Bundesstaates über die Mitgliedsaaten denn als gerichtliche Gegengewalt zu den exekutivistisch Organen der Union. Für die letztere Aufgabe ist die Besetzung des Gerichtshofs auch allzu heterogen, zumal seine Judikate keine Rechtserkenntnisse sind, sondern die unterschiedlichen Interessen befriedende Machtsprüche. Die Interessen haben aber die Rechtsakte schon bedient, gegebenenfalls bestmöglich befriedet.

IV. Herkunftslandprinzip oder Anerkennungsprinzip zu Lasten der nationalen Gesetzgebung

1. Diskriminierungsverbote oder das Gebot der Inländerbehandlung verlangen, die Rechtsvorschriften des Bestimmungslandes einzuhalten. Ihnen entspricht das Bestimmungslandprinzip[361]. Werden die Grundfreiheiten nicht nur als Diskriminierungsverbote, sondern auch als allgemeine Beschränkungsverbote interpretiert[362], wie das der Gerichtshof der Europäi-

---

[361] *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 1998, S. 28.

[362] Dazu näher *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 795 ff., S. 304 ff.

schen Union in ständiger Rechtsprechung praktiziert, wird die Inländergleichbehandlung gegebenenfalls dennoch als Beschränkung der Grundfreiheiten angesehen, wenn in den betroffenen Staaten unterschiedliche Standards bestehen. Ein Weg, um solche Beschränkungen zu minimieren, ist die Rechtsangleichung, ein anderer die Anerkennung der anderen Standards nach dem Herkunftslandprinzip[363]. Während die Rechtsangleichung auf eine Harmonisierung zielt, greift nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ein Wettbewerb der Standards Platz, in dem sich gemeinschaftsweit einheitliche Regelungen im Wege (nur) faktischer Angleichung aufgrund der Präferenzen der Marktbeteiligten herauszubilden vermögen[364].

Seit den 80-er Jahren setzt man in Anlehnung an die insoweit bahnbrechende „Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung" auf die gegenseitige Anerkennung der mitgliedstaatlichen Regelungen, dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens folgend[365]. Ob dieses Vertrauen tatsächlich besteht und gerechtfertigt ist, ist angesichts der unterschiedlichen Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten mehr als fraglich.

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung liefert einen wesentlichen Beitrag zur Integration, aber auch zur existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union. Gegen das Herkunftslandsprinzip ist einzuwenden, daß es aus ökonomischen Zwängen zu einer faktischen Angleichung der Standards auf dem gemeinschaftsweit niedrigsten Niveau führt.[366] Außerdem werden, wenn die Standardwahl (aufgrund der Funktion der Grundfreiheiten als subjektive Rechte) der Präferenzentscheidung jedes einzelnen Un-

---

[363] Umfassend *Th. C. W. Beyer,* Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 25 ff., 55 ff.

[364] *Th. C. W. Beyer,* Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 33 f.

[365] Dazu *R. Wägenbaur,* Neue Wege der Anerkennung der Hochschuldiplome - Die Verwirklichung der Freizügigkeit in der Gemeinschaft -, EuR 1987, 113 ff.

[366] So schon die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zu EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (REWE/BfB), Slg. 1979, 649 (656); entsprechende Bedenken äußerte der Bundesrat im Rahmen der Beratungen des Weißbuchs der Kommission über den Binnenmarkt und die EEA, BR-Drs. 289/85 v. 14.3.1986, Rdn. 15; BR-Drs. 150/86 v. 16.5.1986, S. 7.

ternehmers oder Verbrauchers überlassen wird, die durch den Bestimmungsstaat demokratisch getroffenen gesetzgeberischen Entscheidungen unterlaufen[367]. Dadurch können auch grundrechtliche Schutzpflichten[368] betroffen werden. Aus rechtlichen Gründen darf das Herkunftslandprinzip daher allenfalls begrenzt zur Verwirklichung des Binnenmarktes eingesetzt werden.

Zunächst müßte sich das Herkunftslandprinzip aus den Ermächtigungen der Unionsverträge ergeben. Auch der Vertrag von Lissabon enthält keine Bestimmung, die ausdrücklich eine generelle Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer Anerkennung von Rechtsakten anderer Unionsstaaten ausspricht. Eine solche aus der Pflicht zur gegenseitigen Treue abzuleiten (Art. 3a (4) Abs. 2 EUV, bislang Art. 10 EGV) wäre allenfalls zu bedenken, wenn die Europäische Union den Integrationsstand eines rechtmäßig verfaßten Bundesstaates erreicht hätte[369].

Ernst Steindorff hat für alle Grundfreiheiten im Binnenmarkt ein Herkunftslandprinzip postuliert: Jede Ware und Dienstleistung könne „im ganzen Gemeinsamen Markt abgesetzt werden, wenn sie den rechtlichen Anforderungen des Herkunftsstaats" genüge. „Jedermann" könne „in selbständiger oder abhängiger Position in anderen Staaten tätig werden, wenn er über die hierzu erforderlichen Befähigungsnachweise des Herkunftsstaates" verfüge.[370] Eine solche Konzeption würde jedoch einer begrenzten Ermächtigung der Union gänzlich widersprechen. Die Fülle der anzuerkennenden Vorschriften aus 27 Mitgliedstaaten, die sich jederzeit ändern können, ohne daß hierauf die anderen Staaten Einfluß nehmen können, wäre unabsehbar und in keinster Weise „voraussehbar". Im übrigen wäre eine

---

[367] *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 40; *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 142 ff.

[368] Vgl. BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); st. Rspr.; BVerfGE 88, 203 (251 ff.); 90, 145 (195); vgl. *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 93; dazu *K. A. Schachtschneider*, Umweltschutz, in: ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 304 ff.

[369] BVerfGE 11, 6 (19 ff.); *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung, S. 46 f.

[370] *E. Steindorff*, Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 150 (1986), 687 (689).

Rechtsvereinheitlichung durch Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften gemäß Art. 94 (114) AEUV, bislang Art. 95 EG, für das Funktionieren des Binnenmarktes entbehrlich.[371] Der Staat, in dem die Leistungen erbracht werden, würde die Verantwortung für die Sicherheit nicht mehr übernehmen können. Diese Verantwortung hätte (hat) die Union, die sich in dem Maße, in dem das Herkunftslandprinzip verwirklicht ist, als existentieller Bundesstaat erweist. Das aber verletzt die Rechte des Volkes und dessen Vertreter aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, aber auch die Rechte jedes Bürgers aus Art. 2 Abs. 1 GG; denn es ist mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar.

Der Gerichtshof hat in seinem Urteil Cassis de Dijon den Grundsatz begründet, daß jede Ware, die in einem Mitgliedstaat legal hergestellt und in Verkehr gebracht wurde, im gesamten Gemeinschaftsgebiet verkehrsfähig sei[372]. Im Interesse der Personenfreizügigkeit müßten ausländische Diplome und sonst erworbene Kenntnisse und Fähigkeiten anerkannt werden, außer sie würden mit den inländisch geforderten Qualifikationen nicht übereinstimmen; dann bedürfe es zumindest deren adäquater Berücksichtigung[373]. Im Falle der Gleichwertigkeit der Qualifikation dürfe ein Mitgliedstaat Angehörige anderer Mitgliedstaaten nicht durch irgendwie mit mangelnder Qualifikation begründete Entscheidungen belasten. Für die Niederlassungsfreiheit hat der Gerichtshof entschieden, daß in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig gegründete Unternehmen auch im Inland als handlungsfähig anzusehen seien[374]. Für aus anderen Mitgliedstaaten zuziehende Menschen dürfe zwar eine Meldebescheinigung gefordert werden; diese ist aber nur formaler Natur. Wenn sie fehlt, dürfe keine Ausweisung

---

[371] *W. Frenz,* Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 169, S. 70 f.

[372] EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649 (664, Rdn. 14).

[373] EuGH v. 07.05.1991 - Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, I-2357 (2382 ff., Rdn. 10 ff.).

[374] EuGH v. 05.11.2002 - Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919 (9968, Rdn. 72 ff.); EuGH v. 30.09.2003 – Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 99 ff.; dazu näher II, 4.

verfügt werden[375]. Die Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten gängigen Qualitätsstandards ist nicht, sondern erfolgte aufgrund einer Äquivalenzkontrolle und wird, falls erforderlich, mit zusätzlichen Anforderungen versehen. Das ist (immerhin) kein absolutes Herkunftslandprinzip. Der Europäische Gerichtshof setzt aber das Herkunftsland- gegenüber dem Bestimmungslandprinzip überaus weitgehend und folgenreich durch[376]. Das Bestimmungslandprinzip wird seit der Keck-Rechtsprechung allerdings für Maßnahmen praktiziert, die den Marktzugang nicht behindern[377].

Die Kommission hat die Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung allzu pauschal dahingehend ausgelegt, daß in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und vermarktete Erzeugnisse auch in anderen Mitgliedstaaten zugelassen seien. Ihre Einfuhr dürfe nicht beschränkt werden, weil im Herstellungsstaat legitime Ziele mit anderen Mitteln verfolgt würden als im Empfängerstaat (Mitteilung der Komm. an die Mitgliedstaaten, ABl. 1980, C 256, 2 ff.). Die Kommission führte im Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes unter Berufung auf die Cassis de Dijon-Rechtsprechung des Gerichtshofs aus:

> „In den Fällen, in denen eine Harmonisierung der Vorschriften und Normen nicht aus gesundheits-, sicherheits- und industriepolitischen Gründen als wesentlich angesehen wird, muß die sofortige uneingeschränkte Anerkennung unterschiedlicher Qualitätsnormen ... die Regel sein"[378].

Dies verringert den Umfang der notwendigen Rechtsangleichung. Ein formelles Anerkennungsprinzip, wie es Art. 100 b EGV vorsah[379], sollte es jedoch nicht geben. Sicherheitsstandards, die für den Verbraucher nicht

---

[375] EuGH v. 27.10.1977 - Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999 (2010 f., Rdn. 15/18).

[376] Vgl. *W. Frenz,* Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 175 ff., S. 73 f.

[377] EuGH v. 24.11.1993 - Rs. C-267 u. 268/91 (Keck), Slg. 1993, I-6097 (6131, Rdn. 16); *W. Frenz,* Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 177 ff., S. 74.

[378] Kom. (85) 310 endg., S. 22 Nr. 77.

[379] Dazu umfassend *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 1998.

einfach erkennbar sind, dürfen nicht der Marktregulierung überlassen bleiben.

Alle Ermächtigungsgrundlagen zur Anerkennung im Vertrag (z. B. Art. 47 EGV/(53) AEUV) sind gegenständlich begrenzt. Eine Vorschrift, die eine allgemeine formelle Anerkennung ermöglicht, wie der ehemalige Art. 100b EGV, ist im Amsterdamer Vertrag aus gutem Grund aus dem Vertragswerk herausgenommen worden. Nach Art. 100 b EGV konnte der Rat die gegenseitige Anerkennung von Rechtsvorschriften beschließen[380].

Ein allgemeines Herkunftslandprinzip auf die Ermächtigungen der Rechtsangleichung stützen zu wollen, ist mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nicht vereinbar[381]. Richtlinien können nur die Anerkennung unterschiedlicher Standards anordnen, nicht aber deren Angleichung. Angleichung und Anerkennung sind ein Unterschied. Anerkennungsrichtlinien im Rahmen der Rechtsangleichung widersprechen den vom Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil[382] gestärkten Grundsätzen der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit der gemeinschaftlichen Ermächtigung.

2. Es wurden zahlreiche Richtlinien aufgrund Art. 47 und 55 EGV erlassen, welche auf das Recht eines Herkunftslandes verweisen. Hierzu gehört im Rahmen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit die Regelung über die Anerkennung von Diplomen[383], die Zulassung von Bankunternehmen[384],

---

[380] Dazu *R. Streinz*, Herstellung des Binnenmarktes im Bereich des Lebensmittelrechts, ZLR 1992, 233 (251); *ders.*, Die Herstellung des Binnenmarktes im Bereich des Lebensmittelrechts. Rechtsangleichung und gegenseitige Anerkennung als ergänzende Institute, ZfRV 1991, 357 ff.; umfassend *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 94 ff., 208 ff., 266 ff.

[381] *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 80 ff.

[382] BVerfGE 89, 155 (187 f.)

[383] Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. EG 1989 Nr. L 19/16 (ergänzt durch Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18.6.1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG, ABl. EG Nr. L 209/25). Vgl. auch die (vereinheitlichende) Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des

von Direkt- und Lebensversicherungsunternehmen[385] oder von Investmentfonds und Wertpapierdienstleistungen[386] für die gesamte Gemeinschaft. So können Banken und Versicherungen ihre Niederlassungs- und Dienstleitungsrechte in anderen Mitgliedstaaten ausüben, wenn sie dies der zuständigen Behörde ihres Herkunftslandes lediglich mitteilen[387]. Für Banken und Versicherungen erstreckt sich das Anerkennungs- oder Herkunftslandsprinzip auch auf Aufsichtsmaßnahmen, für die der Herkunftsstaat zustän-

---

Rates vom 7.6.1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Überwachungsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise, ABl. EG 1999, Nr. L 201 / 77.

[384] Art. 18 f. der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.3.2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABL. EG 2000 Nr. 2000 Nr. L 126 / 1 i. d. F. der Richtlinie 2000, ABl. EG 2000 Nr. L 275 / 37 zurückgehend auf Art. 18 Abs.1 der Zweiten Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77 / 780 / EWG, ABl. EG 1989 Nr. L 386/1.

[385] Art. 6 der Ersten Richtlinie 73/239/EWG des Rates vom 24.7.1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung), ABl. EG 1973, Nr. L 228 / 3 i. d. F. des Art. 7 der Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18.6.1992 sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadensversicherung), ABl. EG Nr. L 63/1 i. d. F. des Art. 4 der Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10.11.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), ABl. EG 1992 Nr. L 360 / 1.

[386] Art. 14 der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG 1993, Nr. L 141 / 27; Art. 4 UAbs. 2 der Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen von Wertpapieren, ABl. EG 1985, Nr. L 375 / 3.

[387] Siehe z. B. Art. 20 und 21 der Bankenrichtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.3.2000 übe die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute ABl. 2000 Nr. L 126, S. 1

dig bleibt[388]. Aus dem Herkunftslandprinzip folgt insbesondere im Bereich der Finanzdienstleistungen das Prinzip der Sitzlandkontrolle, dem zahlreiche Richtlinien folgen[389]. Es wird sogar auf Insolvenzrisiken angewendet. Deshalb hat die Gemeinschaft bei Kreditinstituten das Prinzip der obligatorischen Mitgliedschaft von Kreditinstituten in einem Einlagensicherungssystem des Herkunftsstaates eingeführt[390]. Die Fernsehrichtlinie[391] regelt neben dem Herkunftslandprinzip das notwendige Mindestmaß, um den freien Sendeverkehr zu verwirklichen, also kein formelles Herkunftslandprinzip. In der Europäischen Union muß ein Internetanbieter grundsätzlich nur noch das Recht des Mitgliedstaates beachten, in dem er niedergelassen ist, auch wenn er in einem anderen Mitgliedstaat Teledienste anbietet[392]. Allen diesen Richtlinien ist gemeinsam, daß sie erstens nur für bestimmte Dienstleistungen gelten und zum anderen neben dem Herkunftslandprinzip eine Mindestharmonisierung vorsehen. Sie werden auf den denkbar weiten Art. 47 Abs. 2 EGV gestützt, der eine derart weitgehende Politik nicht er-

---

[388] Art. 26 Abs. 1 der Kreditinstitutsrichtlinie, Art. 13 der Direktversicherungsrichtlinie (RL 73/240/EWG v. 24.7.1973, ABl. EG Nr. L 228/20) und Art. 15 der Lebensversicherungsrichtlinie 92/96/EWG ABl. Nr. L 360 /1, geändert durch Richtlinie 95/26/EG v. 29.6.1995, ABl. EG Nr. L 168/7 und Richtlinie 2000/64/ EG v. 7. 11. 2000, ABl. EG Nr. L 290/27.

[389] Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 18.9.2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geldinstituten, ABl. 2000 Nr. L 275, S. 39.

[390] Art. 4 Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.1994, ABl. 1994 Nr. L 126, S. 5.

[391] Richtlinie des Rates v. 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit (89/552/EWG), ABl. L 298 vom 17.10.1989, S. 23; geändert durch Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997; ABl. EG, L 202, 60 v. 30.7.1997; berichtigt durch ABl. L 331 vom 16.11.1989, S. 51 (89/552).

[392] Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 178 S. 1; § 4 Teledienstegesetz (TDG) allerdings mit zahlreichen Ausnahmen.

warten läßt, schon gar nicht die weitgehende Durchsetzung des demokratiewidrigen Herkunftslandprinzips.

3. Für Dienstleistungen, deren Anerkennung nicht geregelt ist, galt bisher das Bestimmungslandprinzip. Abweichend von dem Konzept sektoraler Richtlinien in Verbindung mit einer Mindestharmonisierung hat die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. 2006 L 376/37 v. 27.12.2006) grundsätzlich das Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen zugrundegelegt, ohne das ausdrücklich zu deklarieren (Art. 16 ff.). Durch das Herkunftslandprinzip soll sichergestellt werden, daß ein Mitgliedstaat grenzüberschreitende Leistungen eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleisters nicht dadurch beschränkt, daß er an diesen Dienstleister Anforderungen stellt, die von denen seines Herkunftslandes abweichen, insbesondere diese verschärfen. Für den Arbeitsmarkt in den Mitgliedstaaten mit hohen Lohnkosten hat das Herkunftslandprinzip, das auch erlaubt, die Dienstleistungen nach dem Arbeitsrecht und dem Lohn(Tarif)recht des Herkunftslandes zu erbringen, verheerende Wirkungen. Der Sache nach ermöglicht eine solche Regelung einen gespaltenen Arbeitsmarkt, einen nach den Tarifen (Flächentarifen) des Bestimmungslandes, etwa Deutschland, einen anderen nach dem des Herkunftslandes, etwa Polen, also Lohnunterschiede von etwa 7 zu 1.

Die Tarifautonomie Deutschlands, ein existentielles Prinzip deutscher Staatlichkeit, im Wesensgehalt durch Art. 19 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 1 und 3 GG unantastbar, bricht dadurch zusammen (und soll das wohl auch)[393]. Die massive Kritik an dieser Politik hat bewirkt, daß nach Art. 16 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie die Mitgliedstaaten ihre Bestimmungen über die Beschäftigungsbedingungen, einschließlich derjenigen in Tarifverträgen, anwenden können, freilich nur im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht, das Diskriminierungen (u.a.) verbietet. Es bleibt abzuwarten, wie der Europäi-

---

[393] Zu den Flächentarifen *K. A. Schachtschneider*, Flächentarife und die Soziale Frage, in: R. Krause/W. Veelken/K. Vieweg (Hrsg.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, 2004, S. 245 ff.

sche Gerichtshof diese Richtlinie handhaben wird, im Zweifel wegen des Vorranges des Primärrechts im Sinne des Herkunftslandprinzips.

Die Richtlinie ist auf Art. 47 Abs. 2 S. 1 und 3 EGV und Art. 55 EGV gestützt. Diese Ermächtigung erlaubt „Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten". Eine Koordinierung, die zumindest eine gewisse Rechtsangleichung für die Dienstleistungen verlangt[394], sieht die Richtlinie mit dem formellen Herkunftslandprinzip gerade nicht vor. Anerkennung und Koordinierung sind nicht gleichzusetzen. Die Verweisung auf das Recht des Herkunftslandes ist von der Ermächtigung des Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV nicht gedeckt[395]. Der Wortlaut „selbständiger Tätigkeiten" in Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV deutet im übrigen darauf hin, daß nicht unternehmerische, sondern freiberufliche Tätigkeiten geregelt sind. Das ergibt der Zusammenhang mit Diplomen (u.a.) in Absatz 1 der Vorschrift und mit Absatz 2, der ärztliche (usw.) Berufe regelt.

Der umfassend horizontale Ansatz der Dienstleistungsrichtlinie folgt einem Effektivitätsprinzip. Er soll bereichsspezifische, besondere Harmonisierungen ersetzen, die schwierige Verhandlungen erfordern würden. Er erfaßt, um öffentliche Verhandlungen und schwierige Rechtsetzungsverfahren (Art. 251 EGV, Art. 251 (293) AEUV) zu vermeiden[396], also rechtsmißbräuchlich, nicht lediglich bestimmte Dienstleistungen, sondern grundsätzlich alle Dienstleistungen, die im Wettbewerb angeboten werden. Die Richtlinie erfaßt auch Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, wenn sie wirtschaftlicher Art sind, wie Gesundheits- und Sozialdienste, Postdienste, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung.

---

[394] Vgl. *P. Tiedje /J. Troberg,* in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 47 Abs. 2 Rdn. 43 ff.

[395] *P. Tiedje /J. Troberg,* in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 47 Abs. 2 Rdn. 34 ff.

[396] Kommission, Strategiepapier, unter: http.://europa.eu.int/comm/internal_market /services/strategy/2004-prop.

Die Ausnahmen, welche die Dienstleistungsrichtlinie vorsieht, ändern an dieser grundsätzlichen Kritik nichts. Sie macht gewisse Ausnahmen zugunsten der Mindestlöhne und des Arbeitsschutzstandards im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie, zugunsten der Berufsqualifikation der medizinischen Berufe, zugunsten der Qualität und der Erschwinglichkeit der Leistungen der Postdienste, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgungen, zugunsten von Dienstleistungen im Bereich der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Gesundheit jeweils des Bestimmungslandes.

Die Entsenderichtlinie[397] verhindert nicht, daß die deutschen Arbeitsrechts- und Sozialstandards durch das in der Dienstleistungsrichtlinie materialisierte Herkunftslandprinzip ausgehöhlt werden. Zwar sieht die Entsenderichtlinie vor, daß für die in deren Art. 3 genannten arbeitsrechtlichen Standards (Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz für Schwangere, Wöchnerinnen, Kinder und Jugendliche, Nichtdiskriminierung) die gesetzlichen und allgemein verbindlich erklärten tariflichen Bestimmungen des Bestimmungslandes gelten sollen, jedoch betreffen die tarifrechtlichen Regelungen gemäß Art. 3 Abs. 1 2. Spstr. in Verbindung mit dem Anhang der Richtlinie bisher nur den Bereich des Bauhaupt- und Nebengewerbes (z. B. Aushub, Erdarbeiten, Bauarbeiten i.e.S., Umbau, Renovierung ...) und erstrecken sich nicht wie die Dienstleistungsrichtlinie auf grundsätzlich alle Dienstleistungen. Außerdem nimmt die Dienstleistungsrichtlinie durch besondere Ausführungsbestimmungen zur Entsenderichtlinie dem Bestimmungsland nahezu alle effektiven Kontrollmöglichkeiten. Für die Einhaltung der Genehmigungskriterien für das Dienstleistungsunternehmen soll nach der Dienstleistungsrichtlinie nicht mehr wie gemäß dem Bestimmungslandprinzip der Entsenderichtlinie (Art. 3: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür ...") das Be-

---

[397] Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. Nr. L 18/1.

stimmungsland, sondern das Niederlassungsland, also das Herkunftsland zuständig werden (Art. 16 Abs. 2). Nach Art. 16 Abs. 3 lit. a-d, g der Dienstleistungsrichtlinie werden Anforderungen des Dienstleistungsempfängerlandes, also des Bestimmungslandes, an einen grenzüberschreitend tätigen Dienstleistungserbringer untersagt, welche der Dienstleistungsfreiheit dienen, namentlich eine Niederlassung zu unterhalten, eine Genehmigung einzuholen, eine bestimmte Form oder Art der Infrastruktur zu errichten (einschließlich Geschäftsräumen oder einer Kanzlei), die Anwendung bestimmter vertraglicher Vereinbarungen zwischen Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger, einen besonderen Ausweis für eine Dienstleistung ausstellen zu lassen, u.a. Beschränkende Anforderungen des Bestimmungslandes sind grundsätzlich nach Art. 19 der Richtlinie unzulässig, insbesondere eine Genehmigung des Bestimmungslandes. Namen und Anschrift usw. muß der Dienstleistungserbringer dem Dienstleistungsempfänger angeben (Art. 22 der Richtlinie). Damit können alle Unternehmen, die ihren formalen Sitz außerhalb des Bestimmungslandes nehmen, zu weitgehend von diesen unkontrollierten Bedingungen in diesem Dienstleistungen erbringen. Dies gilt sowohl für die Beschäftigung inländischer Arbeitskräfte als auch für Entsendekräfte aus anderen Mitglieds- oder sogar Drittstaaten (vgl. Art. 16 Nr. 9 der Richtlinie).

Die Ausnahmen der Dienstleitungsrichtlinie von Herkunftslandprinzip sind, weil die Ausnahmen eng begrenzt sind, noch enger als die Schranken, die der Gerichtshof bei unterschiedslosen Beschränkungen aus Gründen zwingenden Allgemeininteresses als immanente Grenzen der Grundfreiheiten praktiziert. In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung eines Berufes steht es den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nämlich grundsätzlich frei, nichtdiskriminierende, verhältnismäßige Berufsordnungen zu schaffen[398]. Welche Einschränkung aus Gründen zwingenden Allgemeininteresses im Einzelfall hingenommen werden muß, hängt von der Verhältnismäßigkeitsabwägung ab. Das kann der formale Ansatz der Richtlinie nicht leisten, weil nur einige wenige allgemeine

---

[398] EuGH v. 12.07.1984 - Rs. 107/83 (Ordre des avocats on Barreau de Paris/Klopp), Slg. 1984, 2971 (2989, Rdn. 17).

(pauschalierte) Ausnahmen zugestanden werden. Die Richtlinie koordiniert damit nicht nur die Hemmnisse, die der Gerichtshof aufgrund der Grundfreiheiten ohnehin feststellen würde (Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie), sondern geht in nicht voraussehbarer Weise darüber hinaus.

Wenn in allen wesentlichen Aspekten auf das Recht des Herkunftslandes verwiesen wird, geht es nicht mehr um die Anerkennung als Technik des Wechsels von einem nationalen Rechtssystem in ein anderes, sondern das demokratisch legitimierte Recht des Bestimmungslandes tritt hinter dem des Herkunftslandes zurück, das nur dort demokratisch legitimiert ist, nicht aber im Bestimmungsland. Die Grundfreiheiten und die Befugnisse des Art. 47 Abs. 2 S. 1, Art. 55 EGV/(53, 62) AEUV werden zur Ermächtigung, andere Völker, fremdzubestimmen, das Gegenteil der Freiheit als Selbstbestimmung. Die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit werden durch eine solche Richtlinie gegen das demokratische Prinzip und damit gegen den Kern der existentiellen Staatlichkeit gewendet. Weil sie an die Bestimmungen in den Herkunftsmitgliedstaaten anknüpft, ohne daß ein gemeinschaftliches Mindestniveau in allen denkbaren Standards erreicht ist oder auch nur versucht wird, ist die Richtlinie ultra vires und ihre Wirkung in keiner Weise voraussehbar. Ein hohes Gemeinschaftsniveau wird nicht durchgesetzt. Es wäre auch für die weniger entwickelten Mitgliedstaaten schwer erreichbar und würde den bezweckten arbeits- und wettbewerbspolitischen Effekt, vor allem Lohnsenkungen, vereiteln. Die Dienstleistungsrichtlinie setzt die neoliberale Umwandlung der Arbeitsverhältnisse in Warenverhältnisse (Arbeit als Ware, Menschen als Humankapital) fort. Die Würde der Menschen wird durch den Preis für Menschen verdrängt.

Ein formelles Herkunftslandsprinzip verschiebt die vertraglichen Ermächtigungen. Die Grundfreiheiten sind entgegen ihrem ursprünglichen Regelungsgehalt von der Rechtssprechung zu Ermächtigungen vor allem der Rechtsprechung selbst umgewandelt worden (dazu II) und weitgehend und vertrags- und demokratiewidrig vom Gerichtshof als Grundlage eines Herkunftslandprinzips mißbraucht worden. Jetzt wird diese staatswidrige Praxis durch eine Richtlinie für Dienstleistungen übertroffen, die der Sache nach ein formelles Herkunftslandprinzip durchsetzt und Schutzstandards

nur sehr eingeschränkt und Qualitätsstandards so gut wie gar nicht schont oder gar stärkt. Es liegt auf der Hand, daß dadurch vertragswidrig die (zeitlich begrenzte) Zurückstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit einzelner Beitrittsländer unterlaufen wird (und werden soll).

Ein formales Verständnis des Anerkennungsprinzips, wie es der Dienstleistungsrichtlinie zugrunde liegt, war nach den vertraglichen Ermächtigungen nicht voraussehbar. Es widerspricht nicht nur den demokratischen Grundsätzen, sondern auch den Grundrechten als Schutzpflichten. Aus der wechselseitigen Treuepflicht der Mitgliedstaaten und aus der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes folgt durchaus die Pflicht, den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten nicht grundsätzlich zu mißtrauen[399]. Dieses Vertrauen darf aber nicht dazu führen, daß Schutzpflichten vernachlässigt werden und daß das demokratische Prinzip durch das Integrationsprinzip verdrängt wird. Grundlage der gegenseitigen Anerkennung ist das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der anderen Mitgliedstaaten. Immerhin dürfen nur demokratische Rechtsstaaten, welche die Menschenrechte achten, Mitglied in der Europäischen Union sein (Art. 49 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EUV), aber dieses Vertrauen kann nur begrenzt sein. Das ist der Grund des Demokratieprinzips. Der demokratische Standard ist nicht anerkennungsfähig, weil er an ein bestimmtes Volk gebunden ist. Schutzpflicht des Staates und Wahlrecht der Bürger sind untrennbar verbunden. Darum ist das weit gespannte Anerkennungsprinzip zwar Ausdruck der existentiellen Staatlichkeit der Union, aber demokratiewidrig, und verletzt das Wahlprinzip des Art. 38 Abs. 1 GG, wie die politische Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

V. Selbstermächtigung des Europäischen Gerichtshofs durch seinen Unternehmensbegriff

Weder der Gemeinschaftsvertrag noch der Vertrag von Lissabon enthalten eine Legaldefinition für den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff. Der Gerichtshof der Europäischen Union legt den Begriff des Unter-

---

[399] Vgl. BVerfGE 18, 111 (117 f., 120 f.); auch BVerfGE 73, 339 (374).

nehmens, um den europäischen Wettbewerbsregeln (Art. 81 ff. EGV/(101) AEUV) möglichst weitgehende Anwendbarkeit zu verschaffen, denkbar weit aus. Er vertritt einen weiten funktionalen Unternehmensbegriff[400]. Demzufolge bezeichnet er als Unternehmen im Sinne der Art. 81, 82 EGV/(101, 102) AEUV jede eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung[401]. Dieser weite Begriff ermöglicht keinerlei Abgrenzung, weshalb sich der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts stetig ausdehnt.[402] Der funktionale Unternehmensbegriff ermöglicht es, auch Einheiten, die nur partiell wirtschaftlich tätig sind und keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, als Unternehmen zu qualifizieren[403]. Wesentlicher Anhaltspunkt für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft ist, daß die Tätigkeit auch von einem privaten Unternehmen ausgeübt werden könnte[404]. Weil der Begriff „wirtschaftlich"[405] nicht geeignet ist, privates Han-

---

[400] *E.-J. Mestmäcker,* Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988), S. 536; *ders./H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 33, Rdn. 18, S. 840; *Th. Eilmannsberger,* in: Streinz, EUV/EGV, Kommentar, 6. Aufl. 2003, zu Art. 81 Rdn. 21.

[401] EuGH v. 23.4.1991 - Rs.C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979, Rdn. 21; EuGH v. 17.2.1993 - verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (Christian Poucet), Slg. 1993, I-637, Rdn. 17; EuGH v. 16.11.1995, Rs. C-244/94 (Fédération française des Sociétés d' Assurance u. a.), Slg. 1995, I- 4022, Rdn. 14; EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-67/96 (Albany International BV), Slg. 1999, I-5863, Rdn. 77; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn 18 ff., S. 840 ff.

[402] *V. Emmerich,* in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdn. 22.

[403] EuGH v. 23.4.1991 - Rs. C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979, Rdn. 21; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 20 f., S. 840 f.

[404] EuGH v. 21.10.1997 - Rs. T-229/94 (Deutsche Bahn), Slg. 1997, II-1689, Rdn. 53; EuGH v. 12.12.2000 – Rs. T-128/98 (Aéroports de Paris), Slg. 2000, II-3929, Rdn. 123, bestätigt durch EuGH v. 6.12.2002 - Rs. C-82/01 (Aéroports de Paris), Slg. 2002, I-9297, Rdn. 79; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 39, S. 848.

[405] Der EuGH definiert wirtschaftliche Tätigkeit als jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten; EuGH v. 18.6.1998 - Rs. C-35/96 (Kommission/CNSD, Slg. 1998, I-3886 (3895 f., Rdn. 36); EuGH v.

deln von staatlicher Verwaltungstätigkeit zu unterscheiden und nahezu jede Tätigkeit auch eine wirtschaftliche Bedeutung hat, fällt auch staatliche Verwaltung meist unter den Begriff des „Unternehmens" in Art. 81 EGV/AEUV und damit unter die Wettbewerbsregeln. So hat der Europäische Gerichtshof die Verwaltung der Bundesanstalt für Arbeit, die nicht gewinnorientiert war, zumindest die Vermittlung von Führungskräften, als „Unternehmen" eingestuft[406]. Der Gerichtshof hat mittels des Wettbewerbsrechts die deutsche Verwaltungsstruktur umgewälzt. Die Wettbewerbsregeln sind durch den unbestimmten Begriff des Unternehmens zu unbegrenzten und unbegrenzbaren Ermächtigungen gemacht worden. Daß sie das ermöglichen, war für den Bundestag nicht vorhersehbar, zumal die Judikatur des Gerichtshofs inkonsequent (willkürlich) ist. Teilweise werden Sozialversicherungen als Unternehmen im Wettbewerbsrecht qualifiziert[407], teilweise wird ihre Unternehmenseigenschaft oder auch die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln abgelehnt[408]. Die Judikatur nutzt zur Materialisierung des Unternehmensbegriffs verschiedene wiederum überraschende Kriterien, wie das der „Solidarität", die unterschiedlich beurteilt und durch andere Elemente (etwa das Kapitalisierungsprinzip) wieder

---

24.10.2002 - Rs. C-82/01 P (Aéroports de Paris), Slg. 2002, I-9297, Rdn. 79; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 21, S. 841.

[406] EuGH v. 23.4.1991 - Rs. C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979, Rdn. 21; bestätigt im Urteil v. 11.12.1997 - Rs. C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997, I-7119, Rdn. 25.

[407] EuGH v. 23.4.1991 - Rs.C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979, Rdn. 23; EuGH v. 16.11.1995 - Rs. C-244/94 (Fédération française des Sociétés d' Assurance u. a.), Slg. 1995, I- 4022, Rdn. 21; EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-67/96 (Albany International BV), Slg. 1999, I-5863, Rdn. 87; EuGH v. 21.9.1999 - Rs. C-219/97 (Maatschapppij Drijvende Bokken BV), Slg. 1999, I-6125, Rdn. 77; EuGH v. 12.9.2000 - Verb. Rs. C-1890/98 und C-184/98 (Pavel Pavlov u. a.), Slg. 2000, I-6451, Rdn. 118.

[408] EuGH v. 17.2.1993 - Verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (Christian Poucet), Slg. 1993, I-637, Rdn. 18, 19; EuGH v. 22.1.2002 - Rs. C-218/00 (Cisal di Battisello Veneziano & Co.), Slg. 2002, I-691, Rdn. 45; EuGH v. 16.03.2004 - Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 u. C-355/01 (AOK Bundesverband), Slg. 2004, I-2493, Rdn. 47; anders Schlußanträge des Generalanwalts F. G. Jacobs v. 22.5.2003, der die Unternehmenseigenschaft bejahte; vgl. *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 32 ff., S. 845 ff.

überlagert werden können[409]. Eine solche Judikatur ist ohne Maßstäbe, ist willkürlich und aus den Ermächtigungen der Art. 81 ff. EGV/AEUV nicht voraussehbar.

C.

Wirtschafts-, Währungs-, Haushalts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik – Verstoß gegen die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes

I. Wirtschaftspolitik

Kapitel 2 des Titels VII des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 98 ff. (120 ff.) AEUV), der die Wirtschaftspolitik regelt, verletzt das dem Schutzbereich des Art. 79 Abs. 3 GG unterliegende Stabilitätsprinzip der wesentlich durch das Sozial(staats)prinzip bestimmten Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes.

1. Die Wirtschaftshoheit gehört zur existentiellen Staatlichkeit. Ohne Wirtschaftshoheit kann ein Staat seine Aufgabe und Pflicht, die wirtschaftliche Stabilität herzustellen, zu wahren und zu fördern, nicht erfüllen, welche ihm aus dem Sozialprinzip erwachsen, das ausweislich des Art. 20 Abs. 1 GG wegen Art. 79 Abs. 3 GG nicht zur Disposition der Politik der Organe des nach dem Grundgesetz verfaßten Staates steht. Das Sozialprinzip als die verfassungskräftige Maxime der mit der Freiheit und der

---

[409] EuGH v. 16.11.1995 - Rs.C-244/94 (Fédération française des Sociétés d' Assurance u.a.), Slg. 1995, I- 4022, Rdn. 21; EuGH v. 21.9.1999 - Rs. C-219/97 (Maatschappij Drijvende Bokken BV), Slg. 1999, I-6125, Rdn. 71; EuGH v. 9.12.2000 - Verb. Rs. C-1890/98 und C-184/98 (Pavel Pavlov u.a.), Slg. 2000, I-.6451, Rdn. 115, 117, 118; vgl. *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 32, 38, S. 845, 847; kritisch auch *M. Burgi*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1997, 265.

Gleichheit untrennbar verbundenen Brüderlichkeit[410] gehört zu der mit dem Menschen geborenen Verfassung der Menschheit des Menschen[411], also zur existentiellen Staatlichkeit eines existentiellen Staates. Der Rang des Sozialprinzips wird durch das bundesstaatliche Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und durch das Integrationsprinzip des Grundgesetzes in Art. 23 Abs. 1 S. GG bestätigt. Das Sozialprinzip ist das bestimmende Verfassungsprinzip der Wirtschaftsordnung, welche gemäß der Parole *Ludwig Erhards*: „Wohlstand für alle" eine marktliche Sozialwirtschaft sein muß[412], die, obwohl sie „soziale Marktwirtschaft" genannt zu werden pflegt, die Sozialpflichtigkeit des Gemeinwesens als bestimmendes Prinzip der Wirtschaftsverfassung anerkennt und anerkennen muß, wie das in der Sozialpflichtigkeit des Eigentums in der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG zum Ausdruck kommt[413]. Als wirtschaftsverfassungsrechtliches Prinzip des existentiellen Staates gebietet das Sozialprinzip eine Wirtschaftspolitik, welche neben der Preis(niveau)stabilität auch die hohe Beschäftigung, das außenwirtschaftliche Gleichgewicht und stetiges Wachstum zu gewährleisten bemüht ist, jedenfalls die Verantwortung für

---

[410] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20, 22 ff., 97 ff.

[411] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 84, 90 (120 f.).

[412] *K. A. Schachtschneider*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, 2001, S. 314 ff. (315); *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, in: ders. (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, S. 289 ff. (292); *ders.*, Marktliche Sozialwirtschaft, in: K. Farmer/W. Harbrecht (Hrsg.), Theorie der Wirtschaftspolitik, Entwicklungspolitik und Wirtschaftsethik, FS W. Lachmann, 2006, S. 41 ff.; *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip. Die gesamtwirtschaftliche Stabilität der deutschen Wirtschaftsverfassung und die Europäische Währungsunion, 2002, S. 93 ff.

[413] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum. Aspekte freiheitlicher Eigentumsgewährleistung, FS W. Leisner, 1999, S. 755 ff., insb. S. 773 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 263 ff., auch S. 289 ff., 319 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 551 ff.

die Stabilität und das Wachstum der Wirtschaft trägt und zu tragen hat[414]. Die Verantwortung für das gute Leben aller, also die Wohlstandsverantwortung, hat der Staat im weiteren Sinne, die Bürgerschaft, das Volk als existentieller Staat, auch deswegen, weil das Sozialprinzip demokratisch verantwortet werden muß. Der Motor der sozialen Entwicklung ist die Demokratie[415]. Die Verwirklichung des Sozialprinzips darf nicht von der Verantwortung des Volkes als existentieller Staat für die Wirtschaftspolitik gelöst werden, weil letztere das gemeine Wohl des Volkes existentiell (schicksalhaft) bestimmt. Salus publica suprema lex est. Wegen der volkswirtschaftlich unauflöslichen Einheit von Wirtschafts-, Währungs- und Sozialpolitik[416] verbietet nicht nur das demokratische Prinzip der existentiellen Staatlichkeit, die wirtschaftspolitische und sozialpolitische sowie erst recht die währungspolitische Verantwortung auseinanderzureißen, sondern die wirtschaftspolitische Hoheit ist selbst Gegenstand der sozialen Verantwortung des existentiellen Staates mit höchstem Verfassungsrang. Grob gefaßt heißt das: Wegen des Sozialprinzips gebietet das Prinzip der existentiellen Staatlichkeit, die Wirtschaftshoheit dem existentiellen Staat zu belassen. Oder umgekehrt: Die politische Einheit, welche die Wirtschaftshoheit innehat, verfügt über existentielle Staatlichkeit, welche einen existentiellen Staat voraussetzt.

Nicht nur die existentielle Währungspolitik (für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist) ist seit der Währungsunion (1998) aufgrund des

---

[414] *K. A. Schachtschneider*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 314 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip, S. 61 ff., 92 ff., 138 ff., 142 ff.

[415] *H. F. Zacher*, Die soziale Zielsetzung, HStR, Bd. I, § 25, Rdn. 65 ff., 86 ff.; *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 86 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Das Sozialprinzip, zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, 1974, S. 48 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 247 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 301; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 636 ff.

[416] *W. Nölling*, Euro – der Sozialstaatsbruch, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, 2001, S. 107 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Euro – der Rechtsbruch, daselbst, S. 47 f.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 319 f. ; *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage, 1998, S. 274 ff.

Maastricht-Vertrages (Art. 4 Abs. 2, Art. 105 ff. EGV) in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union übergegangen (Art. 2b (3) Abs. 1 lit. c) AEUV), sondern auch die Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik ist trotz der andersartigen Formulierungen im Vertrag von Lissabon wesentlich in die Hand der Union gegeben, insbesondere für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (Art. 115a ff. (136 ff.) AEUV). Art. 2d Abs. 1 und 2 AEUV lauten:

„(1) Die Mitgliedstaaten koordinieren ihre Wirtschaftspolitik innerhalb der Union. Zu diesem Zweck erläßt der Rat Maßnahmen; insbesondere beschließt er die Grundzüge dieser Politik.

Für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, gelten besondere Regelungen.

(2) Die Union trifft Maßnahmen zur Koordinierung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, insbesondere durch die Festlegung von Leitlinien für diese Politik."

Die Mitgliedstaaten haben ihre Wirtschaftspolitik im Rahmen der in Art. 2 (3) Abs. 3 AEUV genannten Grundzüge nicht nur an den Zielen der Union im Sinne des Art. 99 Abs. 2 (121) AEUV auszurichten, sondern sie haben wie die Union selbst „im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird", zu handeln und sich dabei an die in Art. 97b (119) AEUV genannten Grundsätze, insbesondere „stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz" zu halten.

2 a) Der „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" (Art. 97b (119) AEUV) verpflichtet die Mitgliedstaaten wie die Union zu einer weltweit offenen Wirtschaftspolitik, also zur globalen wirtschaftlichen Integration[417]. Diese Regelung verbietet den Mitgliedstaaten jeden Schutz einheimischer Produkte, obwohl solche Maßnahmen je nach

---

[417] Dazu *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, S. 147 ff., 273 ff.

Wirtschaftslage und je nach Einzelfall notwendig[418] und darum von dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Sozialprinzip des Bundes und der Länder geboten sein kann und jedenfalls nicht durch einen Vertrag der Europäischen Union für den Bund und die Länder gänzlich ausgeschlossen werden darf. Die gegenwärtige Krise der deutschen Wirtschaft erweist die kredit- und lohnpolitischen Nöte Deutschlands, das wegen der Währungsunion seine zinspolitischen (hart erarbeiteten) Vorteile, aber auch seine zinspolitische Hoheit verloren hat und wegen des unionsweiten Binnenmarktes zum einen und des weltwirtschaftsrechtlich begründeten globalen Marktes zum anderen wesentlich wegen der unerreichbar niedrigen Löhne anderer Standorte (Lohndumping) am Waren-, aber auch am Dienstleistungsmarkt in vielen Bereichen nicht mehr wettbewerbsfähig ist. Die unvermeidliche Folge ist der Verlust der Arbeitsplätze, in hohem Maße begleitet und hervorgerufen durch die Standortverlagerung der Unternehmen oder Betriebe, durch die Globalisierung also[419], eine Entwicklung, die zu einfuhr-, standort- und kapitalverkehrspolitischen Maßnahmen zwingen kann. Die verbindliche Vorgabe der Art. 97b (119) Abs. 1 und 2, Art. 98 (120) AEUV, der Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, verbietet aber den Mitgliedstaaten jede eigenständige Wirtschaftspolitik, selbst wenn diese als unabdingbar notwendig vom Bundestag oder von den Landtagen erkannt werden sollte, um nicht nur die soziale, son-

---

[418] Zur Problematik des Freihandels *A. G. Scherer*, Multinationale Unternehmen und Globalisierung, 2003, S. 63 ff., insb. S. 79 ff.; *M. Friedman/R. Friedman*, Free to Choose. A Personal Statement, 1980; *H. Siebert*, Disziplinierung der nationalen Wirtschaftspolitik durch die internationale Kapitalmobilität, in: D. Duwendag (Hrsg.), Finanzmärkte im Spannungsfeld von Globalisierung, Regulierung und Geldpolitik, 1998, S. 41 ff.; *Paul A. Samuelson*, Journal of Economic Perspectives, Bericht von *Th. Fischermann*, Die Zeit 40/2004; vgl. auch *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders.*, Verfassungsecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, i. E. § 7 I.

[419] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 297 ff., 319 ff.; *ders.*, Republikanismus und Globalismus am Beispiel der Kapitalverkehrsfreiheit, in: H. Herrmann/K.-I. Voigt (Hrsg.), Globalisierung und Ethik. Ludwig-Erhard-Ringvorlesung an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 2004, S. 141 ff.; *ders.*, Demokratische und soziale Defizite der Globalisierung, S. 681 ff., 692 ff.

dern auch die politische Stabilität des Landes zu verteidigen. Damit ist die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten unvertretbar eingeschränkt, ja wesentlich beseitigt. Von Art. 20 Abs. 1 GG ist eine Zustimmung zu diesen Vorschriften des Vertrag von Lissabon nicht gedeckt.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, den Mitgliedstaaten bleibe die Möglichkeit des Art. 49a (50) EUV, aus der Union auszutreten[420]. Diese Möglichkeit ist auch wegen des Schadens, den ein solcher Schritt verursacht, vor allem aber wegen der internationalen Einbindung jedenfalls Deutschlands, derart irreal, daß sie sich politisch verbietet.

---

[420] So das Maastricht-Urteil BVerfGE 89, 155 (190); so schon *K. A. Schachtschneider*, VVDStRL 50 (1991), S. 178 (Aussprache); *ders./A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 758 f.; auch schon *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 767; *R. Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 111 mit Fn. 156, der ein "Desintegrationsgesetz" für zulässig hält, entgegen *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 58, 232; verständnislos *Ch. Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 494 f.; *ders.* anders, GG, Bonner Komm., Rdn. 36, auch Rdn. 99 zu Art. 24; Leseschwierigkeiten zeigt *D. König*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht - ein Stolperstein auf dem Weg in die europäische Integration?, ZaöRV 1994, 33 f.; richtig liest *J. A. Frowein*, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 1994, 10 f., der freilich den "einseitigen Aufhebungsakt" grundsätzlich für völkerrechtswidrig hält; scharfe Kritik von *M. Zuleeg*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 7 (These des Zweiten Senats führt ... "zum offenen Vertragsbruch"); *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, 1992, § 183, Rdn. 46, hat noch der bloßen "Vertragsauflösung durch 'actus contrarius'", also durch Vertrag, das Wort geredet; ebenso (unsicher) *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 58 f. ("jedenfalls gemeinsam"), S. 67, Fn. 46, S. 77; die faktische Möglichkeit auszuscheiden sieht ähnlich *A. Randelzhofer*, Staatsgewalt und Souveränität, HStR, Bd. I, 1987, § 15, Rdn. 34; ähnlich auch *A. Mosler*, Die Übertragung von Hoheitsgewalt, HStR, Bd. VII, 1992, § 175, Rdn. 23 (Austritt "normalerweise nicht zu erwarten"), Rdn. 27 ("faktisch irreversibel"), bloße Empirismen, die Rechtserkenntnisse nicht ersetzen können; *H. P. Ipsen*, Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, 15 ff., lehnt das "Sezessionsrecht" weiterhin ab, es bleibe (mit Götz) nur die "faktische Komponente der Souveränität"; *V. Götz*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, 1085.

Das Grundgesetz hat, gerade wenn man seine Wirtschaftsverfassung als die der marktlichen Sozialwirtschaft versteht, die wirtschaftliche Ordnungspolitik im wesentlichen offengelassen (wirtschaftspolitische Neutralität[421]) und sich weder einem Marktprinzip, wie es das Substantiv Marktwirtschaft gebietet, noch gar einem Prinzip offener Marktwirtschaft, das es zumindest erschwert, Bedrängnissen der Globalisierung entgegenzutreten, verschrieben. Allein das wird dem Prinzip der staatlichen Verantwortung für das Gemeinwohl des Volkes gerecht. Bereits der Grundsatz der (schrankenlosen) offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb überschreitet die Grenzen, welche das Prinzip der existentiellen Staatlichkeit eines existentiellen Staates für die Integrationspolitik zieht. Ein solcher Grundsatz ist nicht mehr sozial, aber auch nicht mehr demokratisch im Sinne des Art. 20 Abs. 1 GG, auch und erst recht nicht im Sinne des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG. Allein schon die Mitgliedstaaten auf den Grundsatz einer Marktwirtschaft festzulegen, schränkt die für einen existentiellen Staat existentielle Wirtschaftshoheit ein. Die grundgesetzliche Verfassung impliziert aufgrund ihres Privatheitsprinzips[422], insbesondere wegen der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs.1 GG, welche richtigerweise auch das Recht am Unternehmen umfaßt und damit mehr noch als die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG die Unternehmensfreiheit schützt[423], eine

---

[421] Das Bundesverfassungsgericht geht von der wirtschaftspolitischen Neutralität in den Grenzen der Grundrechte aus, BVerfGE 4, 7 (17 f.); 7, 377 (400); 50, 290 (338); vgl. auch BVerfGE 25, 1 (19 f.); 30, 292 (317 ff.); 95, 267 (308 f.); *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996, S. 7 ff., insb. S. 28 ff.; dagegen vor allem *H. C. Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1961, 3. Aufl. 1965; vgl. dazu (im Sinne eines Verfassungsprinzips) *H. H. Rupp*, Die Soziale Marktwirtschaft in ihrer Verfassungsbedeutung, HStR, Bd. IX, 1997, § 203, S. 129 ff.; dazu *M. Kläver*, Die Verfassung des Marktes. Friedrich August von Hayeks Lehre von Staat und Markt im Spiegel grundgesetzlicher Staats- und Verfassungsrechtslehre, 2000, S. 216 ff.

[422] *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 67 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 386 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 465 ff.

[423] *K. A. Schachtschneider*, Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2004, Produktwarnung der Bundesregierung (Glykol-Skandal), S. 114 ff., 187 ff.; Umweltschutz (FCKW-Verbot), S. 334 ff., 342 f.; Konkurrentenklage gegen Subventionen

marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung, nämlich in Verbindung mit dem Sozialprinzip die marktliche Sozialwirtschaft. Aber das Grundgesetz läßt auch eine andere Ordnung zu, soweit dies für das Gemeinwohl um der Verwirklichung anderer Verfassungsprinzipien willen geboten ist, wie für die Sozialversicherung, welche fraglos ein wesentlicher Teil der Wirtschaft ist[424], aber auch für die Daseinsvorsorge, die immer noch in weiten Bereichen von der öffentlichen Hand, vor allem den Kommunen, geleistet wird, und ebenso fraglos zur Wirtschaft gehört, wie die Praxis des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 86 EGV erweist, welche die öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft unterwirft[425]. Viele Unternehmensbereiche der Daseinsvorsorge sind vor allem im Interesse der Ausdehnung des Binnenmarktes, aber auch des Wettbewerbs materiell privatisiert worden, weitgehend die Energieversorgung, auch der Eisenbahnverkehr (vgl. Art. 87 e Abs. 3 GG), das Postwesen und die Telekommunikation (vgl. Art. 87 f Abs. 2 GG). Es ist schwer einzuschätzen, ob sich die Versorgung mit den jetzt privatisierten, früher öffentlichen (richtigerweise hoheitlichen) Dienstleistungen verbessert hat. Entscheidend für die Frage der existentiellen Staatlichkeit ist, daß die Mitgliedstaaten die Hoheit über die Wirtschaft in Form der Daseinsvorsorge (vielfach und weitgehend) aufgegeben haben, weil sie sich unionsrechtlich verpflichtet sehen (und haben), dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu genügen. Art. 16 EGV, der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" der „Sorge" der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten überantwortet, hat diese Entwicklung nicht merkbar

---

der öffentlichen Hand, S. 453 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 263 ff., 274 ff., 281 ff., 283 ff.

[424] Zur gesetzgeberischen Disponibilität des System der Sozialversicherung BVerfGE 103, 172 (185); systemkritisch *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Revolution der Krankenversicherung, S. 19 ff.

[425] Dazu *I. F. Hochbaum/R. Klotz*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, 2003, Art. 86, Rdn. 58 ff.; kritisch zur Anwendung des Wettbewerbsrechts auf öffentliche Unternehmen *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie. Exemplifiziert an § 1 UWG, 1986; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 183 ff., 190 ff., 300 ff., 306 ff.

gehemmt. Die Nachfolgeregelung des Art. 16 (14) AEUV läßt nicht mehr Wirkung erwarten.

Immerhin stellt Art. 98 (120) VAEUV wie zuvor schon Art. 98 EGV diesen Grundsatz unter den Vorbehalt, daß der effiziente Einsatz der Ressourcen gefördert werde. Dieser Vorbehalt lehrt nicht etwa eine volkswirtschaftliche Theorie, um den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu rechtfertigen, obwohl er in der deutschen Übersetzung so formuliert ist[426], sondern ist ein Rechtssatz, der die Verbindlichkeit des Grundsatzes davon abhängig macht, daß die offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb den effizienten Einsatz der Ressourcen fördert. Das läßt auch unionsrechtlich andere Wirtschaftsformen zu, auch öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge. Für die existentielle Staatlichkeit ist jedoch entscheidend, daß nicht die Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden haben, ob die Wirtschaftsform den effizienten Einsatz der Ressourcen fördert, sondern, weil das Unionsrecht von dem Grundsatz eine Ausnahme macht, die Union, insbesondere mittels der noch zu erörternden Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union gemäß Art. 99 Abs. 2 ff. EGV/(121) AEUV, im Streitfall durch Erkenntnisse des Gerichtshofs der Europäischen Union.

b) Mit der Marktwirtschaft ist der Wettbewerb verbunden, den das Unionsrecht als „freien Wettbewerb" bezeichnet. Die Freiheit des Wirtschaftens, sei es als Unternehmer, sei es als Verbraucher, sei es als Anbieter, sei es als Nachfrager, ist die Voraussetzung von Wettbewerb. Die Privatheit des Wirtschaftens hat Wettbewerb zur Folge[427]. Staatliches Wirtschaften unterliegt nicht dem Wettbewerbsprinzip. Staatlichkeit (Ausübung von

---

[426] Im Gegensatz zur Vertragsfassung in der französischen und englischen Sprache, nämlich: „favorisant une allocation efficace des ressources" bzw. „favouring an efficient allocation of resources".

[427] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 396 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 491 ff.; *ders.*, Verfassung der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 3 II.

Staatsgewalt) und Wettbewerb sind unvereinbar[428]. Wenn der Staat als Unternehmer dem Wettbewerbsprinzip unterworfen wird, ist das, unabhängig von der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Form der Organisation und des Handelns, staatswidrige Privatisierung. Auch der freie Wettbewerb muß einen effizienten Einsatz der Ressourcen fördern, wovon nach wirtschaftswissenschaftlichen Erfahrungen und Theorien meist ausgegangen werden kann. Entscheidend für die existentielle Staatlichkeit ist jedoch wiederum, daß nicht die Mitgliedstaaten, sondern die Union die Begriffshoheit hat, also zu entscheiden hat, ob die Mitgliedstaaten außer der Union selbst ihre Wirtschaftsordnung einem freien Wettbewerb gemäß gestaltet haben, im Streitfall wiederum der Gerichtshof. Das gesamte Wirtschaftsrecht einschließlich des Handels- und Gesellschaftsrechts, des Kapitalmarktrechts, des Gewerberechts, des Berufs- und Arbeitsrechts und auch des Steuer- und Sozialrechts, greift in den freien Wettbewerb, wie auch in die offene Marktwirtschaft, ein, ohne daß dadurch der Grundsatz verletzt sein muß, aber die Grenzen, welche der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb der Politik der Mitgliedstaaten zieht, bestimmt die Union, wiederum durch die Grundzüge des Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV und im Streitfall durch Erkenntnisse des Gerichtshofs.

3. Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten wird vor allem durch die Grundzüge der Wirtschaftspolitik eingeschränkt, ja aufgehoben, welche der Rat für die Mitgliedstaaten und die Union entwirft, dem Europäischen Rat berichtet und, nachdem der Europäische Rat auf der Grundlage dieses Berichts eine Schlußfolgerung erörtert hat, auf der Grundlage dieser Schlußfolgerung den Mitgliedstaaten der Union empfiehlt (Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV). Diese Empfehlung ist entgegen Art. 249 (288) Abs. 5 AEUV nicht etwa nicht verbindlich[429]. Vielmehr verschaffen die Absätze 3

---

[428] *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, insb. S. 281 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 183 ff., 190 ff., 300 ff., 306 ff.; *W. Löwer*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 418 ff.

[429] So aber *St. Anwärter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, 2003, Art. 99 EG, Rdn. 14; *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 99 EGV, Rdn. 6.

bis 6 des Art. 99 (121) AEUV dieser Empfehlung rechtliche Verbindlichkeit, die sogar gegenüber der bisherigen Regelung des Art. 99 Abs. 3 bis Abs. 6 EGV verschärft ist; denn an Mitgliedstaaten, deren Wirtschaftspolitik mit den genannten Grundzügen nicht vereinbar ist oder das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu gefährden droht, kann die Kommission nach der Regelung des Vertrages von Lissabon eine „Verwarnung" richten (Art. 99 (121) UAbs. 4 S. 1 AEUV), während nach der bisherigen Regelung des Art. 99 Abs. 4 S. 1 EGV die Kommission lediglich „die erforderliche Empfehlungen" an den betreffenden Mitgliedstaat richten durfte. Der Begriff der „Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union" ist nicht näher definiert[430]. Er ermöglicht die Gestaltung der Wirtschaftspolitik weit- und tiefgehend. Die Grundzüge der Wirtschaftpolitik müssen die Rechtsordnung der Union berücksichtigen, nicht aber die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Diese müssen vielmehr ihre Gesetze ändern, wenn letztere nicht den Grundzügen der Union entsprechen[431]. Das folgt aus der Logik des „gemeinsamen Interesses", das nur verwirklicht werden kann, wenn nicht auch die besonderen Interessen der Mitgliedstaaten, welche diese durch mitgliedstaatliche Gesetze regeln können, berücksichtigt werden müssen. Nach dem Wortlaut des Art. 98 (120) AEUV ist die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten vorrangig an die Grundzüge des Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV gebunden. Freilich sind die Ziele der Union im Sinne des Art. 2 (3) EUV anzustreben, die aber denkbar weit sind und sich von einer allgemeinen wohlfahrtsstaatlichen Zielsetzung nicht wesentlich unterscheiden. Das wirtschaftliche Handeln muß zudem im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb und dem des effizienten Einsatzes der Ressourcen stehen. Der wirtschaftsverfassungsrechtlich relevante Absatz 3 des Art. 2 (3) EUV lautet:

---

[430] *St. Anwärter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU/EG-Vertrag, Art. 99 EG, Rdn. 13, 19.

[431] *St. Anwärter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU/EG-Vertrag, Art. 99 EG, Rdn. 61; *B. Kempen*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Art. 99 EGV, Rdn 1.

„Die Union errichtet einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin. Sie fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.

Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes.

Sie fördert den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten."

Von einer begrenzten Ermächtigung kann keine Rede sein. Das demokratische Defizit dieser wirtschaftspolitischen Befugnis der Union wird dadurch verstärkt, daß das Europäische Parlament nach Art. 99 (121) Abs. 2 Unterabs. 2 S. 3 AEUV von der Empfehlung des Rates, in der die Grundzüge dargelegt werden, lediglich unterrichtet wird. Nicht einmal dieses „Parlament" hat also auf diese Maßnahme einen nennenswerten Einfluß. Die Grundzüge sind aber Grundlage der Überwachung der Mitgliedstaaten durch den Rat anhand von Berichten der Kommission daraufhin, ob deren Wirtschaftspolitik mit den Grundzügen vereinbar ist. Im übrigen wird die wirtschaftliche Entwicklung der Mitgliedstaaten wie die der Union im Interesse der engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik und der dauerhaften Konvergenz der Wirtschaftsleistungen vom Rat anhand von Berichten der Kommission überwacht. Allein schon die Unvereinbarkeit der Wirtschaftspolitik eines Mitgliedstaates mit den Grundzügen der Wirtschaftspolitik der Union ermöglicht die Verwarnung des Mitgliedstaates durch die Kommission. Eine Verwarnung kann die Kommission an den Mitgliedstaat auch richten, wenn dessen Wirtschaftspolitik das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu gefährden droht. Der Rat kann des weiteren auf Empfehlung der Kommission die erforderlichen Empfehlungen an den Mitgliedstaat richten und auf Vorschlag der Kommission seine Empfehlungen veröffentlichen. Der Rat beschließt die Überwachungsempfehlung ohne Berücksichtigung des betreffenden Mit-

gliedstaates (Art. 99 (121) Abs. 4 UAbs. 2 AEUV). Dem Europäischen Parlament haben der Präsident des Rates und die Kommission über die Ergebnisse der multilateralen Überwachung Bericht zu erstatten, der von dem zuständigen Ausschuß des Europäischen Parlaments mit dem Präsidenten des Rates erörtert werden kann, wenn der Rat seine Empfehlung veröffentlicht hat (Art. 99 (121) Abs. 5 AEUV). Die Verwarnungen und Empfehlungen der multilateralen Überwachung setzen die Wirtschaftspolitik des betroffenen Mitgliedstaates ins Unrecht, weil er das gemeinsame Interesse der Mitgliedstaaten, das in den Grundzügen definiert ist, nicht beachtet hat oder gar das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu gefährden droht. Das verpflichtet diesen Mitgliedstaat nicht nur politisch, sondern rechtlich, seine Wirtschaftspolitik zu ändern, weil er die Wirtschaftspolitik nach Art. 99 (121) Abs. 1 AEUV als Angelegenheit von gemeinsamem Interesse zu behandeln hat. Die Mitgliedstaaten sind dadurch, aber auch allgemein durch Art. 3a (4) Abs. 3 AEUV verpflichtet, das Unionsinteresse zu verwirklichen[432]. Sie haben „alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu ergreifen". Zu diesen Handlungen gehören auch die empfohlenen Grundzüge als Grundlage der multilateralen Überwachung. Die wirtschaftspolitischen Grundzüge materialisieren die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur „loyalen Zusammenarbeit" (Art. 3a (4) Abs. 3 UAbs. 1 EUV)[433]

Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten, die durch die wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Binnenmarktes (Art. 28 ff., 39 ff., 43 ff., 49 ff., 56 ff. EGV/(34 ff., 45 ff., 49 ff., 56 ff., 63 ff.) AEUV) und das Wettbewerbsregime der Union (Art. 81 ff. EGV/(101 ff.) AEUV, aber auch durch die vielen anderen wirtschaftsrelevanten Politiken existentiell eingeschränkt ist, wird durch die Ermächtigung der Union, den Mitgliedstaaten Grundzüge der Wirtschaftspolitik verbindlich zu machen, in einer Weise geschmälert,

---

[432] Dazu für Art. 10 EGV *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Komm., 6. Aufl. 2003, Art. 10 EG, Rdn. 1 ff.

[433] I.d.S. auch *B. Kempen*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Art. 99 EGV, Rdn. 8, 11.

die der existentiellen Staatseigenschaft widerspricht. Die Mitgliedstaaten werden wirtschaftspolitisch zu überwachten, also untergeordneten Wirtschaftseinheiten der Union herabgestuft, denen die Verantwortung für ihr wirtschaftliches und damit existentielles Schicksal nicht mehr zugestanden wird. Diese Überwachungsbefugnis der Union geht deutlich weiter als die Befugnisse des Bundes zur Bundesaufsicht über die Länder nach Art. 84 Abs. 3 GG, die sich darauf beschränkt, daß die Länder die Bundesgesetze dem geltenden Recht gemäß ausführen[434]. Die wirtschaftspolitische Überwachungsbefugnis der Union erinnert an die selbständige Reichsaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 Nr. 3 Reichsverfassung 1871[435]. Besonders hinzuweisen ist noch einmal auf das Demokratiedefizit der wirtschaftspolitischen Überwachung der Mitgliedstaaten durch die Union nach Art. 99 (121) Abs. 2 ff. AEUV, das dadurch verstärkt wird, daß die ex lege wirkenden Grundfreiheiten des Binnenmarktes wie die Prinzipien des Wettbewerbs ebenfalls ohne hinreichende demokratische Legitimation verwirklicht werden, nämlich vornehmlich durch den Gerichtshof der Union, der für diese Judikatur nicht demokratisch legitimiert ist, wie noch näher dargelegt werden wird[436], aber dennoch außerordentliche politische Relevanz hat, welche den Begriffen der Grundfreiheiten genausowenig entnommen werden kann wie den Begriffen des Wettbewerbsrechts. Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten ist somit ohne eigenständige unionsdemokratische Legitimation durch denkbar weite und offene Begriffe des Vertragen von Lissabon (wie schon des Maastricht-Vertrages) eingeschränkt, ja aufgehoben, die dem für die Integration demokratierechtlich notwendigen Prinzip der begrenzten Ermächtigung augenfällig widerstreitet. Die Relevanz dieses Befundes für

---

[434] Dazu BVerfGE 6, 309 (329); 8, 122 (130 f.); *P. Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, 1985, Rdn. 144 ff. zu Art. 84; zum streitigen Umfang der Bundesaufsicht *H. v. Mangoldt*, Vom heutigen Standort der Bundesaufsicht. Sinn und Möglichkeiten einer Bundesaufsicht unter dem Grundgesetz, 1965, S. 58 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht in Bund-Länder-Streitigkeiten, 1969, S. 76 ff., 119 ff.

[435] Grundlegend *H. Triepel*, Die Reichsaufsicht, 1917, S. 441 ff.; dazu *P. Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Rdn. 127, 131 ff. zu Art. 84.

[436] Zu F, VI; auch I; dazu *K. A. Schachtschneider*, Demokratierechtliche Grenzen der Gemeinschaftsrechtsprechung, FS H. H. v. Arnim, 2004, S. 779 ff

die Erkenntnis des Verlustes existentieller Staatlichkeit der Mitgliedstaaten und der Begründung existentieller Staatlichkeit der Union wird nicht dadurch relativiert, daß die wirtschaftspolitische Hoheit der Mitgliedstaaten bereits mit dem Maastricht-Vertrag aufgegeben war, ohne daß das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Prozeß zu erkennen vermocht hat, daß das richtig erkannte „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung" allein schon in der Wirtschaftspolitik mißachtet war.

4. Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten wird weiter durch die Befugnis des Rates nach Art. 100 Abs. 1 EGV/(123) AEUV), „auf Vorschlag der Kommission ... im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten über die Wirtschaftslage angemessenen Maßnahmen zu beschließen, insbesondere falls gravierende Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren, vor allem im Energiebereich, auftreten". Ein Beschluß ist verbindlich, obwohl er kein Gesetz ist (Art. 249 (288) Abs. 4 AEUV). Er kann an bestimmte Adressaten gerichtet sein. Diese Ermächtigung kennt keinerlei materielle Voraussetzungen. Nach dem Text rechtfertigt jede Wirtschaftslage „angemessene Maßnahmen", „unbeschadet der sonstigen in der Verfassung vorgesehenen Verfahren". Es ist davon auszugehen, daß die Maßnahmen den wirtschaftspolitischen Zielen und Prinzipien der Union entsprechen müssen. Diese Ermächtigung würde auch wirtschaftspolitische Maßnahmen gegenüber Beschlüssen des Bundestages rechtfertigen, welche etwa die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands stärken wollen, um die außerordentliche Arbeitslosigkeit zu beheben.

Nach dem Grundgesetz würde solchen Maßnahmen, die aufgrund des Vertrages von Lissabon den Unionsorganen übertragen sind, die Tarifautonomie der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG entgegenstehen, ja sie würden sogar den Wesensgehalt dieses Grundrechts, der nach Art. 19 Abs. 2 GG in keinem Fall angetastet werden darf, mißachten. Ein Beschluß des Rates ist aber an das nationale Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG nicht gebunden. Vielmehr ist die Charta der Grundrechte der Europäischen Union maßgeblich (Art. 51 der Charta). Art. 28 der Charta schützt zwar auch das Recht der Tarifpartner, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen, gibt aber gegenüber der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG nur einen schwachen Grundrechtsschutz, weil der entscheidende Satz 2 des deut-

schen Grundrechts fehlt, wonach „Abreden, die dieses Recht (sc.: die Koalitionsfreiheit) einschränken oder zu behindern suchen, nichtig und hierauf gerichtete Maßnahmen rechtswidrig" sind. Die Tarifautonomie ist aber im Kern Gegenstand des Grundrechtsschutzes der Koalitionsfreiheit[437]. Das deutsche Grundrecht, das vorbehaltlos gewährleistet ist, ist auch nur einschränkbar, wenn das notwendig ist, um andere verfassungsrangige Güter zu schützen[438], während das Grundrecht der Charta der Grundrechte der Union zum einen durch das Unionsrecht (abgesehen von den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten) begrenzt ist, also auch durch Beschlüsse des Rates nach Art. 100 (123) Abs. 1 AEUV, die der Wirtschaftslage angemessene Maßnahmen festlegen. Zwar müssen Einschränkungen der Ausübung der Rechte und Freiheiten der Charta nach Art. 52 Abs. 1 der Charta „den wesentlichen Gehalt dieser Rechte und Freiheiten achten", aber über den Schutz dieses Wesensgehalts entscheidet nicht etwa das Bundesverfassungsgericht, sondern der Gerichtshof der Union, weil der Beschluß ein Rechtsakt der Union ist[439]. Es ist völlig offen, wie eng oder weit der Gerichtshof die Tarifautonomie zumessen wird. Die Erfahrung lehrt, daß der Gerichtshof Grundrechteverletzungen durch Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft nicht zu erkennen vermag, also keinen Grundrechteschutz gibt, obwohl er die Rechtsakte an den Grundrechten, zumal an deren Wesensgehalt (äußerst kursorisch) zu prüfen pflegt[440]. Der Gerichtshof hat in seiner gut 50jährigen Praxis noch nicht ein einziges

---

[437] BVerfGE 4, 96 (110); 20, 312 (317), vgl. auch BVerfGE 18, 18 (27 f.); 28, 295 (304); 38, 281 (305); 38, 386 (393); 50, 290 (368 f.); 53, 233 (247 f.); 57, 220 (245 f.); 84, 212 (225); 88, 212 (228); 93, 352 (358 ff.); stärker BVerfGE 94, 268 (283); 100, 271 (282 f., 285 ff.); BAG etwa E 48, 307 (311); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 299 ff.; dazu *K. A. Schachtschneider*, Streik im öffentlichen Dienst, S. 221 ff., S. 221 ff.

[438] BVerfGE 18, 18 (32); 50, 290 (371); 84, 212 (228); 88, 103 (114 ff.); 92, 26 (41); st. Rspr.; etwa BVerfGE 100, 214 (223 f.); 100, 271 (283 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Streik im öffentlichen Dienst, S. 222 ff.

[439] BVerfGE 89, 155 (174 f.).

[440] Dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 348 ff., auch S. 365 ff.

Mal einen Rechtsetzungsakt der Gemeinschaft an einem Grundrecht oder dessen Wesensgehalt scheitern lassen. Für die existentielle Staatlichkeit kommt es allein darauf an, daß die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten und damit Deutschlands durch Art. 100 (123) Abs. 1 AEUV empfindlich eingeschränkt ist, ohne daß nähere Tatbestandsmerkmale im Sinne des Prinzips der begrenzten Ermächtigung genannt wären. Deutschland müßte sich jede Maßnahme des Rates, welche dieser mit qualifizierter Mehrheit (Art. 9c (16) Abs. 3 EUV) beschließt, gefallen lassen, wenn sie denn den weiten und offenen Zielen und Prinzipien der Wirtschaftsverfassung der Union entsprechen, was wiederum der Gerichtshof zu beurteilen hätte. Deutschland muß wirtschaftspolitische Maßnahmen, welche mit der Wirtschaftsverfassung Deutschlands, zumal den Wirtschaftsgrundrechten Deutschlands nicht vereinbar sind, hinnehmen, und darf nach dem Vertrag von Lissabon die Wirtschaftshoheit nicht mehr nach dem eigenen Verfassungsgesetz und schon gar nicht nach den eigenen Interessen ausüben. Dabei beansprucht Vorrang vor dem Grundgesetz nicht nur der Vertag als solcher, sondern auch das von den Organen der Union erlassene Sekundär- und Teritärrecht (17. Erklärung zum Vertrag von Lissabon).

II. Währungspolitik

Auch Kapitel 2 des Titels VII des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 105 (127) ff. AEUV), der die Währungspolitik regelt, verletzt das Stabilitätsprinzip, das wegen des Sozialprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützt ist.

1. Zur existentiellen Staatlichkeit eines Volkes gehört die Währungshoheit. Mittels der Währungspolitik wird die Geld- und Kreditpolitik gesteuert. Die Währungspolitik ist essentiell für die wirtschaftliche Entwicklung eines Gemeinwesens[441]. Sie hat wesentlichen Einfluß auf die wirtschaftli-

---

[441] *A. Tietmeyer*, Währungsunion, ein Weg ohne Umkehr, Integration 15 (1972), S. 17 ff.; *ders.*, Probleme einer Europäischen Währungsunion und Notenbank, in: J. Isensee (Hrsg.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, S. 45 ff., 49, 54 f.; *F. U. Willeke*, Die Europäische Währungsunion als ordnungspolitische und stabilitätspolitische

che Stabilität einer Volkswirtschaft, nicht nur auf die Preisstabilität, sondern auch auf die Beschäftigungslage, das Wachstum und das außenwirtschaftliche Gleichgewicht[442]. Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die außerordentliche Bedeutung der Währungspolitik für die Stabilität Deutschlands herausgestellt und dies im Euro-Beschluß unterstrichen[443].

Die außerordentliche Relevanz der Währungspolitik für die existentielle Staatlichkeit wird durch die fast allgemeine Erkenntnis unterstrichen, daß eine einheitliche Währung die Wirtschafts- und Sozialunion, letztlich die Politische Union, erzwinge[444]. Demgemäß ist die Einführung der Wäh-

---

Fehlkonstruktion, in: E. Kantzenbach/O. G. Mayer, Europäische Gemeinschaft – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 1993, S. 41 ff.; *V. Götz*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, 1084 f.; *M. Schröder*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozeß der europäischen Integration - Bemerkungen zum Maastricht-Urteil, DVBl. 1994, 324 f.; *H. Steinberger*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 16, Fn. 20; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 129 f.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 314 ff.

[442] Dazu *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998, insb. die volkswirtschaftliche Analyse, S. 25 ff., aber auch die rechtliche Würdigung, S. 192 ff.; *dies.*, Die Euro-Illusion. Ist Europa noch zu retten? 2001, insb. *J. Starbatty*, Euro – der Stabilitätsbruch, S. 53 ff., *W. Hankel*, Euro – der Integrationsbruch, S. 191 ff.

[443] BVerfGE 89, 155 (200 ff.); 97, 350 (370 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 129 ff.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 314 ff.

[444] *H. Steinberger*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 16 Fn. 20; i.d.S. *H. Tietmeyer*, Probleme einer europäischen Währungsunion und Notenbank, S. 45, 53 ff. (Währungsunion erfordert die politische Union); auch *M. Seidel*, Probleme der Verfassung der Europäischen Gemeinschaft als Wirtschafts- und Währungsunion, in: Festschrift B. Börner, S. 417 ff., 424 f.; vgl. auch *J. Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung 1992, S. 39; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 752; klar *W. Hankel*, Europas Währungsunion kommt zu früh, in: M. Brunner (Hrsg.), Kartenhaus Europa?, 1993, S. 69 ff.; *ders. u.a.*, Die Euro-Klage, S. 27 ff., 247 ff.; *W. Hankel/J. Starbatty*, Nizza: Es wird keine politische

rungsunion als der Hebel zur Politischen Union, zur Entwicklung des existentiellen Unionsstaates, angesehen und eingesetzt worden[445]. Dieser Hebel scheint erhebliche Kraft zu haben. Inwieweit dies so bleibt, wenn die Währungsunion, wie es der Vertrag von Lissabon konzipiert (Art. 116a (139) ff. AEUV), auf die neuen Beitrittsländer Mittel- und Osteuropas ausgedehnt wird, steht dahin.

2. Eine Währungspolitik, welche das Stabilitätsprinzip, der Kern des Maastricht-Urteils, zu verwirklichen sucht, ist gescheitert. Das Bundesverfassungsgericht wird bei der Prüfung dieser Organklage und Verfassungsbeschwerde zum Vertrag von Lissabon auch zu bewerten haben, wie sich die heutige Realität der Währungspolitik der Union zu dem Vortrag der Bundesregierung zum Stabilitäts- und Wachstumspakt im Verfassungsbeschwerdeverfahren zur Maastricht-Sache verhält. Ohne die damalige Stabilitätszusicherung der Bundesregierung wäre das Einführungsgesetz zum Maastricht-Vertrag vor dem Bundesverfassungsgericht gescheitert. Die von der Europäischen Zentralbank verteidigte Preisniveaustabilität bringt die außerordentlich hohe (verfassungswidrige) Arbeitslosigkeit in den großen Volkswirtschaften der (sogenannten) Euro-Länder mit sich, wie vor allem in Deutschland und in Frankreich. Die (partielle) Kausalität der Währungsunion für diese krasse Verletzung des Ziels der hohen Beschäftigung im Rahmen des Stabilitätsprinzips ist nicht zu leugnen[446]. Neben den Lasten der deutschen Einheit und den Umwälzungen der wirtschaftlichen Globalisierung ist die Währungsunion einer der drei wesentlichen Gründe für den wirtschaftlichen, sozialen und letztlich politischen Niedergang Deutschlands, nicht etwa wesentlich die Lohn- und Sozialpolitik[447]. Die

---

Union geben, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 241 ff.; auch *W. Hankel*, Euro – der Integrationsbruch, daselbst, S. 191 ff., insb. S. 225 ff.

[445] Dazu (kritisch) *W. Hankel/J. Starbatty*, Nizza: Es wird keine politische Union geben, S. 241 ff.

[446] Dazu *W. Nölling*, Euro – der Sozialstaatsbruch, S. 107 ff.

[447] Insofern irrig *H.-W. Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, insb. S. 143 ff., 187 ff., der aber S. 93 ff. zu den drei Schocks, die Deutschland auf ein Mal zu verkraften hat, den Euro, den Binnenmarkt und die Osterweiterung der EU rechnet.

Einführung des Euro ist schicksalhaft für Deutschland und voraussichtlich auch für die Union, die an dem Versuch, mittels der einheitlichen Währung den existentiellen Staat herbeizuzwingen, zerbrechen dürfte.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil klargestellt, daß „die langfristigen Vorgaben, die das Stabilitätsziel zum Maßstab der Währungsunion machen", „durch institutionelle Vorkehrungen die Verwirklichung dieses Zieles sicherzustellen suchen" und daß diese „ letztlich – ultima ratio – beim Scheitern der Stabilitätsgemeinschaft auch einer Lösung aus der Gemeinschaft nicht entgegenstehen"[448]. Zu den Vorkehrungen gehört (u.a.) auch der Stabilitäts- und Wachstumspakt vom 17. Juni 1997. Er ist kläglich gescheitert. Die Währungsunion ist ein wesentlicher Grund der hohen Arbeitslosigkeit. Folglich ist die Stabilitätspolitik, zu der die Beschäftigungspolitik existentiell gehört (dazu I und IV), erfolglos. Deutschland ist verpflichtet, die Währungsunion zu verlassen. Die Verantwortung dafür hat das Bundesverfassungsgericht im Euro-Beschluß vom 31. März 1998 ausschließlich Parlament und Regierung zugewiesen und grundrechtlichen Rechtsschutz zurückgewiesen[449]. Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion bleiben[450]. Der Vertrag von Lissabon kennt aber nur den Austritt aus der Europäischen Union (Art. 49a (59) EUV), nicht den besonderen aus der Währungsunion (vgl. Art. 105 (127) ff. AEUV). Um ein weiteres ist die existentielle Staatlichkeit Deutschlands, sogar nach Maßgabe des Maastricht-Urteils, mißachtet.

3. Fraglos ist die Währungspolitik ein wesentlicher Bestandteil der existentiellen Staatlichkeit eines Volkes. Die Mitgliedstaaten haben als solche

---

[448] BVerfGE 89, 155 (204); dazu *W. Hankel u.a. (K. A. Schachtschneider)*, Die Euro-Klage, S. 192 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Euro – der Rechtsbruch, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 27 ff.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, daselbst, S. 314 ff.

[449] BVerfGE 97, 350 (370 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die Rechtsverweigerung im Euro-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 274 ff.

[450] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: W. Hankel u.a, Die Euro-Illusion, S. 320 ff.

keinen Einfluß mehr auf die Währungspolitik. Sie ist dem eigenständigen Europäischen System der Zentralbanken und insbesondere der Europäischen Zentralbank überantwortet (Art. 105 ff. EGV/(127 ff.) AEUV). Nach Art. 108 EGV/(130) AEUV) dürfen weder die Europäische Zentralbank noch die nationalen Zentralbanken noch ein Mitglied ihrer Beschlußorgane Weisungen von Organen, Einrichtungen, sonstigen Stellen der Union, Regierungen der Mitgliedstaaten oder anderen Stellen einholen oder entgegennehmen. Die Unabhängigkeit des Zentralbanksystems mit allen ihren Einrichtungen ist in der Erwartung, daß dadurch das vorrangige Ziel der Währungspolitik, die Preisstabilität, bestmöglich gefördert wird, extrem weit getrieben, durchaus weiter als vormals die Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank. Das Europäische System der Zentralbanken und die Europäische Zentralbank sind lediglich an die Unionsverträge (einschließlich der Protokolle) über ihre Satzung (Art. 107 (129) Abs. 2 AEUV) gebunden[451]. Die währungspolitisch erfolgreiche Deutsche Bundesbank war zwar nach § 12 BundesbankG ebenfalls unabhängig, aber diese Unabhängigkeit beruhte auf Gesetz, nicht auf einem schwer änderbaren völkerrechtlichen Vertrag und im übrigen war die Bundesbank dem einfachen Gesetz unterworfen, das seine Ziele, seine Aufgaben, seine Befugnisse und seine Instrumente ändern konnte. Die außerordentliche Unabhängigkeit des Zentralbanksystems und zumal der Europäischen Zentralbank ist mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar, wie mehr oder weniger auch das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil eingeräumt hat[452]. Die Entdemokratisierung der Währungspolitik ist nicht mit der fachlichen Aufgabe

---

[451] Absatz 3 des Art. 107 (129) AEUV ermöglicht die Änderung gewisser Satzungsbestimmungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren entweder auf Empfehlung der Kommission und nach Anhörung der Europäischen Zentralbank oder auf Empfehlung der Europäischen Zentralbank nach Anhörung der Kommission. Absatz 4 dieser Vorschrift ermöglicht dem Rat nach Anhörung des Europäischen Parlaments auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Europäischen Zentralbank oder auf Empfehlung der Europäischen Zentralbank und nach Anhörung der Kommission die in bestimmten Artikeln genannten Bestimmungen zu erlassen.

[452] BVerfGE 89, 155 (199, 207 ff.); dazu (kritisch) *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 130 f.

der Zentralbank zu rechtfertigen. In der Republik muß jede Aufgabe fachgerecht, meist wissenschaftlich, bewältigt werden. Gerade im Interesse größtmöglicher Fachlichkeit und Sachlichkeit ist das demokratische Prinzip entwickelt[453]. Art. 48 Abs. 6 EUV (vereinfachtes Änderungsverfahren, dazu H, II), ermöglicht freilich dem Europäischen Rat, auch die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank aufzuheben.

4. Ein Staat hat seine existentielle Staatlichkeit wesentlich aufgegeben, wenn er die Währungspolitik aus der Hand gegeben hat. Er kann dann die Wirtschaft nicht mehr geld- und kreditpolitisch, also nicht mehr wirksam steuern. Auch die Sozialpolitik wird dadurch erheblich behindert, wie die gegenwärtige Entwicklung der Arbeitslosigkeit in Deutschland, in dem sich eine neue Soziale Frage entwickelt (hat), zeigt. Die Währungsunion muß die Wirtschafts- und Sozialunion, die Politische Union, nach sich ziehen, also den existentiellen Staat. Das aber setzt ein neues Verfassungsgesetz jedenfalls Deutschlands voraus, die den existentiellen Staat Deutschland zugunsten des existentiellen Unionsstaates öffnet, der aufgrund eines verfaßten Volkes der Unionsbürger eine eigenständige demokratische Legitimation zu begründen vermag, soweit man einem Gemeinwesen von fast 500 Millionen Menschen, das sich weiter vergrößert, überhaupt eine demokratische Legitimationsfähigkeit zumißt.

III. Haushaltspolitik

Das Haushaltsregime über die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten, das der Vertrag von Lissabon aufrecht erhält, ist ein Verstoß gegen die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten, zumal gegen das demokratische Prinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), auch soweit dies durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützt wird.

1. Die Mitgliedstaaten haben die Haushaltshoheit, die wesentlicher Bestandteil der Wirtschaftshoheit ist, weitestgehend aufgegeben und damit

---

[453] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 130 f.; *ders.*, Res publica res populi, S. 560 ff., insb. S. 567 ff.

das den demokratischen oder besser republikanischen Parlamentarismus geradezu definierende Budgetrecht des Parlaments (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG)[454] in einer Weise eingeschränkt, welche die existentielle Staatlichkeit demokratiewidrig, ja staatswidrig aus der Hand gibt. Art. 104 (126) AEUV bezweckt übermäßige öffentliche Defizite der Mitgliedstaaten zu unterbinden. Die Kommission hat das Recht, die Entwicklung der Haushaltslage, des öffentlichen Schuldenstandes, in den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Feststellung schwerwiegender Fehler zu überwachen. Insbesondere prüft sie die Einhaltung der Haushaltsdisziplin anhand der Kriterien des jährlichen Haushaltsdefizits, gemessen am Bruttoinlandsprodukt, nach dem Referenzwert von 3%, und den öffentlichen Schuldenstand, gemessen am Bruttoinlandsprodukt, nach dem Referenzwert von 60%. Die Haushaltsdisziplin ist jeweils gewahrt, wenn im ersten Fall das Verhältnis des öffentlichen Defizits zum Bruttoinlandsprodukt erheblich und laufend zurückgegangen ist und einen Wert in der Nähe des Referenzwerts erreicht hat oder der Referenzwert nur ausnahmsweise und vorübergehend überschritten wird und das Verhältnis in der Nähe des Referenzwerts bleibt, und im zweiten Fall, wenn das Verhältnis des öffentlichen Schuldenstands zum Bruttoinlandsprodukt hinreichend rückläufig ist und sich rasch genug dem Referenzwert nähert (Art. 104 (126) Abs. 2 AEUV). Die Referenzwerte sind in dem Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit (12. Protokoll zum EU-Vertrag 1992) festgelegt. Das in den Absätzen 3 ff. des Art. 104 (126) AEUV näher geregelte Verfahren, hat die Kommission zu betreiben. Der Rat faßt auf Vorschlag oder Empfehlung der Kommission Beschlüsse, Entscheidungen oder Empfehlungen, gegebenenfalls mit besonders geregelter qualifizierter Mehrheit und gegebenenfalls ohne Berücksichtigung der Stimme des den betreffenden Mitgliedstaat vertretenen Mitglieds des Rates. Falls der betroffene Mitgliedstaat einem Beschluß nicht nachkommt, durch den er mit der Maßgabe in Verzug gesetzt wird,

---

[454] BVerfGE 45, 1 (32); *Th. Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 1981, Art. 110, Rdn. 3 ff (5); *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdn. 589, S. 252, Rdn. 705, S. 294; *K. Stern* Staatsrecht I, S. 1004; *ders.*, Staatsrecht II, 1980, S. 1064 ff. (zur Geschichte); *G. Kisker*, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, 1990, § 89, Rdn. 3 ff., 13.

innerhalb einer bestimmten Frist Maßnahmen für den nach Auffassung des Rates zur Sanierung erforderlichen Defizitabbau zu erlassen (Absatz 9 des Art. 104 (126) AEUV), kann der Rat nach Absatz 11 dieser Vorschrift bestimmte Maßnahmen anzuwenden oder gegebenenfalls zu verschärfen beschließen, unter anderem nach Teilstrich 3 von dem Mitgliedstaat verlangen, eine unverzinsliche Einlage in angemessener Höhe bei der Union zu hinterlegen, bis der Rat der Ansicht ist, daß das übermäßige Defizit korrigiert worden ist, und nach Teilstrich 4 Geldbußen in angemessener Höhe verhängen.

2. Durch den Stabilitäts- und Wachstumspakt vom 17. Juni 1997 sind im Interesse der Stabilität des Euros die Befugnisse verschärft worden[455]. Insbesondere ist die Höhe der Geldbuße dahin festgelegt worden, daß der Mitgliedstaat, dessen Haushaltspolitik defizitär ist, 0,2 % (und eine variable Komponente) des Bruttoinlandsprodukts zu erbringen hat (für Deutschland für 2002 bis zu 10 Mrd. Euro), die zur Geldbuße umgewandelt wird, wenn das übermäßige Defizit nicht zwei Jahre nach dem Einlagebeschluß korrigiert ist[456]. Weiterhin sollte der Rat entgegen Absatz 11 des Art. 104 EGV kein Sanktionsermessen haben, sondern zu Sanktionsmaßnahmen quasi automatisch auf Grund des Defizits des Mitgliedstaates verpflichtet sein. Der Stabilitäts- und Wachstumspakt war schon deswegen problembehaftet, hat aber auch die Kompetenzordnung des Vertrages verletzt, weil die wesentliche Materie des Stabilitäts- und Wachstumspaktes durch den Europäischen Rat festgelegt worden war, der nach Art. 4 Abs. 1 EUV nicht befugt war, verbindliche Rechtsakte zu erlassen[457]. Dem Stabilitäts- und Wach-

---

[455] Dazu *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Verfassungsbeschwerde und Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die Währungspolitik der Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG vom 12. Januar 1998, Teil C, III, 3, S. 123 ff., D, VI, S. 316 ff., die sich in Sachen 2 BvR 1877/97 und 2 BvR 50/98 in den Akten des Bundesverfassungsgerichts befindet.

[456] Art. 12 und 13 der VO (EG) Nr. 1467/97 des Rates vom 7.7.1997 (ABl. EG, Nr. L 209/6 ff. v. 02.08.1997).

[457] Dazu *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Verfassungsbeschwerde und Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die Währungspolitik der Bundes-

stumspakt wird eine hohe politische Verbindlichkeit zugemessen[458]. Die Kommission hat auf seiner Grundlage Sanktionsmaßnahmen gegen Deutschland wegen dessen Haushaltsdefizits im Jahre 2002/2003 durchzusetzen versucht und ist damit im Rat gescheitert. Der Gerichtshof hat die Klage der Kommission gegen den Rat als unzulässig abgelehnt, aber die Schlußfolgerungen des Rates, mit denen dieser das Defizitverfahren aussetzen wollte, für nichtig erklärt[459]. Mehrere Mitgliedstaaten waren jahrelang nicht in der Lage, das verbotene Defizit abzuwenden, insbesondere nicht Deutschland und Frankreich. Sanktionen haben sich gegen diese Mitgliedstaaten nicht durchsetzen lassen. Die Voraussetzungen für die Feststellung des öffentlichen Haushaltsdefizits und des übermäßigen öffentlichen Schuldenstandes sind von den Regierungschefs in der Regierungskonferenz vom 22./23. März 2005 durch einfachen Beschluß geändert worden[460]. Insbesondere soll Deutschland nach näheren Kriterien die Transferleistungen in die neuen Länder und die Nettozahlungen an die Europäische Union bei der Berechnung des Haushaltsdefizits und des Schuldenstandes berücksichtigen können[461]. Der vom damaligen Kommissionspräsidenten Romano Prodi öffentlich als „stupido" bezeichnete Stabilitäts- und Wachstumspakt ist dadurch zumindest in zentralen Teilregelungen geändert und in der Sache für obsolet erklärt worden.

---

republik Deutschland wegen Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG vom 12. Januar 1998, Teil D, VI, 1, 2,S. 316 ff.

[458] Vgl. die Erklärung der Schlußakte zu Artikel 104 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union: „Der Stabilitäts- und Wachstumspakt ist ein wichtiges Instrument für die Verwirklichung dieser Ziele" (Wachstum und solide Haushaltslage). „Die Konferenz bekennt sich erneut zu den Bestimmungen über den Stabilitäts- und Wachstumspakt als Rahmen für die Koordinierung der Haushaltpolitik in den Mitgliedstaaten".

[459] EuGH v. 13.07.2004 – Rs. C-27/04 (Kommission/Rat), Rdn. 29 ff., 44 ff., 81, 92; *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 104 EGV. Rdn. 23, 119.

[460] Vgl. die ÄnderungsVOen (EG) Nr. 1055 und 1056 des Rates vom 26.06.2005 (ABl. 2005 L 174/1 und L 174/5); dazu *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 104 EGV, Rdn. 126 ff.

[461] *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 104 EGV, Rdn. 125 f.

3. Für den Verlust der Mitgliedstaaten an existentieller Staatlichkeit und als Baustein der existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union ist die Einschränkung der Haushaltshoheit und damit der Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten durch das haushaltsrechtliche Defizitregime der Union wesentlich. Art. 104 EGV zwingt den Mitgliedstaaten eine bestimmte monetaristische Theorie der Stabilität der Wirtschaft als Verfassungs(vertrags)recht auf. Diese Theorie mißt der Preisstabilität den Vorrang einer wirtschaftlichen Stabilität zu und verpflichtet darum die Währungspolitik vorrangig auf die Preisstabilität (Art. 105 Abs. 1 EGV/(127 Abs. 1) AEUV). Die Preisstabilität scheint dieser Theorie aber schon gewährleistet, wenn die Staaten übermäßige öffentliche Defizite vermeiden, preisniveaustabilisierende Geld- und Kreditpolitik vorausgesetzt[462]. Dieser Theorie steht bekanntlich die fiskalistische, keynesianische Theorie gegenüber, die in bestimmten Wirtschaftslagen, zumal bei hoher Arbeitslosigkeit, öffentliche Defizite und öffentliche Schulden in begrenztem Umfang (deficit spending, antizyklische Fiskalpolitik) für notwendig erachtet, um mittels des Wachstums der Wirtschaft die Beschäftigung und letztlich die Preise zu stabilisieren. Demgemäß ermöglicht § 6 Abs. 2 StabWG, bei einer die Ziele des § 1 StabWG gefährdenden Abschwächung der allgemeinen Wirtschaftstätigkeit zusätzliche Ausgaben zu leisten, und § 6 Abs. 3 StabWG, zu diesem Zweck Kredite über die im Haushaltsgesetz erteilten Kreditermächtigungen hinaus bis zur Höhe von „fünf Milliarden Deutsche Mark" aufzunehmen. Der Keynesianismus wirft dem Monetarismus vor, die Preisstabilität zu Lasten der Beschäftigung zu präferieren und hält moderate Defizite der öffentlichen Hand in bestimmten Wirtschaftslagen für geboten, um Wachstum und Beschäftigung zu fördern. Inwieweit die gegenwärtige Wirtschaftsentwicklung in Deutschland die Richtigkeit der keynesianischen Theorie, jedenfalls für bestimmte Wirtschaftslagen, beweist, ist in der ökonomischen Wissenschaft heftig umstritten. Unbestritten ist, daß das mittels des Sozialprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) und des Prinzips

---

[462] *O. Issing*, Gesunde Finanzen – stabile Währung – Erfordernisse in Deutschland und Europa, Deutsche Bundesbank, Auszüge aus Presseartikeln, Nr. 19 vom 26.3.1996, S. 4; vgl. *W. Hankel u.a.*, Die Euro-Klage, S. 70 ff.; dazu *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip, S. 201.

des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 104 a Abs. 4 S. 1, Art. 109 Abs. 2 und Abs. 4, Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG) verfassungsrangige wirtschaftliche Stabilitätsprinzip der keynesianischen Theorie[463] jedenfalls nicht entgegensteht. Schließlich ist der in Deutschland maßgebliche wirtschaftliche Stabilitätsbegriff nicht durch den Vorrang der Preisstabilität bestimmt, sondern durch die Gleichrangigkeit der Ziele des magischen Vierecks, wie es § 1 des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes von 1967 definiert, nämlich durch die gleichrangigen Ziele der Stabilität des Preisniveaus, des hohen Beschäftigungsstandes, des außenwirtschaftlichen Gleichgewichts und des stetigen und angemessenen Wachstums im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung. Diese Ziele, welche die Wirtschaftspolitik gleichzeitig anzustreben hat[464], haben Verfassungsrang. Das ergibt sich schon aus dem Sozialprinzip, welches vornehmlich dem Beschäftigungsziel Verfassungsrang gibt, aber auch den Zielen der Preisstabilität und des Wachstums[465]. Das gilt aber wegen der internationalen Interdependenz der Wirtschaft auch für das außenwirtschaftliche Gleichgewicht, also den Zahlungs- und den Leistungsbilanzausgleich. Es gibt keine wirtschaftliche Stabilität, wenn eines der Ziele verfehlt wird, wie gegenwärtig durch die dramatische Arbeitslosigkeit[466], die nach (fast) allgemei-

---

[463] *J. M. Keynes*, The General Theory of Employment, Interest and Money, London 1936; vgl. dazu *W. Hankel*, Keynes – und die Agenda 2010, FS U. Jens, i.E. (in der Anlage beigefügt); kritisch *J. Starbatty*, Stabilitätspolitik in der freiheitlich-sozialstaatlichen Demokratie, 1977, S. 20 ff.; *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip, S. 152 f.

[464] I.d.S. BVerfGE 79, 311 (339); *K. Vogel/M. Wiebel*, BK, GG, Art. 109 (Zweitbearbeitung, 1972), Rdn. 112 ff.; *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip, S. 181 ff.

[465] *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 1078 ff.; *G. Kisker*, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, § 89, Rdn. 18; *K. A. Schachtschneider*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 314 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 294 ff.; *H.-M. Hänsch*, Wirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip, S. 142 ff., 157 ff.; vgl. BVerfGE 79, 311 (338 f.), das den Begriff gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht offenhält.

[466] Dazu Bundeswirtschaftsministerium BTDrs. V/2511, S. 23 (0,8 %); i.d.S. *K.-H. Hansmeyer*, in: Stern/Münch/Hansmeyer, StWG, 2. Aufl. 1972, S. 128; *A. Möller*, StWG,

ner Auffassung nur durch Wachstum überwunden werden kann. Das skizzierte wirtschaftliche Stabilitätsprinzip folgt auch aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG[467]. Die Festlegung im Vertrag von Lissabon (Art. 104 (126) AEUV) auf die monetaristische Theorie widerspricht in ihrer einseitigen Ausrichtung dem verfassungsrangigen wirtschaftlichen Stabilitätsprinzip des Grundgesetzes (Art. 104a Abs. 4 S. 1, Art. 109 Abs. 2 und 4, Art. 115 Abs. 1 S. 2), welches als Teilprinzip des Sozialprinzips an dessen Schutz durch Art. 79 Abs. 3 GG teilhat.

4. Mit der Haushaltshoheit ist die Wirtschaftshoheit existentiell eingeschränkt. Ein Mitgliedstaat, wie Deutschland, der keine eigenständige Haushaltspolitik zu machen berechtigt ist, sondern dem selbst zu Lasten einer existentiellen Beschäftigungslage verboten ist, gegebenenfalls notwendige, durch öffentliche Schulden finanzierte konjunkturpolitischen Maßnahmen zu ergreifen, selbst wenn diese vom Bundestag beschlossen werden, hat einen wesentlichen Teil existentieller Staatlichkeit aufgegeben.

5. Das völkervertragliche Defizitverbot widerspricht im übrigen der Konzeption des Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG, der es erlaubt, von der verfassungsrechtlichen Grenze der Kreditaufnahme, Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten zu dürfen, Ausnahmen zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu machen. Die Existentialität der Haushaltshoheit als Teil der Wirtschaftshoheit zeigt sich in der gegenwärtigen Wirtschaftslage Deutschlands mit aller Deutlichkeit. Sie erweist sich auch in der demokratiepolitischen Substanz des Budgetrechts des Parlaments, das wegen der haushaltspolitischen Beschränkung durch das Unionsrecht gehindert ist, seine Verantwortung für das Wohl des Landes gemäß Art. 115 Abs. 1 GG wahrzunehmen. Die Kreditbeschaffung bedarf schließlich der Ermächtigung durch Bundesgesetz.

---

2. Aufl. 1969, § 1, Rdn. 10; vgl. *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip, S. 176 f.

[467] *K. A. Schachtschneider*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 318 ff.

IV. Beschäftigungspolitik

Die Beschäftigungspolitik des Titels VIII, des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 125 ff. (145 ff.) AEUV ist mit dem durch das Sozialprinzip geschützten Prinzips der hohen Beschäftigung (Art. 20 Abs. 1 GG)[468] auch insoweit unvereinbar, als Art. 79 Abs. 3 GG das Sozialprinzip für unantastbar erklärt.

1. In den Bereich der Wirtschaftshoheit gehört auch die Beschäftigungspolitik. Die Beschäftigungspolitik ist zuförderst Sache der Unternehmen, aber auch Sache der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welche diese durch ihre Tarifpolitik wesentlich beeinflussen[469]. Die Beschäftigungspolitik hat im Unionsrecht ausweislich des Art. 105 Abs. 1 EGV/(127) AEUV gegenüber der Währungspolitik keinen Vorrang, obwohl die Union durch „einen in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft" auf „Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt" (Art. 2 (3) Abs. 3 UAbs. 1 EUV). Grundlage der „nachhaltigen Entwicklung Europas" soll ein „ausgewogenes Wirtschaftswachstum" und „Preisstabilität" sein (Art. 2 (3) Abs. 3 UAbs. 1 EUV). Die wirtschaftspolitische Zielsetzung des Vertrages von Lissabon bleibt somit im Kern bei der monetaristischen Konzeption von Markt, Wettbewerb und Preisstabilität. Die Marktwirtschaft soll zwar „sozial" sein, wird es aber nur sein können, wenn sie in der globalisierten Wirtschaft (wider Erwarten) erfolgreich ist; denn sie soll „in hohem Maße wettbewerbsfähig" sein, nicht etwa in Europa oder gar in Deutschland, für das *Ludwig Erhard* und *Alfred Müller-Armack* den Begriff der sozialen Marktwirtschaft geprägt haben und prägen konnten und wegen des Sozialprinzips prägen mußten, sondern in der Welt; denn der Grundsatz ist die

---

[468] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff.; *ders.*, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit?, GS J. G. Helm, S. 827 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff., insb. S. 296, 305 ff.; vgl. auch *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 85 f., 101 f.; *ders.*, Aspekte einer Verfassungslehre der Arbeit, AöR 109 (1984), S. 630 ff.

[469] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Flächentarife und die Soziale Frage, GS W. Blomeyer, S. 254 ff.

„offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" (Art. 98 (120) AEUV). In dieser Konzeption ist das Soziale eine nachrangige Zielsetzung, von der erhofft wird, daß die neoliberale Wirtschaftsordnung des Binnenmarktes sie von selbst verwirklicht, wie das in Art. 136 (151) Abs. 3 AEUV sogar ausgesprochen wird – eine Illusion, jedenfalls keine verfassungsgemäße Wirtschaftsverfassung.

Zwar gehört ein hohes Beschäftigungsniveau gemäß Art. 127 (147) AEUV zu den Zielen der Union, zu denen diese nach Absatz 1 dieser Vorschrift aber lediglich durch Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und Unterstützung von deren Maßnahmen beiträgt, die Maßnahmen der Mitgliedstaaten erforderlichenfalls ergänzen soll, und das die Union nach Absatz 2 der Vorschrift bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen berücksichtigen soll. Aber die Beschäftigungspolitik hat sich in die Grundzüge der Wirtschaftspolitik des Vertrages von Lissabon (Art. 99 (121) AEUV) einzufügen (Art. 126 (146) AEUV), wie auch die Leitlinien des Rates nach Art. 128 (148) Abs. 2 AEUV, welche die Mitgliedstaaten in ihrer Beschäftigungspolitik zu berücksichtigen haben, mit den Grundsätzen nach Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV im Einklang stehen müssen. Diese Leitlinien binden nach Absatz 3 des Art. 128 (148) AEUV die Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, vermögen diese also auch zu behindern. Wesentlich geht es um die internationale Verwertbarkeit des Kapitals aufgrund der in der Union bereitstehenden Ressourcen. Globale Unternehmensbetätigung begünstigt die Kapitalverwertung, weil sie die Arbeit zur Ware macht und die Gewerkschaften schwächt. Das ist die Logik des Grundsatzes der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, aber auch die Logik des Binnenmarktes, zumal eines der Grundprinzipien des Binnenmarktes der weltweit offene Kapitalverkehr gemäß Art. 56 Abs. 1 EGV/(63) AEUV) ist[470]. Während also die Vollbeschäftigung in Deutschland durch das Sozial(staats)prinzip höchsten Verfassungsrang hat, hat das hohe Beschäftigungsniveau nach dem Vertrag von Lissabon untergeordnete Bedeutung. Die Mitgliedstaaten, auch

---

[470] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 253 ff.

Deutschland, müssen aber auch bei ihrer Beschäftigungspolitik die verbindlichen Grundzüge nach Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV und die Leitlinien nach Art. 128 (148) Abs. 2 AEUV berücksichtigen, so daß sie an einer gezielten Beschäftigungspolitik gehindert sind, auch wenn diese von den nationalen Parlamenten, auch vom Deutschen Bundestag, für richtig und geboten erachtet würden. Die vom Sozialprinzip gebotene Beschäftigungspolitik mit zumindest gleichem Rang wie die Politik der Preisstabilität läßt der Verfassungsvertrag nicht zu. Er erhofft sie aufgrund der (fragwürdigen) monetaristischen Theorie.

2. Die Mitgliedstaaten sind des weiteren durch die Grundfreiheiten, aber auch durch das wettbewerbsrechtliche Beihilferegime nach Art. 87 ff. EGV/(108 ff.) AEUV) an einer eigenständigen Beschäftigungspolitik gehindert. Hinzu kommt die dramatische Wirkung der globalen Integration der Wirtschaft für die Beschäftigungslage in einem (bislang) hoch entwikkelten Sozialstaat wie Deutschland, welche aber Deutschland (genausowenig wie die anderen Mitgliedstaaten) nicht eigenständig verändern kann, weil die Außenwirtschaftspolitik in die (sogar) ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 2b (3) Abs. 1 lit. e AEUV, „Gemeinsame Handelspolitik", fällt, näher geregelt in Art. 188b und Art. 188c AEUV (bislang Art. 131 ff. EGV)[471]. Als Standortpolitik der Mitgliedstaaten wie Deutschland, die im weltweiten Vergleich ein hohes Lohnniveau haben und insbesondere mit einem hohen Sozialniveau leben, bleiben vom Vertrag von Lissabon nur Maßnahmen erlaubt, welche die Lohnkosten senken und das Sozialniveau abbauen[472]. Eine derartige Reduktion der deutschen

---

[471] Schon bisher hat die Europäische Gemeinschaft gemäß der AETR-Judikatur (vgl. EuGH v. 31.03.1971 – Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263) weitestgehend die ausschließliche Zuständigkeit in der Handelspolitik, auch für die handelspolitischen Abkommen, in Anspruch genommen; vgl. *M. Hahn*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 133 EGV, Rdn. 5 ff.; Kritik *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 7 III.

[472] Ganz so *H.-W. Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, S. 143 ff. („Arbeitsmarkt im Würgegriff der Gewerkschaften"), S. 187 ff. („Der Sozialstaat: Mächtigster Konkurrent der Wirtschaft"), 311 ff. („Der Steuerstaat: Faß ohne Boden"), 521 ff. („Programm für den

parlamentarischen und gouvernalen politischen Gestaltungsmöglichkeiten ist von der Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes nicht gestattet und trifft diese in ihrem Kern.

3. Weiteres Hindernis für eine Beschäftigungspolitik der betroffenen Mitgliedstaaten ist die Währungsunion, die wegen ihrer in jedem dieser Mitgliedstaaten unterschiedlich wirkenden, für alle Teilnehmer der Währungsunion identischen Leitzinsen, jedenfalls für Deutschland verheerende beschäftigungspolitische Auswirkungen hat, weil die hohen Realzinsen in Deutschland angesichts einer partiellen und tendenziellen Deflation trotz bereichsweiser Preissteigerung (Teuerung) nicht durch stark inflationäre Entwicklungen, wie in anderen Mitgliedstaaten (etwa Italien, Spanien, Portugal, Griechenland, Irland) gemäßigt werden, so daß die Investitionsentscheidungen der Unternehmer gegen den Standort Deutschland ausfallen[473].

4. Insgesamt sind der Beschäftigungspolitik, jedenfalls Deutschlands, engste Fesseln angelegt, welche die Wirtschaftshoheit in einer Weise einschränken, welche die existentielle Staatlichkeit tiefgreifend beeinträchtigt. Die Propaganda hat versprochen, daß der Maastricht-Vertrag und vor allem die Währungsunion viele Arbeitsplätze schaffen würden. Die Entwicklung beweist, jedenfalls für Deutschland, das Gegenteil. Obwohl es kein anderes Thema in Deutschland gibt, das die Öffentlichkeit mehr bewegt, als das der Arbeitslosigkeit, haben die Bemühungen um eine höhere Beschäftigung nichts bewirkt. Sie werden auch weiterhin nichts bewirken, weil der deutschen Politik wirksame Maßnahmen durch die Integration in die Europäische Union seit dem Maastricht-Vertrag, weiterentwickelt durch die Verträge von Amsterdam und Nizza, verwehrt sind. Diese (Fehl)Entwicklung wird durch den Vertrag von Lissabon nicht nur fortgeführt, sondern dadurch verfestigt und verstärkt, daß letzterer einen Bundes-

---

Neuanfang"), der eine Wende der Globalisierungspolitik zu thematisieren von vornherein abweist, S. 98 ff.

[473] Vgl. *W. Hankel*, Euro – der Integrationsbruch, in: ders. u.a., Die Euro-Illusion, S. 215 ff., 285 ff.; *ders.*, Die Euro-Lüge und andere volkswirtschaftliche Märchen, 2007.

staat begründet, dessen existentielle Staatlichkeit weiter ausgebaut wird, ohne freilich die Legitimation eines existentiellen Staates zu gewinnen.

5. Symptomatisch ist, daß entgegen den Menschenrechten, nämlich Art. 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, Art. 1 der Europäischen Sozialcharta von 1961, Art. 6 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966, entgegen den Verfassungen der meisten Länder Deutschlands und entgegen den Verfassungen der meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch entgegen dem Sozialprinzip des Grundgesetzes und richtigerweise entgegen der Eigentumsgewährleistung des Grundgesetzes[474] die Grundrechtecharta der Europäischen Union kein Recht auf Arbeit anerkennt, in der durchaus begründeten Einschätzung, daß die Wirtschaftsverfassung der Union einer Vollbeschäftigung und damit einem Recht auf Arbeit für alle keine Chance läßt. Ein solches Recht auf Arbeit schafft die Pflicht des Staates, eine vorrangige Politik der Vollbeschäftigung zu betreiben, die nach dem Vertrag von Lissabon, wie dargestellt, nicht nur nicht möglich, sondern nicht vorgesehen ist; denn den Primat hat die Preisstabilität, wie das dem Kapitalinteresse entspricht. Art. 15 der Grundrechtecharta kennt nur ein Recht zu arbeiten, nicht aber ein Recht auf Arbeit.

V. Sozialpolitik

Die zur Wirtschaftspolitik und zur Beschäftigungspolitik (I, IV) dargelegte Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union läßt wenig Spielraum für eine Sozialpolitik, welche den Zielen der Union nach Art. 2 (3) Abs. 3 EUV entspricht. Demnach bleibt die Verantwortung für die Verwirklichung des Sozialprinzips weitestgehende bei den Mitgliedstaaten, denen allerdings durch den Vorrang neoliberaler Wirtschaftsprinzipien, insbesondere dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb,

---

[474] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Recht auf Arbeit – Pflicht zu Arbeit, GS J. G. Helm, S. 827 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.

den Grundfreiheiten des Binnenmarktes, der währungspolitischen Preisstabilität und anderes mehr die Hände gebunden sind.

Dennoch hat die Union weitestgehende Möglichkeiten der Sozialpolitik, die dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung widersprechen, nämlich nach Art.2c (4) Abs. 2 lit. b AEUV die geteilte Zuständigkeit für die „Sozialpolitik hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte", aber auch die Zuständigkeit nach lit. c dieser Vorschrift für den „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt". Die sozialpolitischen Ziele sind in Art. 136 (151) Abs. 1 AEUV denkbar weit geregelt, nämlich „die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen." Hinzu kommen die in Art. 137 (153) Abs. 1 AEUV aufgelisteten Bereiche, in denen die Union zur Verwirklichung der soeben genannten Ziele die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten unterstützt und ergänzt, nämlich: Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer (lit. a), die Arbeitsbedingungen (lit. b), die soziale Sicherheit und der soziale Schutz der Arbeitnehmer (lit. c), Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrages (lit. d), Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (lit. e), Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, vorbehaltlich des Absatzes 6 (lit. f), Beschäftigungsbedingungen der Staatsanghörigen dritter Länder, die sich rechtmäßig im Gebiet der Gemeinschaft aufhalten (lit. g), berufliche Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen, insbesondere des Artikel 150 (lit. h), Chancengleichheit von Frauen und Männern auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz (lit. i), Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung (lit. j), Modernisierung der Systeme des sozialen Schutzes, unbeschadet des Buchstaben c (lit. k). Wenn auch Art. 137 (153) AEUV nicht „für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht, sowie das Aussperrungsrecht" gilt (Absatz 6), so sind das doch „genannte Aspekte", so daß das Arbeitsentgelt- und Arbeitskampfrecht, d.h. die Ta-

rifautonomie, nicht aus der Zuständigkeit der Union ausgenommen sind. Die genannten Ziele und Bereiche erfassen so gut wie alle Aspekte der Sozialpolitik einschließlich der Arbeitspolitik. Das ermöglicht der Union, sich nach der Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) AEUV Befugnisse zu geben, welche über die Befugnisse des Art. 137 (153) Abs. 2 AEUV hinaus gehen, und auch andere geeignete Maßnahmen zu treffen. Im übrigen gehört die Sozialpolitik in den Dritten Teil des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (als Titel IX), der im vereinfachten Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 6 EUV durch Beschluß des Europäischen Rates ohne Zustimmung der nationalen Gesetzgebungsorgane umgestaltet werden kann, weil die Zuständigkeit für die Sozialpolitik, wie dargelegt, äußerst weit ist. Deswegen vermag auch Absatz 6 des Art. 137 (153) AEUV eine Politik, welche die Staats- und Regierungschefs durchsetzen wollen, nicht zu verhindern. Nicht einmal das Harmonisierungsverbot des Absatz 3 der Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) AEUV ist einschlägig, weil Art. 137 (153) Abs. 6 AEUV kein Harmonisierungsverbot formuliert, die Ziele aber, welche für die Flexibilitätsklausel maßgeblich sind, in einem anderen Artikel, nämlich Art. 136 (151) Abs. 1 AEUV, genannt sind.

Letztlich steht das gesamte Arbeits- und Sozialrecht zur Disposition der Europäischen Union. Das hat für sich, daß Sozialpolitik nicht von den Wirtschafts- und Währungspolitik getrennt werden kann. Nur eine Wirtschafts- und Währungsunion kann erfolgreich sein, die zugleich Sozialunion ist[475]. Diese Einheit ist auch durch das wirtschaftsverfassungsrechtliche Leitprinzip Deutschlands, das Sozialprinzip, geboten. Die gegenwärtige Vertragslage, die durch den derzeitigen Text des Vertrages von Lissabon nicht wesentlich geändert wird, schafft einen unvollkommenen Staat, der der höchstrangigen sozialen Zielsetzung einer Republik nicht gerecht werden kann. Der Union aber wird durch den Vertrag der Weg geebnet, auch die Sozialpolitik im umfassenden Sinne zu übernehmen und damit auch

---

[475] *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage, S. 192 ff., 247 ff.; *W. Nölling*, Euro – der Sozialstaatsbruch, in: W. Hankel, u.a., Die Euro-Illusion, S. 107 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Ohne Sozialunion keine erfolgreiche Währungsunion, daselbst, S. 47 ff.

Sozialunion zu werden, also die existentielle Staatlichkeit nicht nur im Bereich der Wirtschaft und der Währung, sondern auch im Bereich des Sozialen an sich zu ziehen. Die Entwicklung der Sozialpolitik ist angesichts des globalen Umbruchs der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse denkbar ungewiß, die Sozialpolitik der Union demgemäß weder voraussehbar noch von den nationalen Parlamenten verantwortbar. Die Sozialpolitik wird durch den Vertrag von Lissabon (wie schon durch den Gemeinschaftsvertrag) von der demokratischen Legitimation der Völker abgekoppelt, obwohl gerade die Sozialpolitik unabdingbar der demokratischen Legitimation bedarf. Das demokratische Prinzip ist der Motor der sozialen Gerechtigkeit. Sowohl die Entwicklung der europäischen Integration zu existentiellen Staatlichkeit ohne die demokratische Legitimation eines Volkes widerstreitet der sozialpolitischen Zielsetzung der Union als auch das Prinzip der begrenzten Ermächtigung.

Die Koordinierungsaufgabe, welche der Kommission durch Art. 140 (156) AEUV übertragen ist, erweist die umfassende sozialpolitische Verantwortung der Union; denn sie umfaßt die Gebiete der Beschäftigung, des Arbeitsrechts und der Arbeitsbedingungen, der beruflichen Ausbildung und Fortbildung, der sozialen Sicherheit, der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten, des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit und des Koalitionsrechts und der Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Umfassender läßt sich der Bereich des Arbeits- und Sozialrechts kaum benennen. Koordinierungsmaßnahmen der Union haben nicht nur hohe politische Verbindlichkeit, sondern auch erhebliche rechtliche Relevanz, weil der Gerichtshof der Europäischen Union die Unionspolitik, die in den Koordinierungsmaßnahmen zum Ausdruck kommt, als Rechtfertigung für sonstige Politiken der Union genügen läßt. Das materielle Legitimationsgeflecht der Verträge überdeckt ohnehin weitestgehend den gesamten Bereich staatlicher Politik, so daß es nicht mehr nachvollziehbar ist, der Union den Charakter als Staat abzusprechen. Die Staatseigenschaft (wenn auch nicht die eines existentiellen Staates, der ein verfaßtes Volk voraussetzt) kann nicht mit dem Begriff der Supranationalität als einer neuen Form, Hoheitsgewalt gemeinschaftlich auszuüben, verdrängt werden. Diese Supranationalität ist nichts anderes als Staatseigenschaft

und Staatlichkeit. Die Union verfügt sogar über Aufgaben und Befugnisse existentieller Staatlichkeit, wie gezeigt auch im Bereich der Sozialpolitik. Mit dem demokratischen Prinzip des Grundgesetzes, soweit dieses wegen Art. 79 Abs. 3 GG nicht zur Disposition der Staatsorgane steht, ist das schlechterdings nicht vereinbar.

Schlußbemerkung zu C

Die Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion hat im Verbund mit der Haushaltshoheit die existentielle Staatlichkeit Deutschlands wie die der anderen Mitgliedstaaten weitestgehend zugunsten der existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union aufgehoben. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung ist gänzlich bedeutungslos.

D.

Unionspolitik der inneren Sicherheit als existentielle Entstaatlichung der Mitgliedstaaten

Gemäß Art. 2 (3) Abs. 2 EUV bietet die Union „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist", der bislang nach Art. 2 Abs. 1 Sp. 4 EUV nur als Ziel formuliert worden war. Titel IV des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union regelt in Art. 61 (67 ff.) den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts". Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist nach klassischer Definition ein Staat. *Kant* lehrt:

> „Der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. So fern diese als Gesetze a priori notwendig, d. i. aus Begriffen des äußeren Rechts überhaupt von selbst folgend (nicht statutarisch) sind, ist seine Form die Form eines Staates überhaupt, d. i. der Staat in der Idee, wie er

nach reinen Rechtsprinzipien sein soll, welche jeder wirklichen Vereinigung zu einem gemeinsamen Wesen (also im Inneren) zur Richtschnur (norma) dient. Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d. i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (trias politica): die Herrschergewalt (Souveränität), in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt, in der des Regierers (zu Folge dem Gesetz) und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz), in der Person des Richters (potestas legislatoria, rectoria et iudicaria)".[476]

Nicht erst seit dem Vertrag von Lissabon verfügt die Europäische Union über Gesetzgebungsgewalt (Kommission, Rat und Europäisches Parlament), vollziehende Gewalt (Kommission und auch Rat) und rechtsprechende Gewalt (Gerichtshof). Die Staatsqualität der Europäischen Union wurde bisher trotzdem abgelehnt[477], weil sie mit der existentiellen Staatseigenschaft und existentiellen Staatlichkeit („Souveränität") der Mitgliedstaaten unvereinbar ist. Diese Problematik wurde demokratierechtlich mit der Fiktion der begrenzten Ermächtigung zu lösen versucht. Weil die Außen- und Sicherheitspolitik (dazu G) und weitgehend die Politik der inneren Sicherheit, sowie die Koordinierung der Justizpolitik in den Aufgaben- und Befugnisbereich der ‚supranational' verfaßten Union übertragen ist, verfügt diese, herkömmlich formuliert, über innere und äußere Souveränität mit allen klassischen Staatsaufgaben. Supranationalität[478] ist das Wort

---

[476] *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 431(A 165 B 195); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff.

[477] BVerfGE 89, 155 (188 ff); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; richtig aber *J. Sack*, Die Staatswerdung Europas – kaum eine Spur von Stern und Stunde. Der Entwurf einer Verfassung für Europa in seinen tragenden Teilen kritisch abgeklopft und bewertet, Der Staat 44 (2005), S. 67 ff.; dazu näher A, III.

[478] Zur Supranationalität der europäischen Hoheit *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, S. 40 ff.; *M. Zuleeg*, Wandlungen des Begriffs der Supranationalität, Integration 1988, 103 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 115 ff., S. 52 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898, 904, 905 f.; *St. Oeter*, Föderalismus, S. 73 f.; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Kontrolle der auswärtigen Staatsgewalt, Aussprache, VVDStRL 56 (1997), S. 100 f.; ablehnend polnischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 11.05.2005 (Akz.: K 18/04), EuR 2006, S. 236 (241 f.).

für die Staatlichkeit der Union, die fraglose Hoheitsgewalt nicht als Staatsgewalt deklariert, weil dieser Unionsstaat vor allem mangels demokratischer Legitimation kein Staat sein darf, schon gar nicht ein Staat mit existentieller Staatlichkeit. Dem stehen etwa in Deutschland Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, Art. 79 Abs. 3 GG entgegen. Freiheit und Sicherheit sind der Existenzzweck von Staaten[479]. Der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" stellt klar, daß die Europäische Union nicht nur über einen Staatszweck, sondern auch über ein eigenes Staatsgebiet verfügt und neben den Mitgliedstaaten Gebietshoheit beansprucht.

Nach Art. 61a (68) AEUV „legt der Europäische Rat die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fest". Diese Bestimmungen der Richtlinien der Politik binden die gesetzgebenden Unionsorgane, sind aber in dieser Bindung nicht demokratisch legitimiert. Die Politik des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts greift durchgehend in Grundrechte ein und unterliegt dadurch dem Gesetzesvorbehalt nach den Verfassungsgesetzen der Mitgliedstaaten, jedenfalls nach dem Grundgesetz. Die Rechtsakte der Union beanspruchen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten, auch vor deren Verfassungsgesetzen (17. Erklärung zum Vertrag von Lissabon). Abgesehen davon, daß die Gesetzgebung der Union nicht demokratisch legitimiert ist, soweit sie nicht dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung genügt und darum durchgehend das Gesetzlichkeitsprinzip des Rechtsstaates verletzt, mißachtet die Bindung der Unionsgesetzgebung an strategischen Leitlinien des Europäischen Rates auch ein Gesetzlichkeitsprinzip der Union, wie es auch in Art. 52 Abs. 1 der Grundrechtecharta formuliert ist. Wegen dieser allgemeinen Bestimmung genügt die Regelung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

---

[479] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 545 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 100 ff.; *Ch. Link*, Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 19 ff., 27 ff., 42 ff.; *G. Ress*, daselbst zum nämlichen Thema, S. 83 ff., 98 ff.; *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff.; *ders.*, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999, 265 (268 ff.).

nicht dem Rechtsstaatsprinzip, aber eben auch nicht dem demokratischen Prinzip, soweit dieses durch Art. 79 Abs. 3 GG der Politik entzogen ist.

I. Existentielle Gebietshoheit der Europäischen Union

Die Europäische Union erlangt ein eigenes Staatsgebiet, nämlich den „Raum" „von Freiheit, Sicherheit und Recht", und damit neben den Mitgliedstaaten Gebietshoheit. Das ergeben die Ermächtigungen über Grenzkontrollen an den Außengrenzen, über Asyl und Einwanderung in Art. 61 ff. (67 ff.) AEUV, welche die Befugnisse der Europäischen Union gegenüber Art. 61 ff. EGV außerordentlich erweitern. Gegenüber den bisherigen Bestimmungen des Gemeinschaftsvertrages werden nicht mehr lediglich die jeweiligen Regelungen der Mitgliedstaaten über Asyl und Einwanderung zum Schutz ihrer Staatsgebiete abgestimmt (vgl. Art. 63 Nr. 1 EGV), sondern darüber hinaus wird eine gemeinsame Politik der Union zur Stärkung ihrer Außengrenzen begründet.

Die Europäische Union hat „Außengrenzen" (vgl. Art. 61 (67) Abs. 2 AEUV, bislang Art. 62 Abs. 1 Nr. 2 EGV) und führt „schrittweise ein integriertes Grenzschutzsystem an den Außengrenzen" ein (Art. 62 (77) Abs. 1 lit. c AEUV), zu dessen Verwirklichung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen (z. B. die gemeinsame Politik in Bezug auf Visa und kurzfristige Aufenthaltstitel, Kontrollen, denen Personen beim Überschreiten der Außengrenzen unterzogen werden", „integrierte Grenzschutzsysteme an den Außengrenzen", „Abschaffung der Kontrolle von Personen gleich welcher Staatsangehörigkeit beim Überschreiten der Binnengrenzen") erlassen werden sollen (Art 62 (77) Abs. 2 AEUV). Die Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten sollen verschwinden, folglich deren Gebietlichkeit, also deren existentielle Staatlichkeit, ja Staatseigenschaft; denn es gibt keinen Staat ohne Staatsgebiet[480]. Mit eben diesem

---

[480] *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 174 ff., 394 ff.; *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 1976, S. 201 ff.; *O. Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 1976, 6. Aufl. 1997, S. 134 f.; *J. Isensee*, Staat und Verfassung, HStR, Bd. I, § 13, Rdn. 30 ff.; kritisch *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in: ders., Staatsrechtliche

Staatsgebiet schwindet tendenziell, soweit die Befugnisse der Union in Legislative, Exekutive und Judikative reichen, auch die Gebietshoheit der Mitgliedstaaten, also deren Staatshoheit, letztlich die Mitgliedstaaten als existentielle Staaten und Völkerrechtssubjekte. Dementsprechend soll die Europäische Union gemäß Art. 63 (78) AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren „Maßnahmen in Bezug auf ein gemeinsames europäisches Asylsystem" erlassen und nach Art. 63a (79) Abs. 2 AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren auch eine „gemeinsame Einwanderungspolitik" (Abs. 1) schaffen.

Der Union werden im Vertrag von Lissabon durch Art. 63a (79) Abs. 2 lit. c AEUV Befugnisse zu Maßnahmen und durch Absatz 3 dieser Vorschrift Befugnisse zu Übereinkünften mit Drittländern über „eine Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen in ihr Ursprungs- oder Herkunftsland, die Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten oder die Anwesenheit oder den Aufenthalt in diesem Gebiet nicht oder nicht mehr erfüllen", eingeräumt.

Gesteigerte bundesstaatliche Solidarität und gerechte Aufteilung der Verantwortlichkeiten, auch in finanzieller Hinsicht im Sinne eines Finanzausgleichs über Art. 63 Nr. 2 lit. b EGV hinaus, schreibt Art. 63b (80) AEUV vor. Der bisherige Titel IV des Dritten Teils des Gemeinschaftsvertrages ist demgegenüber mehr vom Prinzip geteilter Verantwortung für die Aufnahme von Flüchtlingen geprägt.

Auch das Verfahren wird weiter zentralisiert. Aufgrund des Vertrages von Amsterdam hat seit dem 1. Mai 2004 die Kommission das ausschließliche Vorschlagsrecht für Rechtsakte im Bereich des Titels IV des Dritten teils des Gemeinschaftsvertrages. Der Vertrag von Lissabon streicht die Klausel in Art. 67 Abs. 2 1. Sp. EGV (Nr. 67), nach der die Kommission Anträge aus Mitgliedstaaten prüfen muß.

Abhandlungen und andere Aufsätze, 1955, S. 127 f.; *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, S. 60 ff.; kritisch (Smend folgend) auch *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 145 f.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 82 f.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 59 ff.

Während Art. 61 ff. EGV als Handlungsform in der Regel „Maßnahmen" vorsehen, schließen die Ermächtigungen des Vertrages von Lissabon mit ihrer Beschränkung auf die ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unverbindliche Maßnahmen von vornherein aus. Außer für vorläufige Maßnahmen, falls plötzlich Zuströme von Drittstaatsangehörigen eine Notlage schaffen, für die das Europäische Parlament lediglich angehört wird (Art. 63 (78) Abs. 3 AEUV), werden im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Rechtsakte erlassen (Art 63 (78) Abs. 2, Art 63a (79) Abs. 2 AEUV). Während bislang Einstimmigkeit (Art. 67 Abs. 1 und 2 EGV) und ausnahmsweise qualifizierte Mehrheit (Art. 67 Abs. 3 bis 5 EGV) vorgesehen waren, genügt nach dem Vertrag von Lissabon durchgehend die qualifizierte Mehrheit. Auch dies stärkt die existentielle Staatlichkeit der Union.

II. Justizpolitik in Zivilsachen

Die justitielle Zusammenarbeit der Union in Zivilsachen (Art. 65 ff. (81 ff.) AEUV, bislang Art. 65 EGV) soll auf „dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen beruhen" (Art 65 (81) Abs. 1 S. 1 AEUV). Sie kann „den Erlaß von Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten umfassen" (Art. 65 (81) Abs. 1 AEUV). Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren können zu diesem Zweck Maßnahmen erlassen werden, die eine Fülle von Zielen erreichen sollen (Art. 65 (81) Abs. 2 AEUV).

Gemäß Art. 293 4. Sp. EGV besteht bislang die Möglichkeit, Verhandlungen über die „Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche" zu führen. Art. 293 EGV schafft aber kein unmittelbar geltendes Recht und ist keine Ermächtigungsnorm[481]. Die aufgrund Art. 293 EGV geschlossenen Abkommen sind nicht Gemeinschaftsrecht, sondern normales Völkerrecht[482]. Aufgrund Art. 61 lit. c, Art. 65 lit. a in Ver-

---

[481] *S. Leible*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 293 EGV, Rdn. 1 ff.

[482] *S. Leible*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 293 EGV, Rdn. 12.

bindung mit Art. 67 Abs. 1 EGV ist die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen weitgehend vergemeinschaftet worden[483], läßt aber immerhin den Mitgliedstaaten den Vorbehalt des ordre public[484]. Die Verordnung Nr. 805/2004 hat einen europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen geschaffen[485]. Dieser kann, sobald er im Ursprungsstaat ausgefertigt worden ist, wie ein inländischer Titel in allen europäischen Staaten vollstreckt werden. Art.65 (81) Abs. 2 lit. a AEUV soll nun Maßnahmen über die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten ermöglichen. Damit werden die bisherigen Anerkennungsregelungen durch ein formales Anerkennungsprinzip ersetzt[486]. Der bisherige ordre public-Vorbehalt sowie jede andere Nachprüfung der Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates entfallen dadurch.

Weil ein formales Anerkennungsprinzip dazu führt, daß einem Mitgliedstaat das System eines anderen oktroyiert wird, wird nicht nur die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten empfindlich berührt, sondern es sind Systembrüche zu besorgen, welche eine Harmonisierung des Zivil- und Zivilprozeßrechts unvermeidlich machen. Aufgrund der Ermächtigungen in Art. 65 (81) Abs. 2 AEUV können alle kollisionsrechtlichen und weitgehend zivilprozessualen Regelungen betroffen sein.

Art. 65 (81) Abs. 3 AEUV ermöglicht „abweichend von Absatz 2" „Maßnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitenden Bezügen vom Rat im besonderen Gesetzgebungsverfahren", einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments. Die Sonderregelung für das Familienrecht mit grenzüberschreitenden Bezügen erweist, daß der Vertrag von Lissabon

---

[483] Siehe etwa VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 12/1 v. 16.01.2001.

[484] Vgl. Art. 34 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001.

[485] Verordnung (EG) Nr. 805/2004 vom 21.04.2004, ABl. (EG) L 143/14 v. 30.04.2004.

[486] Vgl. Punkt 33, 34 der Schlußfolgerungen von Tampere, NJW 2000, 1925.

die Rechtsangleichung im Zivilrecht, sogar im besonders empfindlichen Familienrecht, im Auge hat. Auch die Regelung der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen gehört in das Konzept des Unionsbundesstaates.

III. Justizpolitik in Strafsachen

1. Bislang ist die „polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit" in Titel VI EUV (Art. 29 bis 42 EUV) als „dritte Säule der Europäischen Union" mit lediglich „intergouvernemantaler" Geltung, die nicht am sogenannten supranationalen Gemeinschaftsrecht teilnimmt, bezeichnet worden[487]. Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit müsse mangels Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union[488] den Mitgliedstaaten zugerechnet werden.[489] Im Maastricht-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht geäußert:

„Die Bereiche der Außen- und Sicherheitspolitik sowie der Justiz- und Innenpolitik sind zwar Gegenstände europäischer Zusammenarbeit im Rahmen der Union, sie sind jedoch von den Vertragsstaaten bewußt nicht in die supranationale Zuständigkeitsordnung der Europäischen Gemeinschaften eingegliedert worden. Bereits die Bestimmung über die Grundlagen der Union in Art. A Abs. 3 EUV unterscheidet zwischen den - supranationalen - Europäischen Gemeinschaften und ihren Ergänzungen durch die mit den Titeln V und VI des Unions-Vertrags neu eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit. Diese Trennung bestätigt Art. E EUV mit der Regelung, daß die europäischen Organe ihre Befugnisse entweder nach Maßgabe des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaften in seiner geänderten Fassung oder nach Maßgabe der übrigen Bestimmungen des Unions-Vertrags ausüben. Der Rat kann dementsprechend auf die supranationalen Handlungsformen des Europäischen Gemeinschaftsrechts nicht zurückgreifen, wenn er in den Bereichen Außen- und Sicherheitspolitik oder Justiz und Inneres tätig wird. Etwas anderes gilt nur insoweit, als der Vertrag Bestimmungen des EG-Vertrags in diesen Bereichen für anwendbar erklärt. Art. J.11 Abs. 1 und Art. K.8 Abs. 1 EUV ordnen eine solche Geltungs-

---

[487] *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 29 EUV, Rdn. 4.

[488] BVerfGE 89, 155 (195).

[489] Dazu *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 133, S. 53.

erstreckung zwar für einige Bestimmungen des EG-Vertrags an, klammern aber Art. 189 EGV aus, der die EG-Rechtsakte mit Durchgriffswirkung definiert."[490]

Die Trennung in (vermeintlich) „supranationale" und „intergouvernementale" Tätigkeitsbereiche hat der Vertrag von Lissabon aufgegeben und die den Mitgliedstaaten zugerechneten Politiken des Äußeren und der Sicherheit und der Justiz und des Inneren der „Gemeinschaftsmethode" unterstellt. Damit verschleiert der Begriff „Zusammenarbeit" einen neuen wesentlichen Schritt zum Europäischen Bundesstaat. Der Vertrag, welcher die Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union ausdrücklich festlegt (Art. 46a (47) EUV), bezieht das Kapitel 4 des Titel IV im Dritten Teil über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Recht in die „supranationalen", richtiger: in die existentiell staatlichen Zuständigkeiten der Europäischen Union ein (vgl. auch Art. 2c (4) Abs. 2 lit. j AEUV). Die sogenannte dritte Säule wird abgeschafft und die Union macht einen großen Schritt zum existentiellen Bundesstaat.

Die zur Zeit möglichen Rechtsakte (gemeinsame Standpunkte, Entscheidungen, Rahmenentscheidungen, Übereinkommen) werden durch Verordnungen und Richtlinien, aber auch Maßnahmen ersetzt, die grundsätzlich im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden. Grundsätzlich genügen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 251 (294) AEUV bestimmte Mehrheiten im Rat und im Europäischen Parlament (Mehrheit als Regelverfahren). Ein Mitglied des Rates hat lediglich (als „Notbremse") das Recht, wenn er der Auffassung ist, daß der Entwurf einer Richtlinie nach dem Absatz 2 des Art. 69a (82) AEUV (vornehmlich Aspekte des Strafverfahrens) grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, zu beantragen, den Europäischen Rat mit der Sache zu befassen. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Wenn der Europäische Rat Einvernehmen über den Entwurf erzielt, verweist er ihn binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück. Dadurch wird die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet (Art. 69a (82) Abs. 3 UAbs. 1 AEUV). Wenn

---

[490] BVerfGE 89, 155 (176 f.).

kein Einvernehmen erzielt wird, können mindestens neun Mitgliedstaaten eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des Entwurfes der Richtlinie begründen (UAbs. 2). Die Ermächtigung dazu gilt dann, wenn diese Mitgliedstaaten binnen vier Monaten dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mitgeteilt haben, nach Art. 10 (20) Abs. 2 EUV/Art. 280d (329) Abs. 1 AEUV als erteilt und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung (UAbs. 2). Die gleiche Befugnis haben die Mitgliedstaaten nach Art. 69b (83) Abs. 3 AEUV gegenüber Richtlinien über Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität.

2. Die Mitwirkung der nationalen Parlamente, die in den Art. 8c (12) lit. c EUV, 61b (69), 61c (70) S. 2, 61d (71) S. 2 AEUV geregelt wird, mindert das demokratische Defizit nicht. Im derzeitigen System müssen der Deutsche Bundestag und der Bundesrat jedenfalls den im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit nach Art. 34 Abs. 2 lit. d EUV ergangenen Übereinkommen nach Art. 59 Abs. 2 GG[491] zustimmen, weil das völkerrechtliche Verträge sind und begründen so für diesen Bereich die demokratische Legitimation. Nach dem Vertrag von Lissabon gibt es dieses Verfahren nicht mehr, so daß die völkerrechtliche Zustimmungsbedürftigkeit des Bundestages und des Bundesrates entfällt. Die Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates kann, wie etwa die Angleichung des Strafrechts zeigt, durch die Zustimmung oder die Mitwirkung des Europäischen Parlaments nicht ersetzt werden. Der Wegfall der gesonderten Zustimmungsbedürftigkeit durch die nationalen Parlamente im Bereich der Strafjustiz und Polizei, die noch Nähe zu völkerrechtlichen Beziehungen wahren sollte, verdeutlicht zusätzlich, daß sich die Union mit der Integration der klassischen Staatsfunktionen der inneren und äußeren Sicherheit vom Staatenverbund zum Bundesstaat mit existentieller Staatlichkeit gewandelt hat. Im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit beschränkt sich die Rolle der nationalen Parlamente gemäß Art. 61b (69) AEUV in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprotokoll auf die wenig einflußreiche Sorge für das Subsidia-

---

[491] Vgl. *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 34 EUV, Rdn. 12; *O. Suhr*, in: in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 34 EUV, Rdn. 23.

ritätsprinzip (dazu H, V) und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit einem Viertel der den nationalen Parlamenten insgesamt nach diesem Protokoll zustehenden Stimmen kann die subsidiaritätsrechtliche Überprüfungspflicht im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Kapitel 4) und der polizeilichen Zusammenarbeit (Kapitel 5) ausgelöst werden (Art. 7 Abs. 2 S. 2 des Protokolls), „Frühwarnsystem". Ein stärkeres Recht (und eine entsprechende Pflicht) hat nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts der Bundestag bereits aufgrund Art. 23 GG:

> „Der Bundestag hat seinerseits die Möglichkeit, über sein in Art. 23 Abs. 3 GG begründetes Mitwirkungsrecht an der internen deutschen Willensbildung auf die Ratspraxis einzuwirken und sie im Sinne des Subsidiaritätsprinzips zu beeinflussen. Auch der Bundestag erfüllt damit eine ihm nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG obliegende Verfassungspflicht."[492]

Die „Beteiligung" und „Einbeziehung" der nationalen Parlamente sichert nicht die Befugnis, Rechtsakte abzulehnen. Damit stehen die Vorschriften des Vertrages von Lissabon hinter dem zurück, was das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil als Grenze der vorrangigen Geltung des Gemeinschaftsrechts erkannt hat, insbesondere die Grenze des Mehrheitsprinzips, wenn es um „elementare Interessen der Mitgliedstaaten" geht[493]. Nach Art. 61c (70) S. 2 und Art. 61d (71) S. 3 AEUV werden die „nationalen Parlamente" lediglich „unterrichtet" bzw. „auf dem Laufenden gehalten". Nach Art. 8c (12) lit. a EUV i.V.m. Art. 69d (85) Abs. 1 UAbs. 3 AEUV und Art. 69g (88) Abs. 2 UAbs. 2 AEUV werden die „nationalen Parlamente" an der Bewertung der Tätigkeit von Eurojust bzw. an der politischen Kontrolle von Europol beteiligt. Diese Informations- und Beteiligungsrechte sind kein Ersatz für die Entscheidungsbefugnisse der Volksvertretung, welche die „nationalen Parlamente" (und damit auch der Deutschen Bundestag und Bundesrat) durch den Vertrag von Lissabon verlieren.

---

[492] BVerfGE 89, 155 (211 ff.).

[493] BVerfGE 89, 155 (189, 193, 210 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 106 f.

3. Der Vertrag von Lissabon erweitert die Handlungsbefugnisse und Handlungsformen der Union im Bereich der strafrechtlichen und polizeilichen Zusammenarbeit gegenüber den Regelungen des Vertrages über die Europäische Union auch in materieller Hinsicht. Art. 69a (82) AEUV legt den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen fest. Damit werden bisherige völkerrechtliche Anerkennungsregelungen[494], die insbesondere auf dem Grundsatz auch materieller Gegenseitigkeit beruhen, also eine ausschließlich formale Anerkennung ausschließen, durch ein formales Anerkennungsprinzip ersetzt. Das kann dazu führen, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, Urteile anderer Staaten anzuerkennen und diese gegebenenfalls zu vollziehen, obwohl sie selbst die Tat nicht unter Strafe gestellt haben. Das ist wegen Art. 103 Abs. 2 GG mehr als bedenklich[495]. Letztlich erzwingt eine solche Handhabung eine gewisse Harmonisierung des Strafverfahrensrechts und auch des materiellen Strafrechts[496]. Art. 69a (82) Abs. 2 AEUV ermöglicht die Festlegung von Mindestvorschriften im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren im Bereich des Strafverfahrensrechts. Art. 69b (83) AEUV sieht vor, daß im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität", nach Unterabsatz 2 der Vorschrift „Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität", festgelegt werden, die unter besonderen Voraussetzungen eine grenzüberschreitende Dimension haben. Mit Aufgaben und Befugnissen im Rahmen des Straf- und Strafverfahrensrechts nimmt die Europäische Union staatliche Kernaufgaben in Anspruch. Daß nur ein Teil des Strafrechts harmonisiert wird, steht der Annahme eines Bundesstaates mit existentieller Staatlichkeit nicht entgegen.

---

[494] *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 31 EUV, Rdn. 3 ff.

[495] Dazu *E. Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 1992, Art. 103 Abs. 2, Rdn. 252 f.

[496] Vgl. *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 31 EUV, Rdn. 8.

4. Die Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden und der Polizei der Mitgliedstaaten wird intensiviert. Während der Rat bislang in diesem Bereich nach Art. 34 Abs. 2 EUV gemeinsame Standpunkte annehmen, Rahmenbeschlüsse zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften und gewisse den Zielen der PJZS gemäße Beschlüsse erlassen und Übereinkommen erstellen kann, sollen dahingehende Maßnahmen nach Art. 69d (85) Abs. 1, Art. 69f (87) Abs. 2, Art. 69g (88) Abs. 2 AEUV nur noch durch Verordnungen bzw. Maßnahmen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, also durch Gesetzgebungsakte möglich sein. Völkerrechtliche Verträge sind ausgeschlossen. Auch der materielle Anwendungsbereich der Ermächtigungen ist ausgeweitet worden.

Art. 69d (85) AEUV erweitert die operationellen Befugnisse von Eurojust. Nach Art. 69d (85) Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a bis c AEUV kann Eurojust nicht nur nationalen Behörden Ermittlungen vorschlagen (a) und Ermittlungen koordinieren (b), sondern selbst Ermittlungen einleiten sowie Kompetenzkonflikte „beilegen" (c). Damit wird eine eigene Strafverfolgungskompetenz der Union geschaffen und der Kern polizeilicher Staatsgewalt in Anspruch genommen. Das ist existentiell Sache eines Staates.

Insbesondere wird mit Art. 69e (86) Abs. 1 UAbs. 1 AEUV die Befugnis geschaffen, durch Verordnung gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren ausgehend von Eurojust eine Europäische Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von bestimmten Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union einzusetzen, also ein neues ausgesprochen staatstypisches Organ kreiert. Das Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften vom 26. Juli 1995 und seine Protokolle (es handelt sich um Rechtsakte, die aufgrund von Bestimmungen des Titels VI EUV verabschiedet wurden) sind noch nicht alle von den Mitgliedstaaten ratifiziert worden. Aber auch wenn alle diese Instrumente in Kraft wären, hätte die Europäische Union bislang keine Möglichkeit, Betrug zum Nachteil der Gemeinschaft zu verfolgen. Sie ist noch auf die herkömmlichen Verfahren der Rechtshilfe[497] zwischen den Mitgliedstaaten angewiesen[498].

---

[497] Dazu *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 31 EUV, Rdn. 3 ff.

Nach Art. 69e (86) AEUV nimmt die Europäische Staatanwaltschaft bei diesen Straftaten vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr. Insbesondere kann sie die Anklage erheben (S. 1). Damit wird die Europäische Staatsanwaltschaft nicht nur ermächtigt, im Gebiet der Gemeinschaft Ermittlungen zu überwachen[499], sondern die „strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung", gegebenenfalls in Verbindung mit Europol selbst durchzuführen. Sie hat die Befugnis, in den Mitgliedstaaten als staatliches Kernorgan aufzutreten sowie entsprechende nationale Organe partiell zu ersetzen. Das bedeutet nicht nur eine direkte Einmischung in die Gerichtsorganisation und Jurisdiktion, d.h. in einen Kernbereich der Gebietshoheit der Mitgliedstaaten, sondern auch einen unmittelbaren Eingriff in die durch Art. 97 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG geschützte Unabhängigkeit der Gerichte. Der Vertrag von Lissabon begründet damit die Möglichkeit der Union, eigene Strafansprüche in den Mitgliedstaaten durchzusetzen und damit unmittelbar „Herrschaft" gegenüber den Bürgern auszuüben. Das ist die existentielle staatliche Vollzugshoheit, die bislang den Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Damit wird sogar eine unionsstaatliche Staatsraison beansprucht, welche der Idee eines Staatenverbundes diametral widerspricht. Dem dienen aber auch die Amtsbezeichnungen, die Organbenennungen und die sonstige staatsgemäße Sprache der Union.

Weil nach Art. 69e (86) Abs. 4 AEUV die Befugnisse der Staatsanwaltschaft durch Beschluß des Europäischen Rates nach Zustimmung des Europäischen Parlaments und Anhörung der Kommission zur Bekämpfung „schwerer Kriminalität" nahezu beliebig ohne Vertragsänderung erweitert werden können, liegt auch darin eine dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung, dem Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG und den Rech-

---

[498] Siehe das Übereinkommen vom 26.07.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl. C-316 v. 27.11.1995.

[499] Mitteilung der Kommission vom 29.09.2000. Ergänzender Beitrag der Kommission zur Regierungskonferenz über die institutionellen Reformen. Der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften: das Amt eines europäischen Staatsanwalts [KOM(2000) 608 endg. - nicht im Amtsblatt veröffentlicht].

ten aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG widersprechende Kompetenz-Kompetenz, die durch das Einstimmigkeitserfordernis nicht kompensiert werden kann. Sie ist mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar. Gleichzeitig wird mit einer Europäischen Staatsanwaltschaft die bisherige Zwangsgewalt der Europäischen Union erheblich gestärkt.

IV. Polizei

Wie die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen wird die polizeiliche Zusammenarbeit, die bisher wie diese als „intergouvernemental" bezeichnet wird[500], aber eher interadministrativ funktioniert[501], nach dem Vertrag von Lissabon mit dem Wegfall der dritten Säule Teil der ‚supranationalen' Unionstätigkeit. Darin liegt der offene Paradigmenwechsel zur existentiellen Bundesstaatlichkeit. Darauf, daß die Befugnisse in diesem Bereich materiell nur in Grenzen weiterentwickelt worden sind, kommt es nicht wesentlich an. Der beibehaltene Terminus „Zusammenarbeit" als Überschrift ist irreführend; denn die Union verfügt als Rechtsperson nach dem Vertrag von Lissabon über eigene polizeiliche Befugnisse und beschränkt sich nicht auf die Organisation der polizeilichen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten. Durch die Befugnisse von Europol in Art. 69a (88) AEUV wird die Amtsgewalt der Europäischen Union gestärkt. Daß es sich um Amtsgewalt der Union handelt, zeigt sich darin, daß Europol verpflichtet wird, die Charta der Grundrechte zu achten (Art. 61 (67) Abs. 1 AEUV) und der Kontrolle durch den Gerichtshof unterliegt (vgl. Art. 230 (263) Abs. 4 und Art. 240b (276) AEUV). In dem Auftragsbereich von Europol „der Verhütung und Bekämpfung der zwei oder mehrere Mitgliedstaaten betreffenden schweren Kriminalität", „des Terrorismus und der Kriminalitätsformen, die ein gemeinsames Interesse verletzen, das Gegenstand einer Politik der Union ist", können Verordnungen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren den Aufbau, die Arbeitsweise, den Tätigkeitsbereich und die Aufgaben

---

[500] *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 133, S. 53.

[501] BVerfGE 113, 273 (297 f.); dazu *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 30 EUV, Rdn. 1 ff.

von Europol gemäß Art. 69g (88) Abs. 2 AEUV regeln. Die Aufgaben betreffen u.a. das Einholen, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen von Informationen, die Koordination, Organisation und Durchführung von Ermittlungen und von operativen Maßnahmen[502]. Europol erfährt eine erhebliche Ausdehnung seiner Befugnisse. Bedienstete dieser Einrichtung dürfen künftig auch operativ tätig werden (Art. 69g (88) Abs. 2 lit. b AEUV). Allerdings darf Europol operative Maßnahmen nur in Verbindung und in Absprache mit den Behörden des Mitgliedstaates oder der Mitgliedstaaten ergreifen, dessen / deren Hoheitsgebiet betroffen ist (Art. 69g (88) Abs. 3 S. 1 AEUV). Die Anwendung von Zwangsmaßnahmen bleibt „ausschließlich den zuständigen einzelstaatlichen Behörden" vorbehalten. Das hindert nicht die Annahme eines europäischen Bundesstaates. Für den Bundesstaat ist es nicht Voraussetzung, daß der Bund selbst das Strafrecht vollzieht oder das Polizei- und Sicherheitsrecht ausschließlich setzt und vollzieht. Ein Beispiel ist die Bundesrepublik Deutschland, in der das Polizei- und Sicherheitsrecht (weitgehend) Zuständigkeit der Länder ist (Art. 30, 70 GG).

Maßnahmen im Bereich nicht operativer Zusammenarbeit können mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet werden. Die Bestimmungen über die operative Zusammenarbeit der zuständigen Behörden (Art. 69f (87) Abs. 3 AEUV) und diejenigen zum Handeln von Behörden im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats (Art. 69h (89) AEUV) müssen einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlamentes beschlossen werden. Dennoch wird durch Vorschriften wie Art. 69h (89) AEUV die Gebietshoheit der jeweiligen Staaten erheblich betroffen, wenn diese Bestimmungen Teil des ‚supranationalen' Unionsrechts sind, insbesondere unmittelbare Geltung und Vorrang entfalten. Die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten schrumpft zusehends.

Nach Art. 61e (72) AEUV (bislang Art. 33 EUV) soll der Titel IV des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die

---

[502] Dazu *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 30 EUV, Rdn. 4 f.

Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit" berühren. Angesichts der tatsächlich übertragenen Befugnisse, welche den Schutz der inneren Sicherheit zum Gegenstand haben, ist dieses Postulat bloße Makulatur und dient als Ablenkung davon, daß mit diesem Titel Staatsgewalt der Europäischen Union im Bereich der inneren Politik, zumal in der menschheitlich besonders empfindlichen Politik der Justiz und Polizei, begründet wird, deren Aufgaben und Befugnisse nicht mehr begrenzt und begrenzbar, nicht mehr bestimmt und bestimmbar sind.

V. Europäischer Haftbefehl

Die justizielle und polizeiliche Zusammenarbeit der Europäischen Union in Strafsachen (Art. 69a ff. (67 ff.), 69 f ff. (87 ff.) AEUV, bislang Art. 29 ff. EUV) ist spätestens seit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr bloße intergouvernative Zusammenarbeit mit normaler völkerrechtlicher Verbindlichkeit. Der Vertrag von Lissabon reiht den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu den Hauptbereichen geteilter Zuständigkeit (vgl. Art. 2c (4) Abs. 2 lit. j AEUV) Die innere und die äußere Sicherheit ist die wichtigste Staatsaufgabe und Kern der existentiellen Staatlichkeit eines Volkes[503]. Die Politiken in dem Bereich Sicherheit (Polizei und Justiz) müssen auch wegen ihrer besonderen Grundrechtsgefahren stark demokratisch legitimiert sein. Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG gebietet grundsätzlich, diese Politiken den Mitgliedstaaten, jedenfalls Deutschland, zu belassen. Ein „Integrationsmehrwert"[504] von Zuständigkeiten der Europäischen Union im Bereich Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist jedenfalls für die Aufrechterhaltung der öffentlichen

---

[503] *Ch. Link/G. Ress,* Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL, 48 (1990), S. 83 ff., 98 ff., bzw. S. 19 ff., 27 ff., 42 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 545 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 100 ff., 353, 381; *ders.*, Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens, Mut zur Ethik, Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und Völkerrecht versus Krieg, 2002, S. 6 ff.

[504] Richter Prof. Dr. *S. Broß*, Abweichende Meinung zum Urteil des zweiten Senats vom 18.07.2005 (2 BvR 2236 (04) zum Europäischen Haftbefehlsgesetz, Rdn. 149, BVerfGE 113, 273 (325).

Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit allenfalls ausnahmsweise begründbar, wie gewissermaßen Art. 61e (72) AEUV einräumt. Gerade die Integration im Bereich der inneren Sicherheit, der Polizei und der Justiz zeigt, daß die Europäische Union über existentielle Staatlichkeit verfügt und diese stetig, auch durch den Vertrag von Lissabon, ausbaut. Augenfällig wird dies an der Befugnis zur Strafrechtsangleichung in Bereichen besonders schwerer Kriminalität gemäß Art. 69b (83) AEUV.

Die Übernahme des Kerns existentieller Staatlichkeit hat sich im Rahmenbeschluß über einen Europäischen Haftbefehl gezeigt[505]. Dieser Haftbefehl ersetzt das System der Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten (Rahmenbeschluß und Erwägungsgrund). Ein Europäischer Haftbefehl erlaubt einer Justizbehörde eine „gesuchte Person" der Justizbehörde eines anderen Mitgliedstaates zu überstellen. Nach Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses ist der Europäische Haftbefehl „eine justizielle Entscheidung, die in einem anderen Mitgliedstaat ergangen ist und die Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedstaat zur Strafverfolgung oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung bezweckt." Er ist also eine Vollzugsanweisung der Behörden eines Mitgliedstaates an die eines anderen.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat durch Urteil vom 18. Juli 2005 zum Aktenzeichen 2 BvR 2236/04 das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 21. Juli 2004 (EuHbG, BGBl. I, S. 176) für nichtig erklärt (BVerfGE 113, 273 ff). Das Gericht hat aber den Rahmenbeschluß nicht für rechtswidrig erklärt, ja nicht einmal auf seine Rechtswidrigkeit hin geprüft, im Gegensatz zur ablehnenden Meinung des Richters Professor Broß, der durch den

---

[505] Rahmenbeschluß JI/ 2002 des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten v. 07.06.2002, 7253/02; gestützt auf Art. 31 Abs. 1 a, b, 34 Abs. 2 b EUV; Amtsblatt L 190 vom 18.07.2002; Umsetzung in Deutschland durch Europäisches Haftbefehlsgesetz v. 21.7.2004; BGBl. 2004 I, Nr. 38, S. 1748.

Rahmenbeschluß Integrationsschranken des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, namentlich des mit dem demokratischen Prinzip verbundenen Subsidiaritätsprinzips, verletzt sieht[506], zu Recht.

Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluß verpflichtet die Mitgliedstaaten, jeden Europäischen Haftbefehl nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu vollstrecken. Wenn die Justizbehörde eines Mitgliedstaates um die Übergabe einer Person im Rahmen der strafrechtlichen Verfolgung dieser Person ersucht, um ein Strafurteil vollstrecken zu können und gemäß Art. 9 ff Rahmenbeschluß einen Haftbefehl an einen Mitgliedstaat übermittelt, muß der ersuchte Mitgliedstaat die Entscheidung anerkennen und den Haftbefehl vollziehen (Art. 1 Abs. 2, 15 Abs. 1 Rahmenbeschluß). Die Auslieferungspflicht besteht unabhängig davon, ob die Tat in dem Auslieferungsstaat strafbar ist, wenn die Tat eine Strafvorschrift des Staates verletzt, der den Haftbefehl ausgestellt hat und unter eine der in Art. 2 des Rahmenbeschlusses wenig bestimmten Straftaten (etwa illegaler Handel mit Drogen, Korruption, Betrugsdelikte) fällt. Nur für andere Straftaten können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 4 Rahmenbeschluß die Vollstreckung ablehnen, wenn „die Handlung, aufgrund deren der Europäische Haftbefehl ergangen ist, nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaates keine Straftat darstellt; in Steuer-, Zoll- und Währungsangelegenheiten kann die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls jedoch aus diesem Grunde nicht abgelehnt werden. Die materielle Voraussetzung der Anerkennung, die beiderseitige Strafbarkeit (§ 81 Abs. 1 Nr. 4 IRG), wird zugunsten einer formellen Anerkennung aufgegeben[507]. Die Möglichkeiten, die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls abzulehnen (Art. 3, 4 Rahmenbeschluß), sind auf ganz bestimmte Fälle (z.B. Amnestie, Vorverurteilung) begrenzt. Der Vorbehalt des ordre public ist nicht genannt, so daß nicht einmal ein Minimalbestand strafrechtlicher, strafprozessualer und grundrechtlicher Garantien gegenseitig gewährleistet

---

[506] BVerfGE 113, 273 (325).

[507] Berechtigte Kritik an dem Formalismus die abweichende Stellungnahme des Richters *Prof. Dr. S. Broß*, BVerfGE 113, 273 (326 f.); a.A., wenn auch im Interesse des nationalen Grundrechteschutzes relativierend, die Senatsmehrheit BVerfGE 113, 273(316 f.).

wird. Das Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls ist im wesentlichen justizieller Art. Das politische Ermessen, welches das Auslieferungsverfahren zuvor geprägt hat, entfällt[508].

Der Europäische Haftbefehl materialisiert den Grundsatz der Unionsbürgerschaft. Er hebt die wichtigste Funktion der Staatsbürgerschaft, die Schutzfunktion, auf, und verpflichtet zur Auslieferung auch der eigenen Staatsangehörigen[509]. Art. 16 Abs. 2 GG, der die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger ohne Ausnahme verboten hatte, ist in diesem Sinne geändert worden[510].

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in Justiz und Strafvollzug, insbesondere der Europäische Haftbefehl zeigen, wie weit die existentielle Unionsstaatlichkeit bereits verwirklicht ist. Daß Art. 31 Abs. 1 lit. a und Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV geltender Fassung zum Erlaß des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehls ermächtigen, gibt der Wortlaut dieser Vorschrift nicht her, war nicht voraussehbar und ist deswegen vom Deutschen Bundestag nicht verantwortet. Art. 31 Abs. 1 lit. a EUV geltender Fassung regelt nur die Erleichterung der Zusammenarbeit von Ministerien, Justiz- und Vollzugsbehörden. Eine Ermächtigung zur Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedstaat zur Strafverfolgung oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung (vgl. Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluß) gibt diese Vorschrift nicht. Art. 31 Abs. 1 lit. b EUV geltender Fassung nennt ausdrücklich nur die „Erleichterung der Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten", die gerade durch den Haftbefehl obsolet gemacht werden soll (siehe 5. Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses). Der Rahmenbeschluß ist demnach ultra vires und verletzt das Prinzip der begrenzten Ermächtigung. Auch der Vertrag von Lissabon gibt keine

---

[508] Dazu BVerfGE 113, 273 (297 f.).

[509] Dazu BVerfGE 113, 273 (292 ff., 295 ff.).

[510] Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16), BGBl. 2000 I, S. 1633, in Kraft getreten am 2.12.2000; BGBl. 2000 II, S. 1393; dazu *A. Uhle*, Auslieferung und Grundgesetz – Anmerkungen zu Art. 16 Abs. 2 GG, NJW 2001, 1889 ff.

Ermächtigung für eine Richtlinie wie den Rahmenbeschluß über den Europäischen Haftbefehl und eine entsprechende Vollstreckungsverpflichtung der Mitgliedstaaten (Art. 1 Abs. 2 Rahmenbeschluß) her. Art. 69a (82) Abs. 1 lit. a AEUV spricht nur von der Anerkennung von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen. Art. 69a (82) Abs. 1 lit. d AEUV ermöglicht Maßnahmen, welche „die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen" erleichtern. Diese Ermächtigung erlaubt nur die „Erleichterung" der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Justizbehörden oder entsprechenden Behörden, jedoch nicht die Zusammenarbeit durch eine Pflicht und ein „System der Übergabe" (5. Erwägungsgrund) zu ersetzen, schon gar nicht die Begründung einer Auslieferungspflicht. Derartige Pflichten, die ein fremder Staat begründet, sind mit dem Gewaltmonopol des Staates auf seinem Territorium, seiner Gebietshoheit[511], nicht vereinbar, ganz unabhängig von der Auslieferungsmöglichkeit, die Art 16 Abs. 2 GG (menschheitlich mehr als bedenklich[512]) geschaffen hat. Aber die Auslieferung muß der Staat, dessen Staatsangehöriger der betroffene Mensch ist, materiell, zumal grundrechtsgebunden und rechtsschutzbewährt entscheiden[513].

Insbesondere widerspricht der Rahmenbeschluß über den Europäischen Haftbefehl dem demokratischen Prinzip, sogar in dem durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Bereich. Deutschland konnte deshalb nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG für derartige Maßnahmen keine Hoheitsrechte übertragen. Das Demokratieprinzip fordert, daß die Gesetze eines Staates gegenüber dessen Bürgern durch demokratisch legitimierte Organe dieses Staates vollzogen werden[514], Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt

---

[511] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 59 f.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 79 ff.

[512] A. A. BVerfGE 113, 273 (295 f., keine verfassungswidrige Verfassungsnorm).

[513] i.d.S. BVerfGE 113, 273 (309 ff., zur Bewilligungsentscheidung).

[514] Vgl. *E. Schmidt-Aßmann,* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 ff.; *B. Pieroth,* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20, Rdn. 9 ff.; *E.-*

vom Volk aus, in Deutschland vom deutschen Volk. Dieses Prinzip ist mißachtet, wenn der etwa von einer spanischen Justizbehörde gegen einen deutschen Staatsangehörigen ausgestellte Haftbefehl ohne materielle, zumal grundrechtliche Prüfung durch deutsche Organe vollzogen werden muß und wird. Die Prüfung der Haftungnahme durch den ausländischen Richter löst das Legitimationsproblem nicht.

E.

Grundrechtepolitik der Union

I. Konventsverfahren

Allein schon das Verfahren, in dem die Charta der Grundrechte für die Europäische Union vorbereitet worden ist und durchgesetzt wird, nimmt ihr die freiheitliche, also demokratische, Legitimation. Ein völkerrechtliches Vertragsverfahren, welches die Zustimmung der Legislative zu einem Grundrechtevertrag voraussetzt (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG), wird diesen Mangel nicht (mehr) heilen, vor allem weil die repräsentativen Legislativorgane wegen der Parteienoligarchie nicht mehr demokratisch zu legitimieren vermögen, jedenfalls nicht in Deutschland[515]. Die Abgeordneten folgen meist, ohne sich mit der Sache zu befassen, den Vorlagen ihrer Parteiobrigkeit, zumal in europäischen und sonst internationalen Angelegenheiten. Noch immer wird entgegen dem Recht eine eigenständige auswärtige Gewalt, deren Handeln allenfalls in äußersten Grenzen judiziabel sei, reklamiert[516], obwohl seit langem Innenpolitik durch Außenpolitik gemacht

---

W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rdn. 12 f., 22, 24.

[515] *K. A. Schachtschneider,* Der republikwidrige Parteienstaat, FS H. Quaritsch, 2000, S. 141 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 592 ff., 772 ff., 1060 ff., 1086 ff., 1113 ff.

[516] Vgl. etwa BVerfGE 4, 157 (168 ff.); 97, 350 (370 ff.); dazu *W. G. Grewe*, Auswärtige Gewalt, HStR, Bd. III, 1988, § 77, Rdn. 89 ff.

wird. Diese Charta ist ein Oktroi, nicht die gemeinsame Erkenntnis freier Menschen von ihrem Recht.

II. Grundrechtelage in der Europäischen Union

Nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG darf die Bundesrepublik Deutschland an der „Entwicklung der Europäischen Union" „zur Verwirklichung eines vereinten Europas" mitwirken, welches u. a. „einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechteschutz gewährleistet". Sowohl das Bundesverfassungsgericht in den Solange-I- und Solange-II-Entscheidungen und vor allem im Maastricht-Urteil, als auch der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung haben entschieden, daß die europäischen Rechtsakte an den Grundrechten der europäischen Mitgliedstaaten, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben, überprüft werden und daß der Wesensgehalt der Grundrechte geachtet wird[517]. Der Gerichtshof hat erklärt, daß er Gemeinschaftsrecht nicht als rechtens anerkennen werde, das mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten unvereinbar sei[518].

Zur Achtung der Grundrechte ist die Europäische Union durch Art. 6 Abs. 2 EUV verpflichtet. Der Grundrechteschutz gegenüber der integrierten Ausübung der Staatsgewalten der Völker soll durch den kooperativen

---

[517] BVerfGE 37, 271 (280 f.); 73, 339 (374 ff., 386 f.); 89, 155 (174 f.); etwa EuGH 14.05.1974 – Rs. 4/73 (Nold/Kommission), Slg. 1974, 491 (508); EuGH v. 13.12.1979 - Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727 (3747); *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 348 ff. m.w.Hinw.; dazu auch *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Das Verhältnis des Europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht Deutschlands, DSWR 1999, S. 82 ff., 116 ff.

[518] EuGH v. 14.05.1974 - Rs. 4/73 (Nold/Kommission), Slg. 1974, 491 (507, Rdn. 13); EuGH v. 13.12.1979 - Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727 (3745); EuGH v. 11.07.1989 - Rs. 265/87 (Schräder/Hauptzollamt Gronau), Slg. 1989, 2237 (2267 f.); vgl. *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 125 ff.

Grundrechteschutz zwischen den mitgliedstaatlichen Grundrechtegerichten, vor allem den Verfassungsgerichten, und dem Europäischen Gerichtshof der Rechtslage nach gewährleistet sein[519]. Die Praxis der Grundrechte ist eine andere Frage.

Durch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon erkennt die Union „die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepaßten Fassung niedergelegt sind". „Die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig". Unterabsatz 3 bestimmt: „Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze werden gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Titels VII der Charta, der ihre Auslegung und Anwendung regelt, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen, in denen die Quelle dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt." Im übrigen tritt die Union nach Absatz 2 S. 1 des Art. 6 EUV „der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei". „Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind" nach Absatz 3 dieser Vorschrift „als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts".

Das menschenrechtliche Schutzniveau bestimmter Menschenrechte und Grundfreiheiten soll nach Art. 53 der Charta nicht eingeschränkt oder verletzt werden. Vielmehr wird dieses durch Absatz 5 der Präambel bekräftigt, und nach Absatz 4 der Präambel soll der Schutz der Grundrechte dadurch gestärkt werden, daß die Grundrechte „in einer Charta sichtbarer gemacht werden". Insbesondere der europarechtliche Menschenrechtsgehalt der Grundrechte wird durch Absatz 5 der Präambel und durch Art. 53 der Charta akzeptiert. Das Deutsche Volk bekennt sich jedoch in Art. 1 Abs. 2 GG zu „den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft des Friedens und der

---

[519] BVerfGE 89, 155 (174 f.).

Gerechtigkeit in der Welt". Dieses Bekenntnis ist nach Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlich. Die Grundrechteformulierungen der Charta bleiben hinter internationalen Menschenrechtserklärungen, insbesondere hinter Menschenrechten der zweiten und dritten Generation, den sozialen und den ökologischen Rechten, zurück. Beispielsweise wird im Gegensatz zu Art. 17 AEMR kein Recht auf Eigentum, das richtigerweise auch aus Art. 14 Abs. 1 GG folgt[520], anerkannt. Im Widerspruch zu Art. 23 AEMR ist in der Charta ein Recht auf Arbeit[521] nicht enthalten. Demgegenüber ist erstmals in der Grundrechtegeschichte die „unternehmerische Freiheit" (Art. 16) anerkannt. Der Grundrechtestandard des Grundgesetzes wird unterschritten.

Angesichts dessen, daß die Grundrechterechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bisher keine verbindliche Textgrundlage hatte, wird die Charta sich zum maßgeblichen Text zunächst der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und dann auch der Gerichte der Mitgliedstaaten entwickeln. Das ist bezweckt. Die Charta soll nach Art. 51 für „die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union" gelten. Das „Recht der Union", die vielen Richtlinien und Verordnungen, vor allem aber das primäre Vertragsrecht, etwa die wirtschaftlichen Grundfreiheiten, sind derart in das Recht der Mitgliedstaaten verwoben, daß es nur wenige Lebensbereiche gibt, deren Regelungen nicht vom „Recht der Union" weitgehend bestimmt wären. Insbesondere alles wirtschaftliche Handeln ist weitestgehend unionsgeregelt. Es ist aber ausgeschlossen, Handlungen des Staates nach unterschiedlichen Grundrechtestandards zu bewerten. Dem steht das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung entgegen. Letztlich kommt es für die grund-

---

[520] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum. Aspekte freiheitlicher Eigentumsgewährleistung, FS W. Leisner, 1999, S. 743 ff., insb. S. 755 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 579 ff.

[521] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit, GS J. G. Helm, 2001, S. 827 ff.

rechtliche Bewertung der Rechtsakte auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union an, zum einen weil alle Rechtsfragen, die unionsrechtliche Probleme aufwerfen, vom Gerichtshof der Europäischen Union in Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 (267) AEUV) geklärt werden, also zunehmend alle Rechtsfragen, jedenfalls im Bereich der Wirtschaft, zum andern, weil der Gerichtshof der Europäischen Union auf die unterschiedlichen Grundrechteverhältnisse der Mitgliedstaaten keine Rücksicht nehmen kann. Das Prinzip der unionsweiten Einheit des Gemeinschaftsrechts[522] verbietet auch eine grundrechtebedingte Unterschiedlichkeit der Handhabung der Rechtsakte der Union. Diese aber materialisieren die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten schon jetzt und zunehmend weitreichend und tiefgreifend. Die Grundrechterechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wird die Grundrechtepraxis in der Union insgesamt leiten und sich an dem Text der Charta ausrichten (müssen). Schon jetzt bewirkt das sogenannte Kooperationsverhältnis in der Grundrechterechtsprechung zwischen dem Bundesverfassungsgericht in Deutschland und dem Gerichtshof der Europäischen Union[523], daß letzterer die Grundrechtepraxis bestimmt. Das Bundesverfassungsgericht will generell den Wesensgehalt der Grundrechte gegenüber Rechtsakten der Gemeinschaften schützen. Dieser Vorbehalt ermöglicht es, Schutz des widerstandsfesten Kerns der Grundrechte beim Bundesverfassungsgericht zu beantragen, wenn der Gerichtshof der Union allgemein den Wesensgehalt der Grundrechte mißachtet[524]. Das wäre der Sache nach die schwer darstellbare und noch schwerer nachweisbare grundrechtliche Widerstandslage. Die Integration des Grundrechteschutzes hat bereits, auch ohne die Charta, dem Grundrechteschutz geschadet, weil der Gerichtshof der Europäischen Uni-

---

[522] EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269 f.); EuGH v. 17.12.1970 - Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- u. Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1970, 329 (331); *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Das Verhältnis des Europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht Deutschlands, DSWR 1999, S. 81 ff.

[523] BVerfGE 89, 155 (174 f.).

[524] BVerfGE 102, 147 (154 ff., 160 ff., 164 ff.), Anmerkung von *A. Emmerich-Fritsche*, BVBl. 2000, S. 755 ff.; vgl. auch BVerfGE 73, 339 (378 ff.); 89, 155 (174 f.).

on nicht ein einziges Mal einen Rechtsetzungsakt der Union für grundrechtswidrig (im engeren Sinne) erklärt hat[525], also ein laues Grundrechteklima geschaffen hat. Letztlich ist der Grundrechteschutz wie im 19. Jahrhundert Sache der Gesetzgebung und damit abhängig vom demokratischen Niveau des Gemeinwesens. Die Union ist aber demokratisch defizitär[526]. Die Charta wird somit den Verfall der Grundrechtekultur beschleunigen. Die Charta stärkt nicht das Recht, sondern schwächt es.

III. Grundrechte als Erkenntnisse der praktischen Vernunft

Die Menschenrechte sind gewissermaßen wie die Freiheit mit dem Menschen geboren. Die Grundrechte sind die gesetzliche Form der Menschenrechte, jedenfalls der Wesensgehalt der Grundrechte[527]. Kein Politiker kann den Menschen die Grundrechte gewähren. Diese sind vielmehr menschheitliche Erkenntnisse, die auf Erfahrungen der Menschheit beruhen. Als philosophische Erkenntnisse der für die Menschen richtigen Grundsätze des gemeinsamen Lebens stehen die Menschenrechte nicht zur Disposition des Staates. Es ist Sache der praktischen Philosophie, die Menschen- und Grundrechte zu materialisieren, und Sache der Völker, deren Erkenntnisse verbindlich zu machen. Die Repräsentanten der Parteienoligarchien sind

---

[525] Ein atypischer Fall ist EuGH v. 5.10.1994 – Rs. C-404/92 P (X/Kommission), Slg. 1994, I-4737 (I-4789 ff). Es ging um eine verdeckte Einstellungsuntersuchung (Aidsverdacht), der der Bewerber nicht zugestimmt hatte, so daß sein Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) verletzt war. Grundrechtliche Grundsätze, wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip, hat der Gerichthof wiederholt den Rechtsakten der Gemeinschaft entgegengestellt, freilich objektiv-rechtlich dogmatisiert; dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 105 ff., 258 ff., 409 ff.

[526] *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 119 ff.; *ders.*, Quo vadis Europa? – Ad Finem Democratiae! in: W. Lachmann/R. Haupt/K. Farmer (Hrsg.), Zur Zukunft Europas, Marktwirtschaft und Ethik, Bd. 12, 2007, S. 16 ff.; dazu näher A, IV, V, F, IV, J.

[527] Grundlegend *G. Dürig*, Der Grundrechtsschutz der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 1 ff., 46 ff.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., insb. S. 827; i.d.S. BVerfGE 80, 367 (373 f.); vgl. schon *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 348.

denkbar ungeeignet, die Grundrechte der Menschen zu formulieren. Die Grundrechte können nur sittliche Vertreter der Völker ausarbeiten. Diese müssen die Besten der praktischen Philosophen sein, die in geeigneten Verfahren von den Völkern ausgewählt werden. Die praktische Philosophie ist Rechtslehre im eigentlichen Sinne. In der Sache ist Politik, wenn sie menschheitlich ist, durchgehend „ausübende Rechtslehre" (*Kant*)[528]. Rechtslehre aber ist Erkenntnis des Richtigen für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit (Gleichheit und Brüderlichkeit) auf der Grundlage der Wahrheit[529]. Der Charta jedoch fehlt die philosophische Fundierung, welche die Aufklärung auf der Grundlage des Christentums geleistet hat und die bestens in der Rechtslehre *Kants* zu studieren ist. Mit ihrem ökonomistischen Liberalismus will die Charta Europa das Recht für das 21. Jahrhundert geben. Im 19. Jahrhundert war der konstitutionalistische Liberalismus ein großer Schritt zur Freiheit. Heute ist diese Unzeitigkeit nicht zukunftsweisend; denn das monarchische Prinzip ist Vergangenheit. Heute nutzt der Liberalismus den Interessen multinationaler der Unternehmen. Er macht den Bürgern die Bürgerlichkeit streitig, deren Sache der Staat ist. Res publica res populi. Den Untertanen gesteht er eine erträgliche Obrigkeit zu (Art. 41 der Charta).

Die Rechtslehre ist schon aus Gründen der philosophischen Erkenntnis der Tradition der Menschenrechte verpflichtet, welche die Erkenntnisse der Menschheit des Menschen zur Sprache bringen; denn es ist Hybris, Grundrechtetexte schreiben zu wollen, wenn diese nicht auf langer Erfahrung oder zumindest auf ausgiebiger Erörterung beruhen. Der Grundrechtediskurs muß alle Menschen, deren Leben von den Grundrechten bestimmt werden soll, und alles Wissen, welches über das gemeinsame Leben der Menschen besteht, einbeziehen. Praktische Vernunft setzt theoretische Vernunft voraus. Republikanische Politiker hätten ihre Texte bestmöglich der Öffentlichkeit zur Kritik unterbreitet, um Hilfe zu erbitten, nicht aber die Auseinandersetzung um die große Politik allein schon durch den Ter-

---

[528] Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 228 ff.

[529] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 350 ff., 567 ff. (569), 978 ff., 990 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20 f.

minplan so gut wie unmöglich gemacht. Ein demokratisches Verfahren ist ein Verfahren bestmöglicher Rechtserkenntnis. Die Öffentlichkeitsarbeit des Konvents hatte allenfalls Alibifunktion, abgesehen davon, daß es eine europäische Öffentlichkeit, eine wesentliche Voraussetzung eines europäischen Verfassungsstaates, nicht gibt. Wie wenig die Charta bedacht war, zeigen die schnellen zum Teil bedeutsamen Änderungen, welche der Entwurf vom 28. Juli 2000 in den Texten vom 21. und vom 28. September 2000 gefunden hat. Die Menschen und Völker werden durch die Charta, deren vertragliche Verbindlichkeit ihr, wie die Grundrechtegeschichte erweist, langdauernden und schwer abänderbaren Bestand geben wird, in ihren Rechten beschnitten. Das Procedere hat gezeigt, daß die Führer Europas und ihre Helfershelfer in ihrem Integrationseifer keinerlei demokratisches Ethos wahren.

Ein menschenrechtlicher Grundrechtetext muß ein Text großer Worte sein, welche den großen Erkenntnissen der Menschheit des Menschen genügen. Praktizistischer Minimalismus ruiniert eine Charta von Grundrechten. Die Alltagspraxis hat viel Übung darin, die großen Texte auf die Alltagsfragen herunterzubrechen. Aber ein Grundrechtetext darf kein Verwaltungsgesetz sein. Vielmehr soll er, gerade wenn er identitätstiftende Symbolik entfalten will, ein Manifest der großen Werte sein, die angemessen zur Sprache zu bringen sind. Dem widerspricht schon die Menge der Sätze, welche die Charta benötigt, um die Rechte, Freiheiten und Grundsätze zu formulieren. So viele Grundsätze gemeinsamen Lebens hält die Rechtsordnung nicht bereit. Wer die Praxis der Verfassungsgerichte kennt, weiß, daß nur wenige Grundsätze die Rechtsordnung bestimmen. Vorbildlich ist wiederum die Erklärung von 1789. Die Verfassung besteht aus den Rechtsprinzipien, welche die Menschheit des Menschen ausmachen, welche mit dem Menschen geboren sind, vor allem die Prinzipien der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, aber auch aus dem in einem freiheitlichen Gemeinwesen apriorischen Prinzip des Eigentums[530]. Wer außerdem das Leben und die Gesundheit, das wesentliche Eigentum des Menschen, das

---

[530] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 743 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 537 ff.

Recht der freien Rede (einschließlich der Freiheit der Weltanschauung) und das Recht sich zu vereinen, Ehe und Familie sowie eine hinreichende Privatheit, zu der die Freizügigkeit gehört, schützt, hat schon alles Wesentliche getan.

IV. Liberalistische, statt republikanischer Konzeption

1. Im Absatz 2 Satz 1 der Präambel kennt die Charta auch die „Freiheit", welche neben den Grundsätzen der „Würde des Menschen", „der Gleichheit und der Solidarität", die zu Recht als „unteilbar und universell" bezeichnet werden, aber auch neben den „Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit", genannt wird. Zu Satz 2 dieses Absatzes 2 stellt die Union „den Menschen ... in den Mittelpunkt ihres Handelns, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet". „Anerkannt" werden nach Absatz 7 der Präambel jedoch „die nachstehend aufgeführten Rechte, Freiheiten und Grundsätze". Nach dem Titel I über die „Würde des Menschen" folgt demgemäß der Titel II zu den „Freiheiten". Im Titel III wird die „Gleichheit", im Titel IV die „Solidarität" und schließlich im Titel V und Titel VI werden die „Bürgerrechte" und die „Justiziellen Rechte" geschützt. Auch die sogenannten Freiheiten des Titels II sind aber meist als „Rechte" bezeichnet. Es sind im Großen und Ganzen die klassischen liberalen Grundrechte der ersten Generation, nicht aber die politische Freiheit, nicht die Freiheit als Autonomie des Willens[531], nicht die Bürgerlichkeit des Bürgers, nicht die Freiheit des Menschen als Gesetzgeber. Art. 6 formuliert: „Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit". Mit der Freiheit in dieser Vorschrift dürfte lediglich die Bewegungsfreiheit, die im Grundgesetz in Art. 2 Abs. 2 S. 2 steht und durch Art. 5 EMRK geschützt ist, gemeint sein[532], nicht aber die Freiheit an sich, die große Freiheit. Nach Art. 11 Abs. 2 werden jedoch

---

[531] Zur kantianischen Freiheitslehre *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 427 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 34 ff., 274 ff., 405 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff.

[532] *Ch. Callies*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 GRCh, Rdn. 4, 7, 9.

„die Freiheit der Medien und ihre Pluralität geachtet". Nach Art. 13 sind auch die Kunst und Forschung frei und wird die „akademische Freiheit geachtet". Auch die (neue) unternehmerische Freiheit hat das Wort Freiheit für sich (Art. 16). Sie wird aber nur „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt". Die Freiheiten sind nach dem Text der Charta der Sache nach Rechte. Die sogenannten Bürgerrechte des Titels V sind das aktive und passive Wahlrecht zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen (Art. 39 und 40), das „Recht auf eine gute Verwaltung" des Art. 41 und neben den Rechten auf Zugang zu Dokumenten (Art. 42), einen Bürgerbeauftragten mit Mißständen in der Verwaltung der Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft zu befassen (Art. 43), dem Petitionsrecht (Art. 44) und dem Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz (Art. 46) ist als Bürgerrecht in Art. 45 auch die Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit der Unionsbürger im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten geregelt, also eine klassische liberale Freiheit. Die „Bürgerrechte" gehören nicht anders als einige der „Freiheiten", insbesondere „das Recht auf freie Meinungsäußerung" des Art. 11, das Recht des Art. 12, „sich insbesondere im politischen, gewerkschaftlichen und zivilgesellschaftlichen (im Erstentwurf: „staatsbürgerlichen", !?) Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit andern zu versammeln und frei mit anderen zusammenzuschließen" (einschließlich einer Gewerkschaftsfreiheit, die nicht die die Arbeitgebervereinigungen umfassende Koalitionsfreiheit ist), aber auch „das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit" des Art. 10, zur politischen Freiheit, die in den Grundrechteerklärungen der ersten Generation geschützt sind.

Die Charta anerkennt die Freiheit in ihrem in einer Republik einzig möglichen politischen Begriff, abgesehen von ihrem Schutz durch das Menschenwürdeprinzip, allenfalls in Absatz 2 der Präambel und verwehrt dieser damit den Grundrechtsschutz, wenn nicht der Freiheitsbegriff in Art. 6 als politische Freiheit verstanden werden soll. In den Grundrechteformulierungen vermag die Charta die „Freiheiten" und „Rechte" nicht zu unterscheiden. Die Freiheit ist mit dem Menschen geboren. Sie ist das Urrecht des Menschen, zu handeln, wenn er anderen nicht schadet, wenn er also die Freiheit aller anderen Menschen achtet. Die äußere Freiheit ist eine Einheit

mit der inneren Freiheit. Die äußere Freiheit ist die „Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür" (*Kant*)[533]. Die innere Freiheit ist die Sittlichkeit, die ihr Gesetz im kategorischen Imperativ hat[534]. Das Sittengesetz, der Schlüsselbegriff des Grundgesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG, von den meisten Interpreten des Grundgesetzes allerdings vernachlässigt, taucht in der Charta nicht auf, obwohl das Sittengesetz das Prinzip der allgemeinen Freiheit ist. Anstelle dessen verbindet Absatz 6 der Präambel „die Ausübung dieser Rechte ... mit Verantwortung und mit Pflichten sowohl gegenüber den Mitmenschen als auch gegenüber der menschlichen Gemeinschaft und den künftigen Generationen." Das ist der Sache nach der kategorische Imperativ, in andere Worte gefaßt – immerhin! Die Freiheit findet ihre Wirklichkeit in der allgemeinen, dem Recht gemäßen Gesetzlichkeit[535]. Sie ist die politische Freiheit, die Freiheit des Menschen unter Menschen also. Um der Wirklichkeit der allgemeinen Freiheit willen geben sich die Menschen, zum Staat vereint, Gesetze und sichern die Gesetzlichkeit des gemeinsamen Lebens. Diese republikanische Freiheit ist mit dem Begriff der liberté der Erklärung von 1789 gemeint und diese Freiheit wird durch die verschiedenen Grundrechte, welche man als Freiheitsrechte oder als Freiheiten bezeichnen kann, geschützt. Es ist immer dieselbe Freiheit des Menschen, die gegen Gefährdungen, die sich im Laufe der Geschichte gezeigt haben, geschützt wird. Unterschiedliche Freiheiten eignen dem Menschen nicht, aber es gibt unterschiedliche Rechte und damit auch unterschiedliche Grundrechte. Abgesehen von dem Urrecht der Freiheit und den mit diesem Urrecht verbundenen Rechten auf freie Rede[536] sowie auf und am Eigen-

---

[533] Metaphysik der Sitten, S. 345.

[534] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., u.ö.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 67 ff., 420 ff., u.ö.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff.

[535] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 35 ff., 275 ff., 303 ff., 325 ff., 494 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff., 50 ff., 94 ff., u.ö.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 34 ff., 274 ff., 420 ff., u.ö.

[536] BVerfGE 5, 85 (134, 199, 206); 7, 198 (208); 8, 104 (112 ff.); 12, 113 (125); 20, 56 (98); 42, 163 (169); 69, 315 (344); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 588 f., 602 ff., 836.

tum gibt es nur Rechte, welche ihre Grundlage in der allgemeinen Freiheit haben, weil diese sich in der allgemeinen Gesetzlichkeit verwirklicht, wenn die Gesetze dem Recht genügen. Diese politische Freiheit ist die Würde des Menschen (*Kant*)[537]. Sie ist aber in der Charta nicht hinreichend zur Sprache gebracht. Diese politische Freiheit, diese Freiheit des Menschen als Bürger, der mit anderen Bürgern in gleicher Freiheit lebt, nicht individualistisch, sondern sozial, in Brüderlichkeit, meint Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948. Dort heißt es: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen." Art. 2 Abs. 1 GG hat das gut formuliert: „Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt".

„Freiheiten" und „Rechte" identifiziert ein Liberalismus, welcher die politische Freiheit des Menschen nicht zur Wirkung kommen lassen will, sondern den Staat als Einrichtung der Herrschaft mißversteht, der Freiheiten vornehmlich als „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat" (BVerfGE 7, 198 (204))[538] entgegengestellt werden. Dementsprechend unterscheidet der Entwurf auch „Freiheiten" und „Bürgerrechte", die er als politische Rechte des Unionsbürgers vorstellt, den er der Sache nach zum Unionsuntertanen degradiert. Wer Freiheiten sagt, rechtfertigt Herrschaft und moderiert diese durch liberale, soziale und politische Rechte. Ein Gemeinwesen, das sich auf die Grundsätze der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit, der Solidarität, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit gründet, ist eine Republik. Eine solche legitimiert keinerlei Herrschaft[539], sondern verwirklicht Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit durch Recht. Konzeptionell verbleibt die Charta jedoch bei der Formulierung der einzel-

---

[537] Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 67 f.

[538] Dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 441 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 343 ff.

[539] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 71 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 115 ff.

nen „Rechte, Freiheiten und Grundsätze" (vgl. Absatz 7 der Präambel), sei es aus dogmatischer Inkompetenz, sei es aus interessierter Inkonsistenz, weitgehend dem Konstitutionalismus verhaftet, der durch das monarchische Prinzip geprägt war. An die Stelle des monarchischen Prinzips ist das Prinzip der Parteienherrschaft getreten. Demgemäß festigt Art. 12 Abs. 2 der Charta erneut (vgl. schon Art. 191 EGV) die politischen Parteien auf der Ebene der Union, ein (in sich bedenklicher) Artikel, der im übrigen systematisch zu den „Bürgerrechten" gehört, wenn man schon Freiheiten von Bürgerrechten meint unterscheiden zu müssen.

Der Wechsel des Freiheitsbegriffs ist paradigmatisch. Er verändert die Freiheitslage in Deutschland grundlegend und entzieht sowohl dem Demokratie- als auch dem Rechtsstaatsprinzip, aber auch dem Sozialprinzip die Substanz, nämlich die politische Freiheit. Eine derartige Entwertung ihres Status ist eine tiefgreifende Verletzung der Bürgerlichkeit der Deutschen und eine ebenso unerträgliche Verletzung ihrer freiheitlichen demokratischen Grundordnung, ihres Staates und ihrer Staatlichkeit. Die Grundrechtecharta ist somit mit Art. 1 Abs. 1 S. 1GG, der das republikanische Freiheitsprinzip verfaßt, und mit Art. 20 GG, der die Republik als freiheitliche Demokratie und als sozialen Rechtsstaat schützt, nicht vereinbar, fraglos auch insoweit nicht als diese Grundlagen der Verfassung Deutschlands unabänderlich sind (Art. 79 Abs. 3 GG).

2. Freiheit, Grundrechte, Menschenrechte, Grundfreiheiten, Freiheiten, Rechte, Ansprüche sind in der Charta in einer inkonsistenten Begrifflichkeit nebeneinander gestellt, welche Verwirrung bei den Interpreten und in der Praxis stiften wird. Schwer zu durchschauen, aber sicher folgenreich stuft die Charta mit den Verben „garantieren", „schützen", „einhalten", „gewährleisten", „anerkennen und achten", „das Recht auf Achtung haben", „achten", „gewähren können", „niemand darf ... werden", „verboten sein", „das Recht haben", „frei sein", „die Freiheit haben", „Freiheit anerkennen", „Anspruch haben", „Anspruch auf Schutz haben", „das Recht auf Zugang haben", „sicherstellen", „besitzen" (das Wahlrecht) die Schutzintensität der Freiheiten, Rechte und Grundsätze ab. Ganz unklar bleibt, aus welchen „Grundrechten" überhaupt subjektive Rechte, also Klagemöglichkeiten der Unionsbürger folgen sollen, aus den Grundsätzen, mit denen et-

wa der Umweltschutz (Art. 37) und der Verbraucherschutz (Art. 38) „sichergestellt" werden, wohl nicht[540]. Elementare Menschheitsprinzipien, wie „die akademische Freiheit" (Art. 13), werden lediglich „geachtet", nicht etwa gewährleistet oder gar garantiert oder wenigstens als Recht anerkannt. Ob differenzierte Gesetzesvorbehalte der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten bestehen oder ob in Art. 52 Abs. 1 ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt gemacht ist, ist zweifelhaft. Die häufigen grundrechtsimmanenten Gesetzesvorbehalte sprechen dafür, daß die vorbehaltlosen Grundrechte wie die Freiheit der Kunst und Forschung, aber auch die Freiheit der Medien und die Rechte auf Leben und körperliche und geistige Unversehrtheit uneinschränkbar sein sollen. Dagegen spricht die Sache. Nach der in Deutschland praktizierten allgemeinen Grundrechtelehre kann ein vorbehaltloses Grundrecht (nur) zugunsten anderer Gemeinwohlbelange eingeschränkt werden, welche ihrerseits den Schutz des Verfassungsgesetzes genießen[541].

V. Soziale Rechte

Während die liberalen Rechte in den Titeln I, II und V eine weitgehende, der Grundrechtetradition verpflichtete Aufnahme in die Charta gefunden haben, freilich mit beunruhigenden Einschränkungen, wie in Art. 13, der die Freiheit der Lehre, die keinesfalls durch die in der neuen Fassung aufgenommenen Achtung der „akademischen Freiheit" hinreichend geschützt ist, nicht nennt, hat die Charta die sozialen Grundrechte der zweiten Generation weitgehend verschwiegen, obwohl der Titel IV die Überschrift „Solidarität" trägt. Das Sozialprinzip als das Prinzip der Brüderlichkeit[542], jetzt als Prinzip der „Solidarität" gehandelt, wird entgegen der menschheitlichen Verfassung der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, zu der sich die Prä-

---

[540] *Ch. Callies*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 37 GRCh, Rdn. 7 ff., Art. 38 GRGh, Rdn. 4.

[541] Etwa BVerfGE 50, 290 (369); 84, 212 (228); 92, 26 (41); 100, 271 (283).

[542] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 636 ff.

ambel bekennt, in kleinen Arbeitnehmerschutzrechten und in herkömmlichen Einrichtungen (schon fragwürdig gewordener) sozialstaatlicher Versicherungssysteme abgetan. Titel IV vermeidet die großen sozialen Postulate, welche sowohl in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 als auch in der Europäischen Sozialcharta von 1961, insbesondere aber in dem Internationalen Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte von 1966 und durchaus auch in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 enthalten sind. Aber das Sozialprinzip will gar nicht zum Kapitalprinzip passen, dem die Währungsunion (Euro) als geradezu logischer Baustein der Kapitalunion verpflichtet ist. Weil eine echte Europäische Sozialunion[543] weder mittelnoch langfristig eine Chance hat, wird das freiheitliche Sozialprinzip schlicht aufgegeben – entgegen den Fundamenten der ebenso christlichen wie humanistischen (Aufklärung!) Kultur Europas, die mit dem (fragwürdigen) Hinweis in Absatz 2 der Präambel auf das „Bewußtsein ihres (sc. der Union) geistig-religiösen und sittlichen Erbes" angesprochen ist.

Vor allem fehlt das Recht auf Arbeit, welches in dreizehn Verfassungen der bisherigen fünfzehn Mitgliedstaaten der Europäischen Union (außer Deutschland und Österreich) genannt ist, das die meisten Landesverfassungen Deutschlands kennen und das sowohl aus dem Sozialprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG als bei richtiger Lesweise auch aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG folgt[544]. Aufgrund des Rechts auf Arbeit kann eine bestmögliche Beschäftigungspolitik eingefordert werden, wenn auch nicht ein Arbeitsplatz eigener Wahl. Ein Recht auf Arbeit setzt eine allein an der Preisstabilität orientierte Politik des Marktes und des Wettbewerbs (dazu C), welche die Unternehmensinteressen fördern mag,

---

[543] Dazu *J. Ringler*, Die europäische Sozialunion, 1997; kritisch zu Recht *W. Nölling*, Euro – der Sozialstaatsbruch, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, 2001, S. 107 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäische Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 3.

[544] *K. A. Schachtschneider*, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit, GS J. G. Helm, 827 ff.; *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff.; vgl. *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.

aber die Arbeitnehmerinteressen vernachlässigt, ins Unrecht. Eine Grundrechtecharta, welche die unternehmerische Freiheit anerkennt (Art. 16), aber das Recht auf Arbeit ausspart, verändert die Wirtschaftsverfassung grundlegend. Sie wandelt die marktliche Sozialwirtschaft[545] in eine offene Wettbewerbswirtschaft.

Dem entspricht es, daß auch das „Eigentumsrecht" des Art. 17 auf den Bestands- und Gebrauchsschutz des Eigentums reduziert wird, während die Menschenrechtstexte (Art. 17 AEMR) und, wiederum bei richtiger Lesweise, auch das Grundgesetz ein Recht auf Eigentum gewährleisten[546]. Frei sind die Menschen nur, wenn sie selbständig sind; denn nur wer selbständig ist, ist der Autonomie des Willens, also der politischen Freiheit, fähig[547]. Dementsprechend hat jeder ein Recht darauf, daß die Eigentumsordnung allen das erforderliche Eigentum gewährleistet. Die Eigentumsordnung muß dem Sozialprinzip genügen, also, wenn man so will, solidarisch sein. Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, welche Art. 14 Abs. 2 GG („Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen") klar formuliert, nennt die Charta nicht, obwohl der Europäische Gerichtshof eine soziale Grundrechtelehre der Gemeinschaftsverpflichtetheit praktiziert[548]. Eine liberalistische Stärkung des Pri-

---

[545] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 314 ff.; auch *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998, S. 200 ff.; *ders.*, Marktliche Sozialwirtschaft, S. 41 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 471, 495, 586 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 1.

[546] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 755 ff.; *ders.*, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit, GS J. G. Helm, S. 827 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 544 ff.

[547] *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 432 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 636 ff.

[548] Etwa EuGH v. 14.5.1974 - Rs. 4/73 (Nold/Kommission), Slg. 1974, 491 (507); dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 333 ff.

vatheitsprinzips[549] würde die funktionale Staatlichkeit der Mitgliedstaaten entgegen deren Verfassungsgesetzen relativieren, etwa die Verwirklichung des Sozialprinzips, zumindest in Deutschland ein Fundamentalprinzip[550], das nicht zur Disposition der Integrationspolitik steht. Eine europäische Grundrechtecharta kann rechtens nicht vom Freiheits- zum Herrschaftsprinzip und auch nicht vom Sozial- zum Individualprinzip wechseln. Jedes Verfassungsgesetz muß die Verfassung der Menschheit des Menschen wahren.

VI. Arbeitnehmerrechte

Nicht nur das Recht auf Arbeit fehlt in der Charta, sondern die Rechte der Arbeitnehmer werden insgesamt geschmälert.

Zur Anerkennung der Arbeitnehmer als Miteigentümer der Unternehmen schreitet die Charta nicht fort, obwohl die Unternehmen genauso das Eigene und Eigentum der Arbeitnehmer sind wie das der Anteilseigner[551]. Allemal das Arbeitsverhältnis ist ein Eigentum des Arbeitnehmers. Das Arbeitsverhältnis gibt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, aus eigener Kraft zu leben. Es ist sein Eigenes, das in Deutschland etwa im Kündigungsschutz- und im Mitbestimmungs-, aber auch im Betriebsverfassungsrecht rechtlich anerkannt ist und anerkannt werden muß.

Die Arbeitnehmer werden in dem Titel IV, das „Solidarität" verspricht, nur in kleinen Rechten geschützt. Sie sollen human behandelt, nämlich Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung, freilich nur „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten" (Art. 30), Recht auf gesunde, sichere und würdige Ar-

---

[549] Zum Privatheitsprinzip *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 370 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 465 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 67 ff.

[550] BVerfGE 84, 90 (121); 100, 271 (284).

[551] *K. A. Schachtschneider*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, 1999, S. 412 ff.

beitsbedingungen, auf Begrenzung der Höchstarbeitszeiten, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31) und auf Mutterschafts- und Elternschutz, um das Familien- und das Berufsleben in Einklang bringen zu können (Art. 33), haben. Art. 32 verbietet die Kinderarbeit und schützt die Jugendlichen vor allem vor „wirtschaftlicher Ausbeutung". Aber ein Recht auf Arbeit wird den Menschen nicht zugestanden.

Nach Art. 27 muß für die „Arbeitnehmer oder ihre Vertreter" „auf allen Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein, die nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind". Die unternehmerischen Entscheidungen betreffen das Eigentum der Arbeitnehmer am Unternehmen, nämlich ihren Arbeitsplatz. Die unternehmerische oder auch nur die betriebliche Mitbestimmung ist nicht gewährleistet, obwohl sie in Deutschland zu den Arbeitnehmerrechten gehört, für welche die Gewerkschaften jahrzehntelang gekämpft haben. Dafür gibt es das Recht auf Zugang zu einem „unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst" (Art. 29), gegenüber dem Menschenrecht auf Arbeit ein Hohn für das Millionenheer von Arbeitslosen.

Art. 26 des Entwurfs vom 28. Juli 2000 hatte die Rechte der Gewerkschaften gegenüber dem Stand des kollektiven Arbeitsrechts jedenfalls in Deutschland restriktiv formuliert. Weder die Streikfreiheit gegenüber der Union, noch gar ein Streikrecht gegenüber den Arbeitgebern waren gewährleistet[552], sondern lediglich das Recht, „bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer (sc.: der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer) Interessen zu ergreifen". Die „Verteidigung ihrer Interessen" gibt weniger Rechte als die Koalitionsrechte zur „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen", die Art. 9 Abs. 3 GG schützt. In Art. 12 Abs. 1 der Charta ist nicht nur die Gewerkschaftsfreiheit als eine Vereinigungsfreiheit aufgenommen, sondern in Art. 28 das Recht, Tarif-

---

[552] Dazu und zum Folgenden *K. A. Schachtschneider*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 219 ff.

verträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer (sc. der Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen) Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. Das gibt prinzipiell ein Streikrecht gegenüber dem Tarifpartner und verschließt grundrechtlich den Weg der praktischen Vernunft, nämlich die vereinbarte Schlichtung. Grundrecht kann nur die Streikfreiheit gegenüber dem Staat sein. Im übrigen ist das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen, nur „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten" gegeben, während die Tarifautonomie in Deutschland weitgehend zum Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit gehört und nur zu Gunsten anderer Verfassungsgüter eingeschränkt werden darf.

Durchaus wichtig ist es der Charta, die berufsrechtliche Frauenquote zu etablieren (Art. 23 Abs. 2). Entgegen dem allgemeinen Gleichheitsprinzip (Art. 20) und dem Diskriminierungsverbot auch wegen des Geschlechts (Art. 21) werden durch Art. 23 Abs. 2 „spezifische Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht" erlaubt, also eine Ausnahme von den großen menschheitlichen Grundsätzen der Gleichheit gemacht.

VII. Ökologische, biologische und gesundheitliche Rechte und Grundsätze

Nach Art. 37 der Chartamüssen „ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität in die Politik der Union einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden". Ein Grundrecht gibt diese Vorschrift trotz ihrer Stellung in einer Grundrechtecharta dem Wortlaut nach nicht, jedenfalls kein subjektives Recht auf die zugesagte Sicherstellung. Ein solches Recht würde aus den Artikeln 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1, dem „Recht auf Leben" bzw. dem „Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit" folgen, die mit der Schutzpflicht des

Staates zugunsten von Leben und Gesundheit verbunden sind[553]. Art. 37 soll aber wohl als Spezialvorschrift grundrechtliche Rechte auf den Schutz der Umwelt um des Lebens und der Gesundheit willen ausschließen. Auch der Gesundheitsschutz ist durch Art. 35 auf den „Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten" reduziert, so daß auch insofern die objektive Dimension der Artikel 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 der Charta nicht grundrechtlich zur Geltung gebracht werden dürfen soll. Das wird durch die Ergänzung der Charta in S. 2 des Art. 35, daß bei der „Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt" werden wird, bestätigt. So formuliert man das Versprechen einer Politik, aber nicht ein einklagbares Recht. Entgegen den Erkenntnissen der Ökologik und der Sozialmedizin sind der Umweltschutz und der Gesundheitsschutz weit hinter den Stand der Grundrechte der dritten Generation zurückgedrängt. Jedenfalls wird den Bürgern das Recht streitig gemacht, den Schutz gerichtlich zu erzwingen.

Mehr als bedenklich sind die Verbotsregelungen des Art. 3 Abs. 2 der Charta für die Medizin und die Biologie, nicht hinsichtlich der genannten Grundsätze, sondern wegen der Einschränkung derselben. So sind eugenische Praktiken insbesondere verboten, wenn sie „die Selektion von Menschen zum Ziel haben" (lit. b). Nicht verboten sind also eugenische Entwicklungen, die nicht schon Praktiken sind. Transplantationen steht nichts im Wege, wenn sie nicht „zur Erzielung von Gewinnen" dienen; denn nur zu diesem Zweck dürfen der „menschliche Körper oder Teile davon" nicht genutzt werden (lit. c). Nicht einmal die Einwilligung des Verstorbenen (zu dessen Lebzeiten) ist erforderlich, falls nicht das Einwilligungsprinzip des lit. a entgegen der Praxis in den meisten Ländern der Europäischen Union

---

[553] BVerfGE 39, 1 (41 f.); 46, 160 (164); 49, 89 (141 ff.); 53, 30 (57); 56, 54 (73 ff.); 77, 170 (214 f.); 88, 203 (251 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie zum Umweltrecht, S. 304 ff.

gelten soll[554]. Nur das reproduktive Klonen von Menschen ist verboten (lit. d). Es gibt viele andere Formen des Klonens, die bedrohlich sind. Der Industrie, auch der medizinischen und biologischen, einschließlich der genetischen, sollen möglichst Hindernisse aus dem Weg geräumt werden, welche sich aus der Grundrechtsinterpretation des Absatz 1 des Art. 3 ergeben könnten.

VIII. Prozedurale Rechte

Die Bürgerlichkeit der Bürger ist in der Charta auf das Minimum reduziert, welches um der in Absatz 2 der Präambel beschworenen Grundsätze der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit willen unverzichtbar erscheint. Der Torso an Demokratie, den die Charta hinterläßt, ist ohnehin allenfalls eine formale Demokratie, welche schon *Karl Jaspers* beklagt hat[555]. Geradezu propagandistisch wird den Unionsbürgern in Art. 41 ein „Recht auf eine gute Verwaltung", „unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist", mit den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs, der Akteneinsicht („unter Wahrung des legitimen Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses"), der Begründungspflicht, der Amtshaftung, und der sprachlichen Verständlichkeit angedient, als ob dadurch die mannigfachen Prinzipien des Rechtsstaates verwirklicht würden[556]. Die Lehre und die Praxis haben das Rechtsstaatsprinzip als das Prinzip des Rechts vielfältig materialisiert. Die vier Absätze des Art. 41 der Charta können das allgemeine Verwaltungsrecht, das in Deutschland seine gesetzliche, zum Teil kritikwürdige, Regelung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen gefunden hat, nicht ersetzen. Art. 41 birgt die Gefahr der Reduzierung verwaltungsrechtlichen Fortschrittes, der vor allem der intensiven Förderung rechtsstaatlicher Prinzipien in den 50er und 60er Jahren des

---

[554] Dazu *K. A. Schachtschneider/D. J. Siebold*, Die "erweiterte Zustimmungslösung" des Transplantationsgesetzes im Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 129 ff.

[555] Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, 1949, S. 213; *ders.*, Wahrheit, Freiheit, Friede, 1958, in: ders., Lebensfragen der deutschen Politik, 1963, S. 160, 162, 165.

[556] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, 2006.

vergangenen Jahrhunderts zu danken ist. Seitdem ist ein ständiger Rückschritt an prozeduralen Rechten zu beklagen, der sich in der Grundrechtecharta fortsetzt.

Wenn schon neben dem Wesensgehaltsschutz der „Rechte und Freiheiten" der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" hervorgehoben wird (Art. 52 Abs. 1 der Charta), so wäre es richtig, auch andere Grundsätze des Rechtsstaates, wie das Vertrauensschutz- und das Bestimmtheitsprinzip, vor allem aber das Prinzip gewaltenteiliger Funktionenordnung (Gewaltenteilung)[557] in den Text aufzunehmen, gerade weil aus der Garantie ausgewählter Grundsätze mit gewisser Logik der Umkehrschluß gezogen werden kann, daß andere Grundsätze, die mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden werden, nicht gelten sollen. Entweder bleibt ein Grundrechtetext allgemein, wie das zu empfehlen ist, oder er befaßt sich mit den vielen Einzelheiten, welche aus dem Prinzip des Rechts folgen und regelt diese umfassend. Dann wird eine solche Charta eine Art Verwaltungsgesetz, wie die Charta der Grundrechte der Europäischen Union es denn auch zum Teil ist.

Auch die „justiziellen Rechte" in Titel VI werden reduziert, wenn auch das Rechtsschutzprinzip in Art. 47 der Charta gewahrt bleibt, freilich nur für „durch das Recht der Union garantierte Rechte und Freiheiten", so genügt doch für den Schuldvorwurf nach Art. 48, daß ein „rechtsförmlicher Beweis seiner Schuld" des Angeklagten erbracht ist, während in Deutschland die Strafbarkeit den Schuldspruch eines Gerichts voraussetzt[558]. Den Grundsatz: nulla poena sine lege, formuliert die Charta so wie Art. 7 EMRK (Art. 49 Abs. 1 S. 1 und 2). Das Strafgesetz muß nicht ein Gesetz des Staates sein, dem der Straftäter angehört oder in dem er die Straftat begangen hat, sondern es genügt, daß die Tat nach internationalem Recht strafbar war. Das Recht, Straftatbestände zu schaffen, wird dadurch internationalisiert, was nach Art. 103 Abs. 2 GG nicht erlaubt ist (dazu näher D, IV).

---

[557] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 167 ff.

[558] BVerfGE 20, 49 (79 ff.).

IX. Ermöglichung der Todesstrafe und der Tötung

Die Grundrechtecharta ermöglicht ausdrücklich in den aufgenommenen „Erläuterungen" und deren „Negativdefinitionen" zu den Grundrechten, entgegen der durch das Menschenwürdeprinzip gebotenen Abschaffung der Todesstrafe in Deutschland (Art. 102 GG) und anderswo, die Wiedereinführung der Todesstrafe im Kriegsfall oder bei unmittelbar drohender Kriegsgefahr, aber auch die Tötung von Menschen, um einen Aufstand oder einen Aufruhr niederzuschlagen. Maßgeblich dafür ist nicht Art. 2 Abs. 2 der Charta, der die Verurteilung zur Todesstrafe und die Hinrichtung verbietet, sondern die in das Vertragswerk aufgenommene Erklärung zu diesem Artikel, die aus der Menschenrechtskonvention von 1950 stammt. Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV in der Lissabonner Fassung werden die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Charta gemäß den allgemeinen Bestimmungen von Titel VII der Charta, in dem die Auslegung und Anwendung derselben geregelt ist, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten „Erläuterungen", in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt. Die rechtliche Relevanz der Erläuterungen folgt auch aus Absatz 5 S. 2 der Präambel der Charta, wonach deren Auslegung „unter gebührender Berücksichtigung der Erläuterungen" erfolgt, „die unter der Leitung des Präsidiums des Konvents zur Ausarbeitung der Charta formuliert und unter der Verantwortung des Präsidiums des Europäischen Konvents aktualisiert wurden", und noch mehr aus Art. 52 Abs. 3 der Charta, wonach Rechte der Charta, „die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechte entsprechen", „die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird". Absatz 7 des Art. 52 wiederholt die Pflicht der Gerichte der Union und der Mitgliedstaaten, die „Erläuterungen, die als Anleitung für die Auslegung der Charta der Grundrechte verfaßt wurden, gebührend zu berücksichtigen". Absatz 5 S. 2 der Präambel und Absatz 7 des Art. 52 sind erst am 12. Dezember 2007 in die Charta (wieder) aufgenommen worden. Sie standen schon im gescheiterten Verfassungsvertrag vom 29. Oktober 2004. Zwischenzeitliche Politik gegen die Ermöglichung der Todesstrafe und Tö-

tung ist jedenfalls durch diese Texterweiterung dementiert. Die „Erläuterungen" betreffen auch und gerade Art. 2 Abs. 2 der Charta[559].

Die Ermächtigungen der Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik genügen, um im Interesse der Effizienz der Missionen nach Art. 28a (42) Abs. 1 S. 2 und Art. 28b (43) Abs. 1 EUV oder auch der Verteidigung die Todesstrafe einzuführen, etwa die Ermächtigung des Rates durch Art. 28b (43) Abs. 2 S. 1 EUV in Beschlüsse über Missionen „die für sie geltenden allgemeinen Durchführungsbestimmungen festzulegen". Daran sind weder das Europäische Parlament beteiligt noch gar die nationalen Parlamente. Ein solcher Beschluß wäre an dem Art. 2 Abs. 2 der Grundrechtecharta mit seiner Erläuterung zu messen. Im übrigen verpflichten sich die Mitgliedstaaten durch Art. 28 (42) Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EUV, „ihre militärischen Fähigkeiten schrittweise zu verbessern". Die Kriege in der Vergangenheit und Gegenwart beweisen, daß die Todesstrafe etwa gegen Soldaten, welche Befehle auszuführen sich weigern, die militärischen Fähigkeiten einer Armee ungemein zu steigern vermag. Die Effizienz militärischer Maßnahmen kann auch durch die Hinrichtung von Terroristen und Saboteuren oder auch nur vermeintlichen Terroristen und Saboteuren erhöht werden, u.a.m. Die Praxis der Union, die Texte über Pflichten der Mitgliedstaaten extrem auszudehnen, läßt auch eine solche Interpretation nicht ausgeschlossen erscheinen, wenn die Lage es gebietet oder nahelegt. Nebenbei bemerkt ist die Aufrüstungsverpflichtung dieser Vorschrift mit dem Deutschland (Präambel des Grundgesetzes, Art. 1 Abs. 2, Art. 26 Abs. 1 GG) bindenden Friedensprinzip unvereinbar.

In der Erklärung betreffend die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, die nach Art. 49b (51) EUV („Anhang") Bestandteil der Verträge sind, also deren Verbindlichkeit haben, steht:

> „3. Die Bestimmungen des Artikels 2 der Charta entsprechen den Bestimmungen der genannten Artikel der EMRK und des Zusatzprotokolls. Sie haben nach Artikel 52 Absatz 3 der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite. So müs-

---

[559] *M. Borowsky*, in: J. Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 2, Rdn. 18 ff., 45.

sen die in der EMRK enthaltenen „Negativdefinitionen" auch als Teil der Charta betrachtet werden:

a) Art. 2 Abs. 2 EMRK:

Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um

a) jemanden gegen rechtwidrige Gewalt zu verteidigen;

b) jemanden rechtmäßig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmäßig entzogen ist, an der Flucht zu hindern;

c) einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen".

b) Artikel 2 des Protokolls Nr. 6 zur EMRK:

„Ein Staat kann in seinem Recht die Todesstrafe für Taten vorsehen, die in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr begangen werden; diese Strafe darf nur in den Fällen, die im Recht vorgesehen sind, und in Übereinstimmung mit dessen Bestimmungen angewendet werden ...".

Aufstände oder Aufruhre kann man auch in bestimmten Demonstrationen sehen. Der tödliche Schußwaffengebrauch ist in solchen Situationen nach dem Vertrag von Lissabon keine Verletzung des Rechts auf Leben. Im Krieg befinden sich Deutschland und Österreich auch gegenwärtig. Die Kriege der Europäischen Union werden mehr werden. Dafür rüstet sich die Union – auch durch den Vertrag von Lissabon.

X. Keine Grundrechtebeschwerde

Eine Grundrechtebeschwerde der grundrechtsberechtigten Personen hat die Charta nicht aufgenommen. Auch das Unionsrecht kennt eine solche nicht, wenn man nicht Art. 230 (263) Abs. 2 und 4 AEUV) heranziehen will. Diese Vorschrift spricht gegen Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, die an natürliche oder juristische Personen gerichtet sind oder sie unmittelbar und individuell betreffen, wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des Vertrages oder einer bei ihrer Durchführung anzuwendende Rechtsnorm oder auch wegen Ermessensmißbrauchs (Art. 230 (263) Abs.

2 AEUV) Rechtsschutz des Gerichtshofs der Europäischen Union zu. Aber Grundrechte ohne prinzipalen Rechtsschutz gegen Richtlinien und Verordnungen sowie andere Rechtsakte verdienen den Namen kaum. Die Bürgerbeschwerde wegen Grundrechteverletzung gehört zum Verfassungsstaat. Die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG ist ein wesentliches Gut des deutschen Verfassungs- und Rechtsstaates. Sie bestimmt wesentlich die Verfassungsverhältnisse Deutschlands dadurch, daß sie es bezweckt und weitgehend erreicht, daß sich das Recht gegenüber der Politik, die vornehmlich in den Gesetzen Niederschlag findet, behauptet, wie das Art. 20 Abs. 3 GG vorschreibt[560]. Durch die (immer größere) Ausweitung der Ermächtigungen zur Gesetzgebung und Rechtsprechung der Union verliert die Verfassungsbeschwerde gegen Verletzungen der Grundrechte des Grundgesetzes zunehmend an Bedeutung, zugleich auch der Schutz des Rechts (mittels der Grundrechte) durch deutsche Gerichte, zumal des Bundesverfassungsgerichts; denn alle nationalen Gerichte sind, wenn es um die Anwendung des Unionsrechts geht, (nur) an die Unionsgrundrechte der Charta gebunden und insoweit nicht mehr an die Grundrechte des Grundgesetzes. Selbst die nationalen Gesetze, welche Richtlinien umsetzen, werden nicht mehr an den nationalen Grundrechten gemessen, jedenfalls nicht, soweit die Richtlinien eine bestimmte Politik vorschreiben oder ermöglichen, sondern nur noch an den Grundrechten der Union (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta)[561], erst recht der mitgliedstaatliche Vollzug des Unionsrechts[562]. Das letzte Wort in Sachen der Grundrechte bekommt (in der ganz großen Zahl der Fälle durch den Vertrag von Lissabon endgültig und mit expliziter Zustimmung des Deutschen Bundestags) der Gerichtshof der Europäischen Union.

---

[560] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20 ff., 54 f., 244 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 819 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 400 ff.

[561] Vgl. EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-292/97 (Karlsson u.a.), Slg. 2000, I, S. 2737, Rdn. 37; *R. Streinz*, in: ders., EUV/EGV, Art. 51 GRCh, Rdn. 11; *Th. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art 51 GRCh, Rdn 8, 11.

[562] *M. Borowsky*, in: J. Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51, Rdn. 25 ff.

XI. Unionsstaat als existentieller Verfassungsstaat

Ein Grundrechtetext ist klassischer Bestandteil eines Verfassungsgesetzes, welches ein Volk zum Staat verfaßt. Außerdem regelt ein Verfassungsgesetz die Ziele, Aufgaben und Befugnisse eines Staates und die Organisation des Staates, welche gewaltenteilig sein muß, um einer Verfassung der Freiheit und des Rechts zu genügen. Die organisationsrechtliche Verfassung (im funktionalen Sinne) enthalten die Verträge der Union. Dennoch werden diese Verträge im Gegensatz zur Auffassung des Gerichtshofs der Europäischen Union[563] und einer früheren, inzwischen nicht wiederholten, Äußerung des Bundesverfassungsgerichts nicht als Verfassungsgesetz angesehen, weil sie die Europäische Union nicht zu einem Staat, einem Bundesstaat[564], und die Unionsbürger nicht zu einem Volk im staatsrechtlichen Sinne integrieren würden[565]. Jedenfalls ist die Union trotz deren existentieller Staatlichkeit kein existentieller Staat; denn sie verfaßt kein Unionsvolk (dazu A, III, V). Es hat niemals eine Staatsgründung der Europäischen Union gegeben. Insbesondere sind die Politiken der Europäischen Union nicht eigenständig demokratisch legitimiert[566] (dazu A, V, J). Das aber wäre eine unabdingbare Voraussetzung eines freiheitlichen Gemeinwesens, einer Republik der Europäer. Die (defizitäre) demokratische Legitimation der Rechtsakte der Unionsorgane beruht auf den demokratisch legitimierten Zustimmungsgesetzen der mitgliedstaatlichen Legislativorgane zu den Unionsverträgen. Spezifisch daraus erwächst das Prinzip

---

[563] EuGH v. 23.04.1985 – Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339 (1365); EuGH v. 14.12.1991 (Gutachten 1/91),Slg. 1991, I-6079, I-6079 (I-6102); *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, i.V., § 1,Verträge und Vertragspartner; weitere Hinweise in Fn. 632.

[564] BVerfGE 22, 293 (296); 89, 155 (188).

[565] I.d.S. BVerfGE 89, 155 (188); dazu A, I, III, V.

[566] *K. A. Schachtschneider,* Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, 1999, S. 119 ff.; *ders.*, Quo vadis Europa? – Ad Finem Democratiae!, S. 16 ff.

der begrenzten Ermächtigung der Unionsorgane durch die Übertragung von Hoheitsrechten zur gemeinschaftlichen Ausübung[567].

Mit der Charta der Grundrechte vertieft die Europäische Union ihre existentielle Staatlichkeit. Unbeirrt gehen die Integrationisten den Weg zum Großstaat Europa weiter, freilich ohne alle Völker zu fragen, ob diese das wollen. Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas (der Mitgliedstaaten) läßt nur eine gemeinschaftliche Ausübung der Staatlichkeit der Völker, also eine funktionale Staatlichkeit der Europäischen Union, zu. Zu diesem Zweck ist letzterer die gemeinschaftliche Ausübung von bestimmten und begrenzten Hoheitsrechten übertragen (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG)[568]. Diese Hoheitsrechte dürfen nur nach Maßgabe der Grundrechte der Mitgliedstaaten ausgeübt werden; denn kein Staat hat Hoheit entgegen den Grundrechten der Menschen und der Bürger. Vielmehr sind die Grundrechte als solche negative Kompetenzen[569]. Grundrechte sind zwar einschränkbar, so daß auch die Rechtsakte der Europäischen Union, der funktionale Staatlichkeit delegiert ist, Grundrechte einzuschränken vermögen, aber doch nicht zu Lasten des Wesensgehalts der Grundrechte. Nach Art. 19 Abs. 2 GG darf „in keinem Fall" „ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden". Dementsprechend hat sich das Bundesverfassungsgericht vorbehalten, den Grundrechtestandard, der zumindest den generellen Wesensgehalt der Grundrechte ausmacht, auch gegenüber Rechtsakten der Europäischen Union zur Geltung zu bringen[570]. Die Charta der Grundrechte verfolgt seit ihrer Proklamation den Zweck, die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union zu festigen. Als Verfassungsstaat, meinen manche, könne die Union die uneingeschränkte Grundrechteverantwortung für ihre Rechtsakte übernehmen, die tief in die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten einwirken, bis zur Strafverfolgung (dazu D, IV).

---

[567] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.).

[568] Dazu A, III, IV; B, I; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.

[569] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 353 f., 476, 821 f., 1030; weitere Hinweise in Fn. 639.

[570] BVerfGE 89, 155 (174 f.).

Die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union können jedoch nur die Völker der Mitgliedstaaten ermöglichen, weil sie, jedes Volk für sich, die eigene existentielle Staatlichkeit[571] (ihre Souveränität) aufgeben müssen. Das setzt, wie schon mehrfach angesprochen, Verfassungsreferenden der Völker voraus. Ein Verfassungsgesetz für Europa bedarf einer Vorbereitung durch eine eigens für diese Aufgabe von allen Unionsbürgern gewählte europäische Nationalversammlung. Durch diese Wahl würden die Europäer ihre Konstituierung als Staatsvolk vorbereiten. Über das Verfassungsgesetz müßte schließlich das europäische Volk abstimmen. Sollte das Verfassungsgesetz durch die Mehrheit angenommen werden, wobei ein die Legitimation dieses existentiellen Aktes stärkendes Quorum notwendig wäre, wären das Volk der Unionseuropäer und der Unionsstaat begründet. Die gegenwärtigen Vertreter der mitgliedstaatlichen Völker in den Regierungen und Parlamenten haben weder die Aufgabe noch gar die Befugnis, die Union zu einem existentiellen Staat zu entwickeln. Das „vereinte Europa" im Sinne des deutschen Integrationsprinzips (Präambel, Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) ist eine Union als Staatenverbund[572]. Dieser setzt die existentielle Staatlichkeit der Völker der Mitgliedstaaten voraus.

F.

Verlust der existentiellen Rechtshoheit der Mitgliedstaaten

Zur existentiellen Staatlichkeit gehört allem voran die Rechtshoheit. Der existentielle Staat, das verfaßte Volk, setzt nur Recht, vollzieht nur Recht und spricht nur Recht, wenn diese Ausübung der Staatsgewalt demokratisch von dem verfaßten Volk, dem existentiellen Staat nämlich, legitimiert

---

[571] Dazu und zum Folgenden *K. A. Schachschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., insb. S. 111 ff.

[572] BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.), Maastricht-Urteil.

ist[573]. Dieses demokratische Prinzip ist die Grundlage der Verfassungskonzeption der Europäischen Union als Staatenverbund des Bundesverfassungsgerichts im Maastricht-Urteil. Aus diesem Prinzip hat das Bundesverfassungsgericht, zu Recht, das Konstrukt der begrenzten Ermächtigung („begrenzte Einzelermächtigung") entwickelt[574], dessen Anwendung zur Erkenntnis des Demokratiedefizits der europäischen Integration, zumal der nach dem Vertrag von Lissabon, führt. Neben der Rechtsetzungshoheit des Volkes, welche durch die vielfältigen offenen Ermächtigungen der Rechtsetzungsorgane („des Gesetzgebers") der Union existentiell eingeschränkt ist, wie das in diesem Schriftsatz für einige Politiken, zumal die Wirtschafts-, Währungs-, Haushalts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik, aber auch die Grundfreiheiten, exemplarisch dargelegt ist, und der Rechtsanwendungs- oder Vollzugshoheit, die weitgehend, wenn auch nicht durchgehend bei den Mitgliedstaaten verbleibt und durch die unmittelbare, vorrangige Anwendbarkeit des Unionsrechts von der Union integriert ist, hat die Rechtsprechungshoheit der Union (längst) das Gewicht existentieller Staatlichkeit erreicht und läßt sich demokratisch ohne einen existentiellen Unionsstaat nicht mehr legitimieren. Die Rechtsprechungsbefugnisse sind der Unionsgerichtsbarkeit zum Teil durch die Unionsverträge verstärkt durch den Vertrag von Lissabon übertragen, zum Teil hat sie aber auch der Gerichtshof der Europäischen Union usurpiert. Das wird im Folgenden dargelegt. Das letzte Wort in Sachen des Rechts bedarf einer starken demokratischen Legitimation durch das Volk, in dessen Namen Recht gesprochen wird. Nur einem existentiellen Staat steht das letzte Wort in Sachen des Rechts zu. Eine Republik ist eine Rechtsgemeinschaft[575]; denn „der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter

---

[573] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., 79 ff., 87 ff. ; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 49 ff., 188 ff., 194 ff., 281 ff., 318 ff., 440 ff.

[574] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); dazu näher J; weitere Hinweise in Fn. 745.

[575] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 519 ff., 637 ff., 819 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 49 ff., 194 ff., 281 ff., 440 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 ff., 50 ff., 94 ff., 118 ff., 149 ff.

Rechtsgesetzen" (Kant)[576]. Gewissermaßen hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil sein letztes Wort in Sachen des Rechts verteidigt[577], aber der Gerichtshof der Union respektiert keinerlei Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts[578]. Er hat somit in Gemeinschaftsrechtsfragen das letzte Wort beansprucht und sich damit zum höchsten Gericht der Europäischen Union aufgeschwungen. Dieser unbegrenzte Vorrang des Gemeinschaftsrechts, der seine weitreichende und tiefgehende Praxis gefunden hat, wird die 17. Erklärung zum Vertrag von Lissabon Bestandteil der Unionsverträge (Art. 49b (51) EUV) und damit Grundprinzip des Unionsrechts. Diese Erklärung lautet:

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

Angesichts der Grenzen, die das Bundesverfassungsgericht dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus Gründen der existentiellen Staatlichkeit („Souveränität") gezogen hat (dazu im Folgenden), ist diese Erklärung allein schon Grund, den Vertrag von Lissabon als verfassungswidrig zurückzuweisen, weil in ihr der Streit zwischen dem Gerichtshof der Union und den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten um das letzte Wort in Sachen des Rechts entschieden wird, ja der Streit der Unionsgerichtsbarkeit mit den Gerichtsbarkeiten der Mitgliedstaaten. Die Zuständigkeitsabgrenzungen vermögen den Streit nicht auszuschließen, zumal es auch um das letzte Rechtswort in Unionsangelegenheiten geht. Der Vorrang des Unionsrecht vor dem Recht der Mitgliedstaaten ist typischer Ausdruck eines Bundesstaates, sei es ein echter Bundesstaat oder sei es ein unechter Bun-

---

[576] Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 431.

[577] BVerfGE 89, 155 (174 f., 188, 210).

[578] Vgl. EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269, Rdn. 8 ff.); EuGH v. 9.3.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, 629 (643 ff., Rdn. 17 f.); folgend *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 24 f., 32 f.; vgl. *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 216 ff., S. 77 ff.

desstaat[579], wie das Art. 31 GG zeigt, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht. Die Zuständigkeiten sind im Bundesstaat immer maßgeblich.

Die 17. Erklärung geht über die bindende Rechtserkenntnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen des Anwendungsvorranges des Unionsrechts, die im Maastricht-Urteil ausgesprochen sind (dazu F IV) hinweg. Sie ist nicht nur verfassungswidrig, sondern die Bundeskanzlerin und der Bundesminister des Auswärtigen haben durch den Vertragsschluß in Lissabon ihren Bindung an die Erkenntnisse des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) mißachtet. Die Rechtslage war (und ist) geklärt.

Mit dem Vorrangprinzip in Verbindung mit der weiterentwickelten Unionsrechtsprechung, einschließlich deren Grundrechteverantwortung, welche durch die Grundrechtecharta eine textliche Grundlage findet, wird der Gerichtshof der Europäischen Union zum obersten Gericht der Union, dessen Rechtserkenntnisse über seine Zuständigkeiten hinaus Gewicht entfalten werden, weil nicht zu erwarten ist, daß grundsätzliche Rechtserkenntnisse des Gerichtshofs, aber auch der anderen Unionsgerichte, allein schon wegen ihrer unionsweiten Relevanz, von den mitgliedstaatlichen Gerichten nicht zur Grundlage ihrer Entscheidungen gemacht werden, wenn deren inzidente Rechtserkenntnisse dieselben Rechtsfragen aufwerfen. Rechtserkenntnisse haben über die Rechtskraft hinaus zumindest faktisch (präjudiziell) bindende Wirkung für die gesamte Gerichtsbarkeit. Für die tragenden Entscheidungsgründe der Erkenntnisse des Bundesverfassungsgerichts ist das sogar durch § 31 Abs. 1 BVerfGG, jedenfalls in der völlig berechtigten Praxis des Bundesverfassungsgerichts[580], angeordnet. Hinzu kommt, daß die wesentlichen Lebensverhältnisse durch Unionsrecht geregelt werden, so daß die Rechtshoheit ohnehin der Unionsgerichtsbarkeit überantwortet

---

[579] Dazu näher A, I, III.

[580] BVerfGE 1, 14 (37); 4, 31 (38), 19, 377 (391 f.); 20, 56 (87); 24, 289 (297); 40, 83 (93); 79, 256 (264); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 943 f.; dazu *W. Löwer*, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 93 f. (kritisch).

ist. Das macht gerade die demokratierechtlich untragbare Verlagerung der existentiellen Staatlichkeit von den Mitgliedstaaten auf den Unionsstaat aus. Näherhin ist zu dem existentiellen Verlust an Rechtshoheit der Mitgliedstaaten das Folgende auszuführen:

I. Integrationistische Judikatur des Europäischen Gerichtshofs

„Der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz sichern im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags", lautete Art. 220 Abs. 1 EGV. Art. 9 (19) Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV formuliert: „Er (sc.: Der Gerichtshof der Europäischen Union, zu dem der Gerichtshof, das Gericht und die Fachgerichte gehören, Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV) sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge". Der Gerichtsbarkeit der Union ist damit die klassische Rechtsprechungsaufgabe der verbindlichen Rechtsklärung[581] übertragen. Das zu wahrende Recht ist das Unionsrecht, bislang das Gemeinschaftsrecht. Dazu rechnen Praxis und Lehre nicht nur die Gemeinschaftsverträge und das sekundäre Gemeinschaftsrecht, sondern auch ungeschriebenes Recht wie die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere die Grundrechte, aber auch das Völkerrecht[582], eben das Recht mit Gemeinschafts/Unionsrang. Unionsrecht ist nicht nur die Gesamtheit der Rechtsakte der Union, sondern die Richtigkeit und damit Rechtlichkeit derselben als ihre Sittlichkeit oder praktische Vernünftigkeit[583]. Aus den offenen Begriffen des Unionsrechts erwächst dem Gerichtshof politische Macht; denn jeder Richterspruch ist auch eine poli-

---

[581] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 135 ff., 210 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 870 ff.

[582] *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 381, S. 151, 3. Aufl. 2005, § 7, Rdn. 18, S. 188 f.; dazu näher *H.-W. Daig*, in: GBTE, Kommentar EWGV, 3. Aufl. 1983, Art. 164, Rdn. 6 ff.; dazu näher II.

[583] Vgl. dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., insb. S. 978 ff., 990 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20 ff., 207 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 420 ff.

tische Entscheidung, freilich rechtlich gebunden[584]. Der Gerichtshof beläßt allerdings dem Unionsgesetzgeber einen weiten politischen Entscheidungsspielraum, den er nicht am Recht mißt[585]. Recht ist politisch. Rechtsetzung ist Politik. Der Gerichtshof agiert im Machtgefüge der Union nicht als Gegenspieler des Rates und der Kommission, sondern beschleunigt die Integration über die Verträge hinaus. Das gilt in der parteienstaatlichen Wirklichkeit der Union nicht anders als in den Mitgliedstaaten mit einer entwickelten Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie Deutschland hat. Gegenüber den Mitgliedstaaten hat sich die Gerichtsbarkeit der Union mehr als Rechtsaufsicht[586] denn als Streitschlichtung entfaltet.

Weil die Union nur über begrenzte Zwangsbefugnisse[587] und insbesondere über keine eigene Vollstreckungsgewalt verfügt, ist sie auf die mitgliedstaatliche Verwirklichung des Unionsrechts angewiesen. Deshalb hat es der Gerichtshof der Union übernommen, die Durchsetzung des Unionsrechts zu sichern[588]. Er hat seinen politischen Einfluß weit ausgedehnt, um

---

[584] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 909 ff.

[585] Z.B. EuGH v. 15.7.1963 - Rs. 34/62 (Deutschland/Kommission), Slg. 1963, 287 (318); EuGH v. 12.7.197 - Rs. 166/76 (Italienische Republik/Rat), Slg. 1979, 2575 (2599); EuGH v. 05.05.1981 - Rs. 112/80 (Dürbeck/Hauptzollamt Frankfurt am Main - Flughafen), Slg. 1981, 1095 (1114); EuGH v. 19.3.1992 - Rs. C-311/90 (Hierl/Hauptzollamt Regensburg), Slg. 1992, I-2061 (I-2081, Rdn. 13); EuGH v. 5.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973 (I-5057, Rdn. 47); zum Kontrollumfang des EuGH siehe auch *J. Schwarze*, Grundzüge und neuere Entwicklung des Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1992, 1065 (1069); *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 232 ff.; *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, EL 20, 2003, Art. 220 EGV, Rdn 60 ff.

[586] Dazu *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, 2006, insb. S. 238 ff.

[587] Zur Gebietshoheit *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 59 f.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 82 f., 92 ff.

[588] Vgl. *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 384, S. 152, 3. Aufl. 2005, § 7, Rdn. 31 ff., S. 192 ff.; siehe auch *ders.*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, 901 (905); *F. Schockweiler*, Die richterliche Kontrollfunktion: Umfang und Grenzen in Bezug auf den Europäischen Gerichtshof, EuR 1995, 191 ff.

die Entwicklung der Gemeinschaft zu einem in seinem Sinn „vereinten Europa" zu fördern und praktiziert ein Prinzip der „Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaften"[589]. Seit der durch das Maastricht-Urteil[590] belebten Diskussion um die Grenzen der Gemeinschaftsbefugnisse wird auch die Aufgabe des Gerichtshofs betont, dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung zur Durchsetzung zu verhelfen und so das Subsidiaritätsprinzip und damit die Selbstbestimmung der Mitgliedstaaten zu wahren[591]. Vor allem die gemeinschaftliche Gerichtsbarkeit selbst ist gefordert, sich in den Grenzen ihrer Ermächtigung zu halten, d.h. ihre Begriffsherrschaft zu zähmen.

Funktionell gehört der Gerichtshof der Europäischen Union zu den Rechtsetzungsorganen der Union[592]. Er versteht sich als „Integrationsfaktor erster Ordnung" und ist ein „Motor der Integration"[593].

---

[589] Vgl. die im folgenden Text genannten Urteile; weitere Hinweise in Fn. 657, 659.

[590] Vgl. *I. Winkelmann*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Oktober 1993, Dokumentation des Verfahrens mit Einführung, 1994, insb. die Schriftsätze *K. A. Schachtschneider*, S. 102 ff., 367 ff., 437 ff.; BVerfGE 89, 155 ff.

[591] BVerfGE 89, 155 (210 f.); *U. Everling*, Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft, FS Doehring, 1989, S. 1790; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 566 ff., S. 212 ff.; *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, 901 (905 f.); *A. v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 194 ff. ("Prinzip der Vielfalt"); vgl. auch *P. M. Huber*, in: R. Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 220, Rdn. 29 ff. ("letztverbindliche Entscheidung" des BVerfGes).

[592] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 207 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 130 ff.

[593] *H.-J. Schlochauer*, Der Gerichtshof der EG als Integrationsfaktor, in: E. v. Caemmerer/H.-J. Schlochauer/E. Steindorff (Hrsg.), Festschrift W. Hallstein, 1966, S. 431 ff.; so *H. Steinberger*, Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 12, 38; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 62, 64, 72; *U. Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, Der Staat 32 (1993), S. 214; *F. Ossenbühl*, Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende?, DVBl. 1993, 635; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 108; *M. Zuleeg*,

Einige der wichtigsten Entscheidungen, die eine starke integrationistische Wirkung haben, seien genannt: In der Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff., hat der Gerichtshof durch Urteil vom 5. Februar 1963 in Abkehr von einem völkerrechtlichen Verständnis des Vertragsrechts die Doktrin der unmittelbaren Geltung („Durchgriffswirkung") und unmittelbaren Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts, insbesondere gegen die Mißachtung der Grundfreiheiten, dekretiert[594] und zugleich (vornehmlich im Interesse der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts) den subjektiven, also individuellen Rechtsschutz ermöglicht (S. 25 f., Rdn. 7 ff.)[595]. Die Subjektivierung des Rechtsschutzes, die jeden von Rechtsverletzungen betroffenen Bürger zum Hüter auch des objektiven Rechts macht, hat sich als wirksamster Weg zur Rechtlichkeit des gemeinsamen Lebens erwiesen, zumal die staatliche Rechtsaufsicht wegen vielfältiger, insbesondere politischer und parteilicher, Rücksichtnahmen wenig effizient ist[596]. In der Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 ff., hat der Gerichtshof durch Urteil vom 15. Juli 1964 das Gemeinschaftsrecht als eigenständige („autonome") Rechtsordnung, die vom Völkerrecht geschieden und einheitlich in

---

Der rechtliche Zusammenhalt der Europäschen Gemeinschaft, daselbst, S. 19 f., 34 ff.; *ders.*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 4, weist diesen Vorwurf zurück; abgewogen *H. P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 32; dazu *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 152 f., Rdn. 384 ff., 3. Aufl. 2005, § 5, Rdn. 116 f., S. 113 f., § 9, Rdn. 11, S. 222; i.d.S. auch *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 566, S. 212.

[594] Dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 411 ff.; *Ch. Walter*, Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 1, Rdn. 37 f., S. 15 f.; *D. Ehlers*, Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften, Allgemeine Lehren, daselbst, § 7, Rdn. 8, 90 ff., S. 150, 184 f.

[595] Auch EuGH v. 4.12.1974 – Rs. 41/74 (van Duyn/Home Office), Slg. 1974, 1337 (1347, Rdn. 4); EuGH v. 7.7.1976 – Rs. 118/75 (Watson und Belmann), Slg. 1976, 1185 (1. Ls); auch EuGH v. 15.7.1964 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1273 f.); EuGH v. 21.6.1974 - Rs. 2/74 (Reyners/Belgien), Slg. 1974, S. 631 (652, Rdn. 24/28); dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 410 ff.

[596] Zum Rechtsschutzprinzip *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 118 ff.

die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen sei, qualifiziert. Daraus wurde und wird noch meist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, weitgehend auch vor deren Verfassungen, abgeleitet, der sich richtig aus dem Willen der Völker herleitet[597]. Seit dem Urteil vom 12. November 1969 in der Rs. 29/69 (Stauder/Ulm), Slg. 1969, 419 ff., hat der Gerichtshof ungeschriebene Gemeinschaftsgrundrechte im Sinne von allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaftsordnung entwickelt. Die ausschließliche Befugnis der Gemeinschaft, mit Drittstaaten und internationalen Organisationen Verträge zu schließen, hat der Gerichtshof über ausdrücklich formulierte Befugnisse in den Verträgen hinaus im Urteil vom 31. März 1971 in der Rs. 22/70 (Kommission/Rat - AETR), Slg. 1971, 263 (274 ff.), auf alle Materien ausgeweitet, die im Gemeinschaftsrecht geregelt sind, wenn eine Binnenzuständigkeit der Gemeinschaftsorgane bestehe[598]. Zugunsten der dynamischen Entwicklung der Gemeinschaftsbefugnisse hat der Gerichtshof das Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 5 Abs. 1, auch Art. 7 Abs. 1 EGV)[599] weit ausgelegt. So hat er im Interesse eines „Europas der Bürger" im Urteil vom 13. Februar 1985 in der Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 594 ff., die Bildungspolitik in den Regelungsbereich der Freizügigkeit integriert. In der Rechtssache Rs. C-41/90 (Höfner, Elser/Macrotron GmbH), Slg. 1991, I-1979, hat der Gerichtshof durch Urteil vom 23. April 1991 das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit, in

---

[597] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, in: ders., Verfassungsrecht der Europäischen, Teil 1, Organisationsverfassung, i.V., § 5, I, II, 3, III, 3.

[598] Dazu kritisch *K. A. Schachtschneider,* Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 7 III.

[599] Vgl. BVerfGE 89, 155 (181 ff., 191 ff.); *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, 1992, § 183, Rdn. 47; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; *ders.*, Ermächtigungen der Union und der Gemeinschaften, in: ders., Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, i.V. § 6; auch *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die staatliche Integration der Europäischen Union, daselbst, § 3, III, 5, Das Europäische Parlament, daselbst, § 7, III, 2, Der Rat, daselbst, § 8, II.

E 21, 245 (249 ff.) vom Bundesverfassungsgericht, obwohl objektive Zulassungsschranke, wegen des hohen Ranges „dieses Gemeinschaftswertes" (sc.: der Vermeidung von Arbeitslosigkeit einerseits und Mangel an Arbeitskräften andererseits), eines „überragenden Gemeinschaftsgutes", mit dem „Gebot der Sozialstaatlichkeit" gegen die Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG verteidigt, als Mißbrauch von Marktmacht unterbunden und sich mit dem Begriff des öffentlichen Unternehmens in Art. 86 Abs. 1 EGV, den er nichtssagend als „wirtschaftliche Tätigkeit" definiert, die Möglichkeit geschaffen, jedwede mitgliedstaatliche Verwaltung bis hin zur gesetzlichen Krankenversicherung[600] dem europäischen Wettbewerbsrecht zu unterwerfen und damit dem Wettbewerb auszuliefern. In der verb. Rs. C-6 und 9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357 ff., hat der Gerichtshof durch Urteil vom 19. November 1991 die Mitgliedstaaten zum Ersatz des Schadens der Bürger verpflichtet, den letztere dadurch erleiden, daß der Mitgliedstaat eine hinreichend bestimmte Richtlinie nicht fristgerecht in nationales Recht umgesetzt hat[601]. Überaus folgenreich ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit der Unternehmen in der Rechtsform ihres Gründungslandes, also zur sogenannten Sitztheorie, insbesondere EuGH – Rs. 167/01 (Inspire Art), Urteil vom 30. September 2003, welche der deutschen Mitbestimmung ein Ende bereitet (dazu näher B, II, 4,). Dem Gerichtshof wird nicht zu Unrecht ein „gouvernement des

---

[600] Zurückhaltend noch EuGH v. 17.2.1993 Rs. C-159/91, C-160/91 (Poucet und Pistre), Slg. 1993, I-637 (669 f., Rdn. 17 ff.); EuGH v. 16.11.1995 - Rs. C-244/94 (Coreva), Slg. 1995, I-4013; konsequent jetzt der Generalanwalt F. G. Jacobs, Schlußanträge in der verb. Rs. C -264/01, C-306/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.) vom 22. 05. 2003; aber noch zurückschreckend (mit dem Solidarprinzip begründet) EuGH v. 16.03.2004 – Rs. C-264/01 C-306/01 C-354/01 C-355/01 (AOK Bundesverband u.a./Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. u.a.), Slg. 2004, I-2493, Rdn. 47.

[601] Dazu umfassend *Ch. Claßen*, Nichtanerkennung von Gemeinschaftsrichtlinien. Von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, 1999, insb. S. 99 ff.; zur unmittelbaren Wirkung hinreichend klarer Richtlinien EuGH v. 5.4.1979 – Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, 1629 (Rdn. 20 ff.); EuGH v. 19.1.1982 – Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 53 (Rdn. 22).

juges"[602] vorgeworfen. Seine Urteile sind aber von den Mitgliedstaaten akzeptiert und umgesetzt worden[603].

Auch die Wirtschaftsordnung der Mitgliedstaaten liegt in der Hand des Gerichtshofs der Europäischen Union, weil die Grundfreiheiten des Binnenmarktes überaus weit, nach rechtsstaatlichen Prinzipien nicht hinreichend bestimmt[604], formuliert sind. Der Gerichtshof hat die Macht, die Lebensverhältnisse in der Europäischen Union umzuwälzen, zumal die Wirtschaftsordnung, und nutzt diese Macht. Das Übermaß an Ökonomisierung der Lebensverhältnisse in der Europäischen Union, welche das Sozial(staats)prinzip zunehmend gefährdet, ist wesentlich Werk des Gerichtshofs. Mittels der Grundfreiheiten des Binnenmarktes (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit, aber auch Arbeitnehmerfreizügigkeit) erzwingt der Gerichtshof die Deregulierung und Liberalisierung vor allem der Wirtschaftsordnung[605]. In dem römischen Gründungsvertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 waren die Grundfreiheiten völkerrechtliche Verpflichtungen, welche die Vertragsstaaten nur als Völkerrechtssubjekte gebunden haben. Entgegen diesem Stand hat der Gerichtshof die Grundfreiheiten als subjektive Rechte der Menschen und Unternehmen, quasi als Grundrechte[606], praktiziert und sich damit ein wirksames Instrument geschaffen, die

---

[602] Geprägt wurde dieser Begriff von *J. P. Colin,* Le gouvernement des juges dans les Communautés Européénnes, 1966.

[603] *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, 901 (905).

[604] So der EuGH selbst für den fast gleichlautenden Art. 11 des GATT, Rs. C-280/93 (Deutschland/Kommission), Slg. 1994, I-4973, Rdn. 109; dazu kritisch *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, Ein Beitrag zur globalen wirtschaftlichen Integration, 2003, S. 255 ff., 266 ff.; zum Bestimmtheitsprinzip *K. A. Schachtschneider,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 304 ff.

[605] Dazu näher B, II, IV.

[606] Grundlegend EuGH v. 5.2.1963 - Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 (25 f., Rdn. 7 ff.); EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1273); dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 410 ff.; Hinweise auch in Fn. 594.

Wirtschaftsordnung in der Union zu gestalten. Der Gerichtshof hat eine Deregulierungsdynamik entfaltet, welche die Ökonomisierung zu Lasten des sozialen Ausgleichs forciert, neuerdings auch zu Lasten der kommunalen Daseinsvorsorge. Vor der Privatisierung der sozialen Sicherheitssysteme ist der Gerichtshof (noch) zurückgeschreckt. Er hat das mehr als fragwürdig damit begründet, daß die vom Solidaritätsprinzip bestimmten Einrichtungen der öffentlichen Hand keine Unternehmen im Wettbewerb seien[607].

II. Extensive Textauslegung und textlose Rechtsgrundsätze

Der Gerichtshof praktiziert eine variable und dynamische Interpretationsmethode, die, soweit es der Integration nützt, zur extensiven Auslegung der Texte führt[608], und verwirklicht die material oft überaus offenen Leitentscheidungen der gemeinschaftsrechtlichen Texte durch funktional gesetzgebende Rechtserkenntnisse[609]. Das ist für ein Gericht, das die Funktion eines Verfassungsgerichts angenommen hat[610], um der Befriedung der

---

[607] Hinweise in Fn. 600.

[608] *A. Bleckmann*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, 1177 ff.; *ders.*, Europarecht, 6. Aufl. 1999, Rdn. 537 ff., S. 201 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 580, S. 214; vgl. *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 220 EGV, Rdn. 42 ff., die (zu Unrecht) die "richterliche Zurückhaltung", die allerdings geboten wäre, herausstellen.

[609] Dazu allgemein *E. Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 3 ff., 9 ff., 20 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., 858 ff., 909 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 203 ff., 207 ff., auch S. 212 ff.; zur Gemeinschaftsrechsprechung *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 130 ff.

[610] *W. Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 39 ff.; *G. C. R. Iglesias*, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft als Verfassungsgericht, EuR 1992, 225 ff.; *M. Zuleeg*, in: H. v. d. Groeben/J. Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 1 EG Rdn. 10; *ders.*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545, 546; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 566, S. 212; *J. Schwarze*, NJW 1992, 1065 f.; *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 711, S. 269, 3. Aufl. 2005, § 9, Rdn. 4, S. 221; *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EGV, Rdn. 13 f.; dazu auch *F.*

Lage willen unvermeidlich, zumal die Unionslage sich in einer rasanten Entwicklung befindet, die mit statischen Texten nicht befriedet werden kann. Die Begriffe des Unionsrechts selbst sind variabel und dynamisch, d.h. sie können der Lage angepaßt werden[611]. Im besonderen Maße galt (und gilt) das für die unionsrechtlichen Grundrechte, die bisher keine verbindlichen Texte hatten[612]. Von besonderer Bedeutung sind die vom Gerichtshof entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu denen etwa der Grundsatz des Vertrauensschutzes[613], der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[614] und die gemeinschaftlichen Grundrechte gehören[615]. Die Gerichts-

---

C. Mayer, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 229 ff. ; *P. M. Huber*, in: R. Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 220 EGV, Rdn. 4.

[611] Dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 1033 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 90, 286 (361 ff.).

[612] Zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union (kritisch) *K. A. Schachtschneider*, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, Recht und Politik 1/2001, 16 ff.; *ders.*, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 52-53/2000, S. 13 ff.; *R. Streinz*, in: *ders.*, EUV/EGV, 2003, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 2571 ff.; *B. Beutler*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 6 EU, Rdn. 97 ff.; *Ch. Callies*, Die Europäische Grundrechtscharta, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 19, S. 447 ff.

[613] EuGH v. 20.9.1990 - Rs. C 5/89 (Kommission/Deutschland), Slg. 1990, I-3437 (I-3456); EuGH v. 10.1.1992 - Rs. C-177/90 (Kühn/Landwirtschaftskammer Weser-Ems), Slg. 1992, I-35 (I-62 f.); in der Ausprägung als Rückwirkungsverbot vgl. z.B. EuGH v. 25.1.1979 - Rs. 98/78 (Rake/Hauptzollamt Mainz) Slg. 1979, 69 (86); EuGH v. 19.5.1992 - Rs. C-104/89 (Mulder u.a./Rat u. Kommission), Slg. 1992, I-3061 (I-3132 f.).

[614] Z.B. EuGH v. 19.03.1964 - Rs. 18/63 (Schmitz/Kommission), Slg. 1964, 175 (204); EuGH v. 5.7.1977 - Rs. 114/76 (Bela-Mühle/Grows Farm), Slg. 1977, 1211 (1221); EuGH v. 21.1.1992 - Rs. C-319/90 (Pressler/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft), Slg. 1992, I-203 (I-217 f.); *H. Kutscher*, Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: H. Kutscher (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, 1985, S. 89 ff.; umfassend *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000.

barkeit kann den zulässig beantragten Rechtsklärungen nicht ausweichen, auch wenn sie zu diesem Zweck die Gesetze und Verträge über die gebundene Interpretation hinaus politisch materialisieren muß[616]. Dabei besteht die Gefahr, daß sie Spielräume in Anspruch nimmt, welche die Gesetze und Verträge, richtig interpretiert, nicht lassen[617]. Jedes letztentscheidende Gericht hat die Möglichkeit, seinen politischen Einfluß zu erweitern oder auch zu schmälern. Politische Entscheidungen können allzu leicht als gesetzesabhängige Interpretationen ausgegeben werden[618]. Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die Beachtung der Grenze zwischen Vertragsinterpretation und Vertragsänderung angemahnt[619]. Nur Interpretationen, welche lege artis, nach klassischen Methoden also, erfolgen, vermeiden politische Dezisionen der Richter. Im Gerichtsstaat ist die Begriffshoheit eine starke Macht.

Die Erkenntnis allgemeiner Rechtsgrundsätze ist weder Anwendung noch Auslegung formulierten Unionsrechts und der Sache nach, also funktional, Rechtsetzung. Rechtsetzung muß sich in die allgemeine, in den Mitgliedstaaten und auch in der Union anerkannte, Funktionenteilung der Staatlichkeit einfügen, die aus dem Freiheitsprinzip folgt (vgl. Art. 16 der Deklaration der Menschenrechte von 1789). Die freiheitlich begründete Rechtsstaatlichkeit[620] der Europäischen Union (Artikel 6 Abs. 1 EUV) verlangt nach Rechtsgrundlagen der Aufgaben und Befugnisse in den Verträ-

---

[615] Dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 329 ff.; *H.-W. Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993; *D. Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003.

[616] BVerfGE 13, 318 (328); 66, 126 (138); 75, 223 (241 ff.); 84, 212 (226 f.); 98, 49 (59 f.); BAGE 23, 292 (319 f.); zum Richterrecht *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 203 ff.

[617] Nicht unkritisch *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 386 ff., S. 152 f., 3. Aufl. 2005, § 9, Rdn. 11, S. 222.

[618] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 921 ff.

[619] BVerfGE 89, 155 (210).

[620] Dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 519 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, 2006.

gen, weil den Unionsorganen Hoheitsrechte (Befugnisse) der Mitgliedstaaten (zur Ausübung) übertragen sind (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG), diese aber durchgehend auf allgemeinen Gesetzen beruhen müssen. Daraus ergibt sich insbesondere das Prinzip der begrenzten Ermächtigung, welches das Bundesverfassungsgericht (zu Recht) wesentlich auf das demokratische Prinzip stützt[621]. Weil die Union als Rechtsgemeinschaft konstituiert ist, lassen sich Rechtsakte nicht allein aus ihrer integrationsfördernden Wirkung und aus der Funktionenordnung der Union rechtfertigen.

III. „Recht" im Sinne des Art. 9f (19) Abs. 1 Uabs. 1 S. 2 EUV

Die Befugnis (vor allem) des Gerichtshofs zur Ergänzung des geschriebenen Gemeinschaftsrechts um allgemeine Rechtsgrundsätze wird auf Art. 220 Abs. 1 EGV gestützt, auf die Aufgabe also, „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags" zu sichern[622]. „Recht" im Sinne des Art. 220 Abs. 1 EGV, jetzt Art. 9f (19) Abs. 1 Unterabs. 1 S. 2 EUV, soll einen weiten Sinn haben, nämlich als „fonds commun d'idées d'ordre, de justice et de raison qui sont la base de la civilisation juridique à laquelle appartiennent les Etats membre"[623]. Dazu sollen nicht nur die geschriebenen Texte gehören, sondern das gesamte „ius commune europaeum"[624], das dem Gemeinschaftsrecht als europäischer

---

[621] Hinweise in Fn. 599.

[622] *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 738; *I. Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 26; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 380, S. 130; *F. Schockweiler*, Die richterliche Kontrollfunktion: Umfang und Grenzen in Bezug auf den Europäischen Gerichtshof, EuR 1995, 191 (194); *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 133 f., mit weiteren Hinweisen; *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, EUV, Art. 220 EGV, Rdn. 26 f.; *P. M. Huber*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Art. 220, Rdn. 11, 13.

[623] So *P. Pescatore*, in: Die Europäische Rechtsprechung nach 20 Jahren Gemeinschaftsleben, FIDE VI, 1976, 9 ff., 13.

[624] *H. Kutscher*, Der Schutz von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: Der Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Hrsg. Deutsche Sektion der internationalen Juristenkommission, 1982, S. 40.

Rechtskultur, gar als „Inbegriff der Gerechtigkeitsidee der abendländischen Verfassungskultur“[625], zugrundegelegt wird. Die grundlegenden Rechtsprinzipien, die mit dem Freiheitsprinzip der Gemeinschaft verbunden und von dem aufklärerischen Prinzip der Würde des Menschen gefordert sind, also die Verfassung der Menschheit des Menschen[626], sind geltendes Recht in der Union, wie die Präambeln, aber auch Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV/Art. 1a (2) EUV (Werte der Union) zeigen. In der 8. Erwägung der Präambel des Gemeinschaftsvertrages heißt es, daß die Gemeinschaft „durch den Zusammenschluß ihrer Wirtschaftskräfte den Frieden und die Freiheit wahren und festigen“ solle. In der 3. Erwägung der Präambel zum Maastrichter Vertrag haben die Mitgliedstaaten ihr Bekenntnis „zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit“ bestätigt. Im Vertrag von Amsterdam sind diese Grundsätze mit Art. 6 Abs. 1 EUV zur rechtlichen Grundlage der Union erklärt worden. Recht an sich ist die in den Rechtsakten bestmöglich materialisierte praktische Vernünftigkeit. Das Recht, dessen Wahrung der Gerichtshof der Europäischen Union zu sichern hat, lebt in der fortschreitenden Materialisierung in den vorgeschriebenen Verfahren durch die zuständigen Institutionen. An diesem diskurshaften Prozeß sind die Völker und deren staatliche Organe, die Organe der Union und jeder Bürger, vor allem die, welche die Rechtsklärung in einem Streitfall betreiben, im Sinne einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“[627] beteiligt. Die Sonderstellung des Gerichtshofs besteht in seiner Befugnis zur letztverbindlichen Klärung der von ihm zu entscheidenden Fragen des Unionsrechts[628]. Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Union hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, weil die Entwicklung von Rich-

---

[625] *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EGV, Rdn. 17.

[626] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff.

[627] *P. Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297 ff.

[628] Zur Verbindlichkeit der Erkenntnisse des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren EuGH v. 24.6.1969 – Rs. 29/68 (Milchkontor), Slg. 1969, 165 (178, Rdn. 3); EuGH v. 3.2.1977 – Rs. 52/76 (Benedetti), Slg. 1977, 163 (183, Rdn. 26, 27); *J. Wohlfahrt*, in: Grabitz, EWG-Kommentar (2. EL), Art. 177, Rdn. 70.

terrecht zur europäischen Rechtskultur gehöre und wegen der Justizgewährungspflicht der Gerichte und deren Verantwortung für das Recht unvermeidbar sei[629]. Freilich muß die gemeinschaftliche Rechtsfortbildung, wie gesagt, die Grenzen der Vertragsauslegung respektieren. Wenn dem Gerichtshof der Europäischen Union mit der Aufgabe aus Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV (bislang Art. 220 Abs. 1 EGV), das Recht zu wahren, das letzte Wort zum Recht in der Union übertragen ist, ist er als oberstes Rechtsorgan der Union institutionalisiert[630]; denn die Union versteht sich als Rechtsgemeinschaft[631]. Spezifisch die durch die gemeinschaftliche Gerichtsbarkeit gesicherte materielle Rechtlichkeit allen Unionshandelns, der gemeinschaftliche Primat des Rechts, erlauben es gewissermaßen, von einer „Verfaßtheit" der Gemeinschaft, vom Verfassungscharakter der Gemeinschaftsverträge[632] und folglich vom Gerichtshof als einem Verfassungsgericht zu sprechen[633]. Gerade darin ist die Gemeinschaft nicht nur staatlich, sondern Staat; denn ein Staat ist, wie gesagt, „die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen"[634]. Die Verfassung der

---

[629] BVerfGE 75, 223 (241 f.); vgl. auch BVerfGE 84, 212 (226 f.); *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 567 ff., S. 212 ff.; allgemein zum Richterrecht *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 536 ff. mit Hinweisen in Fn. 106; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 203 ff.

[630] Vgl. für das Bundesverfassungsgericht *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 858 ff., 909 ff., 932 ff.; vgl. auch allgemein *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 244 ff.

[631] *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33 ff.

[632] BVerfGE 22, 293 (296); EuGH v. 14.12.1991 - Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079 (I-6102); *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, S. 901 (904); *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 149 ff.; *P. M. Huber*, daselbst zum nämlichen Thema, S. 196 ff.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die Verträge der Gemeinschaften und der Union, in: ders., Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, § 1 II; *M. Zuleeg*, Die Vorzüge der Europäischen Verfassung, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 931 ff.; zurückhaltend *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, daselbst, S. 895 ff.

[633] Vgl. Fn. 610.

[634] *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 431; *K. A. Schachtschneider*,

Rechtsgemeinschaft bestimmt, welche Erkenntnisse des praktisch Vernünftigen verbindlich sein sollen. Best- und größtmöglich sind es die des Rechtsetzers oder Gesetzgebers, dessen Rechtsakte oder eben Gesetze den Richter binden (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG)[635]. Nach den Bestimmungen des Vertrages ist die Setzung des „Rechts" dem gemeinschaftlichen Rechtsetzer, der im Vertrag von Lissabon Gesetzgeber genannt wird (Art. 9a (14) Abs. 1 S. 1, Art. 9c (16) Abs. 1 S. 1 EUV), vorbehalten[636]. Ein Gericht eines Staates verantwortet die Sittlichkeit der Gesetze und ist Hüter der praktischen Vernunft. Auch die Union ist Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsstaatlichkeit. Der Gerichtshof kann aber nur die Befugnis haben, alle Rechtsakte der Union, auch die rechtsetzenden, am Maßstab des primären und sekundären Vertragsrechts, an der Verfassung (im weiten Sinne), zu messen, weil seine Befugnisse nicht weiter reichen dürfen (können) als seine Legitimation. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind, zumal als ungeschriebenes Völkerrecht (Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut), der Unionsrechtsordnung immanent[637], aber den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts lassen sich allenfalls in engen Grenzen Menschenrechte, ein Mindeststandard, nicht jedoch ein umfassender Grundrechtekanon ableiten[638]. Freilich müssen auch die Rechtsakte der Gemeinschaft die Grundrechte achten. Andere Hoheitsrechte können der Union schon deswegen nicht übertragen sein, weil die Mitgliedstaaten keine Hoheit zu Lasten der

---

Res publica res populi, S. 14 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 55 ff.; dazu oben A, I.

[635] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 858 ff., 1027 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff., 118 ff., 210 ff.

[636] Vgl. *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. II, 2002, Art. 220, Rdn. 6.

[637] Dazu und dafür *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 114; *M. A. Dauses*, Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, JöR n.F 31, 1982, 1 ff., 9; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 116 ff., 120 ff.

[638] Vgl. *K. Hailbronner*, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: W. Graf Vitzthum, Völkerrecht, 1997, S. 239 f., Rdn. 194 ff.; *K. Ipsen*, in: ders., Völkerrecht., 4. Aufl. 1999, § 50, Rdn. 10 ff.

Menschen- oder Grundrechte haben[639]. Aber die Rechtsprechung der Gemeinschaft muß die Grenzen respektieren, die sich aus dem demokratischen Prinzip ergeben[640]. Das Legitimationsdefizit schließt das letzte Wort des Europäischen Gerichtshofs in Sachen des Rechts aus.

IV. Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts und begrenzte Befugnisse der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit

Die den Gerichten der Union durch die Verträge zugewiesenen Rechtsprechungsbefugnisse sind wie alle Zuständigkeiten von Gerichten (wegen des Prinzips des gesetzlichen Richters, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) ausschließlich. Dennoch sind die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht von der rechtlichen Prüfung der Rechtsakte der Gemeinschaft ausgeschlossen und können wegen ihrer demokratischen Verantwortung für das Recht davon nicht ausgeschlossen werden. Sie müssen gegebenenfalls nach Art. 234 (267) AEUV, die Vorabentscheidung des Gerichtshofs zur Klärung des Gemeinschaftsrechts, sowohl als Gemeinschaftspflicht als auch verfassungsgeboten (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) herbeiführen[641]. Soweit das nationale Verfassungsrecht dem Gemeinschaftsrecht vorgeht[642], haben alle Ge-

---

[639] Zu den Grundrechten als negativen Kompetenzen *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 223, 407 ff., 466; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdn. 291, S. 133; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 353 f., 821 f.

[640] *K. A. Schachtschneider*, Rechtsstaatlichkeit als Grundlage des inneren und äußeren Friedens, S. 6 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 212 ff.; *ders.*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, 1999, S. 137 ff.; dazu *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, 2005, S. 123 ff., 211 ff.

[641] BVerfG, EuZW 2001, 255 f.; vgl. BVerfGE 75, 223 (245); dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, in: *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, § 11 II, 1b, ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 651 ff., S. 234 ff.

[642] BVerfGE 89, 155 (174 f., 188, 210); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898 ff.

richte, die nationalen wie die Gemeinschaftsgerichte, dieses gemäß dem nationalen Verfassungsgesetz zu beachten; denn die nationalen Verfassungsgesetze bestimmen (auch) die Grenzen der Hoheitsrechte, aber auch die Grenzen der Europäischen Union (vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 1 und 2 GG) und sind damit in die Unionsrechtsordnung integriert[643]. Die Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht oder umgekehrt des nationalen Verfassungsrechts vor dem Gemeinschaftsrecht sind streitig[644]. Der Europäische Gerichtshof respektiert keinerlei Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts[645]. Er ist aber nur zur Anwendung und Auslegung des gemeinschaftlichen, nicht des nationalen Rechts berufen. Dazu gehört auch die Prüfung der Rechtsakte der Union am Unionsrecht, insbesondere nach Art. 230 (263) und Art. 241 (277) AEUV. Der Gerichtshof kann im Vertragsverletzungsverfahren (Art. 226, 227 (258, 259) AEUV) nach Art. 228 (260) Abs. 1 AEUV, auch feststellen, daß ein Mitgliedstaat durch einen nationalen Rechtsakt, der im Widerspruch zum Unionsrecht steht, gegen den Vertrag verstoßen hat[646]. Für diese Prüfung muß er den nationalen Rechtsakt kennen und in Orientierung an das nationale Verständnis des Rechtsaktes interpretieren. Eine Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrechtsakte wegen Verstoßes gegen das nationale, deutsche Verfassungsrecht hat das Bundesverfassungsgericht vorüberge-

---

[643] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, in: ders., Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, § 3, III, 6; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 225 ff., S. 80 f.; weitere Hinweise in Fn. 639, 655.

[644] *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 24 f.; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5, III, 2, 3 d; vgl. auch *R. Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 215 ff.; *ders.*, Europarecht, Rdn. 201 ff., S. 75 ff.; vgl. Hinweise in Fn. 642.

[645] Vgl. EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269, Rdn. 8 ff.); EuGH v. 9.3.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, 629 (643 ff., Rdn. 17 f.); folgend *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag., Art. 1, Rdn. 24 f., 32 f.; vgl. *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 216 ff., S. 77 ff.

[646] *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, § 11, II, 2a; *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, S. 85 ff..

hend für unzulässig gehalten[647]. Von dieser Praxis hat sich das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil ausdrücklich abgewandt und ein „Kooperationsverhältnis" mit dem europäischen Gerichtshof konzipiert, „in dem der Europäische Gerichthof den Grundrechteschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert" und „das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtestandards (vgl. BVerfGE 73, 339 (387)) beschränken kann"[648]. Dieses Kooperationsverhältnis gefährdet einerseits die Rechtseinheit der Gemeinschaft[649], andererseits aber auch den Grundrechteschutz in demokratischer Legitimation.

Rechtsakte der Gemeinschaft können nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus fünferlei Gründen gegen Prinzipien des Grundgesetzes, die dem Gemeinschaftsrecht vorgehen[650], verstoßen: Erstens wegen allgemeiner Verletzung des Wesensgehalts der Grundrechte oder eben des allgemeinen deutschen Grundrechtestandards, zweitens wegen Verletzung der Strukturprinzipien des Art. 20 GG, also des demokratischen, des bundesstaatlichen, des sozialen und des rechtsstaatlichen Prinzips, so daß die vielfältigsten Möglichkeiten des Unrechts durch Gemeinschaftsrechtsakte in Betracht kommen. Drittens können die Rechtsakte gegen das Prinzip der begrenzten und bestimmbaren Ermächtigung der Gemeinschaften, also das ultra-vires-Prinzip, verstoßen. Viertens ist das Subsidiaritätsprinzip, welchem das Bundesverfassungsgericht als Kompetenzausübungsschranke Verbindlichkeit beigemessen hat, grundgesetzliche

---

[647] BVerfGE 22, 293 (295 f.); ebenso BVerfGE 58, 1 (27); der Sache nach auch BVerfGE 73, 339 (374 ff., 383 ff., 387); daran hält (in Verkennung der Eigenart des Gemeinschaftsrechts) *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 241 ff., S. 86 f., fest.

[648] BVerfGE 89, 155 (174 f.); auch BVerfGE 102, 147 (164) = BayVBl. 2000, 754 f. (mit Anm. von *A. Emmerich-Fritsche*, 755 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 f.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 ff.; vgl. *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat um Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 59.

[649] Kritisch für viele *M. Zuleeg*, JZ 1994, 1 ff.; *ders.*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1 Rdn. 25, 32.

[650] Hinweise in Fn. 642.

Grenze der Gemeinschaftsgewalt. Fünftens schließlich ist die gemeinschaftsrechtliche Mehrheitsregel durch die „elementaren Interessen der Mitgliedstaaten" begrenzt, deren Respektierung ebenfalls von der deutschen Gerichtsbarkeit zu gewährleisten ist[651].

Die Gerichtsbarkeit der Union hat die genannten Prinzipien ihren Rechtserkenntnissen zugrunde zu legen. Die letzte Verantwortung für die elementaren grundgesetzlichen Prinzipien hat aber nach dem Maastricht-Urteil für Deutschland die deutsche Gerichtsbarkeit. Das folgt der Logik des existentiellen Staates, die in Art. 79 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt, aber auch aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 und 2 GG, daß nämlich die Union und damit auch die Gerichtsbarkeit der Union entgegen den grundlegenden Prinzipien über keine Hoheitsgewalt verfügen, nicht einmal Existenz hat (ultra-vires-Lehre) und nicht durch irrtümliche Interpretation der Ermächtigungsgrundlagen die ihnen zur Ausführung übertragenen Hoheitsrechte zu Lasten der deutschen Staatsgewalt ausdehnen dürfen. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 3b (5) Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 EUV)[652] gilt auch für die Gerichtsbarkeit der Union (Art. 9 (13) Abs. 2 EUV)[653]. Insbesondere können der Union keine Hoheitsrechte zur Ausübung übertragen sein, welche der übertragende Mitgliedstaat, zumal als Verfassungsstaat, selbst nicht innehat. Die Grenzen der Hoheitsübertragung müssen aber, weil alle Staatsgewalt von den jeweiligen Völkern ausgeht, namens dieser Völker überprüft werden (können und dürfen), ebenso wie die Wahrung der Strukturprinzipien, des Grundrechtestandards, des Subsidiaritätsprinzips und der elementaren Interessen.

---

[651] BVerfGE 89, 155 (171 ff., 181 ff.); vgl. schon BVerfGE 37, 271 (279); 73, 339 (386. 387); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 f.

[652] Hinweise in Fn. 745.

[653] Dazu *R. Bieber*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 7, Rdn. 51 ff.

V. Einheit des Gemeinschaftsrechts als Hebel der vertragswidrigen Integration

Im unechten Bundesstaat, wie Deutschland[654], gilt typisch der Satz des Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht. Ein entsprechendes Prinzip hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit dem Anwendungsvorrang des (gesamten) Unionsrechts vor dem nationalen Recht einschließlich dem Verfassungsrecht für die Gemeinschaft etabliert[655]. Das Bundesverfassungsgericht hat sich das zu Recht nicht mehr zu eigen gemacht, weil der uneingeschränkte Vorrang mit der existentiellen Staatlichkeit und der existentiellen Staatseigenschaft, der „Souveränität" der Völker (wie das Gericht sagt), die ihren Ausdruck im demokratischen Prinzip finde, unvereinbar sei[656]. An sich sollte in einer Rechtsgemeinschaft nur gelten, was in allen Mitgliedstaaten gilt. Das gebietet der Grundsatz der „Einheit des Gemeinschaftsrechts"[657]. Sonst wird die Allseitigkeit, wie die Gegenseitigkeit

---

[654] Dazu näher A, II.

[655] EuGH v. 5.2.1963 – Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff.; EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 ff.; EuGH v. 17.12.1979 - Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 ff.; vgl. BVerfGE 37, 271 (279 ff.); 58, 1 (28); 73, 339 (366 ff.); 89, 155 (182 ff., 190 f., 197 f.); *H. P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 58 ff.; *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 182 ff., fragwürdig mit einem Verfassungscharakter der Verträge begründet; *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 24 f.; dazu kritisch *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der Europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 66; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 103 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5 II, 1, III, 1.

[656] BVerfGE 89, 155 (181, 188 f.. 191 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898 ff.

[657] *M. Zuleeg*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 3 f., 6 f.; *ders.*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 32; *H. P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 61; *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 184; auch noch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 107 f. (notfalls Ausscheiden aus der Gemeinschaft); vgl.

ein Grundprinzip einer Gemeinschaft wie jedes Vertrages (vgl. § 320 BGB), durchbrochen[658]. Aber es gibt andere, höherrangige Grundsätze. Wenn auch von der deutschen Gerichtsbarkeit große Zurückhaltung mit Kritik an europäischen Rechtsakten und insbesondere an Entscheidungen des Gerichtshofs der Union zu erwarten ist, um, durchaus im Sinne der von Art. 3a (4) Abs. 3 EUV (bislang Art. 10 EGV) gebotenen „loyalen Zusammenarbeit", der Unionstreue[659], die Gemeinschaftlichkeit nicht zu schwächen, so ist es doch auch nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts möglich, daß über die Rechtlichkeit der Gemeinschaftsrechtsakte, wenn auch nur am Maßstab der unverzichtbaren Rechtsprinzipien, jedes Volk letztlich allein entscheidet.

Weil zum Prinzip einer Rechtsgemeinschaft mehrerer Völker/Staaten als Staatenverbund[660] als gemeinschaftliche Staatlichkeit genauer: gemeinschaftliche Ausübung der Staatsgewalt[661], die Allseitigkeit der Geltung des Gemeinschaftsrechts in den verbundenen Staaten/Völkern gehört, entfalten Letztentscheidungen der Völker über die Verbindlichkeit von Unionsrechtsakten in ihrem Hoheitsbereich Wirkung (nicht Geltung) für alle Völ-

---

EuGH v. 9.3.1978 - Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, 629 (643 ff., Rdn. 13 ff.); vgl. auch die Hinweise in Fn. 659.

[658] *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 184.

[659] *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 10, Rdn. 1 ff. (6); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82; vgl. EuGH v. 17.5.1972 - Rs. 93/71 (Leonesio/Ministerium für Landwirtschaft und Forsten), Slg. 1972, 287 (296, Rdn. 21/23); EuGH v. 2.2.1977 – Rs. 50/76 (Amsterdam Bulb/Produktschap voor Siergewassen), Slg. 1977, 137 (146, 150, Rdn. 4/7).

[660] BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.); *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 69; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 92 f.; *ders.*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 297 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 60 ff.

[661] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 161 ff., 170 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 66 ff. (74 f.); i.d.S. BVerfGE 89, 155 (188 f.).

ker. Die Union wird also durch die Gemeinschaftlichkeit der Gerichtsbarkeit für das Unionsrecht gestärkt[662].

Das Prinzip der Rechtseinheit, geradezu deren innere Logik, verlangt durchaus nach der Rechtsprechungseinheit, die nur ein für alle verbindlich entscheidendes Gericht gewährleisten kann, wie das auch der Gerichtshof der Union für den umfassenden Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und sein letztes Wort zu Rechtsfragen der Gemeinschaft reklamiert[663]. So ist das Bundesverfassungsgericht als Gericht des deutschen (unechten) Bundesstaates konzipiert[664]. Dessen Entscheidungen „binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden" (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), bekanntlich ein wesentlicher Grund für die Unitarisierung des deutsches Föderalismus, wenn nicht für die einheitsstaatliche Entwicklung der Lebensverhältnisse in Deutschland[665], zumal das Gericht die Bindungswirkung auf die tragenden Gründe der Entscheidungen ausdehnt – im übrigen zu Recht[666]. Die deutschen Länder müssen sich Fehlentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bis zur existentiellen Gefährdung[667] gefallen lassen. Durch Befugnisse wird Macht zugeteilt[668].

---

[662] So *M. Zuleeg*, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, S. 17 ff.; *ders.*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 24 f., 32 ff.; *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, S. 901 (906).

[663] Hinweise in Fn. 657.

[664] Vgl. *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 341 ff., 943 ff., 951 ff.; *G. Roellecke*, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgericht, HStR, Bd. II, 1987, § 53, Rdn. 17 ff.

[665] Vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 49 ff., 56 ff.; zum Föderalismusdiskurs der europäischen Integration *St. Oeter*, Föderalismus, in: R. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 63 ff.

[666] BVerfGE 1, 14 (Ls. 5, S. 37); 20, 52 (87); 79, 256 (264); st. Rspr.; *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, 1987, § 56, Rdn. 93 f. (kritisch); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 951 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 247 f.

[667] Zu den Grenzen der Entstaatlichung der Länder als existentiellen Staaten und zu einem Separationsrecht der Länder in existentiellen Lagen, insbesondere der der Integration

Die europäische Rechtsgemeinschaft verlangt durchaus nach der einheitlichen Materialisierung der formalen oder offenen Texte[669] des Unionsrechts. Diese vermag nur ein Gericht, das für alle verbindlich entscheidet, zu leisten. Wenn die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten die Befugnis haben, die großen Rechtsprinzipien der Unionsverfassung zu materialisieren, kann das und wird das zu unterschiedlicher Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten führen, nicht zum Ende der Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, schon gar nicht zum Ende der Union überhaupt, wie das *Manfred Zuleeg*, von 1988 bis 1994 Richter des Europäischen Gerichtshofs, besorgt[670], aber doch zu einem differenzierten Unionsrecht, wie es im übrigen auch jetzt schon aufgrund der vertraglichen Vorbehalte besteht, zumal hinsichtlich der Währungsunion. Die uneingeschränkte Rechtseinheit wäre die Logik der Union der Europäer.

Die Union ist aber Union der Staaten, die ihre existentielle Staatlichkeit wahren[671]. Die Pflicht zur Rechtsgemeinschaft (Unionstreue) ergibt sich, wie gesagt, aus Art. 3 (4) Abs. 3 EUV, der durch Art. 226 ff. (258 ff.)

---

der Europäischen Union zu existentieller Staatlichkeit ohne existentieller Staatseigenschaft, also ohne demokratische Legitimation, *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 289 ff.; *ders.*, Das Recht auf Eigenstaatlichkeit oder Das Recht Bayerns, sich von der Bundesrepublik zu separieren, 2006.

[668] Zur Frage der Macht der Judikative ("Richter und Macht") *W. Leisner*, Das letzte Wort. Der Richter späte Gewalt, 2003, S. 135 ff. (192 ff.), 269 ff.

[669] *Th. C. W. Beyer*, Die Ermächtigungen der Europäischen Union und ihrer Grundfreiheiten, Der Staat 35 (1996), S. 189 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff. (121 ff.); *ders.*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 297 ff. (300 ff.); vgl. BVerfGE 89, 155 (181, "noch nicht").

[670] Hinweise in Fn. 657.

[671] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff. (111 ff.); *ders*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 308 ff., 313 ff.; i.d.S. auch *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 904 ff., 909 ff.

AEUV mit Gerichtsschutz ausgestattet ist[672]. Danach stellt der Gerichtshof fest, welche Verpflichtungen die Mitgliedstaaten aus dem Vertrag haben. Eine kompetenzrechtliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, welche erkennt, daß ein Rechtsakt der Union in Deutschland keine Geltung hat[673], könnte die Verpflichtungen aus dem Vertrag verletzen und die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten nach dem aufsichtsrechtlichen Vorverfahren zur Anrufung des Gerichtshofs berechtigen (Art. 226 und Art. 227 (258 und 259) AEUV)[674]. Nach dem Vertragstext hat das letzte Wort über die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus dem Vertrag der Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 228 (260) AEUV). Der Klärung des Unionsrechts und damit zugleich der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten dient insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 (267) AEUV). Die Vertragspflichten sind aber begrenzt. Den Gemeinschaften ist das letzte Wort in Sachen des Rechts nicht übertragen, sondern nur in den Vertragsfragen, nicht in den Grundsatz- und Grundrechtsfragen. Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV ist eine Aufgaben-, keine Befugnisregelung[675], nach wie vor, obwohl der klarstellenden Passus „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten" des Art 220 Abs. 1 EGV fallen gelassen wurde.

---

[672] Vgl. *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 10, Rdn. 2; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 159 ff., S. 62 ff.

[673] Vgl. BVerfGE 89, 155 (187 f., 188 ff., 191 ff.); *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der Europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 47, 64; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 751; kritisch *H. P. Ipsen*, Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, 1 ff. (10.)

[674] Kritisch wegen der Unabhängigkeit der Gerichte zu Recht *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, S. 223 ff.

[675] *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 154 f.; dazu *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EGV, Rdn. 1 ff., die einen "Doppelgehalt des Artikels 220, nämlich Aufgabenstellung und materialrechtliche Bindung des Gemeinschaftshandelns an Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte" vertreten, was noch nichts darüber sagt, wer die Rechtlichkeit des Gemeinschaftshandelns letztlich zu verantworten hat; a.A. *M. Zuleeg*, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, S. 33 ff.

Das völkerrechtliche Gemeinschaftsrecht enthielt bis zum Vertrag von Amsterdam keine Rechtsgrundlage für eine Grundrechteverantwortung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit. Die Regelungen des Rechtsschutzes in den Artikeln 226, 227 (259, 259) AEUV, nämlich der Verstoß „gegen eine Verpflichtung aus diesem Vertrag", aber auch die Nichtigkeitsklage in Art. Art. 230 Abs. 2 EGV (263) AEUV, der Rechtsschutz „wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei ihrer seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmißbrauchs" durch die Handlungen der Organe sind präzise auf die Verträge, nicht wie die allgemeine Aufgabenvorschrift für die Gerichtsbarkeit für die Union, Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV, auf „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieser Verträge" bezogen. Nichts anderes gilt für die Untätigkeitsklage nach Art. 232 (265) AEUV („Verletzung dieser Verträge") und für das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 (267) AEUV, in dem der Gerichtshof „a) über die Auslegung der Verträge, b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen oder Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union" entscheidet. Das sind alles Rechtsfragen, Fragen des Rechts, aber sie machen nicht das Recht insgesamt zum Gegenstand oder Maßstab der Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit. Aus dem Text der Verträge ließ sich deren Befugnis zur Grundsatz- und Grundrechterechtsprechung schwerlich herleiten, auch nicht aus dem Wort „Recht" in Art. 220 EGV[676].

Die Befugnis zur Grundrechtejudikatur folgte aber seit dem Vertrag von Amsterdam 1997 aus Art. 46 lit. d EUV i.V.m. Art. 6 Abs. 2 EUV, der die Union zur Achtung „der Grundrechte" verpflichtet, „wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben". Diese Zuständigkeitsregelung war im Vertrag von Maastricht 1992 noch

---

[676] A. A. *D. Ehlers*, Die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft, Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 13, Rdn. 4, 10, S. 320, 322; weitere Hinweise in Fn. 622.

nicht enthalten[677]. Die Änderung des Entscheidungsmaßstabes hat nicht nur die Befugnisse des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft wesentlich erweitert, sondern dessen Status legalisiert, den er lange vorher, seit dem Urteil vom 12. November 1969 in der Rechtssache 29/69 (Stauder), Slg. 1969, 419 (425, Rdn. 7), in Anspruch genommen hatte[678], den Status eines Verfassungsgerichts[679].

VI. Demokratisches Defizit der Unionsgerichtsbarkeit

Ein Gemeinschaftsorgan eines Staatenverbundes muß eine gewisse Schwäche der demokratischen Legitimation der Amtswalter hinnehmen, die nicht in gleicher Weise gewählt oder berufen sein können, wie es das demokratische Prinzip eines Volkes an sich verlangt[680]. Aber die Legitimation der Gerichte der Europäischen Union unterschreitet das demokratische Minimum, zumal im Verhältnis zu ihrer politischen Macht. Ein Gericht bedarf in der Funktion des Verfassungsgerichts einer starken demokratischen Legitimation, weil vor allem die Verfassungsgerichte Menschheitsfragen entscheiden, die ihre Antwort in der Sittlichkeit des Volkes finden

---

[677] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsbeschwerde M. Brunner gegen den Vertrag über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag), Schriftsatz vom 22.6.1993, in: I. Winkelmann (Hrsg.), Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994, S. 443, 449; vgl. auch *D. Ehlers*, Allgemeine Lehren, § 13, Rdn. 9; *H. Krück*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 46 EU, Rdn. 10 ff. (14); *B. Beutler*, daselbst, Art. 6 EU, Rdn. 50.

[678] Folgend EuGH v. 17.12.1970 - Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 ff. (1135, Rdn. 4); EuGH v. 14.05.1974 - Rs. 4/73 (Nold), Slg. 1974, 491 (507, Rdn. 13); dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5, II, III; *Chr. Walter*, Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, § 1, Rdn. 1, 19 ff.

[679] Vgl. die Hinweise in Fn. 610.

[680] Vgl. BVerfGE 47, 253 (275); 83, 60 (71); 89, 155 (183 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, S. 119 ff., insb. S. 137 ff.; *G. Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 247 ff., 261 f., kritisch zum "Nichtübertragbarkeitsgrundsatz".

müssen. Diese Vertretung ist die Substanz der demokratischen Legitimation[681].

Das Gesetz der Sittlichkeit ist *Kants* kategorischer Imperativ, das „Sittengesetz" (Art. 2 Abs. 1 GG). Der kategorische Imperativ ist das Gesetz des Rechts. Ohne Moralität der Bürger und insbesondere deren Vertreter in den Organen des Staates ist Sittlichkeit ohne Chance. Moralität ist der gute Wille zur Rechtlichkeit[682].

Für die große politische Verantwortung, insbesondere die Grundrechteverantwortung, fehlt es dem Gerichtshof der Europäischen Union an der (notwendig starken) demokratischen Legitimation[683]. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts werden beispielsweise „je zur Hälfte vom Bundestage und Bundesrate gewählt"[684]. Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, die in Nizza im Dezember 2001 deklariert wurde[685] und so gut wie unverändert durch den Vertrag von Lissabon zur Geltung gebracht wird (dazu E), geht den Weg in die entgegengesetzte Richtung und formuliert den bisher vermißten Grundrechtetext, den die Union und die Mitgliedstaaten „bei der Durchführung des Rechts der Union", in Unionssachen also, judizieren sollen (Art. 51 der Charta). Der Gerichtshof der Europäischen Union ist, wie gesagt, Motor der europäischen Integration, der in engem

---

[681] *K. A. Schachtschneider,* Res publica res populi, S. 644 ff., 666 ff., 725 ff.; *ders.,* Sittlichkeit und Moralität, S. 29 ff.; *ders.,* Freiheit in der Republik, S. 405 ff.

[682] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Res publica res populi, insbesondere 5., 7. und 8. Teil; *ders.,* Freiheit in der Republik, insbesondere S. 34 ff. (zur Ethik Kants), 274 ff., 405 ff..; *ders.,* Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.

[683] *K. A. Schachtschneider,* Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 137 ff.; *ders.,* Quo vadis Europa? – Ad Finem Democratiae! S. 49 ff.; *ders.,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 131 ff., 215 ff.; *ders.,* Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; *T. Mähner,* Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 184 ff. (194); wenig demokratisch *F. C. Mayer,* Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 276.

[684] Zur Kritik der übermäßigen Einbindung der Richter in die Parteienoligarchie *W. K. Geck,* Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter, HStR, Bd. II, 1987, § 55, Rdn. 2 ff., 13 ff.; *K. A. Schachtschneider,* Res publica res populi, S. 939 f., 964 f., 975 ff.

[685] Dazu Fn. 612.

Verbund mit der Kommission Europa zu einem existentiellen Staat entwickelt (hat)[686]. Die Rechtsgrundsätze, welche der Gerichtshof praktiziert, sind allzu offen, als daß sie den Gerichtshof im Sinne der die Rechtsprechung definierenden Rechtsbindung (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG) zu binden und allein durch diese Bindung zu legitimieren vermöchten. Durch Bestimmtheit dieser Rechtsprinzipien wird jedenfalls das demokratische Legitimationsniveau[687] der Gemeinschaftsrechtsprechung nicht gestärkt.

Diese Richter werden „im gegenseitigen Einvernehmen von den Regierungen der Mitgliedstaaten für eine Amtszeit von sechs Jahren ernannt" (Art. 9f (19) Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 EUV). Die Bundesregierung bedarf nach Art. 2 (4) des neuen Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union des Einvernehmens des Richterwahlausschusses. Nach Art. 223 (253) Abs. 1 AEUV werden sie „im gegenseitigen Einvernehmen nach Anhörung des in Artikel 224a (255) vorgesehenen Ausschusses für sechs Jahre ernannt". Der Ausschuß nach Art. 224a (254) AEUV hat die Aufgabe, „vor einer Ernennung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten nach den Artikeln 223, 224 eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerber für die Ausübung des Amts eines Richters oder Generalanwalts beim Gerichtshof oder beim Gericht abzugeben". Der „Ausschuß setzt sich aus sieben Persönlichkeiten zusammen, die aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, der Mitglieder der höchsten einzelstaatlichen Gerichte und der Juristen von anerkannter hervorragender Befähigung ausgewählt werden, von denen einer vom Europäischen Parlament

---

[686] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 279 ff., insb. S. 297 ff., 308 ff., 313 ff.; *ders.*, Das europäisierte Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", in: Recht und Politik, 4/2003, S. 202 ff.

[687] Zu diesem Topos BVerfGE 83, 60 (71 f.); 89, 155 (182); 93, 37 (66 f.); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaats, S. 216, 263; vgl. auch *ders.*, Res publica Res populi, S. 970 ff.; *G. Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (2001), S. 280 f., kritisch ("Verdünnung repräsentativ-demokratischer Legitimationszusammenhänge").

vorgeschlagen wird." Der Rat erläßt nähere Bestimmungen auf Initiative des Präsidenten des Gerichtshofs.

Die Richter finden dadurch die Akzeptanz aller Mitgliedstaaten, aber eben nur die der Regierungen. Die Richter müssen somit vornehmlich das Vertrauen der Staats- und Regierungschefs, die sich als Führer Europas verstehen, haben, nicht das Vertrauen der Völker. Die erforderlich starke Legitimation ist das nicht. Jeder Mitgliedstaat stellt einen Richter im Gerichtshof und im Gericht (Art. 9f (19) Abs. 2 UAbs. 1 und 2 EUV), die durch den Vorschlag der jeweiligen Regierung allenfalls eine schwache demokratische Legitimation ihres Staates haben. Die Richter der anderen Staaten haben nur eine eingeschränkte demokratische Legitimation des einzelnen Landes, dessen Regierung sie benannt hat und keinerlei demokratische Legitimation der Völker, aus denen sie nicht stammen. Die kleinsten wie die größten Mitgliedstaaten stellen jeweils einen Richter für den Gerichtshof und das Gericht. Demokratierechtlich ist das angesichts einer Verantwortung für die Grundsatzfragen des Rechts untragbar. Die Legislativen und die Judikativen der Mitgliedstaaten sind an der Auswahl der Richter im Gegensatz zur innerstaatlichen Richterauswahl in Deutschland (vgl. etwa Art. 95 Abs. 2 GG, § 4 RiWahlG, Art. 34 ff. BayRichterG) meist nicht beteiligt, nur äußerst am Rande bei der Auswahl der Ausschußmitglieder nach Art. 224a (254) Abs. 2 S. 1 AEUV das Europäische Parlament. Die Exekutive vermag Richter nicht zu legitimieren, zumal in den Gerichten der Europäischen Union nur jeweils ein Richter aus einem Mitgliedstaat stammt und somit nur erwarten läßt, dessen Rechtsordnung und das Unionsrecht einigermaßen zu kennen.

Der neue Ausschuß, der die Eignung der Bewerber für die Ausübung des Amtes eines Richters oder Generalanwalts beim Gerichtshof oder beim Gericht beurteilen soll, erhöht die demokratische Legitimation schon wegen seiner Auswahl in keiner Weise. Die „sieben Persönlichkeiten" können nicht die Völker von 27 Mitgliedstaaten demokratisch repräsentieren. Das Verfahren zur Ernennung der Mitglieder des Ausschusses wird erst noch durch Beschluß des Rates festgelegt (Art. 224a (254) Abs. 2 S. 2 AEUV). Die Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, die unter den sieben Persönlichkeiten sein sollen, haben selbst keine demokratische Legitimati-

on. Welches Mitglied eines „höchsten einzelstaatlichen Gerichts" oder welcher „Jurist von anerkannt hervorragender Befähigung" Mitglied dieses Ausschusses wird, ist gänzlich offen. Eine demokratisch legitimierte Persönlichkeit ist nicht vorgesehen. Der Ausschuß wird durch seine scheinbar elitäre Zusammensetzung allenfalls eine Alibifunktion für die Legitimation der Richter der Gerichtshofs und des Gerichts haben.

Der Gerichtshof der Europäischen Union, der Gerichtshof und auch das Gericht, sind mangels demokratischer Legitimation in der jeweiligen Gesamtheit des Spruchkörpers nicht Gerichte eines Volkes, abgesehen davon, daß es kein Unionsvolk gibt. Sie können nicht namens eines Volkes und damit letztlich auch nicht namens der Völker Europas Recht sprechen. Richter eines Volkes kann nicht sein, wen das Volk nicht kennt und wer nicht im Volk lebt, schon gar nicht, wer die Sprache des Volkes nicht spricht und dessen Gesetze nicht kennt. Die unzureichende Legitimation der Gemeinschaftsrichter wird nicht dadurch gerechtfertigt, daß sie für viele Völker das Recht sprechen sollen. Ein Gericht muß das Vertrauen des Volkes dahinein haben, daß es Recht spricht, als ein Unionsgericht das Vertrauen aller verbundenen Völker. Das Vertrauensverhältnis kann nur demokratisch institutionalisiert werden[688].

Ohne demokratische Legitimation ist eine Institution der verbindlichen Rechtsklärung, also der Rechtsprechung[689], sei sie Gericht genannt, sei sie wie ein Gericht ausgestattet, zumal mit Unabhängigkeit der Richter, verfahre sie wie ein Gericht und sei sie um Rechtserkenntnis mit rechtswissenschaftlichen Methoden bemüht, kein Gericht im republikanischen Sin-

---

[688] I.d.S. *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, XI, 6 (S. 214): "Richterliche Befugnis darf nicht einem unabsetzbaren Senat verliehen werden, vielmehr muß sie von Personen ausgeübt werden, die nach einer vom Gesetz vorgeschriebenen Weise zu gewissen Zeiten im Jahr aus dem Volkskörper ausgesucht werden". Ähnlich *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 436; dazu *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 106 ff., 184 ff.

[689] Zum Begriff der Rechtsprechung *K. A. Bettermann*, Die rechtsprechende Gewalt, HStR, Bd. III, 1988, § 73, Rdn. 33, 38; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 870 ff., 885 ff., 1137 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 135 ff., 210 ff.; *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 41 ff.

ne, nämlich kein Organ eines Volkes, das allein die Staatsgewalt des Volkes auszuüben befugt sein kann, wie Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG klarstellt[690]. Nur das Volk oder Organe des Volkes können Staatsgewalt ausüben, wenn das Gemeinwesen freiheitlich, also eine Republik oder eine Demokratie (im freiheitlichen Sinne), sein soll. Auch die Rechtsprechung ist staatlich und kann nur vom Staat als Organisation des Volkes für die Verwirklichung des gemeinen Wohls, des guten Lebens aller in allgemeiner Freiheit[691], ausgeübt werden. Die europäischen Gerichte sind keine Organe des Volkes im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, weil sie nicht demokratisch in die Organisation der Völker integriert sind[692]. Gemeinschaftsorgane können Organe der Mitgliedstaaten sein, wenn die jeweilige Staatsgewalt der Völker gemeinschaftlich ausgeübt wird[693]. Das ist die Struktur der europäischen Integration. Ein derart integriertes Organ darf um der demokratischen Legitimation willen nur mit begrenzten Befugnissen ausgestattet sein[694]. Diese Begrenzung respektiert die Grundsatz- und vor allem die Grundrechterechtsprechung der Unionsrechtsprechung gerade nicht. Jeder Unionsrichter hat die uneingeschränkte Verantwortung für das Recht jedes Volkes. Während das Mehrheitsprinzip im Rat als ein (begrenzt) hinnehmbares Kompromißprinzip demokratierechtlich tragfähig ist, rechtfertigt die Mehrheitsregel in Gerichten keinen Kompromiß, sondern trifft eine Entscheidungsregel bei divergenten Erkenntnissen der Richter. Die Beschlüsse des Rates sind durch die Mitwirkung des mitgliedstaatlichen Regierungs-

---

[690] Zur Organlehre *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 707 ff.

[691] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 519 ff. (S. 573 ff.); *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 f., 56 f., 167; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 60 ff., 143 ff., 484 ff., u.ö.

[692] *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 137 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 131 ff., 210 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; *Th. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 106 ff., 184 ff.

[693] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff. (97 ff.); *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 163 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 74 f.

[694] Zum Prinzip der begrenzen Ermächtigung Hinweise in Fn. 599, 745.

vertreters in gewisser Weise, wenn auch nur begrenzt, demokratisch legitimiert. Eine solche Dogmatik ist für Richtersprüche eines Kollegialgerichts nicht möglich, weil gerichtliche Erkenntnisse nicht ausgehandelt werden (dürfen). Ohne spezifisch rechtsprechungsgemäßen demokratischen Organstatus der Gerichte gibt es keine Rechtsprechung des Volkes und auch keine Rechtsprechung der verbundenen Völker. Die Gerichte der Union können die Rechtsprechungsgewalt der Völker nicht ausüben. Sie können aus demokratischen Gründen nur völkerrechtliche Einrichtungen der Streitschlichtung sein. Damit wird der Anwendungsvorrang des Unionsrechts insgesamt fragwürdig. Er wird durch den Willen der verbundenen Völker getragen (umgekehrter Monismus[695]). Die Völker können auch nach der Vollzugslehre den Rechtsanwendungsbefehl, der nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Geltung des Gemeinschaftsrechts trägt[696], aufheben[697] oder einschränken. Die Rechtsprechungsgewalt darf

---

[695] Hinweise in Fn. 701.

[696] BVerfGE 73, 339 (367 f., 375); 89, 155 (190); so etwa *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 45; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 67 ff., 79; *R. Bernhardt*, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, HStR, Bd. VII, 1992, § 174, Rdn. 28; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 99 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 165; ; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 75 ff.

[697] BVerfGE 89, 155 (190); für die ständige Freiwilligkeit der Mitgliedschaft im Staatenverbund *K. A. Schachtschneider*, Aussprache zum Thema: Der Verfassungsstaat als Glied der Europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 178; *ders.*, Maastricht-Verfassungsbeschwerde, S. 444 ff.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 101 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 167 f.; *ders./A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 758 f.; auch schon *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 8. Aufl. 1966, S. 767. Der Maastricht-Vertrag hatte die Integration entgegen dem Prinzip ständiger Freiwilligkeit der Mitgliedschaft in den Gemeinschaften unumkehrbar festgelegt (vgl. *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 758 f.) und ist vom Bundesverfassungsgericht auch insoweit verfassungskonform korrigiert worden; *P. Kirchhof*, Europäische Einigung und Verfassungsstaat, S. 88 (Zitat in Fn. 288); *ders.*, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, EuGRZ

wegen Art. 20 Abs. 2 GG nicht entdemokratisiert werden, weil die Gerichte des Volkes das letzte Wort in Sachen des Rechts haben müssen.

VII. Unionsgerichte als völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane

Die Gerichte der Union sind und bleiben, solange es keine von einem Volk der Unionsbürger, einem existentiellen Unionsstaat, demokratisch, d.h. von allen Unionsbürgern freiheitlich und gleichheitlich legitimierte gemeinschaftliche Staatlichkeit gibt[698], den völkerrechtlichen Unionsverträgen nach internationale Gerichte, völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane, so wie der Gerichtshof ursprünglich konzipiert war[699]. Deren Entscheidungsgegenstände müssen auf den Streit zwischen den Staaten als Vertragspartnern oder auf die inzidente Klärung des primären und sekundären Vertragsrechts in allgemeinen Prozessen (Art. 234 (267) AEUV) begrenzt sein und deren Entscheidungen dürfen nur begrenzte Wirkung in den Staaten entfalten[700]. Jedenfalls die Grundrechtefragen bleiben Verant-

---

1994, 16, 27, 35 f.; *ders.*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 46, wo er allerdings die Vertragsauflösung durch "actus contrarius" den Mitgliedstaaten als "Herren der Verträge" vorbehält, im Widerspruch zur Dogmatik vom nationalen Rechtsanwendungsbefehl als Geltungsgrund der Rechtsordnung der Gemeinschaft (Rdn. 45); der Sache nach wie im Maastricht-Urteil allerdings *ders.*, Rechtsschutz durch Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof, S. 109 f.

[698] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, 279 ff.

[699] *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, 143 f.; dazu *H. Kutscher*, Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, 392 ff.

[700] I.d.S. für die Streitschlichtungsorgane der Welthandelsorganisation selbst der EuGH v. 18.12.1995 - Rs. 469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4558, Rdn. 26 ff.; EuGH v. 5.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973, Rdn. 103 bis 112; EuGH v. 23.11.1999 - Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8425, Rdn. 34 ff. (47 f.); anders für das Gerichtssystem des EWR EuGH v. 14.12.1991, Gutachten I/91 (Europäischer Wirtschaftsraum), Slg. 1991, I-6084, Rdn. 39 (Verbindlichkeit der Entscheidungen für die Organe der Gemeinschaft einschließlich dem Gerichtshof); anders auch EuGH v. 12.12.1972 - verb. Rs. 21-24/72 (International Fruit Company), Slg. 1972, 1219, Rdn. 19 ff.; dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Recht und Zwang im Völkerrecht, in: K. A. Schacht-

wortung der nationalen Gerichte, wenn und soweit Bürger gegen ihren Staat Recht suchen. Das gilt auch für allgemeine Rechtsgrundsätze, die regelmäßig aus dem Rechtsstaatsprinzip folgen, eigentlich für die gesamte staatliche Judikatur.

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat aber, wie schon angesprochen, in der usurpatorischen Entscheidung in der Rechtssache 26/62 (van Gend & Loos) vom 5. Februar 1963 (Slg. 1963, 1 ff.) die Bürger, „die Einzelnen", zu „Rechtssubjekten" der Gemeinschaftsordnung erklärt[701] und diesen ein subjektives Recht auf unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten zugesprochen, im übrigen ohne große Begründung. Er hat dadurch das Vertragsrecht der Gemeinschaften vom Völkerrecht zum Staatsrecht gewandelt, wenn er auch nur von einer „neuen Rechtsordnung des Völkerrechts", die aus einer „autonomen Rechtsquelle" fließe, gesprochen hat[702], also jedenfalls die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft zum Staat, zum echten Bundesstaat[703], entwickelt - ein Umsturz, der trotz der Entdemokratisierung der Politik noch immer Bestand hat. Freilich kann das nicht acquis communautaire, gemeinschaftlicher Besitzstand der Europäischen Union (Präambel des EUV, 12./13. Erwägungsgrund) sein, weil es, demo-

---

schneider (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 142 ff., 173 ff., 176 ff.; *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft. Ein Beitrag zur globalen wirtschaftlichen Integration, 2003, S. 131 ff. (138 ff.), 140 ff., auch S. 203 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 7.

[701] Das ist auch völkerrechtlich richtig, aber nur auf der Grundlage des umgekehrten Monismus, der keinesfalls die Praxis des EuGH stützt; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 110 ff.; *Ch. Amrhein-Hofmann*, Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren, 2003, S. 261 ff.; dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 95 ff., 102 f., 262 ff., 625 ff.

[702] EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (Rdn. 12); autonomistisch ("autonome Rechtsordnung") auch BVerfGE 22, 293 (296); 37, 339 (367); anders BVerfGE 89, 155 (179); kritisch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 97 f., 100 f.; kritisch auch *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 107 ff., S. 48 ff.; vgl. auch kritisch *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 121 ff.

[703] Dazu A, I, III.

kratiewidrig, die Verfassung der Menschen, die Menschheit des Menschen, die allgemeine Freiheit ignoriert.

Keinesfalls steht dem Gerichtshof der Europäischen Union das letzte Wort in Sachen des Rechts zu, insbesondere nicht in Sachen der Menschen- und Grundrechte. Das Legitimationsdefizit schließt das aus. Den Gemeinschaften war die völkerrechtliche Rechtsklärung in Vertragsfragen übertragen, bis der Amsterdamer Vertrag der rechtswidrigen Gerichtspraxis eine Vertragsgrundlage verschafft hat, aber entgegen dem Recht. Auch die anderen internationalen Gerichte, etwa der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Internationale Völkerrechtsgerichtshof, der Internationale Strafgerichtshof und auch die Streitschlichtungsstellen der Welthandelsorganisation[704], sind keine Rechtsprechungsorgane, welche das letzte Wort in Sachen des Rechts namens eines Volkes sprechen, also keine Gerichte, welche im demokratischen Sinne Rechtsprechungsgewalt eines Volkes ausüben. Die innerstaatliche Verbindlichkeit der Erkenntnisse dieser Streitschlichtungsstellen kann eine völkerrechtliche Vertragspflicht sein[705], ist aber keine Pflicht gegenüber den betroffenen Bürgern. Sie steht gegebenenfalls unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit der Vertragserfüllung (Reziprozität)[706].

---

[704] Dazu *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, S. 131 ff., 140 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Recht und Zwang im Völkerrecht, S. 142 ff., 176 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 7.

[705] Zur (bloß) völkerrechtlichen Verbindlichkeit der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte des Europarats *D. Ehlers*, Die europäischen Menschenrechtskonventionen, Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 2, Rdn. 3, 52. In Deutschland wird der EMRK (nur) der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zugestanden und diese lediglich als Auslegungshilfe erachtet (BVerfGE 19, 342 (347); 35, 311 (320); 74, 358 (370); 82, 106 (115)); BVerfG, Beschluß vom 14.10.2004, DÖV 2005, 72 ff.

[706] Vgl. EuGH v. 23.11.1999 - Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8425; *B. Simma*, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, 1972; *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 63; *O. Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl. 1997, S. 39 ff., 92 ff.; dazu *D. I. Siebold*, Die Welthan-

Der Gerichtshof und das Gericht sind somit aus Gründen der Freiheit und damit der Demokratie und im demokratischen Sinne nur mit der begrenzten Befugnis, das Unionsrecht im engen Sinne zu wahren, zur Rechtsprechung ermächtigt und nur insoweit Organe der Rechtsprechung. Demgegenüber entscheiden sie die grundsätzlichsten und politisch weitreichendsten Rechtsfragen nicht nur der Integration, sondern des Rechts überhaupt. Den mitgliedstaatlichen Gerichten, auch den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten, ist die große Rechtsverantwortung aus der Hand genommen worden. Die Gemeinschaftsrichter haben sie ergriffen. Nur eine enge Begrenzung auf die „Auslegung und Anwendung des Vertrags" im Sinne des Prinzips der begrenzten Ermächtigung[707], wie sie der Wortlaut des Art. 220 Abs. 1 EGV mit dem Passus „im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit" seit der Fassung des Vertrages von Nizza vorsah, und wie sie jetzt Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV mit dem Passus „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verfassung" in Verbindung mit Absatz 3 der Vorschrift, wonach der Gerichtshof „nach Maßgabe der Verträge", wo die Zuständigkeiten geregelt sind, entscheidet, also auf die Klärung der Rechtsfragen beschränkt, welche das primäre und auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht textlich aufwirft, ist wegen des Integrationsprinzips mit dem demokratischen Prinzip und vor allem mit der existentiellen Staatlichkeit der Völker vereinbar, nicht aber die umfassende Jurisdiktionsgewalt einschließlich der (geradezu aufgedrängten) Grundrechteverantwortung[708]. Die Gerichtsbarkeit der Europäischen Union übt mit der gegenwärtigen Macht Aufgaben und Befugnisse existentieller

---

delsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, S. 145, 203 (205 ff.); *dies.*, Der Fall Bananenmarktordnung – Die Europäische Gemeinschaft im Streit mit der Welthandelsorganisation, in: K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 247 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 7.

[707] Hinweise in Fn. 599, 745.

[708] BVerfGE 37, 271 (280 ff.); 73, 339 (347 ff., 383 ff., 387); 89, 155 (174 f.); 102, 147 (164) = BayVBl 2000, S. 755 ff. (mit Anmerkung von *A. Emmerich-Fritsche*); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 f.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5 II, III.

Staatlichkeit aus und ist ein Vorgriff auf den existentiellen Staat Europa. Sie ist insoweit, weil die Union kein existentieller Staat ist, verfassungs- und staatswidrig[709].

G.

Verteidigungs(Militär)hoheit

I. Verlust existentieller Verteidigungshoheit der Mitgliedstaaten

1. Die gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik integriert der Vertrag von Lissabon in den Bereich der existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union. Sie ist nicht mehr, wie nach dem bisher geltenden Vertrag über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag), Teil des völkerrechtlichen Staatenbundes neben dem Staatenverbund, der seine Regelung vornehmlich im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft gefunden hatte (hat). Wie in eine Staatsverfassung die Verteidigungsverfassung gehört, beispielsweise Art. 115a ff. GG die Verfassung des Verteidigungsfalles, so regelt der Vertrag von Lissabon in Art. 28a (42) bis 28e (46) EUV die gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Art. 10a ff. (21 ff.) EUV. Das allein erweist, daß der Verfassungsvertrag einen Staat, einen Bundesstaat, mit existentieller Staatlichkeit verfaßt. Demgemäß lautet Art. 28a (42) Abs. 1und Abs. 2 EUV wie folgt:

---

[709] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 126 ff.; *ders.*, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 52-53/2000, S. 13 ff. (20 f.); vgl. schon *ders.*, Maastricht-Verfassungsbeschwerde M. Brunner, Schriftsatz vom 29. März 1993, in: I. Winkelmann, S. 376 ff.; *ders.*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 308 ff., 313 ff..

„1. Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist integraler Bestandteil der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Sie sichert der Union eine auf zivile und militärische Mittel gestützte Operationsfähigkeit. Auf diese kann die Union bei Missionen außerhalb der Union zur Friedenssicherung, Konfliktverhütung und Stärkung der internationalen Sicherheit in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen zurückgreifen. Sie erfüllt diese Aufgaben mit Hilfe der Fähigkeiten, die von den Mitgliedstaaten bereitgestellt werden.

2. Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik umfaßt die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik der Union. Diese führt zu einer gemeinsamen Verteidigung, sobald der Europäische Rat dies einstimmig beschlossen hat. Er empfiehlt in diesem Fall den Mitgliedstaaten, einen Beschluß in diesem Sinne im Einklang mit ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften zu erlassen."

Die weiteren Absätze sollen hier nicht im Wortlaut zitiert werden. Sie behandeln den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten und deren Verpflichtungen aufgrund des Nordatlantikvertrages, verpflichten die Mitgliedstaaten der Union, für die Umsetzung der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik zivile und militärische Fähigkeiten als Beitrag zur Verwirklichung der vom Rat festgelegten Ziele zu Verfügung zu stellen, insbesondere ihre militärischen Fähigkeiten schrittweise zu verbessern und eine Europäische Verteidigungsagentur, insbesondere zur Entwicklung der Verteidigungsfähigkeiten, zu schaffen (Absatz 3 des Art. 28a (42) EUV). Absatz 4 der Vorschrift bestimmt, daß der Rat auf Vorschlag des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik oder auf Initiative eines Mitgliedstaats einstimmig Beschlüsse zur Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, einschließlich der Beschlüsse über die Einleitung einer Mission nach diesem Artikel erlassen kann. Absatz 5 ermöglicht es, eine Gruppe von Mitgliedstaaten mit der Durchführung einer Mission im Rahmen der Union zu beauftragen, die zur Wahrung der Werte der Union und im Dienste ihrer Interessen geschieht. Nach Absatz 6 begründen die Mitgliedstaaten, die anspruchsvollere Kriterien in Bezug auf die militärischen Fähigkeiten erfüllen und die im Hinblick auf Missionen mit höchsten Anforderungen untereinander weitergehende Verpflichtungen eingegangen sind, eine Ständige

Strukturierte Zusammenarbeit im Rahmen der Union. Nach Absatz 7 schulden alle Mitgliedstaaten im Falle eines bewaffneten Angriffs auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung im Einklang mit Art. 51 der Charta der Vereinten Nationen. Dies läßt den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten unberührt (UAbs. 1). Die Verpflichtungen und die Zusammenarbeit in diesem Bereich bleiben im Einklang mit den im Rahmen der Nordatlantikvertrags-Organisation eingegangenen Verpflichtungen, die für die ihr angehörenden Staaten weiterhin als Fundament ihrer kollektiven Verteidigung und das Instrument für deren Verwirklichung ist (UAbs. 2). Art 28 b und c EUV regeln näher den Gegenstand und die Durchführung der Missionen. Art. 28d (45) EUV richtet die Europäische Verteidigungsagentur und Art. 28e (46) EUV die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit ein.

Das Europäische Parlament wird (lediglich) zu den wichtigsten Aspekten und den grundlegenden Weichenstellungen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik von dem Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik regelmäßig gehört und über die Entwicklung der Politiken in diesem Bereich unterrichtet (Art. 21 (36) Abs. 1 S. 1 EUV). Der Hohe Vertreter „achtet darauf, daß die Auffassungen des Europäischen Parlaments gebührend berücksichtigt werden" (S. 2). „Die Sonderbeauftragten können zur Unterrichtung des Europäischen Parlaments mit herangezogen werden" (S. 3). Das Parlament kann Anfragen oder Empfehlungen an den Rat und den Hohen Vertreter richten und zwei Mal jährlich führt es eine Aussprache über die Fortschritte bei der Durchführung der genannten Politiken durch (Absatz 2). Diese Beteiligung ist nicht sehr bedeutungsvoll und genügt keinesfalls einem militärpolitischen Parlamentsvorbehalt, wie er sich aus dem demokratischen Prinzip ergibt[710].

Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die nach Art. 28a (42) Abs. 2 S. 1 EUV „die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen

---

[710] BVerfGE 90, 286 (381 ff.); 104, 151 (205).

Verteidigungspolitik der Union" umfaßt und nach Satz 2 dieses Absatzes zu einer „gemeinsamen Verteidigung" führt (vgl. auch Art. 11 (24) Abs. 1 UAbs. 1 EUV), sobald der Europäische Rat dies einstimmig beschlossen hat, schließt mehr und mehr die eigene Verteidigung der Mitgliedstaaten aus. Die gemeinsame Verteidigung bedarf zwar eines Beschlusses der Mitgliedstaaten „in diesem Sinne". Das aber behält nur den Mitgliedstaaten die eigene Verteidigung vor, die sich nicht in die gemeinsame Verteidigung einbinden lassen. Die Sicherheits- und Verteidigungspolitik des Vertrages von Lissabon ist prozedural und militärisch auf die gemeinsame Verteidigung ausgerichtet (Art 11 (24) Abs. 1 UAbs. 1 EUV). Die Europäische Verteidigungsagentur arbeitet ausschließlich im Interesse der gemeinsamen Verteidigung der Union, insbesondere führt der bewaffnete Angriff auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu Verpflichtungen der anderen Mitgliedstaaten, zu „aller in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung", wird also wie ein Angriff auf alle Mitgliedstaaten, die Europäische Union eben, den durch den Vertrag von Lissabon geschaffenen Bundesstaat, verstanden. Wenn auch die Sicherheits- und Verteidigungsverfassung Vorbehalte zugunsten eines besonderen Charakters der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten (Neutralitätspflichten), zugunsten der gemeinsamen Verteidigung in der Nordatlantik-Vertragsorganisation und zugunsten der Mitgliedstaaten, die zusammen multinationale Streitkräfte aufstellen, kennt und akzeptiert, daß die Mitgliedstaaten eigenständige zivile und militärische Fähigkeiten zur Verteidigung haben, so verlagert doch Art. 28a (42) EUV in Verbindung mit Art. 28b bis e (43-46) EUV die Verteidigung wesentlich auf die Europäische Union. Diese Verfassung geht weit über ein Verteidigungsbündnis, wie es der Nordatlantikvertrag begründet[711], hinaus und konstituiert allemal die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungshoheit der Union, also die existentielle Staatlichkeit einer Verteidigungshoheit und damit die existentielle Staatlichkeit im Bereich der äußeren Sicherheit. Zudem wird durch die Entwicklung der gemeinsamen Verteidigung die eigenständige Verteidigungsfähigkeit der Mitgliedstaaten, die sich daran beteiligen, einge-

---

[711] Dazu BVerfGE 90, 286 (350 ff.); 104, 151 (203 ff.).

schränkt, wenn nicht aufgehoben, so daß diese einen wesentlichen Teil der existentiellen Staatlichkeit einbüßen. Demokratierechtlich ist bedenklich, daß die sicherheits- und verteidigungspolitischen Beschlüsse durchgehend wenn nicht vom Europäischen Rat vom Rat (einstimmig) gefaßt werden, daß also das demokratische, besser: republikanische Parlamentsprinzip für die existentielle Sicherheits- und Verteidigungspolitik beiseite geschoben wird. Die mitgliedstaatlichen Parlamente, also auch der Deutsche Bundestag und der Bundesrat, sind bei der Regelung der Sicherheits- und Verteidigungspolitik in Zukunft ausgeschaltet, weil ihnen insgesamt die hinreichende Verhandlungs-, Kompromiß- und Entscheidungsfähigkeit (miteinander) fehlt. Das ist wegen des demokratischen Prinzips weder mit Art. 38 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG noch mit Art. 87a GG nicht vereinbar, auch nicht in deren Schutzrahmen des Art. 79 Abs. 3 GG.

2. Die Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist fest in die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik eingebettet. Diese aber ist durch Art. 11 (24) EUV vereinheitlicht. Nach Absatz 3 Unterabsatz 1 dieser Vorschrift „unterstützen die Mitgliedstaaten die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik aktiv und vorbehaltlos im Geist der Loyalität und der gegenseitigen Solidarität und achten das Handeln der Union in diesem Bereich". Sie „arbeiten zusammen, um ihre gegenseitige politische Solidarität zu stärken und weiterzuentwickeln", und „enthalten sich jeder Handlung, die den Interessen der Union zuwiderläuft oder ihrer Wirksamkeit als kohärente Kraft in den internationalen Beziehungen schaden könnte" (UAbs. 2). Für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik bestimmt nach Art. 12 (25) EUV die Union die allgemeinen Leitlinien und legen Beschlüsse die von der Union durchzuführenden Aktionen und die von der Union einzunehmenden Standpunkte, sowie die Einzelheiten für deren Durchführung fest. Die Union baut aber auch die systematische Zusammenarbeit bei der Führung ihrer Politik aus. Der Europäische Rat bestimmt nach Art. 13 (26) Abs. 1 EUV die „strategischen Interessen der Union und legt die Ziele und die allgemeinen Leitlinien der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik fest und zwar auch bei Fragen mit verteidigungspolitischen Bezügen". Diese und die weiteren Regelungen über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik lassen es so gut wie nicht zu, daß ein Mitgliedstaat eine ei-

gene Sicherheits- und Verteidigungspolitik betreibt und die eigenständige Verteidigungsfähigkeit wahrt. Diese Absolutheit ist nicht mit den Regelungen des Grundgesetzes über die Verteidigung und die Bundeswehr und der Kompetenzordnung des Grundgesetzes für die auswärtigen Angelegenheiten, die Sache des Bundes sind (Art. 32 Abs. 1 und Art. 73 Nr. 1 GG), vereinbar. Das Grundgesetz hat dem Bund diese Kompetenz nicht zu dem Zweck übertragen, daß er die ausschließliche Definitionshoheit des öffentlichen Interesses an ‚supranationale' Instanzen überträgt, die keiner verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen und für die das Grundgesetz keinerlei Geltung hat. Mit dieser Entwicklung wird die für Deutschland maßgebliche Militärpolitik der gerichtlichen Kontrolle, selbst der des Europäischen Gerichtshofs (Art. 240a (275) Abs. 1 AEUV), entzogen[712].

II. Verbot des Angriffskrieges

Deutschland ist dem Frieden der Welt verpflichtet (Präambel des Grundgesetzes). Deutschland hat in Art. 26 Abs. 1 GG Handlungen, die geeignet sind und der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, für verfassungswidrig erklärt und vorgeschrieben, daß diese Handlungen unter Strafe zu stellen sind. Angriffskriege widersprechen den Grundwerten Deutschlands. Das ist die Lehre aus den beiden verheerenden Weltkriegen des 20. Jahrhunderts, die Deutschland gezogen hat. Auch Deutschland ist aber zur Verteidigung des Landes verpflichtet. Demgemäß dient die Bundeswehr ausschließlich der Verteidigung[713]. Absatz 2 dieser Vorschrift erlaubt den Einsatz der Streitkräfte außer zur Verteidigung nur,

---

[712] Eine begrenzte Zuständigkeit des Gerichtshofs unter den Voraussetzungen des Art. 230 (263) Abs. 4 AEUV für bestimmte Klagen, in Zusammenhang mit der Überwachung der Rechtmäßigkeit von Beschlüssen über restriktive Maßnahmen gegenüber natürlichen oder juristischen Personen, die der Rat auf der Grundlage von Titel V Kapitel 2 (Art. 28a (42)) EUV erlassen hat und für die Kontrolle der Einhaltung von Art. 25b (40) EUV bleibt nach Art. 240a (275) Abs. 2 AEUV bestehen.

[713] Art. 87a Abs. 1 GG lautet darum: „Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf".

soweit dies das Grundgesetz ausdrücklich zuläßt. Einen solchen Tatbestand regelt Absatz 4 des Art. 87a GG zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, wenn die Voraussetzungen des Art. 91 Abs. 2 GG vorliegen und die Polizeikräfte sowie der Bundesgrenzschutz nicht ausreichen. Einen anderen Tatbestand gibt Art. 35 GG zur Hilfe bei Naturkatastrophen oder bei besonders schweren Unglücksfällen (Abs. 2 S. 2 und Abs. 3). Beide Tatbestände erfassen innenpolitische Lagen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Beteiligung Deutschlands an der Nordatlantikvertrags-Organisation verfassungsrechtlich nicht in Zweifel gezogen und sogar die neue NATO-Doktrin, welche die Aufgaben der NATO über die Verteidigung der verbündeten Staaten hinaus auf Friedenseinsätze („Krisenreaktionseinsätze") in aller Welt ausdehnt, als noch verfassungsgemäß angesehen, wenn der militärische Einsatz die Zustimmung des Bundestages gefunden hat (Parlamentsvorbehalt)[714]. Das Gericht hat die Ausweitung der NATO-Doktrin damit gerechtfertigt, daß es den Sicherheitsbegriff auf Bedrohung für die Stabilität des euro-atlantischen Raumes ausgedehnt hat, „Der NATO-Vertrag" sei „insoweit entwicklungsoffen" und „eine solche Elastizität" sei „im Hinblick auf die Fortentwicklung des dem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit zu Grunde liegenden Vertrages auch erforderlich, um das Bündnis seinen Zielen entsprechend leistungs- und anpassungsfähig zu halten"[715]. Charakteristikum der Bundesrepublik Deutschland ist, daß Deutschland sich nie wieder an Kriegen beteiligen will, es sei denn, daß die Verteidigungspflicht für Deutschland selbst und seine Bündnispartner das gebietet. Krisenreaktonseinsätze gegen andere

---

[714] BVerfGE 90, 286 (344 ff., 355 ff., 381 ff.); 104, 151 (199 ff., insb. S 203 ff., 205).

[715] BVerfGE 104, 151 (206). Eine derart dynamische, allein am Ziel (Sicherheit) ausgerichtet Vertragsauslegung (vgl. auch S. 199 des Urteils, auch BVerfGE 90, 286 (357 ff.) setzt sich der gleichen demokratischen Kritik aus, die der Europäische Gerichtshof auf sich gezogen hat (dazu F, IV).

Völker und Staaten sind mit militärischen Angriffen verbunden, auch wenn sie als humanitäre Interventionen zu rechtfertigen versucht werden[716].

Demgegenüber regelt der Vertrag von Lissabon im Abschnitt 2 Kapitel 2 des Titels 5 des Vertrages über die Europäische Union über die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die in die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik integriert ist, „Missionen", also Interventionen auf dem Gebiet anderer Staaten, die auch Kriege gegen andere Staaten sein können. Art. 28b (43) Abs. 1 EUV stellt das klar. Er lautet:

> „Die in Artikel 28a Abs. 1 vorgesehenen Missionen, bei deren Durchführung die Union auf zivile und militärische Mittel zurückgreifen kann, umfassen gemeinsame Abrüstungsmaßnahmen, humanitäre Aufgaben und Rettungseinsätze, Aufgaben der militärischen Beratung und Unterstützung, Aufgaben der Konfliktverhütung und der Erhaltung des Friedens sowie Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen und Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten. Mit allen diesen Missionen kann zur Bekämpfung des Terrorismus beigetragen werden, unter anderem auch durch die Unterstützung für Drittländer bei der Bekämpfung des Terrorismus in ihrem Hoheitsgebiet."

Mit dieser Regelung gibt sich die Europäische Union ein begrenztes ius ad bellum, das von Art. 87 Abs. 1 GG nicht mehr gedeckt ist. Sie umfaßt auch Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen, Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten. Das ist eine Umschreibung von Kriegen. Missionen können zur Bekämpfung des Terrorismus durchgeführt werden, auch um Drittländer bei der Bekämpfung des Terrorismus in ihrem Hoheitsgebiet zu unterstützen. Auch das soll nach dem Vertrag von Lissabon Kriege rechtfertigen, jedenfalls militärischen, also kriegerischen Beistand. Terrorismus ist

---

[716] Dazu *Ch. Hillgruber*, Humanitäre Intervention, Großmachtpolitik und Völkerrecht, Der Staat 40 (2001), S. 165 ff.; *H.-J. Blanke*, Menschenrechte als Interventionstitel, AVR 1998, S. 257 (264); *D. Thürer/M. Herdegen*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The failed State", in: Berichte DGVR 34 (1996), S. 58 m.N.; *A. Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 935 ff..

ein schwer definierbarer Begriff[717]. Mit dem Begriff des Terrorismus in einem Drittland läßt sich der Einmarsch in dieses Drittland und die Besetzung des Drittlandes rechtfertigen. Die gegenwärtige Politik der Vereinigten Staaten von Amerika und die völkerrechtliche Debatte, welche diese Politik auf sich gezogen hat, geben Anschauungsmaterial und Argumentationsgrundlagen. Diese Friedenspolitik genannte Außen- und Sicherheitspolitik hat sich offen von dem Nachkriegsparadigma des Gewaltverbots (Art. 2 Abs. 1 Charta der Vereinten Nationen) gelöst. Weltmächte und Großmächte fühlen sich für den äußeren Frieden unter anderen Staat, aber auch für den inneren Frieden in anderen Staaten verantwortlich. Das stellt die Gleichheit und Unabhängigkeit der Staaten, die Grundlage der Charta der Vereinten Nationen ist, in Frage[718]. Mit den Artikeln 28a bis e (42-46) EUV schafft der Verfassungsvertrag die rechtlichen Voraussetzungen anstelle der Vereinigten Staaten von Amerika als Groß- oder Weltmacht zu agieren. Die militärische Aufrüstung, die in Art. 28a (42) Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 und Art. 28d (45) EUV angelegt ist, zielt auf diese Entwicklung. Integriert in die Europäische Union verändert sich der außen- und sicherheitspolitische Status Deutschlands grundlegend, ohne daß eine derartige Entscheidung für die Bundesrepublik Deutschland durch den Deutschen Bundestag demokratisch abgesichert oder sonstwie legitimiert wäre. Das ist ein Paradigmenwechsel deutscher Politik von existentieller Relevanz für die deutsche Staatlichkeit, weil er den Prinzipien des Grundgesetzes für die deutsche Verteidigungspolitik und der außenpolitischen Aufgabenzuweisung an den Bund fundamental widerspricht.

---

[717] Dazu *R. Lillich*, Transnational Terrorism, 1982, S. XV; *ders.*, Invoking International Human Rights Law, U.Cin.L.Rev.54 (1985), S. 367 (401, Fn. 161); *A. Wüstenhagen*, Die Vereinten Nationen und der internationale Terrorismus, in: S. v. Schorlemmer (Hrsg.), Praxis-Handbuch UNO, 2003, S. 101 (142 ff.); *G. Werle*, Völkerstrafrecht, 2003, S. 31 f.

[718] Dazu Art. 2 Nr. 1 UN-Charta; *G. Leibholz*, Die Gleichheit der Staaten, AVR 10 (1962/63), S. 69 ff.; *Ch. Goria*, in: K. Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 1999, S. 328 ff.; *A. Bleckmann*, in: B. Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, Art. 2 Ziff. 1, Rn. 1 ff.

H.

Kompetenz-Kompetenzen der Europäischen Union

I. Flexibilitätsklausel

Die Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) Abs. 1 AEUV ermöglicht es der Union, zur Verwirklichung der überaus weit gesteckten Ziele der Verträge durch geeignete Vorschriften des Rates, im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche tätig zu werden, auch wenn die Verträge die dafür erforderlichen Befugnisse nicht vorsieht. Auf dieser Grundlage kann sich die Union so gut wie jede Befugnis verschaffen, ohne daß die Mitgliedstaaten dem zustimmen müssen. Letztere können lediglich ihre (kläglichen) Einwendungen aus dem Subsidiaritätsprinzip zur Geltung bringen (Abs. 2). Diese Kompetenz-Kompetenz geht deutlich über die bisherige Generalklausel des Art. 308 EGV hinaus, welche auf die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes beschränkt war. Lediglich Harmonisierungsverbote dürfen nicht überspielt werden (Abs. 3) und die Verwirklichung von Zielen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik darf nicht auf diesen Artikel gestützt werden (Abs. 4).

Der Rat muß die Vorschriften einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments erlassen. Der Rat kann sie auch in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen, wieder auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments. Ausschließlich Unionsorgane erlassen somit die Vorschriften, welche die vertraglichen Ermächtigungen, die ohnehin äußerst weit gefaßt sind, weiter ausdehnen und auf neue Politiken erstrecken können, soweit das die Ziele der Union zulassen, folglich grenzenlos. Nur die in den Verträgen festgelegten Politikbereiche bilden eine Grenze. Das sind alle Zuständigkeiten. Art. 308 (352) AEUV ermöglicht der Union Steuerpolitik jeder Art, Sozialpolitik jeder Art, Wirtschaftspolitik jeder Art, Justizpolitik jeder Art, Polizeipolitik jeder Art usw. Die Steuer-, Sozial-, Wirtschafts-, Justiz- und Polizeipolitik (usw.) der Mitgliedstaaten kann auf dieser Grundlage systemisch umgestaltet werden, auch soweit sie nicht

schon nach den bisherigen Verträgen einem unionsrechtlichen System folgt. Die Kompetenz-Kompetenz des Art. 308 AEUV ist nicht nur mit dem demokratischen Prinzip nicht zu vereinbaren, zumal sie die Exekutiven ermächtigt. Das Europäische Parlament leistet keine demokratische Legitimation, weil es kein Vol vertritt, aber auch und insbesonder, weil es nicht gleichheitlich gewählt ist[719]. Die Ermächtigung ist deutlicher Ausdruck der existentiellen Staatlichkeit der Union. Der Hinweis in Absatz 2 des Art. 308 (372) AEUV auf das Subsidiaritätsverfahren ist von geringer praktischer Bedeutung.

II. Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung

Der Vertrag von Lissabon hat trotz des Maastricht-Urteils, das der großen Generalklausel, der Kompetenz-Kompetenz des Art. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4 EUV) (zur Rettung des Vertrages) die rechtliche Verbindlichkeit abgesprochen hat[720], in Art. 269 (311) Abs. 1 AEUV eine fast

---

[719] BVerfGE 89, 155 (185 ff.).

[720] BVerfGE 89, 155 (196 f.); dazu grundlegend *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche / Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 751, 753 f.; *K. A. Schachtschneider*, Die Europäische Union und die Verfassung der Deutschen, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 28/93, S. 3, 10; *ders.*, Ermächtigung der Union und der Gemeinschaften, in: ders., Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, § 6, IV, 3; ebenso *K. Wolf*, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht, JZ 1993, 594, 596; *H. J. Kaiser*, Die politische Klasse verhält sich pflichtwidrig, Deutschland in Europa nach dem Vertragswerk von Maastricht, FAZ v. 04.08.1993, S. 8; *E. Steindorff*, Einführung zur dtv-Textausgabe Europa-Recht, 12. Auflage 1993, S. XXVI; *M. Schweitzer*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1993), S. 48, 55 f.: "gewissermaßen ein Art. 235 EWGV im Großformat"; *ders.*, sowie *K. A. Schachschneider*, *H. H. Rupp*, *G. Ress*, *Chr. Starck* und *M. Schweitzer*, VVDStRL 53 (1993), S. 97 f., 108, 110, 123, 127, 148 f.; *H. H. Rupp*, Maastricht und Karlsruhe, in: M. Brunner (Hrsg.), Kartenhaus Europa?, 1994, S. 101, 108; wohl auch *J. Simon*, Der Verfassungsstreit um den Maastricht-Vertrag: Worum geht es?, in: Stiftung MITARBEIT (Hrsg.), Wieviel Demokratie verträgt Europa? Wieviel Europa verträgt die Demokratie?, 1994, S. 59, 66; zustimmend zur Annahme einer Kompetenz-Kompetenz der Union auch *F. Ossenbühl*, Maastricht und das Grundgesetz - eine verfassungsrechtliche Wende?, DVBl. 1993, 629,

gleichlautende Bestimmung beibehalten, diese allerdings in den Titel II des Fünften Teils, der die Finanzen der Union regelt, gestellt, also auf Mittel zur Finanzierung des Haushaltes der Union begrenzt. Jetzt aber wird ein klar geregeltes Verfahren für die Umsetzung dieser Generalermächtigung eingeführt, nämlich nach Absatz 3 Unterabsatz 1 einen Beschluß des Rates, den dieser einstimmig nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments erläßt, mit dem die Bestimmungen über das System der Eigenmittel der Union festgelegt werden. Dieser Beschluß kann neue Kategorien von Eigenmitteln einführen, aber auch bestehende Kategorien abschaffen. Die neuen Kategorien von Eigenmitteln können auch europäische Steuern sein.

Dieser Beschluß tritt wiederum erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft. Der Beschluß ist kein völkerrechtlicher Vertrag. Ratifikationsverfahren sind auch nicht vorgesehen. Folglich genügt nach der Praxis der auswärtigen Politik die Zustimmung der Bundesregierung[721], die demgemäß die Macht erlangt, Deutschland mit ungeregelten finanziellen Lasten, auch Unionssteuern, zu belasten. Das „besondere Gesetzgebungsverfahren" ist in Art. 249a (289) Abs. 2 AEUV geregelt. Wenn das Europäische Parlament anzuhören ist, entspricht das der dort vorgesehenen Beteiligung desselben. Folglich bedarf die Einführung von neuen Kategorien von Eigenmitteln keinerlei Zustimmung eines Parlaments. Diese Maßnahme ist reiner Exekutivakt. Der Beschluß des Rates gilt nach Art. 249a (289) Abs. 3 AEUV als „Gesetzgebungsakt". Das ist mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar.

632; *R. Scholz*, Europäische Union und deutscher Bundesstaat, NVwZ 1993, 817, 818, sieht "zumindest faktisch" eine "Generalermächtigung" der Europäischen Union; *V. Götz*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, 1081, 1083, nennt Art. F Abs. 3 EUV eine "in ihrem Sinngehalt dunkle Vorschrift"; für *E. Klein/ A. Haratsch*, Neuere Entwicklungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften, 1. Teil, DÖV 1993, 785, 788, bedeutet die Bestimmung "kein generelles Abrücken" vom Prinzip der begrenzten Ermächtigung.

[721] Vgl. für Deutschland BVerfGE 68, 1 (84 ff.); 90, 286 (Ls. 7 a, S. 287, S. 357 ff.).

Nach Absatz 3 Unterabsatz 2 des Art. 269 (311) AEUV werden Durchführungsmaßnahmen zu dem System der Eigenmittel der Union durch Verordnungen nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren festgelegt, sofern dies in den nach Absatz 3 erlassenem Beschluß vorgesehen ist. Die Durchführungsmaßnahmen beschließt der Rat nach Zustimmung des Europäischen Parlaments. Die nationalen Parlamente sind wiederum nicht einbezogen.

Die Union kann sich also Eigenmittel verschaffen, indem sie ohne jede Beteiligung der nationalen Parlamente, nur aufgrund der Beschlüsse des Rates, die allein von dem Willen der Regierungen abhängen, ein System von Eigenmitteln der Union schafft, das durch Verordnung des Rates, das nicht der Einstimmigkeit, aber der Zustimmung des Europäischen Parlaments bedarf, durchgeführt wird. Diese Bestimmung ermächtigt zur Steuererhebung der Union, ist gänzlich unbestimmt und mit der Steuerhoheit als wesentlichem Teil der existentiellen Staatlichkeit der Völker schlechterdings unvereinbar. Die bereits im Maastricht-Prozeß gescheiterte Regelung des Abs. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4 EUV) wird aufrecht erhalten, die formalen Schwächen (Rechtssubjektivität der Europäischen Union, unklare Verfahrensregelungen) sind behoben, die entscheidende Schwäche der Verletzung der existentiellen Staatlichkeit (Souveränität) der Mitgliedstaaten jedoch nicht.

III. Vereinfachte Änderungsverfahren

1. Art. 48 Abs. 6 EUV

Das „vereinfachte Änderungsverfahren" nach Art. 48 Abs. 6 EUV schafft ein Ermächtigungsgesetz. Nach Art. 48 Abs. 6 EUV kann der Europäische Rat durch Europäischen Beschluß einstimmig nach (bloßer) Anhörung des Europäischen Parlaments und der Kommission sowie, bei institutionellen Änderungen im Währungsbereich, der Europäischen Zentralbank auf Initiative der Regierung jedes Mitgliedstaates, des Europäischen Parlaments oder der Kommission „alle oder einen Teil der Bestimmungen des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ändern. Dieser Dritte Teil umfaßt alle wichtigen Politiken der Uni-

on, nämlich den freien Warenverkehr mit der Zollunion, die Landwirtschaft, die Freizügigkeit, den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr (also den Binnenmarkt und die Grundfreiheiten), den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, den Verkehr, die Gemeinsamen Regeln betreffend den Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften, Wirtschafts- und Währungspolitik, Beschäftigung, Gemeinsame Handelspolitik, Zusammenarbeit im Zollwesen, Sozialpolitik, allgemeine und berufliche Bildung und Jugend, Kultur, Gesundheitswesen, Verbraucherschutz, transeuropäische Netze, Industrie, wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt, Forschung und technologische Entwicklung, Umwelt, Entwicklungszusammenarbeit, wirtschaftliche, finanzielle und technische Zusammenarbeit mit Drittländern.

Der Beschluß tritt zwar nach Unterabsatz 2 Satz 3 „erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft", aber der Beschluß ist kein völkerrechtlicher Vertrag, welcher der Ratifikation bedarf. Art. 59 Abs. 2 GG nicht einschlägig. Der Deutsche Bundestag und der Bundesrat müssen an dem Verfahren nicht beteiligt werden. Aufgrund ihrer außenpolitischen Gewalt kann die Zustimmung von der Bundesregierung allein erteilt werden. Auch Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG führt nicht zu dem Verfahren, das für die Änderung des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 2 GG) vorgeschrieben ist, weil der Beschluß die „vertraglichen Grundlagen" der Europäischen Union nicht ändert und auch keine „vergleichbaren Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden", erläßt. Bereits der Vertrag von Lissabon ermöglicht diese Änderungen oder Ergänzungen, falls das Grundgesetz überhaupt seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird. Das ist allenfalls ausnahmsweise der Fall, weil die Politiken vornehmlich Materien des einfachen Rechts betreffen. Der Beschluß darf zwar nach Unterabsatz 3 des Art. 48 Abs. 6 EUV „nicht zu einer Ausdehnung der der Union im Rahmen der Verträge übertragenen Zuständigkeiten führen", aber diese Zuständigkeiten sind in Art. 2b (3) AEUV als ausschließliche Zuständigkeiten und in Art. 2c (4) als geteilte Zuständigkeiten geregelt. Hinzu kommen die weiten Zuständigkeiten zur Koordinierung der Wirtschafts- und

Beschäftigungspolitik, aber auch der Sozialpolitik in Art. 2d (5) AEUV, sowie die Zuständigkeiten zu Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen in den Bereichen Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit, Industrie, Kultur, Tourismus, allgemeine und berufliche Bildung, Jugend und Sport, Katastrophenschutz, Verwaltungszusammenarbeit nach Art. 2e (6) AEUV. Alle Zuständigkeiten sind denkbar weit formuliert, wie die obige Aufzählung derselben zeigt. Die Politiken des Dritten Teils des Vertrages von Lissabon sind nicht als Zuständigkeiten bezeichnet. Sie regeln die Grenzen der Ermächtigungen, die folglich ohne Zuständigkeitsänderung erweitert werden können. Sie regeln weiterhin die Verfahren, die ohne Zuständigkeitsänderung verändert werden können, indem etwa Organe in die Verfahren integriert oder Organe aus den Verfahren desintegriert werden, u.a.m. Das vereinfachte Änderungsverfahren überträgt die Verfassungsmacht dem Europäischen Rat, den Führern der Union. Das gibt diesen die Hoheit zu Verfassungsänderungen, denen nicht einmal das Europäische Parlament zustimmen muß, geschweige denn die Nationalen Parlamente. Diese Generalklausel ist ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag von Lissabon erweiterten existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union, die durch diese Generalklausel weitgehende Verfassungshoheit gewinnt. Mit dem Demokratieprinzip ist das „vereinfachte Änderungsverfahren" schlechterdings unvereinbar. Es erleichtert die Totalrevision der internen Politikbereiche und weitgehend der externen (insbesondere die Handelspolitik) der Union und macht diese (je nach Verfassungsrecht des Mitgliedstaates) nicht nur von der Zustimmung der nationalen Parlamente unabhängig, sondern vor allem von der gegebenenfalls vorgeschriebenen Zustimmung der Völker, also von Volkentscheidungen, an denen die Verfassungsänderungen allzu leicht scheitern, insbesondere wenn sie die Wirtschafts-, Währungs- und noch stärker die Sozialpolitik betreffen. Bemerkt sei, daß die geteilte Zuständigkeit nach Art. 2c (4) AEUV für den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt allemal auch die (in der Intergrationspolitik für dringlich gehaltene) Angleichung der mitgliedstaatlichen Steuer- und Sozialpolitik umfaßt. Schon jetzt sind steuerliche Vorschriften in Art. 90 (93) AEUV enthalten, welche auf die Verwirklichung und das Funktionieren des Binnenmarktes und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ausgerich-

tet sind. Zu diesem Zweck ist weitere Steuerpolitik denkbar, vielleicht sogar nützlich. Derzeit beschließt der Rat nach Art. 93 EGV auf Vorschlag der Kommission, aber einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses. Das kann Änderungsinteressen mit sich bringen, denen Art. 48 Abs. 6 AEUV ein hilfreiches Verfahren bietet.

Das vereinfachte Änderungsverfahren ist ein Ermächtigungsgesetz für den Europäischen Rat, das es diesem erlaubt, die innere Ordnung, aber auch weitgehend die äußere Ordnung der Union umzuwälzen. Nur die Außen- und Sicherheitspolitik ist ausgenommen. Mit der Zustimmung zu dem Vertrag von Lissabon ermächtigt Deutschland die Union zu jedweder materiellen Änderung der Rechtsordnung Deutschlands. Auf diese Änderung hat nur noch der/die Bundeskanzler/in Einfluß, weil der Europäische Rat einstimmig entscheiden muß. Das vereinfachte Änderungsverfahren weist kaum noch einen demokratischen Rest auf. Der Maastricht-Vertrag enthielt eine vergleichsweise Regelung nicht. Art. F Abs. 3 (jetzt Art. 6 Abs. 4) EUV, wonach „sich die Union mit Mitteln ausstattet, die zum Erreichen ihrer Ziele und zur Durchführung ihrer Politiken erforderlich sind", war nach dem Maastricht-Urteil nur eine politische Absichtserklärung ohne rechtliche Verbindlichkeit[722]. Dem Ermächtigungsgesetz kann kein Volk zustimmen, das ein eigenständiger existentieller Staat bleiben will.

Art. 48 Abs. 6 EUV ermöglicht es dem Europäischen Rat, die nationalen Gesetzgebungsorgane zu überspielen. Wenn eine Politik an den nationalen Parlamenten zu scheitern droht, kann der Europäische Rat den Vertrag über die Arbeitsweise der Union ändern und dadurch die Politik verbindlich machen.

2. Art. 48 Abs. 7 EUV

Hinzukommt das vereinfachte Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 7 EUV (Passerelleverfahren), wonach der Europäische Rat durch einen Be-

---

[722] BVerfGE 89, 155 (196 f.).

schluß in einem Bereich oder einem bestimmten Fall, in dem der Rat nach dem Verfassungsvertrag einstimmig zu beschließen hat, entscheiden kann, daß die qualifizierte Mehrheit genügt (Unterabsatz 1). Nach Unterabsatz 2 dieser Vorschrift können erforderliche besondere Gesetzgebungsverfahren auch durch das (leichtere) ordentliche Gesetzgebungsverfahren ersetzt werden. Allerdings können die nationalen Parlamente eine Initiative im Sinne des Unterabsatzes 1 und des Unterabsatzes 2 ablehnen (Unterabsatz 3). Das Ablehnungsverfahren des Bundestages und des Bundesrates ist in § 4 des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 11. März 2008 (BTDrs. 16/8489) geregelt. Die genannten Beschlüsse müssen zudem nicht nur einstimmig ergehen, sondern bedürfen auch der Zustimmung des Europäischen Parlaments mit der Mehrheit seiner Mitglieder (Unterabsatz 4). Das Mehrheitsverfahren ist sicher effizienter als das Konsensverfahren, aber ebenso sicher auch weniger demokratisch, weil der Wille ganzer Völker unbeachtet bleiben kann. Bemerkenswert ist, daß die vereinfachten Änderungsverfahren in dem Entwurf des Verfassungskonvents vom 19./20. Juni 2003 noch nicht enthalten waren.

IV. Unionsbürgerschaft

Die Unionsbürgerschaft baut der Vertrag von Lissabon weiter zu einer Bürgerschaft aus, als hätte die Europäische Union ein Volk. Die Verfassungswidrigkeit der Vertragsentwicklung liegt darin, daß die Bürger der Mitgliedstaaten zu Unionsbürgern stilisiert werden, obwohl der Schritt, der sie zu echten Bürgern eines existentiellen Unionsstaates (als Bundesstaat) werden ließe, die Verfassung der Bürger der Mitgliedstaaten zu einem Unionsvolk des Unionsstaates nämlich, nicht gegangen wird. Dieser Schritt kann nur durch ein Verfassungsreferendum aller Unionsbürger gemacht werden, der aber die Öffnung aller Mitgliedstaaten für den existentiellen Unionsstaat voraussetzt, wiederum durch Referenden, aber Referenden jedes einzelnen Volkes der Mitgliedstaaten. Weil ein solcher existentieller Schritt keinen Erfolg verspricht, wird er nicht gewagt. Darum sind und bleiben die Versuche, die Texte in die Nähe demokratischer Legitimation einer Unionsbürgerschaft zu rücken, wie insbesondere die Erklärung, das

Europäische Parlament setze sich aus „Vertretern der Unikonsbürgerinnen und Unionsbürgern zusammen" (Art. 9a (14) Abs. 2 S. 1 EUV) und die „Bürgerinnen und Bürger sind auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten" (Art. 8a (10) Abs. 2 UAbs. 1 EUV) verfassungswidrig, ja staatswidrig. Ihre rechtliche Relevanz scheitert, solange Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG besteht, daß „nämlich alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht". Dieser Satz aber steht ausweislich Art. 79 Abs. 3 GG und auch Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG nicht zur Disposition der Staatsorgane.

Der Gerichtshof hat die Unionsbürgerschaft als unmittelbar anwendbares Recht eingestuft[723]. In der Rechtssache Martinez Sala hat der Gerichtshof in die Unionsbürgerschaft auch die Gewährung von Erziehungsgeld, welches nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz an eine Aufenthaltserlaubnis anknüpfte, und damit Sozialleistungen einbezogen[724]. Dem entsprechend hat er in der Rechtssache Grzelcyk festgestellt, daß die Inanspruchnahme von Sozialhilfe durch einen Studenten nicht ohne weiteres rechtfertige, die Aufenthaltserlaubnis zu entziehen[725]. Dieses Ergebnis beruht auf der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Die Unionsbürgerschaft sieht man „durch besondere Offenheit und Dynamik gekennzeichnet"[726]. Dafür spricht die Evolutivklausel in Art. 22 (25) Abs. 2 AEUV, die es dem Rat ermöglicht, die Unionsbürgerrechte im besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Zustimmung des Europäischen Parlaments zur Ergänzung der in Art. 17b (20) Abs. 2 AEUV aufgeführten Rechte Bestimmungen zu erlassen (S. 1). Die Bestimmungen treten nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit deren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft (S. 2). Der Zustimmung des Deut-

---

[723] EuGH v. 17.9.2002 - Rs. C-413/99 (Baumbast u.a./Secretary of State for the Home Department), Slg. 2002, I-7091, Rdn. 84.

[724] EuGH v. 12.05.1998 - Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691 (2726, Rdn. 65).

[725] EuGH v. 20.09.2001 - Rs. C-184/99 (Grzelcyk), Slg. 2001, I-6193 (6245, Rdn. 43).

[726] *M. Haag*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Komm., 6. Aufl. 2003, Art. 17 EG, Rdn. 6

schen Bundestages bedürfen diese Bestimmungen wiederum nicht. Auch Art. 18 (21) Abs. 2 und Abs. 3 AEUV ermächtigen das Europäische Parlament und den Rat nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Vorschriften zu erlassen, mit denen die Ausübung der Rechte nach Absatz 1 des Art. 18 (21) AEUV erleichtert wird. Nach dieser Vorschrift hat „jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten". „Zu den gleichen wie den in Absatz 1 genannten Zwecken kann der Rat, sofern die Verträge hierfür keine Befugnisse vorsehen, gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen erlassen, die die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz betreffen" (Abs. 3 S. 1). Der Rat beschließt einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments (S. 2). Beide Ermächtigungsvorschriften sehen nicht vor, daß die Parlamente der Mitgliedstaaten in irgendeiner Weise an der Rechtsetzung beteiligt werden. Im Falle der zweiten Vorschrift wird das Europäische Parlament auch nur angehört. Der Entwicklung des Status der Unionsbürger sind nach den aufgeführten Ermächtigungsvorschriften so gut wie keine Grenzen gesetzt. Die Union kann die Bürger mehr und mehr für sich in Anspruch nehmen, gegebenenfalls auch das Wahlrecht in den Ländern und im Bund auf alle Unionsbürger nach gewissem Aufenthalt ausdehnen, wie es für die Kommunalwahlen im Vertrag (Art. 19 (22) Abs. 1 AEUV) geschehen ist. Das verändert mit dem Wahlvolk das Volk des jeweiligen Mitgliedstaates. Vor allem kann die Union ohne jede parlamentarische Zustimmung das Sozialrecht der Unionsbürger gestalten und damit tief in die sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten eingreifen. Das kann auch die Minderung der sozialen Schutzstandards mit sich bringen. Mit Art. 38 Abs. 2 S. 1 GG ist das auch insoweit unvereinbar, als das demokratische Prinzip und damit die Staatsbürgerschaft durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützt sind.

V. Subsidiarität

Der Vertrag von Lissabon verankert das Subsidiaritätsprinzip in Art. 3b (5) Abs. 1 S. 1, Abs. 3 und 4 als Ausübungsregelung neben dem Grundsatz

der begrenzten Ermächtigung (Absatz 1 S. 1 und Absatz 2) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Absatz 1 S. 2 und Absatz 4).

> „Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind" (Absatz 3).

Diese Regelung ist unverändert der Kritik des gemeinschafts-/unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips[727] ausgesetzt. Soweit der Bereich ausschließlicher Unionszuständigkeiten betroffen ist, wird die Anwendbarkeit des Prinzips der Subsidiarität bereits durch den Vertrag (Art. 3b (5) Abs. 3 EUV, bislang Art. 5 Abs. 2, 1. Hs. EGV) ausdrücklich ausgeschlossen. Die konkurrierende Kompetenzausübung aufgrund der geteilten Zuständigkeit der Union (Art. 2c (4) AEUV) ist wegen der durch das offene Subsidiaritätsprinzip nicht bestimmten Zuständigkeitsbereiche der Union und der Mitgliedstaaten letztlich der Finalität des Integrationsprozesses verpflichtet[728]. Für die Notwendigkeit („besser zu verwirklichen") der An-

---

[727] Aus der Fülle der Veröffentlichungen seien hervorgehoben *H. Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip: Strukturprinzip einer europäischen Union, 1993; *ders.*, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Werner Thieme, 1993, S. 431 ff.; *C. Stewing*, Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union, 1992; *D. Merten* (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 1993; *B. Kahl*, Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3 b EG-Vertrag, AöR 118 (1993), S. 414 ff.; *J. Pipkorn*, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union - rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit, EuZW 1992, 697 ff.; *H. D. Jarass*, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, 209 ff.; *D. Grimm*, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1/1994, S. 6 ff.; *H.-J. Papier*, Das Subsidiaritätsprinzip als Bremse gegen schleichenden Zentralismus, Vortrag am 26.10.2006 „Die Zukunft Europas", Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft.

[728] Wie hier *D. Grimm*, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1/1994, S. 6, 7 f.; *H. Schäffer*, Europa und die österreichische Bundesstaatlichkeit, DÖV 1994, 181, 188 f.; *H. D. Jarass*, Kompetenzverteilung ..., AöR 121 (1996), 173 (178 ff.).

gleichung des mitgliedstaatlichen Rechts[729] lassen sich „wegen ihres Umfangs und ihrer Wirkungen auf Unionsebene" stets „Ziele" der Union aufzeigen, welche die Zuständigkeit der Union rechtfertigen. Der Versuch einer Begrenzung der Unionszuständigkeiten durch das Subsidiaritätsprinzip, wie es Art. 3b (5) Abs. 3 EUV (bislang Art. 5 Abs. 2 EGV) formuliert, ist folglich untauglich und damit zum Scheitern verurteilt[730]. Die Praxis des Subsidiaritätsprinzips beweit das[731]. Wichtig ist allemal, wer mit welcher Intention über die Subsidiarität befindet.

---

[729] Vgl. *U. Pieper*, Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union, DVBl. 1993, 705; *H. D. Jarass*, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, 209 f.

[730] Auch für *C. Stewing*, Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzverteilungsregel im Europäischen Recht, DVBl. 1992, 1516, 1518, "steht die momentane Zielorientiertheit der gemeinschaftlichen Kompetenzverteilung dem Subsidiaritätsprinzip entgegen". In diesem Sinne ablehnend auch *D. Grimm*, Subsidiarität ist nur ein Wort, FAZ v. 17.9.1992, S. 38; *ders.*, Der Spiegel 43/1992, S. 57, 59; *ders.*, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1/1994, S. 6, 7 f., 11; *W. Möschel*, Politische Union für Europa: Wunschtraum oder Alptraum?, JZ 1992, 877, 882: "juristisch wertlos"; *ders.*, Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht, NJW 1993, 3025, 3027 f.; *M. Heidenhain*, Subsidiaritätsprinzip - Abbau oder Aufbau von Kompetenzen?, EuZW 1993, 73; *A. Weber*, Zur künftigen Verfassung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1993, 325, 329; *F. Ossenbühl*, DVBl. 1993, 629, 635; *H. H. Rupp*, Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?, ZRP 1993, 211, 212; *K. A. Schachtschneider / A. Emmerich-Fritsche / Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 751, 756; *R. Breuer*, Die Sackgasse des neuen Europaartikels (Art. 23 GG), NVwZ 1994, 417, 424; skeptisch ferner *F. L. Stauffenberg / Chr. Langenfeld*, Maastricht - ein Fortschritt für Europa?, ZRP 1992, 252, 255 f.; *U. Everling*, Reflections on the Structure of the European Union, CMLR 29 (1992), 1053, 1070, 1075; *ders.*, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, 936, 940; *Ress*, Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften, JuS 1992, 985, 990; *K.-J. Bieback*, Marktfreiheit in der EG und nationale Sozialpolitik vor und nach Maastricht, EuR 1993, 150, 156 f.; *E.-U. Petersmann*, Thesen zur Wirtschaftsverfassung der EG, EuZW 1993, 593, 595, 596; *E. Klein / A. Haratsch*, Neuere Entwicklungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften, 1. Teil, DÖV 1993, 785, 791.

[731] Vgl. abweichende Meinung *Prof. Dr. S. Broß* BVerfGE 113, 273 (320 ff.).

Neu ist allerdings, daß die nationalen Parlamente auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips achten können (und sollen, Art. 3b (5) Abs. 3 Unterabs. 2 S. 2 EUV). Das Nähere ist im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit geregelt. Danach leitet die Kommission ihre Entwürfe für Gesetzgebungsakte und ihre geänderten Entwürfe (Vorschläge) den nationalen Parlamenten und dem Unionsgesetzgeber gleichzeitig zu (Art. 4 Abs. 1 des Protokolls). Das machen auch die anderen zu Entwürfen von Gesetzgebungsakten berechtigten Organe (Art. 4 Abs. 2 und 3 des Protokolls) und gilt auch für legislative Entschließungen und Standpunkte des Europäischen Parlaments bzw. des Rates (Art. 4 Abs. 4 des Protokolls). Die Entwürfe werden im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, einschließlich der finanziellen Auswirkungen, begründet (Art. 5 des Protokolls). Die nationalen Parlamente oder die Kammern eines dieser Parlamente (Bundestag und Bundesrat) können binnen (nunmehr) acht Wochen begründet darlegen, daß der Entwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist (Art. 6 Abs. 1 S. 1 des Protokolls). Das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung des Rechts des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 11. März 2008 regelt die Subsidiaritätsrügen des Bundestages und des Bundesrates näher in § 2. Die Stellungnahmen der nationalen Parlamente werden berücksichtigt (Art. 7 des Protokolls). Erreicht die Anzahl der begründeten Stellungnahmen, wonach der Entwurf eines Gesetzgebungsaktes nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip in Einklang steht, mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen zwei Stimmen (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 des Protokolls), so muß der Entwurf „überprüft" werden (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 des Protokolls). Diese Schwelle beträgt nur ein Viertel der Stimmen, wenn es sich um einen Entwurf eines Gesetzgebungsaktes auf der Grundlage von Art. 61i (70) AEUV betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts handelt (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 des Protokolls). Wenn aber an dem Entwurf festgehalten wird, ist das zu begründen (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 des Protokolls). Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gelten nach Absatz 3 des Art. 7 des Protokolls Besonderheiten, nämlich:

„Erreicht die Anzahl begründeter Stellungnahmen, wonach der Vorschlag für einen Gesetzgebungsakt nicht dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, mindestens die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten nach Absatz 1 Unterabsatz 2 zugewiesenen Stimmen, so muß der Vorschlag überprüft werden. Nach Abschluß diese Überprüfung kann die Kommission beschließen, an dem Vorschlag festzuhalten, ihn zu ändern oder ihn zurückzunehmen" (S. 2 und 3). „Beschließt die Kommission, an dem Vorschlag festzuhalten, so hat sie in einer begründeten Stellungnahme darzulegen, weshalb der Vorschlag ihres Erachtens mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht. Die begründete Stellungnahme der Kommission wird zusammen mit den begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente dem Unionsgesetzgeber vorgelegt, damit dieser sie im Rahmen des Verfahrens berücksichtigt:

a) Vor Abschluss der ersten Lesung prüft der Gesetzgeber (das Europäische Parlament und der Rat), ob der Gesetzgebungsvorschlag mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht; hierbei berücksichtigt er insbesondere die angeführten Begründungen, die von einer Mehrheit der nationalen Parlamente unterstützt werden, sowie die begründete Stellungnahme der Kommission.

b) Ist der Gesetzgeber mit der Mehrheit von 55% der Mitglieder des Rates oder einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Europäischen Parlament der Ansicht, dass der Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, wird der Gesetzgebungsvorschlag nicht weiter geprüft" (Abs. 2).

Dieses Verfahren grenzt an Lächerlichkeit, zumal die Subsidiaritätslage in jedem Land unterschiedlich ist und große Länder wie Deutschland nicht mehr Stimmen haben als kleine wie Malta. Was Deutschland als vergleichsweise Großstaat ohne weiteres bewältigen kann, können Kleinstaaten wie Malta, Luxemburg nicht bewältigen. Es ist nicht ersichtlich, daß die Europäische Union irgendeine Kompetenz für eine Politik hat, die Deutschland allein nicht „ausreichend verwirklichen" könnte, meist besser, jedenfalls demokratisch weitaus stärker legitimiert. Aber auch umgekehrt haben Kleinstaaten Verhältnisse, welche einer gemeinschaftlichen Politik eher entgegenstehen, als die Verhältnisse von Großstaaten, etwa die Regelung des Bankgeheimnisses.

Der Gerichtshof der Union hat über die Klagen wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip zu entscheiden (Art. 8 des Protokolls). Dieser Gerichtshof läßt jedoch wenig Schutz des Subsidia-

ritätsprinzips erwarten. Das letzte Wort muß wegen Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG auch in der Subsidiaritätsfrage das Bundesverfassungsgericht haben[732].

Um der verfassungswidrigen Verlagerung der Verantwortung für die Subsidiarität der Unionspolitik gegenüber der Politik der Mitgliedstaaten eine verfassungsgesetzliche Grundlage zu verschaffen haben der Bundestag und der Bundesrat die Änderung des Grundgesetzes beschlossen und den folgenden Absatz 1a in Art. 23 GG eingefügt:

> „(1a) Der Bundestag und der Bundesrat haben das Recht, wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts der Europäischen Union gegen das Subsidiaritätsprinzip vor dem Gerichtshof der Europäischen Union Klage zu erheben. Der Bundestag ist hierzu auf Antrag eines Viertes seiner Mitglieder verpflichtet. Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können für die Wahrnehmung der Rechte, die dem Bundestag und dem Bundesrat in den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union eingeräumt sind, Ausnahmen von Artikel 42 Abs. 2 Satz 1 und Artikel 52 Abs. 3 Satz 1 zugelassen werden."

Nach Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG sind für Beschlüsse des Bundestages die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt. Nach Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG faßt der Bundesrat seine Beschlüsse mit mindestens der Mehrheit seiner Stimmen.

Die Subsidiaritätsklage des Bundestages und/oder Bundesrates ist näher in § 3 des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung des Rechts des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 11. März 2008 geregelt.

Die Ergänzung des Grundgesetzes hat nicht nur und nicht einmal wesentlich den Zweck, dem Bundestag und dem Bundesrat die Subsidiaritätsklage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union zu ermöglichen, sondern den Zweck, Klagen welcher Art auch immer vor den nationalen Gerichten, vor allem vor dem Bundesverfassungsgericht, wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips durch Maßnahmen, insbesondere Rechtsetzungsakte, der

---

[732] Ganz so Richter *Prof. Dr. S. Broß* in der Abweichenden Meinung BVerfGE 113, 273 (320 ff.).

Europäischen Union, die Statthaftigkeit zu nehmen, ja darüber hinaus der Verletzung des Subsidiaritätsprinzips die Rechtsfolge der Nichtigkeit der Rechtsetzungsakte und der Rechtswidrigkeit sonstiger Maßnahmen zu nehmen, wenn die Subsidiaritätsklage nach Art. 23 Abs. 1a GG n.F. nicht erhoben wurde. Das Subsidiaritätsprinzip ist eine Kompetenzausübungsschranke[733]. Die Verletzung der Kompetenz durch die Organe der Union hat bisher zur Folge, daß Rechtsakte der Union in Deutschland keine Wirkung entfalten[734], weil der Union Hoheitsrechte nur begrenzt übertragen sind. Zu den Grenzen gehört auch die Kompetenzausübungsschranke des Subsidiaritätsprinzips. Materiell kann dieses Verfassungsprinzip an sich durch eine prozedurale Regelung nicht relativiert werden, wenn aber den nationalen Gerichten die Feststellung der Kompetenzwidrigkeit von Rechtsakten der Union wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips verwehrt ist, weil kein Verfahrensweg eröffnet ist, kann die Wirkungslosigkeit der Rechtsakte der Union nicht zur Geltung gebracht werden. Für die Praxis macht die prozedurale Unangreifbarkeit keinen Unterschied zur materiellen Rechtmäßigkeit. Diese Rechtslage ist nicht ungewöhnlich. Sie kommt in all den Fällen zum Tragen, in denen die Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit von Staatsakten nicht oder nicht mehr geltend gemacht werden kann. Rechtswidrige Verwaltungsakte, die nicht mehr angefochten werden können, haben beispielsweise Bindungswirkung.

Der Rechtsschutz wird durch eine Beschränkung der Klagemöglichkeiten, wie sie Absatz 1a des Art. 23 GG n.F. bezweckt oder jedenfalls bewirken kann, entgegen Art. 19 Abs. 4 GG verkürzt. Die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips ist wegen der Verletzung der politischen Freiheit immer eine Verletzung der allgemeinen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG und damit eine Grundrechteverletzung, jedenfalls ist sie eine Verletzung der allge-

---

[733] BVerfGE 89, 155 (189, 193, 210 ff.); *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (191), S. 72 f.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 106, 134 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 84, 295 f.

[734] BVerfGE 89, 155 (187 f., 188 ff., 191 ff.) ; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit Europas, S. 105 f.

meinen Handlungsfreiheit, wenn jemand durch einen Rechtsakt beeinträchtigt ist, weil Art. 2 Abs. 1 GG nach ständiger Rechtsprechung jedermann davor schützt, durch staatliche Maßnahmen beeinträchtigt zu werden, die verfassungswidrig sind[735]. Unabhängig davon, ob derartiges Unrecht durch Rechtsakte der Union nunmehr letztverbindlich von der Unionsgerichtsbarkeit entschieden wird oder richtigerweise von den nationalen Gerichten, insbesondere dem Bundesverfassungsgericht, leztverbindlich zu entscheiden ist, weil ja die dem Subsidiaritätsprinzip widersprechenden Rechtsakte der Union keine Wirkung in Deutschland zu erzielen vermögen, wäre das formelle Hauptgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verletzt, wenn die Mißachtung des Subsidiaritätsprinzips nicht mehr zur Geltung gebracht werden könnte, weil der Bundestag und der Bundesrat von der Möglichkeit des Art. 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit und damit von dem Recht des Art. 23 Abs. 1a S. 1 GG n.F. keinen Gebrauch gemacht hat. Die Klagemöglichkeit nach Art. 8 des Protokolls ist gemäß Art. 230 (263) Abs. 5 AEUV auf zwei Monate befristet. Diese drastische Beschränkung des Rechtsschutzes ist mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar. Zum einen gehört Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu den Grundrechten, deren Wesensgehalt nach Art. 19 Abs. 2 GG nicht angetastet werden darf. Der Wesensgehalt des Grundrechtes auf Rechtsschutz wäre aber verletzt, weil den Bürgern der Rechtsschutz wegen Mißachtung des Subsidiaritätsprinzips genommen wäre. Zum anderen ist wirksamer Rechtsschutz Teil des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips[736]. Die Beschränkung des Rechtsschutzes, wie sie durch die Ergänzung des Art. 23 GG durch Absatz 1a vorgenommen (versucht) wird, ist somit mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar. Absatz 1a des Art. 23 GG ist eine verfassungswidrige Verfassungsnorm.

Wenn Art. 23 Abs. 1a GG n.F. verfassungskonform dahin reduziert wird, daß der Bundestag und der Bundesrat über ihre bisherigen Handlungsbefugnisse hinaus das Recht zur Subsidiaritätsklage erlangen und der Bundes-

---

[735] BVerfGE 6, 32 (37 f.); 19, 253 (257); 63, 88 (108 f.); 80, 137 (153).

[736] BVerfGE 37, 150 (153); 41, 23 (26); 54, 39 (41); 60, 253 (256); 69, 381 (385); 84, 34 (49); 88, 118 (123 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 138 ff.

tag sogar verpflichtet ist, auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder, diese Klage zu erheben, ohne daß sonst das Rechtsschutzgefüge Deutschlands verändert wird, ist die Grundgesetzänderung tragfähig, obwohl sie das völkerrechtliche Prinzip der Außenvertretung durch die Bundesregierung verändert. Allemal sind der Bundestag und der Bundesrat dafür verantwortlich, daß die Maßnahmen der Europäischen Union die Kompetenzgrenzen einhalten. Wenn sie dagegen Bedenken haben, haben sie das in ihren Stellungnahmen nach Art. 23 Abs. 3 und Abs. 4 GG zur Geltung zu bringen. Rechtliche Bedenken von Bundestag und Bundesrat gegen Rechtsakte der Union binden richtigerweise die Bundesregierung bei ihren Handlung für Rat und Europäischem Rat. Das folgt daraus, daß diese Bindung das demokratische Defizit der Unionspolitik zu mindern vermag. Die Befugnis zur Subsidiaritätsklage haben der Bundestag und der Bundesrat schon durch Art. 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Wenn auch diese Regelung in das Verfassungsgefüge eingreift, so genügt sie doch, um dem Bundestag und dem Bundestag Klagerechte auf Unionsebene einzuräumen, zumal wenn man von dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht ausgeht. Der fraglose Zweck des genannten Protokolls ist es, die Entscheidung der Subsidiaritätsfrage den einzelnen Mitgliedstaaten aus der Hand zu nehmen und die verbindliche Entscheidung darüber Unionsorganen, nämlich dem Rat, dem Europäischen Parlament und dem Gerichtshof, zu übertragen. Demgemäß ist die Ergänzung des Grundgesetzes durch Absatz 1a des Art. 23 GG von substantieller Bedeutung, aber wegen Verletzung der unabänderlichen Strukturprinzipien des Grundgesetzes, nämlich des Rechtsstaatsprinzips, auch des Demokratieprinzips, verfassungswidrig.

Im Übrigen ist verfassungsrechtlich fragwürdig, daß eine Minderheit des Bundestages („ein Viertel seiner Mitglieder") die Subsidiaritätsklage durchsetzen können soll, diese aber von dem Gesamtorgan Bundestag vor dem Gerichtshof der Europäischen Union vertreten werden soll, gegebenenfalls gegen die Rechtsauffassung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages. Der Antragsteller hat diese Bedenken bereits in seiner Erklärung zur Abstimmung über das Gesetz zum Vertrag von Lissabon zur Geltung gebracht (VI b).

Das Subsidiaritätsprinzip ist ein Strukturprinzip der Demokratie. Demokratie gibt es nur in kleinen Einheiten (dazu A II, V). Das Subsidiaritätsprinzip ordnet die Kompetenzen entgegen dem Zentralismus im Sinne des Vorrangs der kleinen Einheiten. Demgemäß ist eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips immer zugleich eine Verletzung des demokratischen Prinzips. Auch die Vertretung des ganzen Volkes im Sinne des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ist nur verfassungsgemäß geordnet, wenn die Integrationspolitik das Subsidiaritätsprinzip achtet. Neben dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung folgt somit aus dem grundrechtsgleichen Recht des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG der verfassungsbeschwerdefähige Grundsatz der Subsidiarität der Unionskompetenzen. Außerdem ist das Subsidiaritätsprinzip durch die allgemeine Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützt. Allemal die Kompetenz-Kompetenzen, die zu H I-IV aufgeführt sind, mißachten neben dem Prinzip de begrenzten Ermächtigung auch das Subsidiaritätsprinzip. Richtigerweise muß das Subsidiaritätsprinzip durch die primärrechtlichen Vertragstexte materialisiert werden. Bereits die Übertragung der Hoheitsrechte nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG muß dem Grundsatz der Subsidiarität gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG genügen, auch deswegen, weil nur das primäre Unionsrecht der verfassungsrechtlichen Prüfung des Bundesverfassungsgerichts in letzter Verantwortung nicht entzogen werden kann. Das sekundäre Unionsrecht wird wegen des praktizierten Vorrangs des Unionsrechts vor dem nationalen Recht letztverantwortlich von den Unionsgerichten daraufhin überprüft, ob es dem primären Gemeinschaftsrecht entspricht, insbesondere den Grundrechten und nunmehr auch dem Subsidiaritätsprinzip. Das ist der verfassungswidrige Zweck des Art. 3b (5) Abs. 3 EUV, des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit und auch des Art. 23 Abs. 1a GG n.F.

J.

Zunehmende Demokratiedefizite in der Europäischen Union

I. Durch den Vertrag von Lissabon wird die politische Willensbildung der Europäischen Union weiter entdemokratisiert[737]. Das Europäische Parlament ist nicht demokratisch legitimiert, weil dessen Wahl nicht gleichheitlich (egalitär) ist. Vor allem vertritt dieses Parlament kein Volk, weil es ein Volk der Unionsbürger nicht gibt. Diese „Versammlung" (so noch Art. 137 EWGV) „der Vertreter der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten" (Art. 189 Abs. 1 EGV, im Vertrag von Lissabon aufgehoben, Nr. 178) ist kein eigentliches Parlament. Wäre es ein Parlament, wäre das Grundprinzip der freiheitlichen Demokratie, der Republik, die Gleichheit in der Freiheit[738], kraß verletzt, so daß alle Rechtsakte dieses Parlaments nichtig wären. Das Europäische Parlament hat bislang aber keine eigenständige Gesetzgebungsbefugnis, die das Wesen eines Parlaments als Gesetzgebungsorgan eines Volkes ausmachen, und wird eine solche trotz des größeren Einflusses im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 9a (14) Abs. 1 und Art. 9c (16) Abs. 1 EUV, Art. 249a (289) Abs. 1 und Art. 251 (294) AEUV) durch den Vertrag von Lissabon nicht bekommen. Das Europäische Parlament ist an den Rechtsetzungsverfahren mit Rechten zur Anhörung und zur Stellungnahme beteiligt, bis hin zum

---

[737] Zum Demokratiedefizit der Europäischen Union *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, in: W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty (Hrsg.), Währungsunion und Weltwirtschaft, Festschrift für Wilhelm Hankel, 1999, S. 119 ff.; *ders.*, Quo Vadis Europa? – Ad finem Democratiae!, in: W. Lachmann/R. Haupt/K. Farmer (Hrsg.), Zur Zukunft Europas, Marktwirtschaft und Ethik, Bd. 12, 2007 S. 16 ff.; vgl. zum Prinzip der kleinen Einheit *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP Beiheft 71 (1997), S. 173; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 45, 57 f., 90 f., 229; wegweisend *Rousseau,* Vom Gesellschaftsvertrag, III, 4 (S. 77), III, 15 (S. 103, 105).

[738] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 4 f., 275 ff., 325 ff., 410 ff., 422 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 67 ff., 83 ff., 281 ff., 405 ff., 440 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff., insb. S. 35 ff.

Recht, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren den Standpunkt des Rates (nach Vorschlag der Kommission) mit der Mehrheit seiner Mitglieder (Art. 251 (294) Abs. 7 lit. b AEUV) oder im Vermittlungsverfahren sogar den gemeinsamen Entwurf des Vermittlungsausschusses mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Art. 251 (294) Abs. 13 AEUV) abzulehnen. Die wesentlichen Rechtsetzungsorgane in der Europäischen Union sind wie in der bisherigen Europäischen Gemeinschaft (Art. 251, 252 EGV)[739] die Kommission und der Rat (Art. 251 (294) AEUV), beides Exekutivorgane. Daran ändern die plakativen, parlamentarische Demokratie vortäuschenden Formulierungen in Art. 9a (14) Abs. 1 und Art. 9c (16) Abs. 1 EUV nichts, wonach das „Europäische Parlament gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber" und umgekehrt tätig wird. Zwar ist der Einfluß des Europäischen Parlaments gestärkt, aber das ist auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren begrenzt, das nur in bestimmten Politikbereichen maßgeblich ist. In existentiellen Politikbereichen, wie insbesondere der Bestimmung der Grundzüge der Wirtschaftpolitik der Mitgliedstaaten nach Art. 99 (121) Abs. 2 ff. AEUV und im Haushaltsdisziplinierungsverfahren nach Art. 104 (126) AEUV wird das Parlament lediglich von Maßnahmen oder Beschlüssen unterrichtet. In die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist es so gut wie nicht eingebunden; es wird zu den „wichtigsten Aspekten und den grundlegenden Weichenstellungen„ „regelmäßig gehört" und „über die Entwicklung der Politik in diesen Bereichen unterrichtet" (Art. 21 (36) Abs. 1 AEUV). Der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik „achtet darauf, daß die Auffassungen des Europäischen Parlaments gebührend berücksichtigt werden". Nach Absatz 2 kann das Europäische Parlament „Anfragen oder Empfehlungen an den Rat und den Hohen Vertreter der Union richten". Zweimal jährlich führt es eine Aussprache über die Fortschritte dieser Politik (dazu auch G).

Das Europäische Parlament „stützt" die demokratische Legitimation der Rechtsakte der Gemeinschaft, hat das Bundesverfassungsgericht im Maa-

---

[739] Vgl. *K. A. Schachtschneider,* Das Europäische Parlament, Der Rat, Die Kommission, in: Verfassungsrecht der Europäischen Union, Organisationsverfassung, § 7, II, 2, § 8, III, § 9, II.

stricht-Urteil[740] ausgesprochen, mehr nicht. Das ändert der Vertrag von Lissabon trotz sprachlicher Aufwertung des Europäischen Parlaments zum Gesetzgeber (gemeinsam mit dem Rat, Art. 9a (14) Abs. 1, Art. 9c (16) Abs. 1 EUV) in der Sache nicht, jedenfalls nicht wesentlich. Das für das Parlament konstitutive (für die allgemeine Freiheit unverzichtbare) Prinzip, die Repräsentation des Volkes als Volksvertretung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), erfüllt das Europäische Parlament keinesfalls.

Nach Art. 8a (10) Abs. 2 EUV sind die „Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten", das Art. 9a (14) Abs. 1 EUV „gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber" bezeichnet. Zudem erklärt Art. 9a (14) Abs. 2 S. 1 EUV: „Das Europäische Parlament setzt sich aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen." Das Parlament soll somit nicht mehr Versammlung der Vertreter der Völker sein, sondern Gesetzgebungsorgan der Bürger der Europäischen Union, der Unionsbürgerschaft, welche dadurch gewissermaßen (freilich gegen alle staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Prinzipien) als Unionsvolk konstituiert wird. Damit soll dem Europäischen Parlament und dessen Gesetzgebungsakten eine unmittelbare demokratische Legitimationskraft zugesprochen werden. Das wirft unüberwindliche demokratierechtliche Verfassungsprobleme auf, solange der demokratische Fundamentalsatz des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus", geachtet wird. Das Volk in diesem Satz ist das Deutsche Volk[741]; denn das Volk ist staatsrechtlich die Bürgerschaft eines existentiellen Staates, wie es Deutschland (noch) ist[742]. Weil dieser, im übrigen menschheitliche, Grundsatz unabänderlich ist, wie Art. 79 Abs. 3 GG, aber auch Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG klarstellen, bedarf es der Staatsgründung eines neuen exi-

---

[740] BVerfGE 89, 155 (184, 186).

[741] BVerfGE 83, 37 (50 ff.); 83, 60 71 f.); vgl. auch BVerfGE 89, 155 (184 ff., 186).

[742] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 16 f.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 58 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 162; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76 ff.; *ders.*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 269 ff.; dazu oben A, I.

stentiellen Staates, also der Europäischen Union als eines existentiellen Staates, der dann keinesfalls Staatenverbund mehr ist, sondern ein existentieller Bundesstaat, um durch die Konstituierung eines neuen Staatsvolkes, des Unionsvolkes, dem fundamentalen Prinzip der Demokratie die Geltung und auch die Wirkung zurückzugeben. Ohne Volksentscheid in einem Verfahren, das noch gar nicht erörtert, geschweige denn geklärt ist, der die existentielle Staatlichkeit des existentiellen Staates zugunsten eines europäischen Bundesstaates als existentiellem Staat (wie das in Deutschland der Bund, aber auch die Länder sind[743]) einschränkt, wenn auch nicht gänzlich aufhebt, ist eine so verordnete (existentielle) Staatswerdung der Europäischen Union mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, zumal damit neben dem jeweiligen Volk des Mitgliedstaates, also der Deutschen, ein neues Volk im existentiellen Sinne, das Unionsvolk, geschaffen wird. Die Integrationspolitik des Vertrages von Lissabon gefährdet den „Bestand der Bundesrepublik Deutschland" und ist, wie Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG erweist, verfassungswidrig. Solange jedenfalls in Deutschland alle Staatsgewalt vom Volke und das heißt vom deutschen Volke ausgeht, kann es rechtens in Deutschland keine Gesetzgebung geben, welche ihre Legitimation, genauer: ihre Verbindlichkeit[744], nicht vom deutschen Volk, sondern von einem europäischen Unionsvolk herleitet. Das hat das Bundesverfassungsgericht zu der Dogmatik von der „begrenzten Einzelermächtigung" gezwungen[745], die zumindest fingieren kann, daß die Rechtsakte der Union durch

---

[743] *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa, FS W. Nölling, 2003, S. 289 ff.; dazu oben A, II.

[744] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 637 ff., insb. S. 707 ff.

[745] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 47 (sachbereichsbezogen, keine "Querschnittskompetenz", gegen Finalität der Kompetenzbegriffe Rdn. 49); *ders.*, Europäische Einigung und Verfassungsstaat, S. 89; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 61 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die Europäische Union und die Verfassung der Deutschen, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 28/93, S. 6; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96; *ders./A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 751 f.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; *H. H. Rupp*, Maastricht und Karlsruhe, S. 108.

die nationalen Parlamente demokratisch legitimiert seien, weil diese die Politik der Union verantworten können würden, die im Wesentlichen in den Unionsverträgen, denen die nationalen Parlamente zugestimmt hätten, vereinbart wäre. Einen meßbaren Einfluß haben die Abgeordneten der nationalen Parlamente nicht, weil die Materie der Verträge völkervertraglich festgelegt ist und die nationale Regierung sich bereits gebunden hat. Das Europäische Parlament mag sich aus „Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern zusammensetzen" (Art. 9a (14) Abs. 2 S. 1 EUV) und die „Bürgerinnen und Bürger" mögen „auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten" sein (Art. 8a (10) Abs. 2 EUV, diese Formulierungen schaffen das Unionsvolk nicht, das diesem Parlament demokratische Legitimation verschaffen könnte und den Formulierungen die staatsrechtliche Substanz geben könnten, welche dieses Organ zu einem Parlament macht, das demokratierechtlich den Namen verdient. Diese Formulierungen sind und bleiben Etikettenschwindel.

Unmittelbar durch die Unionsbürgerschaft legitimierte Gesetzgebung beeinträchtigt rechtlich den Status der Bürger, weil diese, soweit das Europäische Parlament als deren unmittelbare Vertretung an der Gesetzgebung der Union mitwirkt, nicht mehr durch die nationalen Parlamente vertreten sind, obwohl sie darauf, in Deutschland gestützt auf das grundrechtsgleiche Recht des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, einen Verfassungsanspruch haben; denn „alle Staatsgewalt geht vom Volke aus", also auch die Staatsgewalt, die auf Grund der übertragenen Hoheitsrechte von den Unionsorganen gemeinschaftlich ausgeübt wird[746]. Die unmittelbare Vertretung der Bürger im Europäischen Parlament schließt die zusätzliche Vertretung der Bürger der

---

[746] BVerfGE 89, 155 (188 f.); *K. A. Schachtschneider,* Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz vom 7. Februar 1992 zum Vertrag über die Europäische Union vom 18. Dezember 1993 (Maastricht-Verfassungsbeschwerde), in: I. Winkelmann (Hrsg.), Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994, S. 115 ff., 129 ff., 142 ff.; *ders.,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 97 ff.; *ders.,* Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 163 ff.; *ders.,* Deutschland nach dem „Konventsentwurf einer Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 297 ff.; *ders.,* Prinzipien des Rechtsstaates, S. 74 ff.; *ders.,* Quo Vadis Europa? – Ad finem Democratiae! S. 23 ff.

Mitgliedstaaten in deren nationalen Parlamenten auch in Angelegenheiten der Union zwar nicht gänzlich aus (vgl. Art. 23 Abs. 2 bis 6, Art. 45 GG), ist aber widersprüchlich, weil die Rechtsakte, die als Akte der Staatsgewalt Akte eines Organs des Volkes, also Akte eines nationalen, wenn auch gemeinschaftlichen, Organs[747], sein müssen, nunmehr Akte eines unmittelbar die Unionsbürger, also ein (vermeintliches) Unionsvolk, vertretenden Unionsorgans sind. Subjekt des politischen Willens, das die Verbindlichkeit der Rechtsakte begründet, kann aber nur ein bestimmtes Volk sein, nicht zwei verschiedene Völker, das jeweils nationale Volk zum einen und das Unionsvolk zum anderen, weil die Willen der beiden Willensträger/Völker unterschiedlich sein können. Welcher Wille soll maßgeblich sein, wenn beide Willensträger nicht abgeleitete Willensmacht haben, nämlich Völker oder eben Bürgerschaften sind? Dieser essentielle legitimatorische Widerspruch wird durch das Mehrheitsprinzip nicht aufgehoben, weil nicht die Mehrheit den Willen bildet, sondern das Vertretungsorgan[748] nach der Mehrheitsregel[749], also das nationale Parlament, etwa der Deutsche Bundestag, zum einen und zum anderen das Europäische Parlament. Allein die Dogmatik der begrenzten Ermächtigung der gemeinschaftlichen Rechtsetzungsorgane, welche die nationale Verantwortbarkeit der Gemeinschaftspolitik mit der Bestimmtheit der die Hoheitsrechte übertragenden Gemeinschaftsverträge begründet hat, hat die wesentliche Legitimation des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Parlamente und damit durch die Völker der Mitgliedstaaten zu dogmatisieren vermocht und damit den Widerspruch vermieden; denn dem Europäischen Parlament wurde nur eine die demokratische Legitimation „stützende" Funktion zugemessen[750]. Die

---

[747] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.

[748] So BVerfGE 80, 188 (217, 221); 84, 304 (321); 90, 286 (342 f.); auch BVerfGE 44, 308 (316); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 714 ff.

[749] Zum Unterschied von Mehrheitsprinzip und Mehrheitsregel *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 106 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 150 ff.

[750] BVerfGE 89,155 (185 ff); vgl. zur Bestimmtheit des Gründvertragswerkes schon BVerfGE 58, 1 (37); 68, 1 (98 f.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staat-

Gesetzgebungsbefugnis des Europäischen Parlaments (gemeinsam mit dem Rat) nach Art. 9a (14) Abs. 1 und Art. 9c (16) Abs. 1 EUV macht das Parlament zu dem verantwortlichen und entscheidenden Verfassungsorgan der Unionsbürger als eines Unionsvolkes im Bereich der gesetzgeberischen Befugnisse des Parlaments. Mit Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ist das schlechterdings unvereinbar, weil die Gesetze nicht der Wille des deutschen Volkes sind[751], sondern (bestenfalls) Wille der Unionsbürger, abgesehen von dem exekutivistischen Einfluß der Kommission und des Rates und damit, wenn der deutsche Ratsvertreter, den Rechtsakt ablehnt, ausschließlich von fremdem Willen; denn eine Zustimmung der deutschen Vertreter im Europäischen Parlament ist keine Vertretung des Deutschen Volkes, sondern gehört zur Vertretung der Unionsbürger. Die Stimmen der deutschen Abgeordneten im Europäischen Parlament werden auch eigens gar nicht gezählt. Allenfalls übereinstimmende Beschlüsse der nationalen Parlamente und des Europäischen Parlaments könnten über das Legitimationsproblem hinweghelfen, weil kein Willenswiderspruch bestünde.

Die demokratierechtlich widersprüchliche Konzeption wäre tolerierbar, wenn die im wesentlichen exekutive Unionsrechtsetzung sich in engen Grenzen, gemäß einem wirklichen Prinzip der begrenzten Ermächtigung[752], hielte und darum durch den Vertrag von Lissabon demokratisch legitimiert wäre, ähnlich den exekutiven Rechtsverordnungen gemäß Art. 80 GG durch die Ermächtigungsgesetze, die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein müssen, derart, daß Gegenstand, Programm und Tendenz der Rechtsverordnung schon aus der Ermächtigung erkennbar werden[753]. Die Unionspolitik ist aber in der Sache umwälzende Integrati-

---

lichkeit der Völker Europas, S. 111 ff., (113, 117); kritisch *H.-P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 91.

[751] Zur Vertretungsdogmatik bei der Gesetzgebung allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 637 ff. insb. 707 ff.

[752] BVerfGE 89, 155 (181 ff., 191 ff.).

[753] BVerfGE 1, 14 (60); 5, 71 (77); 8, 274 (307 ff.); 41, 251 (266); 56, 1 (12); 58, 257 (277); 62, 203 (210); 85, 97 (105); auch BVerwGE 80, 1 (20); 89, 121 (131); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 193 ff., 275 f.

onspolitik, zumal die als Rechtsprechung konzipierte (funktionale) Rechtsetzung des Europäischen Gerichtshofs[754]. Die Ermächtigungen schon in den Unions- und Gemeinschaftsverträgen und erst recht im Vertrag von Lissabon[755], die Übertragung der Hoheitsrechte (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG), welche die Zustimmung der nationalen Gesetzgeber gefunden haben (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG), sind weit und offen. Sie lassen allenfalls den Gegenstand, nicht aber Programm und Tendenz der Rechtsetzung der Union erkennen, so daß deren Politik durch die nationalen Parlamente (Gesetzgeber) „verantwortbar" sein könnte, wie dies das demokratische Prinzip gebietet[756].

Diese demokratisch unabdingbare Dogmatik des Prinzips der „begrenzten Einzelermächtigung" steht auch nur im deutschen Vertragstext (Art. 3b (5) Abs. 1 und 2 EUV), wohl mit Rücksicht auf das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Im britischen Vertragstext steht „principle of conferral", im französischen „le principe d'attribution", im italienischen „principio di attribuzione", im spanischen „principio de atribución". Das spricht lediglich aus, daß die Union keine originären Kompetenzen hat, sondern nur übertragene (verliehene, zugeteilte) Kompetenzen. Der entscheidende demokratierechtliche Aspekt der Begrenztheit der Ermächtigungen, deren Bestimmtheit und damit die Voraussehbarkeit und Verantwortbarkeit der Unionspolitik für die nationalen Parlamente kommt in diesen nicht minder verbindlichen Formulierungen des Vertrages als es der deutsche Text ist, nicht zum Ausdruck. Allemal sind die britischen, französischen, italienischen und spanischen Formulierungen ehrlicher; denn der Vertrag überträgt die Hoheitsrechte weit und offen, nicht aber begrenzt, bestimmt und verantwortbar. Daß der „Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung" in Art. 3b (5) EUV auch nicht mehr benennen soll, als das Prinzip der originären, sondern derivativen Hoheitsgewalt der Union, er-

---

[754] Dazu näher F.

[755] Dazu näher B, C.

[756] BVerfGE 89, 155 (185 ff., 191 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; ders., Quo Vadis Europa? – Ad finem Democratiae! S. 21 ff.

weist auch Absatz 2 des Art. 3b (5) EUV, der den Grundsatz dahin definiert, daß „die Union innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig" wird, „die die Mitgliedstaaten ihr in der Verfassung zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben". Diese Definition, die dem britischen, französischen, italienischen und spanischen Text entspricht, läßt von demokratierechtlicher Bestimmtheit und damit von den nationalen Parlamenten voraussehbarer und verantwortbarer Unionspolitik nichts übrig, wie das auch der Praxis entspricht. Der Verfassungsvertrag ist unverbesserlich demokratiewidrig.

II. Der Gerichtshof der Europäischen Union trägt die wesentliche Grundrechteverantwortung. Er hat, orientiert an der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aber auch an den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten" (vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV a.F.), eine gemeinschaftliche Grundrechteverantwortung „als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts" in Anspruch genommen und Rechtsgrundsätze entwickelt, die keine textliche Grundlage hatten. Die Gesetzesordnung ist in hohem Maße vergemeinschaftet, aber über die Vereinbarkeit der europäischen Rechtsakte (Richtlinien und Verordnungen) mit den Grundrechten hat der Gerichtshof der Union zu entscheiden, soweit nicht der Grundrechtestandard, der Wesensgehalt der Grundrechte, allgemein mißachtet wird (BVerfGE 89, 155 (174 f.); 102, 147 (160 ff.)). Die richterliche Verantwortung für die Rechtsgrundsätze hat damit dieser übernommen. Es kann in einem Staatenverbund, in dem die Gemeinschaftsorgane in die staatliche Organisation der Mitgliedstaaten integriert sind, nicht zweifache Maßstäbe des Rechts geben. Nichts anderes gilt, wenn die Union als echter Bundesstaat ohne eigenes Bundesvolk begriffen wird, wie das der Integrationslage entspricht (dazu A III, V). Die Rechtsgrundsätze, die mit den Grundrechten verbunden werden, erheischen ein einheitliches Verständnis. Der Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, die erst

der Gerichtshof kreiert hat[757], in Verbindung mit den aus den Grundfreiheiten als ebenfalls vom Gerichtshof kreierten subjektiven Rechten[758] folgenden weiten Möglichkeiten, Harmonisierungsinteressen im Klagewege durchzusetzen, hat dem Gerichtshof der Union eine außerordentliche Macht verschafft, die nicht demokratisch legitimiert ist (dazu F, VI). Die Vorabentscheidungsbefugnis des Gerichtshofs aus Art. 234 (267) EGV/AEUV, Art. 9f (19) Abs. 3 lit. b EUV)[759] hatte (und hat) dem Gerichtshof zusätzlich eine große politische Macht gegeben, die ihn zum mächtigsten Akteur der europäischen Integration hat werden lassen. Diese Befugnis(Macht)erweiterung des Gerichtshofs (eine Usurpation), der eigentliche Wechsel der Europäischen Gemeinschaft von einem völkerrechtlichen Staatenbund zum staatsrechtlichen Bundesstaat, haben die Mitgliedstaaten bei der Vertragsentwicklung zugrundegelegt und folglich stillschweigend in die Verträge aufgenommen, also akzeptiert. Seit dem Vertrag von Amsterdam 1997 folgt die Befugnis des Gerichtshofs zur Grundrechtejudikatur aus Art. 46 lit. d EUV i.V. mit Art. 6 Abs. 2 EUV. Der Vertrag von Lissabon macht in Art. 6 EUV die Charta der Grundrechte mit dem gleichen Rang wie die Verträge rechtlich verbindlich. Es hat die Integration erleichtert und gefördert, daß der Gerichtshof sie ohne Verträge und damit an den Völkern und den Volksvertretern vorbei, insbesondere ohne Kontrolle einer (demokratischen) Öffentlichkeit[760], vorangetrieben

---

[757] EuGH v. 05.02.1963 – Rs. 26/62 (Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung), Slg. 1963, 1 (24 f.); dazu *K. A. Schachtschneider/ A. Emmerich-Fritsche,* Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5, II, III; dazu F, I.

[758] Grundlegend EuGH v. 5.2.1963 - Rs. 26/62 (van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung), Slg. 1963, 1 (25 f., Rdn. 7 ff.); EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1273).

[759] Dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, in: K. A. Schachtschneider, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Organisationsverfassung, § 11, II, 1.

[760] Zur demokratischen Öffentlichkeit (Publizitätsprinzip) *Kant*, Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 244 ff; *K. Jaspers,* Wohin treibt die Bundesrepublik?, Tatsachen, Gefahren, Chancen, 1966, 10. Aufl. 1988, S. 194 f.; *O. Höffe*, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, S. 320 ff.; *J. Habermas,* Strukturwandel der Öffentlichkeit, Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1962, 9. Aufl. 1978, S.

hat. Die Entwicklung war demokratiewidrig, die Fortsetzung dieser Verhältnisse ist demokratiewidrig.

III. Die Kommission übt zentralistisch und bürokratisch große Macht in der Europäischen Union aus. Ihre demokratische Legitimation und die demokratische Kontrolle sind unzureichend, obwohl die Kommission des Vertrauens des Europäischen Parlaments bedarf (Art. 9d (17) Abs. 7 EUV, bislang Art. 214 Abs. 2 EGV) und obwohl dieses Parlament die Kommission durch Mißtrauensvotum stürzen kann (Art. 9d (17) Abs. 7 EUV in Verb. mit Art. 201 (234) AEUV, bislang Art. 201 EGV). Die Kommissare werden gemäß Art. 9d (17) Abs. 5 UAbs. 2 EUV in Verb. Mit Art. 211 (244) AEUV „in einem System strikt gleichberechtigter Rotation zwischen den Mitgliedstaaten so ausgewählt, dass das demografische und geografische Spektrum der Gesamtheit der Mitgliedstaaten zum Ausdruck kommt". Kleine Mitgliedstaaten werden in gleicher Weise berücksichtigt wie große, insbesondere wie der größte, nämlich Deutschland. Eine tragfähige demokratische Legitimation durch die großen Völker ist in diesem Besetzungsverfahren nicht mehr zu erkennen. Sie dürfte auch nicht bezweckt sein. Kommissare sind eine Art Europaminister und haben keine hinreichende Legitimation durch demokratische Wahl. Wegen der substantiellen Demokratiedefizite der europäischen Integration haben die Interessen der Völker und Bürger wenig Rückhalt in den Brüsseler Ämtern. Die Wirkung des demokratischen Defizits ist augenscheinlich. Die stetig propagierte Bürgernähe (Art. 1 Abs. 2 EUV; Art. 8a (10) Abs. 3 S. 2 EUV), die bereits als Begriff die demokratiewidrige Ferne des obrigkeitlichen Apparats zu den Menschen einräumt, kann im Großstaat Europa nicht hergestellt werden, schon gar nicht durch integrationistische Propaganda. Nach Art. 8 (9) EUV soll den „Bürgerinnen und Bürgern" „ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteil" werden; das dürfte sich als die neue Formel einer weitentwickelten Bürokratisierung, des vormundschaftlichen Staates, erweisen. Das Grund-

---

127 ff.; *ders.*, Faktizität und Geltung, S. 435 ff., 532 ff. *K. A. Schachtschneider,* Res publica res populi, S. 584 ff., 602 ff., 1073 f., 1141 ff.

gesetz verlangt aber für alles Regierungshandeln ständige parlamentarische Kontrolle (Parlamentarisches Regierungssystem[761]).

IV. Nach Art. 9c (16) Abs. 1 EUV wird der Rat gemeinsam mit dem Europäischen Parlament als Gesetzgeber tätig. Die „Rechtsakte" sind: „Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungsnahmen" (Art. 249 (288) AEUV). Der Rat nimmt allerdings nur die Rechtsakte wirklich zur Kenntnis, die in der Bürokratie genauer: im CoRePer, dem „kleinen Ministerrat", d.h. im Ausschuß der Ständigen Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten (Art. 9c (16) Abs. 7 EUV, Art. 207 (240) Abs. 1 AEUV), nicht einverständlich (A-Punkteverfahren) erledigt wurden[762]. Das wird (soll) sich im zukünftigen Rat nicht ändern. Jedenfalls ist die Rechtsetzung in der Europäischen Union im Wesentlichen Sache der Exekutive. Allenfalls die Minister des jeweiligen Mitgliedstaates sind von deren Volk (mittelbar) legitimiert, nicht aber der Rat insgesamt (Art. 9c (16) Abs. 2 EUV, bislang Art. 203 EGV). Das wäre in einem Konsenssystem demokratierechtlich gerade noch tragfähig, nicht aber im Mehrheitssystem, in dem der Wille ganzer Völker entgegen dem Prinzip der Willensautonomie, der Freiheit also, ignoriert werden kann[763]. Das ändert sich auch durch die neuen Kriterien der qualifizierten Mehrheit im Rat nach Art. 9c (16) Abs. 4 EUV, die ab 1. November 2014 gelten soll, nicht wesentlich, wonach die Mehrheit im Rat nicht nur der Mehrheit der Mitglieder des Rates (mindestens 55 % und mindestens 15 Mitglieder) entsprechen, sondern

---

[761] BVerfGE 11, 77 (85); 26, 338 (395 f.); 45, 1 (46); dazu *K. Stern*, Staatsrecht II, S. 677 ff.; *P. Badura*, Die parlamentarische Demokratie, HStR, Bd. I, 1987, § 23, Rdn. 10 ff.; *H. H. Klein*, Aufgaben des Bundestages, HStR, Bd. II, 1987, § 40, Rdn. 30 ff.; *M. Schröder*, Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung, HStR, Bd. II, § 51, Rdn. 49 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 176 ff.

[762] Dazu *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 291, 295, S. 122, 123 f., 3. Aufl. 2005, § 5, Rdn. 57, S. 95 f.; *K. A. Schachtschneider*, Der Rat, § 8, VIII.

[763] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff.

auch 65 % Bevölkerung der Union ausmachen muß[764]. Die Rechtsetzungsbefugnisse der Union sind allzu weit, als daß diese Art von Fremdbestimmung unter Freiheitsgesichtspunkten hinnehmbar wäre. Die (verstärkte) Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Gesetzgebung mindert das demokratische Defizit nicht, weil dieses ‚Parlament' mangels demokratisch egalitärer Wahl freiheitlich und damit demokratisch nicht zu legitimieren vermag, vor allem aber kein Volk repräsentiert.

Die größte Macht hat der Europäische Rat, dem bisher die Staats- und Regierungschefs und der Präsident der Kommission (Art. 4 Abs. 2 EUV) und nach dem Vertrag von Lissabon außer den Staats- und Regierungschefs die Präsidenten des Europäischen Rates (Art. 9b (15) Abs. 5, 6 EUV) und der Kommission angehören (Art. 9b (15) Abs. 2 EUV). Bislang haben die Außenminister der Mitgliedstaaten den Europäischen Rat unterstützt, nach dem Vertrag von Lissabon nimmt (nur noch) der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 9e (18) EUV) an der Arbeit des Europäischen Rates teil (Art. 9b (15) Abs. 2 S. 2 EUV). Es sind die Führer Europas, welche ihre Macht im Europäischen Rat bündeln und durch ihre Absprachen derart verstärken, daß die unmittelbar demokratisch legitimierten Parlamente der Völker den bestimmenden Einfluß auf die Politik einbüßen. Die Volksvertretungen entbehren somit in den Angelegenheiten der Union der Macht, die nach dem demokratischen Prinzip die politische Freiheit der Bürger gewährleistet[765]. Die Minister und Amtswalter der Mitgliedstaaten sind ohnehin von den Staats- und Regierungschefs abhängig und dem Präsidenten der Europäischen Kommission ist eine ähnliche Macht über die Kommission zugedacht (Art. 9d (17) Abs. 6 EUV).

---

[764] Das gilt nur, wenn der Rat auf Vorschlag der Kommission oder des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik beschließt, sonst ist eine Mehrheit von 72 % der Mitglieder des Rates nötig (Art. 205 (238) Abs. 2 AEUV).

[765] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Res publica res populi, S. 637 ff.; *ders.*, Das Europäische Parlament, § 7, III.

In der Anlage füge ich ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Dietrich Murswiek, welches die Verfassungsklage unterstützt, bei. Das Gutachten ist vollinhaltlich Gegenstand des Vortrages.

2 Kopien anbei.

Prof. Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Anlagen
Vollmacht [redacted]
Schreiben des Bundespräsidialamtes vom 09.06.2005
Schreiben des Auswärtigen Amtes vom 21.06.2005
Schreiben des Bundesverfassungsgerichts vom 28.06.2005
Schreiben [redacted] an V. [redacted] vom 26.03.2008
Schreiben des Bundesverfassungsgerichts vom 17.10.2006

Weitere Anlagen:

Konsolidierte Fassungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2008/C 115/01)

Rechtsgutachten von Herrn Professor Dr. Dietrich Murswiek zur Verfassungsmäßigkeit des Vertrages von Lissabon

Anlagen zu S. 19 a:

Schreiben von Ministerpräsident Dr. Günther Beckstein an den Antragsteller vom 19. Mai 2008;
Entschließungsantrag des Freistaates Bayern (Bundesrat Drucksache 275/08 EU)